

REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* UM FATO GERADOR DE PROBLEMÁTICAS JURÍDICAS

Marcus Vinicius de Carvalho Praxedes¹

Luciana Flávia Nunes Casimiro²

RESUMO

O presente artigo científico, por meio de um estudo descritivo, busca proporcionar um exame sócio jurídico dos efeitos oriundos da reprodução assistida *post mortem* como forma legal de constituição de Família, respeitando os preceitos constitucionais de Direito à Vida e da Dignidade da Pessoa Humana. Apresenta-se uma visão crítica sobre o avanço científico frente à evolução normativa, verificando-se, inclusive, a ausência de norma específica sobre o assunto, ficando a cargo dos operadores do direito encontrarem respostas às mais diversas situações, especialmente, as que envolvem o Direito Sucessório, no qual se evidencia um tratamento diferenciado acerca desses futuros sujeitos de direitos e obrigações – nominados de prole eventual –, no recebimento de herança.

Palavras-Chave: Direito Constitucional e Civil. Reprodução Assistida *Post Mortem*. Prole Eventual. Reflexos no ordenamento jurídico pátrio.

ABSTRACT

This scientific article, through a descriptive study seeks to provide a legal examination of the social effects from post-mortem of assisted reproduction as legal form of a family, while respecting the constitutional Right to Life and Dignity of the Human Person. It presents a critical view of scientific progress against the normative evolution, verifying, including the absence of specific regulations on the subject, leaving it to the right of operators to find answers to many different situations, especially those involving the Succession law, which is evident on a different treatment of these subjects of future rights and obligations - any nominees of offspring - in receipt of an inheritance.

Keywords: Constitutional Law and Civil. Assisted Reproduction Post Mortem. Possible offspring. Reflections in the legal parental rights.

¹ Discente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio grande do Norte - FARN. E-mail: marcusp29@hotmail.com

² Docente do Curso de Direito da Faculdade Natalense para o Desenvolvimento do Rio grande do Norte - FARN. E-mail: casimioluciana@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO

Os avanços científicos, em especial no campo da Biogenética, vêm transformando conceitos tradicionais já difundidos e aceitos pela sociedade, que até então dependiam exclusivamente de fatos naturais: a vida e a morte.

Dentre as inovações biogenéticas tem-se a possibilidade da geração de vida em laboratório, independente do ato sexual, através das técnicas de reprodução humana assistida, utilizadas quando casais encontram dificuldade ou impossibilidade de concepção natural.

Dentre essas técnicas, as formas de concepção mais utilizadas são inseminação artificial e a fecundação *in vitro*, nas quais poderão ocorrer por uma forma heteróloga, usando-se o sêmen de um doador fértil ou homólogo, com a utilização de gametas masculinos e femininos do próprio casal.

A reprodução assistida deixou de ser um tabu à população brasileira, justificando-se pelo aumento significativo por uma de suas técnicas como forma de suprir o desejo da maternidade e paternidade de muitas pessoas, que por diversos fatores físicos e/ou psicológicos não conseguem fazê-lo de forma natural.

A partir daí surgem toda a problemática do assunto, pois o ordenamento jurídico não consegue acompanhar o ritmo acelerado das mudanças sociais, aparecendo as suas temidas lacunas.

Resta incontroverso que, sob o âmbito constitucional, não existe impedimento ou vedação à utilização de técnicas reprodutivas, tendo, inclusive, a Carta Magna reconhecido a sua proteção como Direito à vida e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – garantias fundamentais.

Cabe como consequência, também o albergue legal do ordenamento jurídico civil, seja através do Direito de Família, que reconhece a filiação das crianças geradas por procedimento reprodutivo assistido, seja por ato *inter vivos* ou *post mortem*, bem como pelo Direito Sucessório ante a possibilidade ou o dever desses sujeitos receberem herança.

Assim, buscando discutir a viabilidade da utilização da reprodução assistida *post mortem*, e a sua repercussão dentro do ordenamento jurídico brasileiro, apresenta-se o presente artigo científico.

2. A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: conceituação e suas técnicas

A reprodução assistida foi desenvolvida inicialmente à procriação animal, mas com o acelerado desenvolvimento tecnológico e científico ao passar dos anos, passou a ser utilizado por humanos com problemas reprodutivos, a fim de gerarem a prole tão desejada.

A reprodução assistida pode ser definida como o conjunto de técnicas que possibilitam a formação de uma vida independente da relação sexual, através da manipulação laboratorial de pelo menos um dos gametas, espermatozóide ou óvulo.

De acordo com uma lenda, a inseminação artificial foi utilizada primeiramente pelo povo árabe, em Equinos, no ano de 1332. A História, entretanto, tem como marco a demonstração do monge italiano Lázaro Spallanzani, em 1779, que fecundou uma cadela, sem o contato com o macho, apenas aplicando-lhe o sêmen colhido mecanicamente, tendo aquela parindo três filhotes (VANZIN, 1999).

Assim, com base nas experiências realizadas ao longo dos anos pelos diversos povos, os cientistas, decidiram se aprofundar nesses estudos, cujo objetivo principal era solucionar problemas de casais que não conseguiam gerar filhos de maneira natural, desenvolvendo diversas técnicas de reprodução assistida, preenchendo a lacuna da infertilidade materna ou paternidade dessas pessoas.

Atualmente, as técnicas de reprodução humana assistida mundialmente mais e utilizadas são a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a gestação em substituição (barriga de aluguel), as quais se explica a seguir.

No entanto, a partir do momento em que essas técnicas deixam de cumprir essa finalidade, qual seja, ajudar os casais a gerarem um filho, surgem as problemáticas jurídicas, éticas e religiosas, tais como, o uso de materiais genéticos criopreseervados e a reprodução *post mortem*.

2.1. Inseminação Artificial

Nos seres humanos, a inseminação artificial, foi relatado pela primeira vez, com sucesso, em 1791, pelo médico inglês John Hunter. (FONTES, 2011).

A inseminação artificial é a técnica mais simples de reprodução humana assistida, sendo também considerada a de menor complexidade, uma vez que, ocorre apenas a manipulação de um dos gametas, em sua grande maioria, masculino, onde sêmen é colhido por estimulação mecânica, havendo em seguida uma seleção dos espermatozóides móveis e normais para posterior colocação dentro do útero da receptora.

2.2. A Fertilização *In Vitro*

O marco inicial da utilização da fertilização *in vitro* em seres humanos ocorreu em junho de 1978, após mais 10 (dez) anos de experimentos com embriões, quando nasceu Louise Brown, o primeiro bebê de proveta (Steptoe & Edwards, 1978).

Atualmente, esse método é a mais usual das técnicas de reprodução humana assistida.

Segundo Roberto Wider (2007, p. 08), esta técnica. *consiste em colher óvulos de uma mulher, fertilizá-lo numa placa de Petri, para os mesmos, quando transformados em zigotos, iniciando a divisão celular, serem colocados dentro do útero da receptora.*

Assim, em virtude da fecundação do óvulo pelo espermatozóide acontecer fora do corpo da mulher, ou seja, em laboratório, e mais especificamente em uma placa de vidro com a utilização de uma proveta, a técnica ficou conhecida popularmente como bebê de proveta.

Complementando o conceito, admitem-se duas categorias de fertilização *in vitro*: a) **heteróloga**, aquela em que os médicos (cientistas) utilizam o material genético de uma terceira pessoa, um doador ou; b) **homóloga**, aquela em que o médico realiza o procedimento com o material genético do próprio casal ao invés da participação de uma terceira pessoa, procedimento que mais interessa para o estudo do presente artigo científico.

No Brasil, há restrições no tocante a utilização dessa técnica reprodutora, pois de acordo com a Resolução do Conselho Nacional de Medicina nº 1.957/2010, de 06 de

janeiro de 2011 (CFM, 2011), em seus o número de embriões a serem transferidos para a receptora é de no máximo quatro³, devido ao risco da gravidez múltipla.

Ademais, é importante informar, quanto os embriões excedentes – *já que há autorização legal de serem coletados até 04 embriões* -, que não foram implantados no primeiro processo de fertilização, ser congelados, havendo uma necessidade de reimplante em outro ciclo da mulher.

No entanto, mesmo com o avanço perene da Medicina, ainda existe chance desse procedimento não obter sucesso, motivando os especialistas a congelarem os embriões de boa qualidade para serem implantados na mulher em outro ciclo, gerando a partir daí debates importantes no ordenamento jurídico atual: quando a fertilização ocorre com sucesso, o que será feito com os embriões excedentes?

2.3. Gestação em Substituição (Barriga de Aluguel)

Apesar dessa técnica não ser muito utilizada no Brasil, a gestação em substituição, mais conhecida como barriga de aluguel, é a técnica na qual uma mulher – a que será a mãe biológica – “doa” o seu material genético, juntamente com o material genético de seu marido ou companheiro, à mãe de substituição, a qual suportará a gestação e o parto.

No entanto, o Conselho Nacional de Medicina se posicionado acerca desse tipo de reprodução, através da prefalada Resolução de nº 1.957/2010, em seu Capítulo VII, n.2, veda o caráter lucrativo desse procedimento, no sentido de que *as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina*.

Ao final da gravidez, a mãe que suportou toda a gestação tem que entregar o bebê para a mãe biológica, ou seja, para quem forneceu o material genético.

De tal fato, geralmente aparecem os conflitos judiciais, uma vez que, a pessoa que forneceu o meio para a gestação cria um vínculo afetivo com o nascituro, a ponto de

³ Resolução n 1.957/2010 – Princípios Gerais (...) **6** - O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

se arrepende, posteriormente, ter participado dessa situação. Então, indaga-se, quem é a verdadeira genitora: a que forneceu o material genético ou quem possui o vínculo afetivo?

3. Reprodução Assistida Post Mortem: Generalidades

As evoluções tecnológicas permitiram criar formas de armazenamento de material genético – *sêmen ou embrião criopreservados* - para posterior e necessária utilização.

Um exemplo dessa necessidade acima citada, são os pacientes diagnosticados com doenças graves e com grande possibilidade de infertilidade após o tratamento, nos quais são aconselhados a armazenarem seu material genético; jovens soldados, por medo de se tornarem inférteis, coletam seu material genético antes de irem à guerra ou em outro conflito, bem como, mulher ou casal que utilizam uma das técnicas de reprodução assistida, por não conseguir engravidar pela via natural.

No caso de reprodução *post mortem*, nos interessa a **inseminação homóloga** e a **fecundação *in vitro* também homóloga**, ou seja, quando o material genético pertencer a cônjuge ou companheiro falecido, sendo esta a delimitação do tema.

Ainda a Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina dispõe como primeiro princípio geral *que as técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana*. Mais adiante, esclarece que *o consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores*.

Vejamos o que dispõe a mencionada Resolução, em sua de suas normas (V, n. 03):

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, doença grave ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (CFM, 2011).

Apesar da exigência do consentimento expresso acerca do destino do material genético colhido e conservado a partir da criopreservação, atualmente há discussão sobre a revogabilidade dessa anuência, pois o paciente doador não pode prevê as consequências advindas dessa inseminação quando da sua morte.

Sobre a matéria, o Enunciado 106 do CJF estabelece:

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 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. (CJF, 2011)

Desta forma, resta claro, a possibilidade de se utilizar a reprodução *póstuma* no ordenamento jurídico pátrio, verificando-se os reflexos jurídicos, no âmbito constitucional e civil, o que se passa a abordar.

4. ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. Constituição Federal de 1988

Os princípios, direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna devem ser observados quando da elaboração de qualquer norma, pois ao contrário, em caso de violação desses preceitos, macula-se a norma pela sua inconstitucionalidade.

Dentre os princípios constitucionais, elenca-se o artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 2011) como essencial ao tema proposto, qual seja, o **Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**.

O aludido princípio - indispensável à existência humana -, vem sendo utilizado como fundamento básico do Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;**
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Grifo acrescido).

Ademais, a dignidade da pessoa humana se encontra refletida em diversas normas positivas constitucionais. Trata-se de indicador de referência à elaboração de todas as normas que devem harmonizar seu texto com tal princípio.

Destarte, a inserção do referido assunto na ordem jurídica ocorreu antes mesmo de estar presente, de forma expressa, no texto constitucional, existindo uma relação de respeito por todos os indivíduos, em todos os seus atos.

Seu conceito engloba outros direitos, como o direito à vida, à saúde, à liberdade de expressão, de crença, à integridade física e moral. Sendo assim, é possível se buscar a dignidade da pessoa humana fazendo uma abrangência maior, de forma sistemática, integrada com todos os outros princípios, direitos e garantias constitucionais.

É o escólio da professora da UERJ, Dr^a. Ana Paula de Barcellos:

Ele forma com outros, em relação de repercussão recíproca, um fenômeno mais abrangente, que não pode ser desconsiderado. Uma abordagem simplista do assunto pode até facilitar a vida do interprete em um primeiro momento, mas pouco contribui para a proteção e a promoção integral da dignidade pretendida pelo texto constitucional. (BARCELLOS, 2008, p. 223).

Várias concepções podem surgir da sociedade para conceituar a dignidade da pessoa humana. Porém, nenhuma delas deve desvirtuar a existência humana, ou seja, o mínimo existencial deve ser o consenso em todo e qualquer conceito sobre a dignidade humana. Aliás, é muito semelhante ao conceito do mínimo existencial, significando a parcela mínima de direitos sem a qual a pessoa não vive.

Associando o princípio da dignidade humana com a reprodução *post mortem*, esta se inclui no contexto do primeiro, por se correlacionar com a existência/surgimento

da vida, garantia fundamental a todo e qualquer ser humano, sujeito de direitos e obrigações.

No entanto, alguns pontos não podem deixar de ser abordados quando se trata do tema, tais como, o fato da criança já nascer sem pai, não afrontaria o Princípio da Dignidade Humana, pois não teria o direito sequer de conhecer aquele que lhe deu direito à vida?

Em contrapartida, a nossa Constituição protege a família, ao dispor, nos moldes de seu artigo 226, §4º que, *entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.*

A família monoparental, em muitas situações, é consequência fática da vida, dentre elas, a utilização do material genético somente após o óbito de um dos genitores. Diante disso, surge o seguinte questionamento: nesse caso, não se trata de escolha da criança iniciar a sua vida em uma família monoparental, mas sim dos genitores. Não estaria prejudicando o melhor interesse desse indivíduo, já que a convivência deveria ser com os pais (plural)?

Assim, diante das várias transformações que ocorrem na vida do ser humano, sabe-se que, com o avanço tecnológico da Medicina, tornou-se possível a constituição da família planejada, mesmo com a morte do marido. Essa é a realidade atual.

Como dito acima, a dignidade humana está intimamente ligada ao direito à vida. Este, por seu turno, tanto abrange o direito de começar a viver, o de continuar vivo ou de não morrer, como também o direito à sobrevivência - direito a condições mínimas -. O essencial é que ele seja garantido, de qualquer forma, não deixando que seja violado esse bem maior.

Interessante compreender que a vida deve ser vista em seu conteúdo mais amplo, como bem, pontua a doutrina predominante. A Vida, no texto constitucional - *art. 5º, caput*⁴ -, não está considerada apenas no sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas também na sua acepção biográfica, mais compreensiva.

Assim, sendo, a vida não pode ser simplesmente definida em algumas poucas palavras, tampouco pode seu significado restringir apenas a definição dada por um dicionário - *por mais completo que seja esta obra.* Dever ser analisada e entendida na

concordância de muitos outros aspectos subjetivos, tantos quantos puderem ser considerados.

Entrementes, dentro desse aspecto subjetivo da vida, aparece a necessidade da constituição da FAMÍLIA, utilizando-se de um planejamento. É a era do Princípio da Paternidade responsável, consciente, que também aparece como um corolário da dignidade humana.

Nesse sentido, o artigo 226, § 7º da Constituição Federal:

Art. 226- A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (...)

§ 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.

Uma das conseqüências desse direito de livre planejamento familiar é escolha pela utilização de uma das técnicas de reprodução assistida. De acordo com o Princípio da Legalidade, os interessados podem realizar aquilo que não for proibido por lei, estando, portanto, livres para decidir quantos filhos ter, se tê-los ou não, havendo também a liberdade de decisão quanto à forma de tê-los, incluindo, neste último ponto, a reprodução através de técnicas científicas em laboratório, em vida ou após a morte.

Note-se, por fim, que apesar de todo o exposto, o texto constitucional não disciplinou expressamente quais são os direitos dos filhos advindos de uma técnica de reprodução assistida ou *post mortem*, utilizando-se da interpretação extensiva e sistemática. Mas, ressoa claro, que a esses sujeitos, restam assegurados os mesmos direitos dos filhos gerados em vida, de forma natural ou não, inexistindo, portanto, entre eles qualquer caráter discriminatório.

4.2. Código Civil de 2002

⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Apesar do Código Civil (BRASIL, 2011) vigente não tratar, de forma especial, sobre a reprodução assistida *post mortem*, o faz através de algumas referências específicas do Direito de Família e no Direito Sucessório.

Desta forma analisemos separadamente as peculiaridades do tema em estudo, à luz de cada um dos citados ramos do Direito Civil.

4.2.1. Direito de Família

A preocupação do Código civil vigente é demonstrar que procriar é uma realidade muito próxima da sociedade pelos inúmeros avanços científicos que possibilitam o exercício do desejo da maternidade ou paternidade de certos sujeitos, mesmo após o óbito.

Nesse diapasão, há o disciplinamento pelo artigo 1597, do Código Civil abaixo transcrito:

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

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

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. (Grifo nosso)

Interessante, ainda, informar, que as expressões, *mesmo que falecido o marido* e *a qualquer tempo*, acima grifadas (art. 1597, incisos III e IV, do CC), comprovam que está inserido no conceito de filiação, pela presunção da paternidade, daqueles gerados por uma das técnicas de reprodução assistida póstuma, da forma homóloga, em defesa dos princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, conforme já desenvolvidos no presente trabalho.

Com isso, o legislador, através do Direito de Família, protege os direitos as pessoas físicas nascidas por meio dessa técnica, garantindo-lhes a obtenção do registro civil de nascimento constando o nome de seu progenitor.

4.3 – Direito das Sucessões

É cediço que o Direito de Família tem uma estreita relação jurídica com o Direito Sucessório. Cabe ao primeiro caderno material dispor sob a existência, natureza e estrutura da filiação. Já ao segundo, compete disciplinar a relação jurídica patrimonial ou extrapatrimonial entre os descendentes e os seus genitores, os quais mantêm o vínculo do parentesco/consangüinidade definido pelo Direito de Família, aparecendo assim como beneficiários de uma herança, verificada quando da abertura da sucessão de uma dessas pessoas.

Abertura da sucessão - linguagem utilizada no Código Civil, tanto em sua Parte Geral quanto no Livro de Sucessões - significa **morte**, evento futuro e certo de um indivíduo, oportunidade em que se transmite imediatamente à herança aos seus sucessores legítimos e/ou testamentários.

Acerca da qualidade inicial de sucessor, tal seja, legitimado passivo da relação sucessória, o Código Civil, em seu artigo 1798, determina que assim são consideradas *aquelas pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão* (BRASIL, 2011).

Numa interpretação literal do texto civilista, *a priori*, entende-se que um provável filho gerado por reprodução artificial *post mortem* não se enquadra na condição de sucessor legítimo, por nem sequer estar concebido, quando ocorreu a abertura da sucessão.

O assunto é polêmico, requerendo sua análise cuidadosa. A transmissão da herança é uma consequência da morte, e, em primeiro plano, a possibilidade de um indivíduo ainda não gerado se tornar herdeiro, traz insegurança jurídica aos sucessores já existentes quando do falecimento do autor da herança. Por outro lado, a proibição dessa futura prole participar como beneficiário do acervo patrimonial gera uma inobservância constitucional, já que em relação aos filhos, aplica-se, em regra, o Princípio da Igualdade, desrespeitado nessa hipótese.

Na busca por uma solução jurídica plausível ao impasse sucessório, a jurista Maria Berenice Dias opina:

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1784), mesmo que não nascidos (CC 1798) e até as pessoas ainda não reconhecidas (CC 1799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor (DIAS, 2008, p. 117).

Inovando em sentido contrário ao entendimento da digníssima doutrinadora, o Projeto de Lei n. 90/99, de autoria do Senador Lúcio Alcântara, **encontrando-se arquivado⁵ apesar de sua grande relevância**. O mesmo dispõe sobre a reprodução assistida, regulando a matéria de forma especializada, em detrimento ao Código Civil (BRASIL, 2011).

O artigo 3º do supramencionado projeto, trata do consentimento informado pelo doador, que regula sua obrigatoriedade, através de um formulário especial e por ele devidamente assinado. Mais adiante no artigo 9º, § 4º, inciso IV, do mesmo projeto, determina ser ainda indispensável o descarte do material (gametas e embriões) em caso de morte de uma das pessoas que originaram os embriões preservados. Note-se que neste dispositivo, o projeto de lei dispõe apenas sobre embriões.

Continuando, o artigo 12, trata da filiação da criança gerada por meio da reprodução assistida, e no seu parágrafo segundo, a hipótese de fecundação após a morte do doador genético (gameta). Neste caso, a criança terá reconhecida a sua filiação ao progenitor falecido.

Por fim, o artigo 13º, inciso VII, disciplina que é crime utilizar gametas de depositantes sabidamente falecidos, o que se assemelha com Lei lusitana específica, que será tratada no próximo tópico desse artigo científico.

Mas, enquanto o disciplinado acima for apenas projeto de lei, continua aplicando-se o Código Civil, que de forma injustificável não trata amplamente sobre os reflexos da reprodução assistida no Direito Sucessório.

⁵ Fonte: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=1304

4.3.1 – Sucessão: Herdeiros Necessários x Prole eventual (Filiação)

Antes de tudo insta esclarecer inicialmente que a relação jurídica sucessória pode se dar por sucessão legítima e/ou por testamentária, respectivamente, nos artigos 1798 e 1799 do Código Civil.

A sucessão legítima ou legal consiste na transmissão do patrimônio instituído pelo falecido aos seus herdeiros e decorrência exclusivamente da lei. Noutra seara, também pode ser considerada sucessão legítima quando inexistir testamento, ou havendo, não tiver conteúdo patrimonial, for considerado nulo ou caduco. Já a sucessão testamentária, advém por ato de disposição de última vontade do testador através de um instrumento formal – testamento direciona os bens que compõe o seu acervo patrimonial, sempre se respeitando os ditames legais em relação ao limite de disposição e a legitimidade passiva – respectivamente, artigos 1857, §1º e 1801 do CC.

Analizando o artigo 1798 do texto civilista, aplicável à sucessão *ab intestato*⁶, verifica-se que em nada dispõe sobre a prole eventual – *sentido amplo* –, pois apenas *legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*⁷.

Tal exclusão é motivo ensejador de disputas familiares no âmbito judicial tendo em vista que a prole eventual, apesar de ser reconhecida como forma filiação/classe dos descendentes, não se enquadra para efeito sucessório, como herdeiro necessário.

O não enquadramento dos indivíduos ainda não concebidos como herdeiro necessário nos termos do artigo 1845 do CC, reflete a impossibilidade para suceder pela forma legítima – sucessão legal.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁸:

DIREITO CIVIL. SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA. FILHOS LEGÍTIMOS DO NETO. LEGATÁRIOS. ALCANCE DA EXPRESSÃO. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO. ENUNCIADO Nº 5 DA SÚMULA/STJ. LEGATÁRIO AINDA NÃO

⁶ Sucessão é imediata, e com transmissão patrimonial automática.

⁷ Adoção da Teoria Natalista – Artigo 2º do CC - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁸ Fonte: www.stf.jus.br

CONCEBIDO À DATADO TESTADOR. CAPACIDADE SUCESSÓRIA. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.
(...)

II - A prole eventual de pessoa determinada no testamento e existente ao tempo da morte do testador e abertura da sucessão tem capacidade sucessória passiva (...) (REsp 203137/PR. 4ª Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, julgamento em 26/02/2002 e publicado no DJe em 12/08/2002. Pag. 214).

Noutro pórtico, a prole eventual – *sentido amplo* - não resta totalmente desamparada pelo Direito das Sucessões pátrio, nos termos do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, no qual prevê que estão legitimados a suceder *os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas à abertura da sucessão*. (Grifo acrescido).

Complementando a supramencionada proteção, disciplinou ainda em seu artigo 1.800, §4º, *o limite de dois anos para que este herdeiro seja concebido, caso contrário, os bens reservados para ele caberão aos herdeiros legítimos*.

Diante disso, conclui-se que o ordenamento jurídico atual reconhece que o filho concebido *post mortem*, terá apenas direito à partilha dos bens que foram deixados pelo falecido em testamento, configurando-se, portanto, a sua condição de herdeiro testamentário.

5. Direito Comparado

Segundo Roberto Wider (WIDER, 2007), para o tema em discussão, três posicionamentos básicos são discutidos pelos operadores do direito no mundo, os quais seriam:

a) proibição total da reprodução assistida *post mortem*; b) aceitação da reprodução assistida *post mortem*, com a exclusão dos direitos sucessórios; c) aceitação da reprodução assistida *post mortem*, garantindo ao nascituro os direitos sucessórios aos bens não partilhados no momento do nascimento.

Os defensores da primeira corrente (proibição total da reprodução assistida), os jusnaturalistas defendem que falecido o marido não se fala mais na possibilidade de sua procriação

A Itália, a França e a Suécia adotaram essa corrente ao legislar sobre o assunto, cujo fundamento essencial é a ética, reprovando veementemente a reprodução assistida póstuma, pois a criança já nasceria órfã, atingindo o Princípio da Dignidade Humana.

A Alemanha também é contra a reprodução póstuma, a ponto de penalizar com restrição da liberdade, quem realize o procedimento com sêmen de pessoa morta. Fundamenta tal proibição, grande parte dos doutrinadores, pois consideram violação aos bons costumes, além de entenderem que o direito de escolha sobre a utilização dos embriões e gametas se extingue com a morte.

Inicialmente, no mesmo pensar dos outros países acima citados, Portugal em seu projeto de Lei 135 VII, de 1997, artigo 14, *veda a utilização das técnicas de reprodução assistida com o material genético de marido falecido, ainda que este tenha deixado em vida por escrito o seu consentimento* (WIDER, 2007, p.75). Entretanto, em 1999 o Decreto 415/VII em seu artigo 18, n. 1, permitiu tal prática, mas com grandes restrições, havendo a necessidade da autorização por escrito do doador e com um prazo para a realização da inseminação, não superior a 03 (três) meses, contados do falecimento do mesmo.

A segunda corrente, adotada pela Inglaterra aceita com certa cautela o desenvolvimento tecnológico. O Parlamento Britânico, se precavendo de certas complicações jurídicas, principalmente no campo sucessório, permitiu essa prática desde que o filho concebido não tenha direitos sucessórios, assim, sendo tratado de maneira desigual em relação aos outros filhos, que porventura venham a existir antes da morte do pai. Assim, o novo ser terá direito apenas a filiação e não a sucessão.

Seguindo esse posicionamento, a legislação Espanhola, através da Lei nº 35 de 1988, garantiu a mulher o direito de constituir família, bem como, que o filho concebido pela reprodução póstuma tenha direito a filiação paterna, desde que registrado em testamento ou ser lavrado em cartório, e que a inseminação seja realizada até 06 (seis) meses após o falecimento do *de cujus*. Ultrapassado esse tempo, o filho gerado não terá direitos sucessórios. A reprodução *post mortem* é permitida, mas a filiação não é aceita.

Nas duas primeiras correntes, observa-se uma grande preocupação dos legisladores com a parte patrimonial, pode se dizer que assim, os legisladores evitam problemas egoísticos.

Já o Brasil, é adepto da terceira corrente (aceitação da reprodução assistida *post mortem*, garantindo ao nascituro os direitos sucessórios aos bens não partilhados no momento do nascimento), uma vez que há inúmeras decisões que permitem a procriação póstuma, até mesmo em caráter liminar, autorizando, inclusive, a utilização do procedimento reprodutivo, sem a autorização expressa do marido, situação esta que pode ser comprovada através da uma Ação de Obrigação de Fazer n. 0027862-73.2010.8.16.001, distribuída em 12/05/2010⁹, em tramitação perante o 13º Ofício Cível da Comarca de Curitiba/PR, senão vejamos a síntese do caso¹⁰:

A paranaense Kátia e o contador Roberto Jefferson Niels, 33, eram casados havia cinco anos. Tentavam engravidar naturalmente quando Niels foi surpreendido pelo câncer, em janeiro de 2009. Por indicação médica, congelou o sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil. Em julho do ano passado, o casal iniciou o tratamento de reprodução, interrompido depois de um novo diagnóstico: o câncer havia se espalhado para os ossos. Sete meses depois, Niels morreu. Ela quis dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos, fazendo uma inseminação com o sêmen congelado. Mas, ao procurar o laboratório onde está o esperma de Niels, ela soube que não poderia utilizá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido liberando o uso após sua morte. O laboratório alegou "*razões éticas*" para justificar a recusa (...)

6. CONCLUSÃO

No presente artigo restou demonstrado que as técnicas de reprodução assistida são muito bem aceitas pela sociedade, as quais possibilitam a geração de uma prole cuja probabilidade de existência seria reduzida ou quiçá aniquilada devido a problemas fisiológicos em ambos ou de um dos membros da entidade familiar.

⁹ www.tjpr.jus.br/consultaprocessual.

¹⁰ BIRNFELD, Marco Antonio. **Mulher pode ter filho de marido morto**. Disponível em <http://www.espacovital.com.br/noticia-18789-font-colorredstrongmulher-ter-filho-marido-mortostrongfont>

Entretanto, o grande problema enfrentado pelo ordenamento jurídico brasileiro atualmente é a lacuna normativa acerca da reprodução assistida *post mortem*, principalmente no que diz respeito à relação jurídica sucessória.

Excluir, da sucessão legítima, a filiação havida por meio da procriação póstuma não é a melhor solução legal, por se tratar de violação ao preceito constitucional de igualdade entre filhos, independente da origem dessa filiação: natural ou artificial, casamento, união estável ou concubinato.

Ademais, se o Código Civil Brasileiro permite e inclui no conceito de filiação a prole eventual – sentido estrito-, não havendo justificativa legal e nem plausível de quando nascem com vida, não sejam herdeiros necessários, ou seja, indispensáveis e aptos ao recebimento da herança pela sucessão legítima, devendo, ser o ordenamento jurídico analisado como um todo.

Assim, se tivesse que optar por um posicionamento, filio-me ao da proibição de uso das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, em conformidade com os jusnaturalistas, simplesmente para evitar os problemas jurídicos advindos desse procedimento.

Mesmo assim, está longe de se obter um posicionamento pacificado sobre o tema, requerendo uma reflexão e amadurecimento profundo dos estudiosos e aplicadores do direito a fim de evitar decisões prejudiciais a qualquer das partes envolvidas.

7. Referências Bibliográficas

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

BIRNFELD, Marco Antonio. **Mulher pode ter filho de marido morto**. Disponível em < <http://www.espacovital.com.br/noticia-18789-font-colorredstrongmulher-ter-filho-marido-mortostrongfont>.> Acesso em: 24 de novembro de 2011.

CORLETA, Helena Von Eve e FRAJNDLICH, Renato. **Técnicas de reprodução**. Disponível em: < <http://www.abcdasaude.com.br/artigo.php?665>>. Acesso em: 02 de setembro de 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, 6º volume: direito das sucessões**. 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1995.

MANJINSKI, Everson e Geraldo Manjinski Junior. Código Civil Comentado. Disponível em: <<http://manjinski.com.br/C%C3%B3digo%20Civil%20COMENTADO.htm>>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2007.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2747>>. Acesso em: 13 de setembro de 2011.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acessado em: 13 de setembro de 2011.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório na Legislação Vigente**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>. Acesso em: 15 de setembro de 2011

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15ª ed. – Malheiros editores Ltda. – São Paulo – SP, 2008.

VANZIN, Ivan Marcus. Inseminação Artificial e Manejo Reprodutivo dos Bovinos. Disponível em: <http://www.inseminaçãoartificial.com.br/historico.html>. Acesso em: 22 de setembro de 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 8ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris. 2007.

Conselho Federal de Medicina, **Resolução n 1.957/2010**. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm>. Acesso em: 15 de setembro de 2011.

BRASIL, Planalto. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: 16 de setembro de 2011.

_____. Planalto. **Lei nº 10.406/02**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: 16 de setembro de 2011.

_____. Planalto. **Lei nº 9.263/93**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: 20 de setembro de 2011

_____. Planalto. **Lei nº 8.069/90**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: 22 de setembro de 2011.

_____. STJ. Consulta. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acessado em: 24 de setembro de 2011.

_____. TJPR. Consulta processual Número Unificado 0027862-73.2010.8.16.001. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acessado em: 24 de novembro de 2011