

DOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN*
ANDRYELLE VANESSA CAMILO**

*Advogada em Maringá, mestre e doutora em
Direito das Relações Sociais pela Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo, professora da
Universidade Estadual de Maringá e do Centro
Universitário de Maringá-PR.
<http://lattes.cnpq.br/8121501433418182>

**Advogada em Maringá, especialista em Direito
Constitucional pela Universidade Potiguar do Rio
Grande do Norte, professora de cursos preparatórios
para concursos públicos.
<http://lattes.cnpq.br/4528547308156095>

RESUMO: A reprodução assistida consiste em recurso científico que favorece a fecundação humana a partir da manipulação de gametas. O direito de reprodução está associado ao planejamento familiar, que é assegurado a qualquer cidadão, casado ou não, pela Lei nº. 9.263/1996. Esse diploma admite ainda, por meio do seu art. 9º, a utilização de reprodução assistida para realização do projeto parental. A inseminação artificial *post mortem* ocorre quando um casal fornece o material genético, mas este é implantado no útero após a morte de um dos doadores. Essa técnica é proibida em alguns países e admitida com ressalvas em outros. No Brasil, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução nº. 1.358/1992, manifestou-se sobre o tema,

disciplinando que, no momento da criopreservação, 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. Acredita-se que a inseminação *post mortem* não deva ser autorizada, visto que, quando um dos genitores opta pela formação de uma família monoparental, suprime da criança o direito de convivência com o outro, já falecido. Porém, caso ocorra, como o direito a filiação está acima do direito de procriação, deve ser deferido o reconhecimento da paternidade e assegurado o direito sucessório dentro do prazo prescricional previsto para a ação de petição de herança, que é de 10 anos.

ABSTRACT: The assisted reproduction is to use science that favors human fertilization from the manipulation of gametes. The reproduction right is associated with family planning, which is guaranteed to every citizen, married or not, by Law nº. 9.263/1996. This law also recognizes, through his art. 9, the use of assisted reproduction for completion of the project leave. A post-mortem insemination occurs when a married couple provides the genetic material, but this is implanted in the uterus only after the death of a donor. This technique is banned in some countries and permitted with restrictions in others. In Brazil, the Federal Medical Council, in Resolution nº. 1.358/1992, has commented on the subject, a

discipline which at the time of cryopreservation, spouses or partners should express their willingness in writing as to the destination to be given to cryopreserved embryos in case of divorce, serious illness or death of one or both. It is believed that the post-mortem insemination should not be allowed, given that when a parent opts for the formation of single parents, the child removes the right of access to the other, now deceased. However, if it occurs, as the right to membership is above the law of procreation, should be granted the recognition of paternity and assured the right of succession within the limitations period provided for the action of the petition of inheritance, which is 10 years.

PALAVRAS-CHAVE: Reprodução assistida, Inseminação artificial *post mortem*, Dignidade da pessoa humana.

KEY WORDS: Assisted reproduction, Insemination post-mortem, Dignity.

SUMÁRIO: 1 Do planejamento familiar. 2 Da paternidade responsável. 3 Da revolução biomédica e das técnicas de reprodução assistida; 4 Do conceito de inseminação artificial *post mortem*. 5 Dos limites bioéticos e jurídicos da fecundação *post mortem*: 5.1 Da monoparentalidade; 5.2 Do direito sucessório. 6 da ausência de consentimento para realização de inseminação *post mortem*. 7 Da dignidade da pessoa humana como paradigma da ordem jurídica. 8 Conclusão.

1 DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A família brasileira, como hoje se conceitua, organizou-se sob a influência das famílias romana, canônica e germânica.

No Brasil, as Ordenações portuguesas impuseram o sistema

patriarcal e durante sua vigência não havia planejamento familiar.

Entre 1739 e 1817, estima-se que 45 mil crianças brasileiras foram abandonadas na Roda dos Excluídos do Rio de Janeiro, criada pela Igreja Católica para ampará-las, porém as condições sanitárias dessa instituição eram tão precárias que a taxa de mortalidade alcançou 90% em determinados períodos¹.

O Código Civil de 1916 preocupou-se mais com a família, contudo manteve o patriarcalismo conservador das Ordenações, sem se preocupar com o planejamento familiar.

A partir de 1930, inúmeras leis foram criadas para proteger a família. A mais importante foi a Lei nº. 4.121/1962, que emancipou a mulher casada e estabeleceu um tratamento mais equânime entre os cônjuges no que se refere aos efeitos jurídicos do casamento e às relações patrimoniais.

Na década de 1930, foram criados o salário-família e o auxílio-natalidade. Com o desenvolvimentismo pós-guerra, o Estado assumiu uma tendência pró-natalista, porém no cenário internacional surgiam as ideias acerca do controle de natalidade, do filósofo Thomas Malthus, que alertava sobre os perigos da superpopulação, uma vez que não ocorria o crescimento da produção de alimentos no mesmo patamar².

A Constituição brasileira de 1934 dedicou um capítulo inteiro à família, onde esta gozava de proteção especial do Estado³. Em 1937, nos arts. 124 a 127, os pais passaram a ter o dever constitucional de prover material, moral e intelectualmente aos filhos. Também facilitou o reconhecimento dos filhos naturais, que, nesse caso, seriam equiparados aos legítimos. Às famílias numerosas atribuiu compensações na proporção de seus encargos, e o Estado passou a

¹ FORUM de entidades nacionais de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.direitos.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=246&Itemid=2>. Acesso em: 31 ago. 2009.

² COSTA, Ana Maria. *Planejamento familiar no Brasil*. Disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio2v4/planeja.html>>. Acesso em: 21 ago. 2009.

³ Título V, Capítulo I. Cf. Texto integral da Constituição de 1934 no endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

tutelar as crianças abandonadas pelos pais⁴.

Já a Constituição Federal de 1946 disciplinou que o Estado ampararia as famílias de prole numerosa, asseguraria assistência à maternidade, à infância e à adolescência, além de, em seu art. 163, estipular que a família teria proteção especial do Estado⁵.

Em 1965, durante a XV Jornada Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, médicos, economistas, sociólogos e aplicadores do direito fundaram a Sociedade Civil Bem-estar Familiar no Brasil (BEMFAM)⁶, associando ao planejamento familiar a paternidade responsável, através da utilização consciente dos instrumentos necessários para evitar concepções⁷.

Na Constituição de 1967, o art. 167 também tratou da família, disciplinando que seria indissolúvel e que haveria a proteção e assistência à maternidade, à infância e à adolescência⁸. A Constituição de 1969 emendou a de 1967; revogou o § 1º do art. 167, dispondo que o casamento poderia ser dissolvido após prévia separação judicial⁹.

Nos anos 1970, o Ministério da Saúde implementou o Programa de Saúde Materno-Infantil, em que o planejamento familiar foi denominado "paternidade responsável". Foi elaborado o Programa de Prevenção da Gravidez de Alto Risco (PPGAR), que não chegou a ser implantado e que pretendia colocar à disposição das populações de

⁴ Texto integral da Constituição de 1934 no endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

⁵ Título VI, Capítulo I. Cf. texto integral da Constituição de 1946 no endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

⁶ Tal entidade foi declarada de utilidade pública pelo Governo Federal em 1971, pelo então presidente Médici.

⁷ SOCIEDADE CIVIL BEM-ESTAR FAMILIAR NO BRASIL (BEMFAM). *O que é planejamento familiar*. Rio de Janeiro: Departamento de Informação e Educação, 1980.

⁸ Título IV, art. 167. Cf. texto integral da Constituição de 1967 no endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

⁹ Texto integral da Constituição de 1967 no endereço eletrônico <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 31 ago. 2009.

baixa renda informações e meios referentes à regulação da fecundidade, pois o aumento demográfico preocupava as autoridades quanto ao equilíbrio desse aumento e à taxa de expansão do emprego¹⁰.

A introdução desses programas não foi capaz de causar uma discussão pública a respeito da necessidade do planejamento familiar. Contudo, entre 1978 a 1984, o BEMFAM investiu mais de 13 milhões de dólares em programas de planejamento familiar e distribuição em massa de contraceptivos orais¹¹.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito de família quando reconheceu como entidade familiar a união estável entre um homem e uma mulher e a família constituída de um dos pais com seus filhos, além da família oriunda do matrimônio, e consagrou o direito ao planejamento familiar no § 7º do seu art. 226, calcado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.

Nesse art. 226, § 7º, a Constituição Federal definiu o planejamento familiar *fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*, bem como na utilização de recursos educacionais e científicos, para sua realização. O planejamento familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade¹².

A Lei n.º 9.263, sancionada em 12 de janeiro de 1996, regulamentou também o planejamento familiar no Brasil e estabeleceu em seu art. 2º que: [...] *entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher*,

¹⁰ BERQUÓ, Elza; ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A Abep no contexto político e no desenvolvimento da demografia nas décadas de 1960 e 1970. *Revista Brasileira de Estudos de População*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982005000200003>. Acesso em: 31 ago. 2009.

¹¹ COELHO, Elga Berger Salema. Enfermagem e o planejamento familiar: as interfaces da contracepção. *Revista Brasileira de Enfermagem*, nov./dez. 2005, p. 665 *et seq.*

¹² Art. 226, § 7º da CF.

pelo homem ou pelo casal. É considerado um ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas.

Essa lei, além de assegurar o planejamento familiar monoparental no art. 3º¹³, também autorizou, no art. 9º, que, para o exercício daquele, serão oferecidos métodos de reprodução assistida (RA)¹⁴.

O planejamento familiar foi tratado, ainda, pelo § 2º do art. 1.565 do Código Civil, porém de maneira superficial.

Em âmbito internacional, o Brasil participou do Programa de Ação do Cairo em 1994, o qual adotou a ideia de que o livre planejamento familiar está diretamente relacionado aos direitos reprodutivos. No § 7.3 do documentos consta:

“[...] os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos [...] Esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer [...]”¹⁵ (grifou-se)

Em 1995, o Brasil participou da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, que aconteceu em Beijing, na China. No item 96 do acordo firmado entre os países presentes, ficou estabelecido:

“As relações igualitárias entre a mulher e o homem, a respeito das

¹³ Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua como atividades básicas, entre outras:

I - a assistência à concepção e contracepção;

¹⁴ Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

¹⁵ MOREIRA, Maria Helena Camargo; ARAÚJO, José Newton Garcia de. Planejamento familiar: autonomia ou encargo feminino? *Revista Psicologia em Estudo*, Maringá, v. 9, n. 3, set./dez. 2004, p. 389-398.

relações sexuais e da reprodução, incluindo o pleno respeito à integridade pessoal, exigem o consentimento recíproco e a vontade de assumir conjuntamente a responsabilidade e as consequências do comportamento sexual.”¹⁶

O acesso à informação e a facilidade de obtenção de meios contraceptivos sob orientação médica adequada são a maneira mais fácil e branda de evitar gestações indesejadas, diminuindo o número daquelas de alto risco, abortos inseguros e consequentemente reduzindo a mortalidade materna e infantil.

Portanto, o planejamento familiar, quando associado à paternidade responsável, beneficia as crianças, na medida em que os pais proporcionem a devida assistência moral, afetiva, intelectual e material.

2 DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

A paternidade responsável é um princípio constitucional assegurado no § 7º do art. 227 da Constituição Federal, nos arts. 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁷, e no inc. IV do art. 1.566 do Código Civil¹⁸.

Pode-se conceituar a paternidade responsável como a obrigação que os pais têm de prover a assistência moral, afetiva, intelectual e material aos filhos.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Lei 8.069/90:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

¹⁸ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

[...]

IV - sustento, guarda e educação dos filhos.

O planejamento familiar associado à paternidade responsável compreende não só decidir sobre o número de filhos, mas também quanto a aumentar o intervalo entre as gestações¹⁹, e utiliza-se das técnicas de RA como último recurso à procriação, não praticando a seleção de embriões com finalidades eugênicas para escolha de atributos físicos, bem como para suprimir a filiação por meio da monoparentalidade, dentre outros.

Em 1959, a UNICEF, na Declaração Universal dos Direitos Das Crianças, elencou os direitos da criança²⁰. Entre eles estão os de não ser discriminada, de ser criada em um ambiente digno, que promova sua saúde física, mental, psicológica e intelectual. Também gozará de proteção contra quaisquer formas de negligência, abandono, crueldade e exploração.

O propósito do legislador é que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque apenas assim todos os princípios fundamentais, como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação serão respeitados.

3 DA REVOLUÇÃO BIOMÉDICA E DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A partir do século XX, a ciência alcançou, através do experimento e do avanço tecnológico, inúmeras descobertas direcionadas a melhorar a existência humana. O estudo pormenorizado do genoma humano, a clonagem, a criação de organismos geneticamente modificados são apenas alguns dos desenvolvimentos científicos que causaram grande repercussão na sociedade nas últimas décadas.

As técnicas de reprodução assistida são um exemplo disso. Em 1978, esses procedimentos ganharam notoriedade com o nascimento, na Inglaterra, de Louise Brown, o primeiro bebê gerado *in vitro*. Desde então, cerca de um milhão e meio de bebês nasceram, em todo o mundo, de casais estéreis.²¹

¹⁹ Disponível em: <<http://www.dependedenos.org.br>>. Acesso em: 27 ago. 2009.

²⁰ Disponível em: <http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 27 ago. 2009.

²¹ REVISTA VEJA. São Paulo: Editora Abril, edição 2032, ano 40, n. 43, 31 out.

A reprodução assistida pode ser conceituada como o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.²²

Esclareça-se que reprodução assistida é a designação genérica das técnicas de fertilização em laboratório, sendo que a mais tradicional é a fertilização *in vitro*.

A reprodução assistida, enquanto permite a realização do projeto parental, gera controvérsias como as práticas eugênicas, o destino dos embriões excedentários, a questão dos doadores anônimos, o direito à identidade ou as consequências oriundas da gestação por substituição.

A reprodução assistida pode ser homóloga ou heteróloga. Homóloga, quando os gametas forem provenientes do casal beneficiado com a técnica, e heteróloga quando ao menos um dos componentes genéticos – o sêmen, o óvulo ou o próprio embrião – é estranho ao casal.

Com o advento das técnicas de reprodução assistida houve a cisão; sexo sem procriação e procriação sem sexo são novas realidades sociais.

4 DO CONCEITO DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

A reprodução humana assistida permite o armazenamento e conservação dos gametas - masculino e feminino - e de embriões.

A expressão latina *post mortem* significa “depois da morte”. A inseminação é realizada após o falecimento de um dos doadores dos gametas, o que pode gerar inúmeros conflitos. A Resolução nº. 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina traz algumas disposições sobre o assunto, contudo, são insuficientes para regulamentar as possíveis controvérsias, como, por exemplo: tem a mulher o direito de se inseminar após o falecimento de seu esposo ou

2007, p. 101.

²² RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). *Manual de direito das famílias e das sucessões*. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008. p. 228.

companheiro, optando pela formação de uma família monoparental, ou o homem se utilizar de maternidade de sub-rogação para mesmo desígnio? A privação da convivência paterna não afeta a dignidade desse menor? Como ficam os direitos sucessórios nesse caso? Como ficará o direito à filiação caso o genitor falecido tenha deixado manifestação expressa contrária a implantação?

O art. 1.597 do Código Civil²³ garante a presunção de paternidade ainda que a fecundação homóloga seja realizada após a morte do marido, o que se aplica analogicamente à união estável.

A reprodução assistida *post mortem* passou a ser discutida com maior veemência com o caso mundialmente conhecido como “Affair Parpalaix”, que ocorreu na França, em 1984. Corine Richard e Alain Parpalaix se apaixonaram e pouco depois foi diagnosticado que ele estava com um câncer incurável nos testículos.²⁴

Alain decidiu armazenar seus gametas num banco de sêmen para uso futuro. Com o avanço rápido da doença, eles se casaram e apenas dois dias após a cerimônia ele faleceu. Poucos meses depois, Corine procurou o banco de sêmen para se submeter à inseminação artificial, mas este se recusou a realizá-la, o que levou a uma enorme disputa judicial.

Devido à lentidão na solução do conflito, os espermatozóides pereceram e não puderam mais ser utilizados.

Esse caso é considerado um marco histórico na discussão acerca das consequências oriundas da inseminação artificial *post mortem*.

No mundo, a disciplina jurídica para a inseminação *post mortem* não é uniforme. A Alemanha e a Suécia, por exemplo, vedam-na. A França proíbe e acrescenta que o consentimento externado em vida perde o efeito. A Espanha não permite a inseminação *post mortem*, mas garante direitos ao nascituro quando houver declaração escrita por escritura pública ou testamento; e a Inglaterra admite o

²³ Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[...]

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

²⁴ PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução Assistida: Inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 18 dez. 2009.

procedimento, mas não garante direitos sucessórios, a menos que haja documento expresso nesse sentido.²⁵

5 DOS LIMITES BIOÉTICOS E JURÍDICOS DA FECUNDAÇÃO *POST MORTEM*

5.1 DA MONOPARENTALIDADE

A família monoparental pode ser conceituada como a comunidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes.²⁶ Essa entidade familiar há muito tempo já existe, porém seu reconhecimento, bem como sua regulamentação, somente ocorreram na Constituição Federal de 1988.

É motivo de preocupação a monoparentalidade desejada por uma pessoa que exclui do seu planejamento familiar a possibilidade de a criança ter a filiação materna ou paterna. Assim, quais seriam os limites do art. 226, § 4º, da Constituição Federal? Seria vontade desta regulamentar apenas situações já existentes, ou possibilitar novas formas familiares? O direito à filiação e o direito à procriação são direitos fundamentais, mas qual deve prevalecer?

A Constituição Federal apenas reconheceu as famílias monoparentais e não estimulou a criação delas por meio da RA. Os princípios e garantias nela previstos quanto ao planejamento familiar, à paternidade responsável e à filiação estão vinculados ao princípio do melhor interesse do menor, que assegura, além do direito à vida e à dignidade, o direito ao convívio familiar.

Embora o ordenamento pátrio tenha previsto que o planejamento familiar não deve sofrer nenhuma interferência do Estado, há o direito indisponível da criança de ter assegurada a sua filiação, podendo identificar seus genitores.

A permissão para a adoção unilateral e a situação jurídica daquelas pessoas que foram abandonadas pelos seus parceiros ou que ficaram separadas, divorciadas ou viúvas e acabaram por formar uma família monoparental não servem de argumento para autorizar a RA em

²⁵ Ibid.

²⁶ § 4º do art. 226 da Constituição Federal.

peças que pretendem, sozinhas, exercer a paternidade. Na adoção unilateral, a criança já nasceu e se encontra abandonada, e nas demais a monoparentalidade foi imposta, situações diversas daquela que as constitui de forma intencional.

Em matéria de reprodução humana assistida, o Conselho Português de Ética para as Ciências da Vida concluiu pela inadmissibilidade da aplicação das técnicas de RA para mulheres e homens sozinhos.²⁷

No direito alemão, a Associação Médica, no Relatório Benda – o mais importante documento alemão sobre procriações assistidas – limitou a utilização das técnicas apenas aos casais casados e, excepcionalmente, aos casais não casados. O direito sueco também só permite a adoção de técnicas de RA a um casal. Já na Itália, apesar de inexistir legislação específica, a orientação é no sentido de inadmitir a monoparentalidade, de acordo com as recomendações do Instituto Superiore di Sanità.²⁸

Acrescente-se que a inseminação artificial *post mortem* suprime qualquer possibilidade de a criança ter contato com um de seus genitores, não permitindo, assim, um desenvolvimento afetivo e psicológico adequado.

Conclui-se que as técnicas de RA devem ser utilizadas quando não houver nenhuma outra opção para a realização do projeto parental. Por isso a inseminação *post mortem* não deve ser admitida, pois o direito à filiação está acima do direito à procriação, não podendo o desejo de ter filhos sobrepujar os direitos da personalidade do menor.

5.2 DO DIREITO SUCESSÓRIO

Inicialmente faz-se necessário distinguir o embrião *in vitro* do nascituro, da prole eventual e de pessoa no âmbito sucessório, uma vez que ele não se enquadra no modelo clássico previsto no ordenamento jurídico.

Os embriões não podem ser considerados nascituros, porque não

²⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 5, abr./maio/jun./2000, p. 7 et seq.

²⁸ Ibid.

foram implantados no útero.

Segundo De Plácido e Silva, nascituro é o “ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”.²⁹

O embrião *in vitro* tampouco é prole eventual, porque já foi concebido. Jussara Maria Leal de Meirelles assinala que “a prole eventual consiste no (s) ente (s) humano (s) que pode (m) vir a ser concebido (s); é a prole futura de determinada pessoa (s).”³⁰

Também não é pessoa, pois esta é o ente ao qual a lei atribui direitos e deveres e o embrião somente será sujeito de direitos após o nascimento com vida.

Gisele Mendes de Carvalho adverte ainda que o útero não é apenas um espaço físico como os laboratórios; pelo contrário, o embrião no interior do útero evoluirá até o ponto de converter-se em uma vida humana independente da vida materna, enquanto que no laboratório o embrião pode permanecer meses, anos ou até décadas sem jamais chegar a converter-se em pessoa.³¹

Não resta dúvida de que o embrião criopreservado deve ser protegido, contudo é inapropriado fazê-lo conforme a exegese do art. 2º do Código Civil, pois que, além de estar fora do ventre materno, representa uma expectativa de vida, ou seja, pode se tornar ou não uma pessoa.

Segundo Ana Thereza Meirelles Araújo, “A doutrina clássica utiliza o modelo silogístico-subsuntivo, que parte da análise da norma vigente para disciplinar o embrião concebido *in vitro*, subsumindo-o à categorização sobre sujeito de direito criada pelo Direito Civil. Essa sistematização aponta a pessoa natural, o nascituro e a prole eventual como sujeitos de direitos. Assim, o problema da disciplina jurídica do embrião extracorpóreo tem como ponto de partida a desnecessária

²⁹ SILVA, De Plácido e. *Dicionário jurídico*. Revisto e atualizado por Nagib Slaibi Filho. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

³⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 69.

³¹ CARVALHO, Gisele Mendes de. Reflexões sobre a clonagem terapêutica e a proteção penal do embrião humano. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 94, v. 842, dez 2005, p. 393.

tentativa de subsumi-lo a uma dessas categorias [...]”³²

O Conselho Federal de Medicina entende que o embrião fecundado em laboratório que se encontra “em estágio de oito células sem desenvolvimento de placa neural não pode ser considerado um ser humano. É uma expectativa potencial de vida. Assim como também são expectativas de vida os gametas masculinos e femininos, isoladamente. São partes que se completam para permitir, através de sua fusão, a mágica da vida: o ser humano”.

Não há dúvida de que a partir da fecundação já existe vida, mas esta não é estabelecida num único momento, mas em várias etapas, assim como a morte.

Portanto, o embrião criopreservado deve ter uma tutela jurídica apropriada, bem como ter sua dignidade resguardada, porém não nos mesmos moldes que o nascituro, já que não pode assim ser considerado.

Se o embrião *in vitro* fosse considerado nascituro, não haveria nenhuma discussão quanto à sua capacidade sucessória, pois o Código Civil, em seus arts. 2º e 1.798, põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Também não haveria controvérsia, caso fosse considerado prole eventual, pois o inc. I do art. 1.799 asseguraria os direitos sucessórios dos não concebidos até dois anos ³³ após a morte do testador.

Portanto, os embriões extrauterinos são carecedores de capacidade jurídica passiva (art. 1.798 do Código Civil).

Parte da doutrina³⁴ entende que, embora os vínculos de filiação devam ser estabelecidos, a inseminação *post mortem* não poderá gerar direitos de ordem patrimonial, pois isso acarretaria problemas de

³² ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. *Revista Jurídica UNIFACS*, Salvador, jul. 2007, p. 9.

³³ Art. 1.800. [...]

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

³⁴ Nesse sentido, ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas jurídicos da procriação assistida. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 90, v. 328, 1994. BITTAR, Carlos Alberto. Problemas ético-jurídicos da inseminação artificial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 696, ano 82, p. 277-278, out./93. MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2009.

ordem prática e infringiria os princípios constitucionais da segurança jurídica e da irretroatividade.³⁵

Para esses doutrinadores, tal solução jurídica não afetaria o princípio da igualdade dos filhos, consagrado na Constituição Federal, porquanto esse princípio preceitua que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. No caso das inseminações *post mortem*, há uma absoluta disparidade com a concepção ordinária, que ocorre antes da morte de um dos genitores.³⁶

Entretanto acredita-se na possibilidade de sucessão testamentária como expressão de última vontade em favor de prole eventual própria.³⁷

Nesse sentido, assevera Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “[...] a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão.”³⁸

Juliane Fernandes Queiroz acredita que no testamento também deverá ser fixado prazo de espera do nascimento dos embriões criopreservados.³⁹ A não fixação de prazo levaria ao inconveniente de os demais herdeiros precisarem aguardar a abertura da sucessão, tendo seus direitos violados.

Sugere-se então que os embriões criopreservados, inseminados após a morte de um dos genitores, recebam o mesmo tratamento jurídico para os filhos preteridos em inventário e partilha, ou seja, a ação de petição de herança.

³⁵ DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII, n. 188, 15 nov. 2004.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ O Código Civil não contempla essa possibilidade.

³⁸ GAMA, op. cit., p. 732.

³⁹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

Caso o genitor não tenha deixado expressamente manifestado o desejo de que o embrião fosse implantado, ou não tenha deixado testamento contemplando prole eventual própria, a partilha da herança deverá ser feita normalmente e, nascendo o fruto dessa técnica, dentro do lapso temporal de 10 anos a contar da morte do *de cujus*, seu representante legal poderá ingressar com a ação de petição de herança em face dos herdeiros.

Após esse período, devem apenas ser reconhecidos ao bebê seus direitos de filiação, irrenunciáveis e imprescritíveis. Por certo que essa não é a melhor solução jurídica, contudo oferece estabilidade jurídica, pois contempla os filhos e herdeiros nascidos antes da morte do genitor titular do material genético.

A solução apontada não fere o direito à igualdade, porque “determinados atos não devem ser praticados, se as circunstâncias forem normais, mas estes poderão ser admitidos em circunstâncias excepcionais,⁴⁰ como a do caso em tela.

Acredita-se que a inseminação artificial *post mortem* não deve ser admitida; porém, se ocorrer, não se podem afastar os direitos sucessórios daquele que nasceu. Isso violaria ainda mais os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, visto que esta, já privada da convivência paterna, seria preterida economicamente, o que prejudicaria seu desenvolvimento.

Desse modo, conclui-se que o legislador, atento aos direitos da personalidade, poderia normatizar no sentido de fixar lapso temporal para a concepção *post mortem*, e, enquanto isso não acontecesse, os direitos sucessórios do embrião não concebido, para que fossem assegurados, deveriam ser previstos em testamento.

6 DA AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO PARA REALIZAÇÃO DE INSEMINAÇÃO *POST MORTEM*

A Resolução nº 1.358/1992, sobre normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dispõe que:

“II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

⁴⁰ ARISTÓTELES apud FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 138.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

[...]

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES

3 - No momento da criopreservação, 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."

Dessa Resolução interpreta-se que, para submeter-se à técnica, a mulher precisará do consentimento do esposo ou companheiro, tanto na reprodução assistida homóloga quanto na heteróloga.

No sistema do Código Civil, a paternidade se estabelece de duas formas: para os filhos de pessoas casadas entre si, opera-se a presunção *pater is est quem nuptias demonstrant*, independentemente da utilização de reprodução artificial; para os filhos nascidos fora do matrimônio, há o reconhecimento voluntário ou judicial.

Em vida, quando um homem consentir de forma livre e consciente na inseminação heteróloga de sua esposa ou companheira, em nenhum momento poderá contestar a paternidade, não mais se cogitando de presunção *iuris tantum*, mas *iure et de iure*, nos termos do inc. V, art. 1.597, do Código Civil.

Já se a mulher se utilizar da inseminação com sêmen de terceiro sem que haja o conhecimento de seu marido ou companheiro, infringirá os deveres do casamento, tornando insuportável a vida em comum e podendo o marido contestar a paternidade desse filho, ainda que o haja registrado, tendo em vista que o fez em erro.

Situação controvertida se mostra quando a fecundação ou implantação ocorre após a morte de um dos genitores.

Em primeiro lugar, se o falecido deixou autorização expressa para a realização do procedimento, não há dúvida de que a criança será reconhecida, independentemente da questão sucessória, desde que, como tratado anteriormente, o nascimento tenha ocorrido dentro do prazo de dez anos a contar do falecimento do genitor.

Contudo, imagine-se que o genitor falecido tenha deixado manifestação expressa no sentido de que não fosse realizada a inseminação *post mortem*. Nesse caso, há um conflito entre direitos da

personalidade, pois o menor tem o direito imprescritível ao reconhecimento de sua paternidade, e o doador dos gametas também tem o direito de optar pela implantação ou não de seu material genético.

Como retroexposto, o direito à filiação está acima do direito à reprodução, e assim o filho deverá ser reconhecido, mesmo contra a vontade paterna. Já o direito sucessório restará prejudicado, não devendo ser conferido ao menor diante da recusa veemente do genitor.

Não se exclui, nesse caso, a responsabilidade civil da clínica que realizou o procedimento ou que liberou o material genético para que este fosse utilizado. Segundo o Conselho Federal de Medicina, no momento da criopreservação, 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. Assim, a clínica de fertilização tem condições de saber qual a vontade do doador, e este, sobrevivendo mudança de vontade, pode notificá-la extrajudicialmente.

Portanto, cedendo material genético ou realizando a inseminação contra a vontade expressa do doador, a clínica será responsabilizada objetivamente⁴¹, podendo inclusive ser obrigada a prestar alimentos à criança privada do direito sucessório do genitor que não anuiu com a inseminação.

7 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARADIGMA DA ORDEM JURÍDICA

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal, é fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais⁴² e se inclui como um dos objetivos fundamentais da República, tornando defeso à ciência avançar, sob qualquer pretexto, suas fronteiras limitadoras. Esta deverá pautar-se no mais amplo

⁴¹ Conforme inc. XXXII do art. 5º da Constituição Federal, e arts. 12, 13 e 14 do Código de Defesa do Consumidor.

⁴² FAGUNDES JUNIOR, José Cabral Pereira. Limites da e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 266.

conceito do que seja dignidade da pessoa humana.⁴³

O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser estendido a toda criança que venha a nascer através da biotecnologia. Ela deve dispor das condições indispensáveis para nascer e viver em um ambiente familiar com o afeto necessário para um desenvolvimento físico, psíquico e sentimental adequado.

O bem-estar da criança deve estar acima de qualquer outro interesse, mesmo que esteja em conflito com os interesses de seus pais biológicos ou afetivos.

Portanto, embora os direitos sexuais e reprodutivos sejam assegurados por meio de RA, a elaboração de uma lei que venha a discipliná-la deve ater-se ao princípio da dignidade humana e do melhor interesse da criança, sendo vedada a prática de atos atentatórios à existência, às liberdades individuais e à inviolabilidade da pessoa humana.

8 CONCLUSÃO

A partir do século XX, a ciência alcançou considerável avanço tecnológico e as técnicas de reprodução assistida são frutos desse progresso. Podem ser conceituadas como o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas.

O planejamento familiar está associado aos direitos de reprodução e é assegurado no ordenamento jurídico pátrio, que o instituiu por meio da Lei nº. 9.263/1996. Pode ser definido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direito igual de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. A Constituição Federal de 1988 também o albergou no § 7º do seu art. 226.

A lei supracitada abre espaço para a utilização das técnicas de reprodução assistida, ao assegurar, em seu art. 9º, que, “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”.

⁴³ Ibid.

A reprodução assistida, enquanto permite a realização do projeto parental, também gera inúmeras controvérsias jurídicas, como aconteceria, por exemplo, se a inseminação artificial *post mortem* ocorre quando um casal fornece o material genético mas este é implantado no útero apenas após a morte de um dos doadores.

Essa técnica é proibida em alguns países, como Alemanha, Suécia e França; Espanha e Inglaterra a permitem sob algumas condições.

No Brasil, a única disposição sobre o assunto foi emanada pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução nº. 1.358/1992, a qual disciplina que, no momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos.

Acredita-se que a inseminação *post mortem* não deva ser autorizada, visto que, quando um dos genitores opta pela formação de uma família monoparental, suprime da criança o direito de convivência com o outro genitor, já falecido. Porém, caso ocorra, como o direito à filiação sobrepuja o direito de procriação, deve ser conferido ao menor o reconhecimento da paternidade e assegurado o seu direito sucessório, caso o requeira dentro do prazo prescricional previsto para a ação de petição de herança, que é de 10 anos.

Caso o doador do material genético tenha deixado manifestação expressa no sentido de que não fosse realizada a inseminação *post mortem*, e mesmo assim esta venha a ocorrer, o filho deverá ser reconhecido, mas não terá parte na sucessão, podendo a clínica de fertilização ser responsabilizada civilmente pela realização do procedimento ou pela liberação do material genético.

Em qualquer conflito oriundo da reprodução assistida e da inseminação *post mortem* o princípio da dignidade da pessoa humana deverá ser observado, juntamente com os do melhor interesse do menor, do planejamento familiar e da paternidade responsável.