

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO  
FACULDADE DE DIREITO  
CAMPUS CARAZINHO

Júlia Mühl Garbossa

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A  
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SUA  
INFLUÊNCIA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Carazinho  
2012

Júlia Mühl Garbossa

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: A  
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E SUA  
INFLUÊNCIA NO DIREITO SUCESSÓRIO

Monografia apresentada ao curso de Direito, da  
Faculdade de Direito da Universidade de Passo  
Fundo, como requisito parcial para a obtenção do  
grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais,  
sob orientação da professora Me. Fátima Pithan.

Carazinho  
2012

Aos meus pais, Celso e Ivania, por acreditarem na minha capacidade, abrindo mão de muitas coisas para me proporcionarem a realização deste sonho.

À minha madrinha Izoldi, que mesmo não estando mais entre nós, continua comigo, me dando força para buscar sempre mais e realizar meus objetivos.

## AGRADECIMENTOS

A Deus, que me abençoa todo dia, sempre estando ao meu lado, me dando coragem e luz para que assim eu tenha força para lutar e ir em busca dos meus sonhos.

À minha família, pelo amor, carinho e cuidado a mim dedicados, pois foram essenciais para que eu pudesse persistir e ter forças para concluir mais esta etapa da minha vida.

À professora Me. Fátima Pithan, pela dedicação, pelos belos exemplos que me foram passados, pelos conselhos e pelo incentivo para que eu chegasse à conclusão deste trabalho.

Aos meus colegas de escritório, pelas palavras de apoio, pela compreensão, pelo incentivo e os exemplos de vida e profissionalismo, que foram muito importantes para a minha formação.

Ao Jonatã, por estar sempre comigo em todos os momentos durante esta jornada, que percorremos juntos em busca de um mesmo objetivo, que finalmente está sendo alcançado.

Aos meus amigos, com quem pude dividir minhas angústias, medos, dificuldades e alegrias, por me mostrarem a verdadeira amizade e a todos que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho.

“Sem sonhos, a vida não tem brilho.  
Sem metas, os sonhos não têm alicerces.  
Sem prioridades, os sonhos não se tornam reais.  
Sonhe, trace metas, estabeleça prioridades e corra riscos para executar seus sonhos.  
Melhor é errar por tentar do que errar por omitir!”

*Augusto Cury*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar as técnicas de reprodução humana assistida, a inseminação artificial *post mortem* e a sua influência no direito sucessório. A constante evolução científica na área da reprodução humana assistida não vem sendo devidamente acompanhada pelo ordenamento jurídico pátrio, estas técnicas trazem consigo uma série de implicações jurídicas, éticas e psicológicas. Existem na doutrina brasileira visões diferentes com relação à inseminação artificial *post mortem* e ao direito de sucessão do concebido, uma que considera como sendo legitimada para participar da sucessão a pessoa já concebida ao tempo da abertura da sucessão, e a outra visão que vê a negação do direito de sucessão ao gerado por este método de reprodução, como uma afronta ao princípio da isonomia, tendo o concebido, legitimidade sucessória após a abertura da sucessão, desde que presente a autorização do de cujus para a utilização do material genético após a sua morte, sendo este, após a análise do problema exposto e considerando os princípios constitucionais, da Bioética e do Biodireito, o entendimento mais eficaz para a resolução do conflito. A inseminação artificial *post mortem* necessita de uma regulamentação no ordenamento jurídico, tanto com relação a sua possibilidade de realização, quanto em relação ao direito sucessório do concebido. A presente pesquisa utiliza-se do método dedutivo, trazendo posições divergentes com relação ao tema, diante da sua complexidade, pois cada vez mais casais buscam as técnicas de reprodução humana assistida tornando-se vasto o campo de discussão em torno do assunto.

Palavras chave: Biodireito. Bioética. Inseminação artificial *post mortem*. Reprodução humana assistida. Sucessão.

## SUMÁRIO

|   |           |
|---|-----------|
| <b>INTRODUÇÃO .....</b>   | <b>07</b> |
| <b>1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA .....</b>  | <b>09</b> |
| 1.1 A família: a evolução da estrutura familiar e o direito ao planejamento familiar por meio da Reprodução humana assistida..... | 09        |
| 1.2 Reprodução humana assistida: considerações históricas, aspectos médicos, religiosos e psicológicos .....                      | 15        |
| 1.3 Os principais métodos de reprodução humana assistida .....  | 21        |
| <b>2 ASPECTOS POLÊMICOS ENVOLVENDO AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....</b>  | <b>26</b> |
| 2.1 A Reprodução humana assistida à luz da Bioética e do Biodireito .....   | 26        |
| 2.2 A Reprodução humana assistida através da gestação de substituição: seus aspectos legais e o melhor interesse da criança.....  | 31        |
| 2.3 O dilema dos embriões excedentes: o destino que pode ser dado aos embriões mantidos em laboratório.....                       | 36        |
| <b>3 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i> E O DIREITO SUCESSÓRIO ..</b>  | <b>42</b> |
| 3.1 A inseminação artificial <i>post mortem</i> : aspectos fundantes .....  | 42        |
| 3.2 O disciplinamento jurídico da reprodução humana assistida no Brasil e no direito comparado .....                              | 47        |
| 3.3 O direito sucessório por parte da pessoa concebida através da inseminação artificial <i>post mortem</i> .....                 | 54        |
| <b>CONCLUSÃO .....</b>  | <b>59</b> |
| <b>REFERÊNCIAS .....</b>  | <b>61</b> |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará das técnicas de reprodução humana assistida, das evoluções ocorridas nesta área nos últimos anos, sinalizando com maior ênfase a inseminação artificial *post mortem* e a influência do Direito Sucessório quando da utilização desta técnica. Será abordada a possibilidade de a criança participar da sucessão do de cujus, mesmo nascendo após o seu falecimento, sendo os marcos teóricos da pesquisa o princípio da isonomia, previsto na Constituição Federal de 1988 e o artigo 1.597 do Código Civil brasileiro.

A legislação brasileira possui dispositivos conflitantes no tocante ao direito do concebido em suceder o falecido doador. Esse assunto deve ser analisado sobre os seus mais diversos aspectos, considerando os princípios jurídicos, éticos e morais e levando a discussão doutrinária sobre o tema, para enfim chegar a uma resposta para o problema em questão. Existem duas visões principais com relação à possibilidade de a criança gerada por inseminação artificial *post mortem* participar da sucessão do de cujus, a primeira entende que é legitimado a participar da sucessão, pessoa viva ou que já tenha sido concebida ao tempo da abertura da sucessão, não estando legitimada a suceder a pessoa concebida após a abertura da sucessão, por meio do emprego dos gametas do falecido.

De outra banda, a segunda vertente doutrinária acerca do tema, entende que a negação do direito de sucessão ao concebido por inseminação *post mortem* representa uma afronta ao princípio da isonomia, pelo fato de que os filhos do de cujus são tratados de forma desigual para fins de sucessão. Através desta constatação surge a hipótese de o concebido ter legitimidade sucessória após a abertura da sucessão. A escolha deste tema ocorreu em virtude do conflito entre dispositivos existentes na legislação brasileira e da falta de uma regulamentação com relação às técnicas de reprodução humana assistida.

O método para execução da monografia será o dedutivo, partindo de princípios e posições doutrinárias reconhecidas como verdadeiras. Serão estabelecidas premissas gerais relacionadas ao tema partindo para uma informação particular, para assim se chegar a uma conclusão sobre o tema discutido. Como objetivo geral tem-se estudar as técnicas de reprodução humana assistida e a inseminação artificial *post mortem*, frente à falta de regulamentação jurídica e analisar se há direito sucessório por parte da pessoa concebida após a abertura da sucessão.



No primeiro capítulo, será realizado um estudo com relação às evoluções ocorridas na estrutura familiar ao longo da história, também analisando o surgimento da reprodução humana assistida e seus aspectos médicos, religiosos e psicológicos. Após este estudo serão apresentados os principais métodos para a realização da reprodução humana assistida e suas aplicações.

Em seguida, no segundo capítulo, serão abordados alguns aspectos polêmicos envolvendo a reprodução humana assistida. Também será tratado sobre os princípios da Bioética e do Biodireito que devem ser aplicados quando relacionados às técnicas apresentadas, para que haja limites nas intervenções médicas em seres humanos. Após será estudado um tema bastante polêmico, a gestação de substituição, também conhecida como barriga de aluguel, mostrando suas consequências e a problemática que envolve a sua realização. Por fim será apresentado o dilema dos embriões excedentes e o destino que pode ser dado aos embriões mantidos em laboratório.

No último capítulo, será abordado de forma mais intensa a problemática da inseminação artificial *post mortem*, iniciando-se pelos seus aspectos fundantes, as discussões existentes com relação ao aspecto psicológico da criança gerada por esta técnica. Depois será analisado o disciplinamento jurídico da reprodução humana assistida no Brasil e no direito comparado, para ao final ser tratada a problemática envolvendo o direito sucessório por parte da pessoa concebida através da inseminação artificial *post mortem*.

Após o estudo dos temas com relação à reprodução humana assistida, o Direito de Família, a Bioética, o Biodireito e o Direito das Sucessões, poderá chegar-se a um consenso com relação à problemática do presente trabalho. Sendo que ao final se chegará a um entendimento sobre a existência ou não do direito da criança concebida pela utilização da técnica da inseminação artificial *post mortem*, de participar da sucessão do pai já falecido.

## **1 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E AS SUAS CONSEQUÊNCIAS NO DIREITO DE FAMÍLIA**

Ao longo dos anos, o Direito de Família passou por diversas alterações, dentre as quais se destacam as referentes à reprodução humana assistida e a filiação. Nesse sentido, reportando-se ao passado, convém observar que eram considerados filhos, somente aqueles nascidos na constância do casamento resultantes de ato sexual do casal, o que com o passar do tempo e o surgimento da reprodução humana assistida, trouxe a possibilidade de serem gerados filhos sem que fosse necessário o ato sexual. Nesses casos, pode ser utilizado o material genético dos interessados e em outras situações, onde esta técnica não é possível, a introdução de um embrião formado por óvulo e espermatozoide de doadores sequer conhecidos pelo casal.

Dessa forma, o Direito de Família, no que se relaciona com os conceitos de filiação, necessitou de modificações, para que assim pudesse acompanhar toda essa evolução. A busca dos casais pelas técnicas de reprodução humana assistida vem aumentando com o passar dos anos, sendo necessárias ainda algumas adaptações ao Direito de Família, para que esse esteja condizente com a realidade que vem sendo presenciada na sociedade atual.

### **1.1 A família: a evolução da estrutura familiar e o direito ao planejamento familiar por meio da reprodução humana assistida.**

Ao longo da história, foi atribuída à família funções diversas, de acordo com a evolução da sociedade da época. Assim, percebe-se claramente, a influência desempenhada pela política, economia e também pela religião. Quanto à família atual, percebe-se que a sua constituição se dá por meio da afetividade e da solidariedade, diferentemente da família primitiva onde os relacionamentos eram comandados pelo instinto.

Segundo Rizzardo, na fase primitiva da família, o homem e a mulher se aproximavam para o acasalamento, atitude semelhante a dos animais, existindo alguns autores que até falem em promiscuidade primitiva, ou seja, que as uniões não eram reservadas, não existindo casais fixos. Já no Direito Romano, a palavra família era utilizada para tratar da reunião de pessoas

que eram submetidas ao mando de um único chefe, o que é chamado de *pater famílias*, o qual tinha sob as suas ordens seus descendentes e sua mulher. (2011, p. 09)

No sistema do *pater famílias* todos os integrantes estavam submetidos ao poder do patriarca, que exercia este poder também sobre os escravos. O casamento, na antiguidade, era obrigatório buscando a procriação, e seu objetivo maior era o nascimento dos filhos para assim ser dada continuidade à família.

Na sociedade atual, a família formada em função da economia e da procriação acabou perdendo o sentido. Com relação à função econômica, onde a família se constituía com um número grande de membros, para que pudesse produzir riquezas e assegurar uma velhice tranquila ao patriarca, perdeu sua importância, com surgimento da emancipação econômica e a inserção da mulher no mercado de trabalho. (LÔBO, 2008, p. 03)

O modelo familiar antigo estava baseado na divisão de papéis dentro da organização da família, as escolhas tomadas buscavam vantagens econômicas, função esta também dada ao casamento. Com a evolução dos conceitos de família, percebe-se que a busca de vantagens econômicas e procriacionais, abriu espaço para uma relação baseada no companheirismo e na afinidade entre os componentes da família.

Segundo Leite:

A nova unidade constituída não será incorporada ao grupo familiar extenso, e a lealdade primeira do indivíduo será manifestada em relação ao outro cônjuge e aos seus filhos, não a seus parentes. O relacionamento mais intenso entre os cônjuges, baseado sobre a flexibilidade e a troca de papéis, a abertura da comunicação e do companheirismo, a igualdade na vida sentimental e sexual representam uma alternativa da vida conjugal mais suscetível de corresponder às exigências das pessoas na sociedade atual que o casamento tradicional. (1995, p. 21)

Salienta-se, nesse aspecto, que as “novas” famílias têm a tendência natural de restringir o número de pessoas pertencentes ao grupo familiar. Com isso, nota-se que a família contemporânea vem sendo formada pelo casal e seus dependentes, não existindo distinção entre filhos “legítimos”, “naturais” ou “adotados”. Também, hodiernamente priorizam-se os laços de afeto e o melhor interesse dos integrantes do grupo familiar.

Como muito bem explana Rizzardo, as famílias atuais são constituídas de formas diversas, a família é então considerada a comunidade constituída por qualquer um dos pais e

seus descendentes. Esta nova constituição familiar é denominada monoparental, sendo seu estudo de extrema importância dentro do Direito de Família devido ao grande número destas famílias provenientes de relacionamentos antes do casamento e outras em consequência do divórcio dos pais. Conforme o autor, um conceito para família seria: “o conjunto de pessoas com o mesmo domicílio ou residência, e identidade de interesses materiais e morais, integrado pelos pais casados ou em união estável, ou por um deles e pelos descendentes legítimos, naturais ou adotados”. (2011, p. 12)

Dessa forma, foram afastadas as conceituações antigas de família, na qual os entes desta eram colocados em posição de subordinação, existindo atualmente uma igualdade hierárquica entre todos os entes familiares. Em consequência dessa evolução, com o passar dos anos mostrou-se cada vez maior a presença feminina no mercado de trabalho, a mulher nunca deixou de sonhar com a maternidade, pois o desejo a filiação é inato à natureza humana, pois mesmo tendo optado pela busca do seu reconhecimento profissional, não deixaram de lado o desejo de serem mães. Atualmente a o casal decide quando será o melhor momento de se ter um filho, que é idealizado após a estabilidade profissional para que possam juntos proporcionar uma boa condição de vida ao filho que será gerado.

Revela-se, nessa ótica, que a mulher, mesmo com maior independência e mais focada na sua carreira profissional, nunca deixou de nutrir no seu íntimo o desejo de ter filhos, decidindo adiar a maternidade para uma idade mais avançada. Essa é uma das razões, juntamente com o estresse do dia a dia, do uso prolongado de contraceptivos, das práticas de aborto clandestino, do uso de drogas, do uso excessivo de bebidas alcoólicas, para o aumento, nas últimas décadas, dos casos de esterilidade e infertilidade tanto masculina quanto feminina. (MACHADO, 2010, p. 21 - 25)

Durante a evolução da humanidade, pode-se perceber a grande preocupação com a fertilidade e a continuidade da família. A mulher estéril era encarada como sendo um ser maldito que teria recebido um castigo divino, não sendo admitida a existência da esterilidade masculina. São vários os mitos que surgiram na antiguidade fazendo referência à infertilidade e a relevância desse tema pode ser percebida pela sua constante presença em citações bíblicas e em relatos históricos, mostrando a importância dada pelo homem à possibilidade de perpetuar sua espécie.

Impende informar que as palavras infertilidade e esterilidade são usadas, mesmo que erroneamente, sem distinção, para designar a incapacidade de se realizar de forma natural a reprodução. Sendo a esterilidade a impossibilidade de ocorrer fecundação, de forma definitiva

e irreversível e a infertilidade sendo considerada a incapacidade de se gerar filhos vivos, mas que ainda pode ser tratada e revertida. (FERRAZ, 2010, p. 42)

Ressalta-se, que na Idade Média a esterilidade feminina era encarada como sendo uma maldição. Tal entendimento só passou a mudar com a ocorrência de descobertas de elementos terapêuticos novos, por meio dos quais se buscava curar tal maldição, através de ervas, chás, invocações religiosas, entre outros métodos. O estudo nessa área, só começou a ser realizado em 1590, com a invenção dos microscópios, mas fez-se necessário quase um século para que em 1677, fosse aceita a ideia de que a esterilidade poderia ocorrer também em homens por escassez de espermatozoides. (LEITE, 1995, p. 18)

Assim, começaram a surgir novas esperanças para os casais inférteis e, após anos de evolução, a infertilidade passou a ser vista de maneira diferente, mas ainda se faz presente no casal o sentimento de incapacidade e de derrota. O casal ao perceber que a decisão de adiar o nascimento dos filhos, esta, já calculada de forma racional, pode ter acabado com o sonho de ter filhos, surgindo assim um sentimento de incapacidade e de tristeza por ver seus planos para o futuro fracassados.

Nesse ponto, percebe-se que o casal sente-se fracassado diante da constatação da infertilidade, enfrentando assim uma intensa crise no relacionamento, recorrendo para os mais diversos meios na tentativa de superar a infertilidade. Em busca de uma solução para isso, acabam buscando a inseminação artificial que surge como uma forma de satisfazer o antigo desejo de ter filhos. (LEITE, 1995, p. 24-26)

Nesse sentido a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 226, § 7<sup>o</sup><sup>1</sup> que a família é a base da sociedade, devendo ter especial proteção do Estado, pertencendo ao casal o direito de planejamento familiar, sem que o Estado interfira de qualquer forma. Nota-se que não há nesse dispositivo, qualquer menção a utilização das técnicas de reprodução humana assistida e tão pouco alguma diferença desta para a procriação natural.

---

<sup>1</sup> Artigo 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 das instituições oficiais ou privadas.

Dessa forma, segundo Ferraz:

Se se garante o direito de formar uma família, através da concepção natural, há de se reconhecer o direito daqueles que, por razões médicas, não podem procriar naturalmente, a também formarem uma família. Nessa linha, o direito de constituir família inclui o direito de procriar, inclusive artificialmente. (2010, p. 82)

Assim, entende-se que o casal tem direito à concepção, podendo fazê-la com a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, nos casos de infertilidade, ou por via do ato sexual, devendo ser analisado se o método escolhido não coloca em risco a saúde da gestante e da criança a ser gerada. O artigo 1.597 do Código Civil brasileiro<sup>2</sup> trouxe um avanço positivo com relação à utilização de técnicas de reprodução humana assistida, englobando a presunção de paternidade dos filhos resultantes de inseminação artificial e de embriões excedentários, sendo esta uma clara demonstração de que o elemento afetivo deve ser considerado acima do elemento biológico.

Atualmente as técnicas de reprodução humana assistida, são também buscadas por mulheres/homens que pretendem ter filhos sem a presença de um pai/mãe, sem mesmo conhecer quem será o doador do material genético, como exemplo disso, tem-se o caso e viúvas que buscam, após o falecimento do seu cônjuge, a realização do desejo do casal em ter filhos, formando assim a chamada família monoparental. Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, esta família é formada por qualquer dos pais e seus descendentes, existindo assim discussões doutrinárias sobre a possibilidade de pessoas solteiras recorrerem a essa possibilidade para constituir família através da reprodução humana assistida. (FERRAZ, 2010, p. 84-85)

Parte da doutrina considera que a criança tem direito de conviver em uma família normal, com contato com pai e mãe para que se desenvolva de forma saudável. Alguns autores aceitam que homens e mulheres solteiras possam recorrer às técnicas de reprodução

---

<sup>2</sup> Artigo 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.

humana assistida, desde que a criança tenha presente em sua vida figuras maternas e paternas, o que é o entendimento de Maria Helena Machado, por exemplo.

Nessa esteira, pode-se constatar um conflito entre direitos fundamentais: de um lado, o direito de formação de uma família monoparental e de outro, o direito da criança de ter uma família heteroparental. Segundo Ferraz: “o que deve ter em conta é se o genitor isolado fornece todas condições para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.” (2010, p. 85)

Portanto, é necessário se considerar que a busca pelas técnicas de reprodução humana assistida para a formação de uma família monoparental, não pode ser considerada contra o direito da criança, pois muitas vezes a pessoa solteira pode ter melhores condições de criar a criança que muitas famílias compostas por pai e mãe. Existem diversos estudos que comprovam que a criança que faz parte de uma família monoparental pode ter seu desenvolvimento normal como qualquer outra criança, podendo a pessoa sozinha ter um projeto de família que atenda a todos os interesses da criança.

Outro ponto bastante controvertido atualmente é a utilização das técnicas de reprodução humana assistida por casais homossexuais, pois o ordenamento jurídico brasileiro ainda não reconhece as uniões homoafetivas como uma entidade familiar, mas “em se tratando do direito de procriar, (direito à intimidade privada e familiar), direito fundamental, qualquer pessoa, independente de sua orientação sexual, pode se utilizar das técnicas de reprodução humana assistida para concretizar tal direito”. (FERRAZ, 2010, p. 93)

A preferência sexual do indivíduo não deve ser levada em consideração como sendo um critério para a formação de uma família, pois isso se constituiria em uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, gerando uma discriminação e uma desigualdade entre as pessoas. A orientação sexual dos pais de forma alguma atrapalha no desenvolvimento da criança, sendo este um assunto ainda a ser discutido e regulamentado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Os estudos na área da reprodução humana assistida foram sendo aprimorados com o passar dos anos, para dessa forma conseguirem atender os desejos dos casais. Assim, são formadas diversas discussões na área da medicina e de outras ciências, assim como debates éticos e religiosos perante a sociedade que merecem devido entendimento e atenção para a busca de uma regulamentação para estas técnicas, pois a estrutura familiar evolui com os anos e agora a busca por estes métodos não se reduz somente a casais estéreis ou inférteis formados

pelo casal (homem e mulher), sendo necessária a mudança de antigos paradigmas e conceitos para adaptar-se à nova realidade que circunda a sociedade.

## **1.2 Reprodução humana assistida: considerações históricas, aspectos médicos, religiosos e psicológicos**

Durante a história da humanidade, pode-se constatar que a esterilidade foi considerada um acontecimento negativo na vida das pessoas, uma falha existente na pessoa humana, enquanto a possibilidade de gerar filhos sempre foi vista como uma dádiva. Com a maior incidência dos casos de esterilidade e infertilidade fez-se necessário um estudo mais aprofundado para se buscar uma solução para que pessoas inférteis pudessem chegar a ter filhos como tão planejado.

Os estudos na área da reprodução Humana se iniciaram ao término do século XIX, onde pela primeira vez foi constatado que a fertilização só ocorreria se fossem unidos espermatozoide e óvulo, por meio do ato sexual para que assim fosse gerado um novo ser humano. Mas apenas no século XX é que foram possíveis grandes descobertas na área da genética, que marcaram de forma importante a história das procriações artificiais. (FERNANDES, 2005, p. 23)

Segundo Machado, as primeiras pesquisas envolvendo a inseminação artificial e a espécie humana ocorreram perto do ano de 1790, mas somente no final do século XIX que os pesquisadores concluíram que a fertilização se forma por meio da união do núcleo do óvulo e também do espermatozoide. Em consequência desta descoberta no ano de 1866, J. Marion Sims, realizou 55 inseminações em 6 mulheres, sendo que dessas inseminações, somente uma fecundação teve sucesso, ocorrendo assim, a primeira gravidez utilizando métodos denominados artificiais, mas esta gestação não teve o final planejado, terminando com a realização de um aborto. (2010, p. 29-30)

Ao longo dos anos, várias pesquisas foram realizadas e aos poucos foi se desvendando todos os passos necessários para que fosse possível a inseminação artificial com o resultado pretendido, ou seja, com o bebê nos braços dos pais. Após anos de pesquisas, a década de 70 trouxe várias descobertas e resultados de extrema importância no que se relaciona ao tema das procriações artificiais.



Na data de 20 de julho de 1978, ocorreu o nascimento do primeiro bebê de proveta que se tem conhecimento na história, Louise Joy, na cidade de Oldham na Inglaterra, fruto de estudos dos pesquisadores Doutores Patrick Steptoe e Robert Edwards. Já no ano de 1980, a ocorrência de nascimentos de bebês de proveta já havia se tornado um procedimento normal, pois haviam diversas clínicas espalhadas pelo mundo que se utilizavam dos métodos de inseminação artificial. (LEITE, 1995, p. 19-20)

Dessa forma, o casal após várias tentativas sem êxito para concretizar a tão sonhada fecundação, recorria a especialistas em reprodução para que assim conseguissem realizar o seu sonho. A inseminação artificial com excelentes resultados, ainda necessitava de alguma regulamentação com relação aos aspectos éticos dessas técnicas.

No ano de 1984, a Sociedade Americana de Fertilidade, editou um relatório, onde abordava os aspectos éticos desta prática, denominada de fecundação *in vitro*, que são válidos até hoje, sendo realizadas algumas pequenas alterações, para a sua adequação aos métodos atuais, do que se pode destacar:

- A fecundação *in vitro* é considerada um procedimento ético para os casos de infertilidade ou esterilidade;
- Os casais que se submetem à fecundação *in vitro*, devem assinar, previamente, um termo de consentimento adequado a todas as fases da técnica;
- Podem ser realizados exames científicos em embriões doados para esta finalidade, desde que o exame não seja posterior à época em que normalmente ocorreria a implantação, ou seja, até o 14º dia após a fecundação;
- Embriões não transferidos para o útero materno não podem se desenvolver em laboratório por mais de 14 dias, devendo ser descartados;
- É permitida a criopreservação de embriões com a única finalidade de posterior transferência para o útero materno, não podendo esses embriões ser criopreservados por tempo superior à vida reprodutiva da doadora;
- Os embriões não transferidos podem ser doados a outro casal estéril, mas deve haver renúncia a direitos relacionados com a criança a nascer por parte dos doadores, assegurando-se o anonimato entre doadores e receptores;
- A doação de esperma é considerada ética e normal para as mulheres cujos maridos são estéreis. (FERNANDES, 2005, p. 24-25)

Atualmente, existem técnicas de inseminação artificial para praticamente todos os tipos de esterilidade existentes, em casos onde o homem não tem espermatozoides ou seu número é insuficiente, há a opção de se recorrer ao banco de doadores de esperma, assim como no caso da mulher que tiver ausência de óvulos, poderá haver a doação de óvulos por parte de outra mulher, que após a doação serão fecundados *in vitro*. Há também, a

possibilidade de doação de embriões excedentes para casais estéreis e a opção de se recorrer à técnica da maternidade de substituição nos casos em que o útero não tiver condições de garantir a gestação completa do embrião.

Com relação aos aspectos religiosos, a utilização destas novas tecnologias e sua intervenção dentro do processo natural da reprodução humana, gerou e ainda gera várias discussões éticas e morais. Primeiramente, a Igreja Católica desconheceu a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, manifestando repúdio a essas novas experiências, o que com o passar dos anos foi sofrendo modificações, mas sempre com tendências bastante rigorosas, havendo dessa forma, o embate de dogmas impostos, pois o casamento teria como principal objetivo a procriação, através da conjunção carnal e no caso da utilização da inseminação artificial, isso acabaria não ocorrendo. (LEITE, 1995, p. 71-72)

A Igreja Católica, dessa forma, tratava a reprodução humana assistida como uma prática moralmente ilícita, o que produzia um embate com as demais religiões. Restando assim, a necessidade de serem determinados limites do que é aceito pela religião, ou não, e que métodos podem ser utilizados sem recriminação por parte da Igreja.

Segundo Leite, para a Igreja, somente através do casamento é que uma nova vida pode ser gerada, sendo a inseminação artificial condenada e tratada como imoral e a criança considerada ilegítima. Tanto a inseminação artificial realizada com material genético do casal quanto à realizada com material de terceiros são igualmente imorais e devem ser reprovadas, segundo entendimento católico. (1995, p. 75-78)

Até os dias atuais não se tem uma posição concreta da Igreja Católica, somente através de algumas manifestações isoladas por parte dos membros oficiais da Igreja. Por estas manifestações pode-se tentar avaliar o pensamento católico com relação aos métodos de reprodução humana assistida, pois O Código Canônico se absteve de tratar deste assunto.

A posição da Igreja Católica após o ano de 1983, data da renovação do Código Canônico, continuou praticamente a mesma dos anos anteriores, sendo que, para a Igreja o casal deve conceber a criança no casamento. Dessa forma, entende-se que a Igreja não compreende a realidade da reprodução humana assistida, sendo contra essas técnicas por elas serem contrárias à lei divina. (LEITE, 1995, p. 79)

A Igreja Católica acaba se posicionando de forma retrógada no que diz relação a esse tema. Faz-se importante, frisar que o progresso científico não deve ficar preso a estas

concepções católicas, pois com seus avanços contribuirão muito para a melhora da qualidade de vida dos seres humanos.

Já na visão das Igrejas não católicas, a visão racional por muitas vezes ultrapassa a visão meramente procriativa da Igreja Católica. Assim, observa-se que a Igreja Protestante tem visão totalmente distinta da Igreja Católica admitindo sem qualquer tipo de restrições a realização de inseminação artificial. Já a Igreja Anglicana aproxima sua visão da adotada pela Igreja Católica, aceitando somente a ocorrência da inseminação artificial homóloga entre o marido e a mulher, sendo a inseminação artificial heteróloga considerada uma ruptura no casamento. (LEITE, 1995, p. 90-93)

Entende-se que assim como na Igreja Católica a Igreja Anglicana vê na inseminação artificial heteróloga, com a utilização de material genético de uma terceira pessoa uma afronta aos princípios do casamento. Considerando que esta técnica insere uma pessoa alheia ao casal na relação matrimonial, gerando assim uma violação a relação que seria exclusivamente entre o homem e a mulher.

Para os muçulmanos, a utilização de técnicas de reprodução humana assistida não é aceita, pois ao seguirem de forma rigorosa o Alcorão, aprendem que Allah faz tudo de forma certa. Assim, Ele torna infértil quem quer e dá filhos a quem merece, não sendo a inseminação aceita como método de procriação. Já o Judaísmo, aceita em partes a utilização destas técnicas, sendo favorável a inseminação homóloga e entendendo que a utilização da inseminação heteróloga não pode ser aceita, pois a mulher não poderia se submeter à utilização de espermatozoides de um terceiro em caso de seu marido ser estéril. Alguns rabinos aceitam a técnica de inseminação heteróloga, mas o casal deve recorrer a um doador que não seja judeu. (LEITE, 1995, p. 93-95)

Pode-se visualizar que a utilização das técnicas de reprodução humana assistida não causa somente discussões no meio ético e jurídico, mas também no meio religioso de forma que cada religião tem sua posição formada com relação à utilização ou não destas técnicas. Também, se faz imperioso destacar, os aspectos psicológicos que envolvem a busca e utilização destas técnicas para que se possa entender de forma completa o tema em estudo.

Outro aspecto que deve ser considerado é o psicológico, pois a utilização das técnicas de reprodução humana assistida traz diversas posições entre os profissionais da área. Ao recorrer a este tipo de técnica o casal quebra a ordem natural da vida, resultando assim

diversos conflitos na esfera psicológica, relacionando-se não somente com o casal, mas também com a criança concebida por meio destas técnicas de reprodução.

Para os estudiosos, a utilização da inseminação artificial homóloga não criaria maiores problemas, pois ocorre com a utilização dos materiais genéticos do casal, mas com relação a inseminação artificial heteróloga, com a utilização de material genético de uma terceira pessoa, traz discussões com relação ao desenvolvimento afetivo da criança gerada, considerando esta criança como sendo de alto risco para desenvolver problemas psicológicos. (LEITE, 1995, p. 99)

O grande receio causado pela utilização das técnicas de reprodução humana assistida e a possibilidade de ocorrerem problemas psicológicos com a criança envolvida nesses procedimentos, faz com que os estudiosos da área da psicologia tentem buscar alternativas para diminuir essas possibilidades. Uma alternativa que chegou a ser proposta era supressão do anonimato dos doadores de material genético, para que assim se tivesse acesso ao perfil do doador e a origem da criança, o que não foi aceito, pois poderia acarretar mais problemas éticos e jurídicos além dos já esperados ao se optar por este tipo de inseminação.

O doador tem sua identidade preservada, mas é submetido a diversos exames clínicos para assegurar que estão eliminados os riscos de doenças hereditárias. Para o casal que pretende recorrer às técnicas de inseminação, são propostas consultas com psicólogos e psiquiatras para que seja avaliada com segurança a possibilidade de realização da inseminação, sendo negados pedidos de casais que não apresentem as mínimas condições psicológicas de garantir bem estar para a criança que está para ser gerada. (LEITE, 1995, p. 100)

O desejo de ter filhos é inato ao ser humano, surgindo ainda na infância as primeiras demonstrações deste desejo, mesmo que inconsciente, de perpetuar a sua espécie através dos filhos, a menina, desde a menarca já prepara seu corpo para receber o filho de seu homem amado. Entretanto, na fase adulta, a vontade de ter filhos toma maiores proporções, surgindo de forma mais intensa em praticamente todos os casais.

A gravidez para a mulher é um momento de plenitude e o casal passa a sentir que estão completos. “A partir de então, estes serão um pai e uma mãe, tanto quanto seus próprios pais”. Esse sentimento, somado as cobranças sociais para que o casal constitua família, os coloca sob pressão, e a descoberta da esterilidade pode provocar diversas repercussões psicológicas, tanto no homem quanto na mulher. (LEITE, 1995, p. 102)

Para o casal que se descobre estéril, são mostradas duas opções para que possam realizar o desejo de ter filhos, que são a adoção ou a inseminação artificial. Essas duas técnicas produzem efeitos na esfera psicológica, sendo que a adoção ao olhar da sociedade é um ato de amor para com o próximo, mas também existe o risco de a criança não se adaptar psicologicamente a família.

Nos casos de inseminação, a criança a ser gerada traz em si a identidade genética dos seus pais, mas gera dentro do casal discussões acerca de recorrer ou não a estas técnicas, da aceitação da infertilidade e também, em alguns casos, da necessidade de recorrer a um estranho do casal, pra que seja doador do material genético. O caminho percorrido durante a inseminação artificial é doloroso para o casal, podendo surgir questionamentos e vacilações, existindo duas hipóteses de resultado, o sucesso e a consequente gravidez da mulher ou o fracasso do insucesso da inseminação, gerando novas angústias ao casal. (LEITE, 1995, p. 108)

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida, não é uma decisão fácil, e todas as etapas que necessitam ser passadas durante este tratamento trazem diversas dificuldades, riscos, tensões para quem está envolvido. Essas práticas se mostram como uma solução ao homem e a mulher estéril que passam por uma espécie de angústia existencial com a descoberta da esterilidade.

Na utilização da inseminação artificial heteróloga, existe a questão imposta ao homem/mulher infértil, pois afinal, quem será o pai? O doador ou quem irá criar a criança. Faz-se necessário, um acompanhamento psicológico do casal, para que se possa enfrentar melhor esta fase de angústias e possam viver tranquilamente com a criança. Cabe ao casal a decisão de contar a criança acerca dos procedimentos utilizados para que fosse possível seu nascimento ou não, sendo que ao ser decidido por contar a criança deverá ocorrer da forma menos traumática, pois a criança pode vir a querer saber quem é seu pai biológico, podendo também rejeitar sua família atual. (LEITE, 1995, p. 118-120)

Portando, se faz necessário o acompanhamento psicológico desde o primeiro passo do casal em busca da inseminação artificial, para que sejam entendidas todas as possibilidades que podem ser acarretadas da sua utilização. Essa orientação psicológica traz ao casal um maior entendimento da situação a que são expostos e conduz a uma melhor decisão, tomada de forma conjunta, buscando realizar o desejo de ambos.

### 1.3 Os principais métodos de reprodução humana assistida

Por muitos anos, a tarefa executada pelos médicos se constituía apenas em acompanhar a gravidez e realizar os partos, pois a fecundação ocorria sempre através do relacionamento sexual. Com o passar dos anos e o aperfeiçoamento das técnicas médicas os profissionais da medicina passaram a ter relação também com a “criação” de uma nova vida, através da reprodução humana assistida.

A reprodução humana assistida tem como escopo combater a infertilidade e a esterilidade e propiciar a quem recorre a essas técnicas o nascimento de uma vida humana. Existem diferentes técnicas para a realização de reprodução humana assistida, das quais cabe destacar: a reprodução humana assistida através da inseminação artificial (IA); a realizada através da fertilização *in vitro* (FIV) ou Fivete; a realizada com gametas (GIFT); com zigotos (ZIFT).

Segundo Fernandes:

A inseminação, como forma de fecundação artificial, significa a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula, cujo objetivo é a gestação, substituindo ou facilitando alguma etapa que seja deficiente no processo reprodutivo normal. (2005, p. 28)

A inseminação é o método mais simples para se realizar a reprodução humana assistida, sendo a primeiro método a se ter relatos históricos. A inseminação ocorre com a introdução do sêmen do homem diretamente no útero da mulher, sem ter acontecido o ato sexual, não havendo modificação na identidade genética da criança.

A utilização da inseminação artificial passou a ser utilizada na Idade Média, por volta de 1932, com a possibilidade de ser determinado com exatidão qual o período fértil da mulher. Já no ano de 1945, com a descoberta da possibilidade de criopreservação de espermatozoides o seu uso foi alavancado. Os médicos ao optarem por esta técnica, devem se basear em princípios da Bioética e do Biodireito, só realizando a inseminação quando não existirem outras possibilidades para combater a esterilidade e a fertilidade, pois ao recorrerem a esta técnica o casal se vê coberto de expectativas e dúvidas. (FERRAZ, 2010, p. 44)

A inseminação artificial poderá ocorrer de duas maneiras: a primeira forma, a homóloga (ou auto inseminação) com a utilização do material genético do casal que possui células sexuais aptas para a realização da fecundação, mas que por algum motivo não podem conceber um filho de forma natural. Já na segunda forma, a heteróloga (ou hetero-inseminação), ocorre com a utilização de material genético de doadores, pois o marido se mostra infértil após tentativas naturais de reprodução.

A inseminação artificial homóloga consiste na introdução do espermatozoide do marido, já previamente colhido através da masturbação, no útero da mulher, durante o seu período fértil. O médico introduz o líquido seminal no período em que o óvulo está apto para ser fertilizado. A utilização dessa técnica de inseminação ocorre, quando o marido possui baixo número de espermatozoides; hipofertilidade; retenção de espermatozoides ou outras causas de esterilidade que possam ser tratadas. (FERNANDES, 2005, p. 30)

Esse tipo de inseminação, também conhecida como inseminação artificial intraconjugal, somente utiliza o material genético dos cônjuges, pois a técnica é dirigida a um casal fértil, mas que possui dificuldades para realizar a fecundação naturalmente. Assim, não há modificação da identidade genética da criança, que possuirá os mesmos genes que iria possuir se a fecundação tivesse ocorrido de forma natural.

Já na inseminação artificial heteróloga, o embrião é formado com o óvulo da mulher e o sêmen de uma terceira pessoa, estranha ao casal, devendo o marido aceitar a realização da inseminação com espermatozoide de um terceiro, para que depois não ocorra impugnação da paternidade. “A paternidade, no caso, não tem base biológica, mas possui um fundamento moral, prestigiando-se a relação socioafetiva.” (VELOSO, 1997, p. 150)

Também chamada de inseminação exogâmica, esse procedimento é buscado quando existir esterilidade masculina irreversível ou incompatibilidade sanguínea do casal, entre outras causas impeditivas de ocorrer a gravidez. O doador do espermatozoide tem seu anonimato assegurado, uma das características que faz com que esta técnica seja bastante discutida e receba críticas dos mais variados setores, como por exemplo da Igreja Católica que considera a utilização desta técnica uma quebra do vínculo conjugal.



Segundo Ribeiro:

O problema ocorre quando se trata de casal separado em que há sêmen congelado e sobre eventual utilização, em que traria conflitos na esfera da paternidade e no direito à sucessão. Outro ponto polêmico é o da utilização do sêmen criopreservado após a morte do marido ou convivente (...). (2002, p. 30)

Nos casos de inseminação heteróloga, deve haver o consentimento do casal receptor. Nesse caso, sendo utilizado o sêmen de um doador anônimo, o casal somente será informado das características físicas do doador. Entende-se que esse tipo de inseminação deve ser a última medida utilizada, pois ainda está causando várias discussões de ordens religiosas, éticas, morais, jurídicas e técnicas.

A segunda forma mais utilizada de reprodução humana assistida é a modalidade de fertilização *in vitro*, quando é utilizado o espermatozoide do marido e o óvulo da mulher, onde em laboratório o embrião é formado. É realizada uma manipulação genética, pois na maioria das vezes o casal tem material genético em condições para a fecundação, mas a mulher não consegue conceber. (VELOSO, 1997, p. 153)

Também conhecida como FIV ou Fivete, essa outra modalidade de reprodução humana assistida, tem como objetivo essencial realizar o encontro entre os espermatozoides e o óvulo fora do corpo da mulher, para uma futura implantação. O óvulo e os espermatozoides são misturados em um instrumento denominado de proveta, surgindo assim a denominação popular “bebê de proveta”, para as crianças nascidas através da fertilização *in vitro*.

Segundo Ferraz, a primeira utilização dessa técnica de fertilização ocorreu em 1978, e é indicada para casos de obstrução irreversível nas trompas ou esterilidade tubária bilateral feminina, hipofertilidade ou oligozoospermia masculina entre outras causas de esterilidade sem causa aparente ou explicável. Registra-se que nos casos de inseminação artificial os espermatozoides e os óvulos utilizados podem ser tanto do casal, futuros pais, quanto de terceiros doadores. (2010, p. 45-47)

Seguindo essa linha de raciocínio, informa-se que, depois de formado o embrião em laboratório ocorre à introdução desse no fundo do colo uterino da mulher. A introdução do embrião é uma etapa simples, mas está sujeita a insucessos, por esse motivo, o número de embriões transferidos é alto. Segundo Silva: “O procedimento aumenta o risco de gravidezes



múltiplas e de complicações maternas e fetais, ainda que apenas 10% a 25% das tentativas resultem em gravidezes efetivas.” (2002, p. 66)

A implantação do embrião pode ocorrer na mulher, pretensa mãe, ou em uma terceira mulher, em casos onde a mãe não tem condições de levar a gravidez até o final, ocorrendo dessa forma, a gestação de substituição, tema bastante polêmico na sociedade. A resolução das questões controvertidas envolvendo estas técnicas ainda necessitam de discussão na sociedade e de legislação específica que as regulem.

Nesse sentido, cabe ressaltar que o Conselho Federal de Medicina regulava as técnicas de reprodução humana assistida, por meio da resolução n. 1.358/92, esta resolução foi revogada no ano de 2010, sendo as técnicas de reprodução humana assistida, reguladas atualmente pela resolução n. 1.957/2010. A resolução antiga passou por pequenas modificações, mas ainda as penas aplicadas são as mesmas da resolução no ano de 1992, “o qual dispões de regras de caráter facultativo, não tendo força de lei, posto que o seu desrespeito pelos médicos implique em sanções apenas administrativas”. (MENDES, 2007, p. 42)

As outras duas técnicas existentes são a reprodução humana assistida com gametas, também chamada de GIFT, que se assemelha bastante com a fertilização *in vitro*, (mas que em seus procedimentos possui algumas diferenças) e a reprodução humana assistida com zigotos, a ZIFT, que possui procedimento mais rápido que o da fertilização *in vitro*.

Na GIFT, ocorre a transferência intratubária de gametas, sendo que, esta técnica permite que a fecundação aconteça dentro do corpo da mulher, residindo aí a diferença entre esse procedimento e a fertilização *in vitro*, onde a fecundação ocorre em provetas fora do corpo da mulher. Os procedimentos anteriores a implantação dos espermatozoides e óvulos nas trompas da mulher são os mesmos que ocorrem na fertilização *in vitro*, com a coleta e preparação do material genético a ser utilizado. (FERNANDES, 2005, p. 33-35)

Entende-se, dessa forma, que essa técnica oferece condições ao embrião de se desenvolver de forma natural, pois a fecundação já ocorre dentro do corpo da mulher, sendo uma técnica mais bem aceita pela sociedade. Também destaca-se que as chances de ocorrer rejeição do embrião, são menores nesses casos, do que na técnica da fertilização *in vitro*.

Destaca-se, nesse prisma, que na utilização da ZIFT, o óvulo é fecundado ainda fora do corpo da mulher, diferenciando-se esta técnica da fertilização *in vitro*, nas questão do tempo de espera para a implantação dos óvulos fertilizados, nesta fase chamados de zigoto,

por ainda possuírem somente uma célula, na ZIFT ocorre dentro de 24 horas. Na fertilização *in vitro*, diferente da ZIFT, o embrião já formado é implantado dentro do corpo da mulher depois de três a cinco dias de observação em laboratório dos embriões, um dos pontos positivos destacados na utilização da ZIFT é o baixo risco de gravidezes múltiplas, pois são implantados um número reduzido de zigotos no corpo da mulher. (FERRAZ, 2010, p. 48)

As diferentes técnicas de reprodução humana assistida geram várias discussões, existindo assuntos bastante polêmicos na área, sendo que alguns destes serão abordados no próximo capítulo, um desses casos é o da inseminação artificial, cuja uma das principais divergências está relacionada em saber qual o destino dado ao material genético que está em poder da clínica de reprodução e que não foi utilizado, ou seja, qual o destino dos embriões excedentes. Outro tema bastante polêmico é o da gestação de substituição, que pode ocorrer quando a mulher não tem capacidade de levar a gestação até o fim, entre outros assuntos que ainda não estão regulados pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, sendo que os profissionais necessitam buscar regras de Biodireito e Bioética para tentar solucionar os conflitos existentes e aplicar essas novas tecnologias da forma mais benéfica ao ser humano.

## **2 ASPECTOS POLÊMICOS ENVOLVENDO AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA**

A humanidade, nas últimas décadas, vem presenciando diversas mudanças na área da saúde, gerando uma espécie de revolução no meio social. Em consequência disso, fez-se de extrema necessidade a criação de uma nova área de estudo que pudesse disciplinar as pesquisas médicas com os seres humanos, tendo sido chamada de Bioética. A partir disso, buscou-se estabelecer certos limites para os profissionais da saúde, respeitando conceitos éticos e morais da sociedade.

Como as mais diversas áreas da saúde, o Direito também evolui para tentar acompanhar as novas situações que são expostas pela sociedade, e para que sejam buscadas soluções para os conflitos envolvendo a Bioética, surge o Biodireito. Com o surgimento dessa nova área de estudo jurídico há o início da regulamentação das práticas envolvendo os seres humanos, mas o sistema jurídico brasileiro ainda se apresenta de forma deficiente frente a alguns questionamentos decorrentes das novas práticas médicas existentes.

### **2.1 A Reprodução humana assistida à luz da Bioética e do Biodireito**

Inicialmente, faz-se imperioso dizer que a Bioética, vem sendo considerada uma nova disciplina, utilizada para que seja possível melhorar a qualidade de vida de todos os seres humanos. Através desta disciplina é realizado um maior controle das experiências para criações de novas tecnologias a serem aplicadas nos seres humanos, considerando-se as dimensões morais e sociais das novas técnicas médicas surgidas nos últimos anos.

Salienta-se nesse enfoque que a utilização da palavra Bioética ocorreu pela primeira vez em 1971, na obra do escritor e oncologista norte-americano Van Rensselaer Potter, da Universidade de Wisconsin, intitulada *Bioethics: bridge to the future*, segundo ele a Bioética seria uma espécie de ponte entre as ciências e a humanidade. A finalidade dessa, seria “auxiliar a humanidade no sentido de participação racional, cautelosa, no processo de evolução biológica e cultural. O meio ambiente seria o cerne da pesquisa.” (NAMBA, 2009, p. 08)

No entendimento de Van Renssealaer Potter a Bioética seria considerada a “ciência da sobrevivência”, mas o conceito proposto por André Hellegers é diferente, onde se passou a considerar a Bioética como a ética das ciências da vida. Tal conceito se consolidou-se, no ano de 1979, com o lançamento da obra escrita por Beauchamp e Childress chamada *The principles of bioethics*. No ano de 1995, na segunda edição da *Encyclopedia of bioethics*, a Bioética foi considerada como a área de estudo que se utiliza de uma variedade de metodologias éticas, para que desta forma possa estudar sistematicamente todas as dimensões das práticas médicas, aplicando-se um conceito multidisciplinar para solução dos conflitos. (DINIZ, 2006, p.11)

Assim, vislumbra-se que a Bioética pode ser enquadrada como uma disciplina em que se estuda a conduta dos seres humanos no que diz respeito à área das ciências da vida e da saúde. Estas condutas devem ser examinadas utilizando-se dos princípios e valores morais da sociedade, para que assim, não haja consequências que possam vir a prejudicar os seres humanos e o meio ambiente em que vivem.

Dessa forma, a Bioética seria uma resposta às novas situações vindas da ciência médica, por meio de uma visão ética da problemática, chamada ética da vida. Sendo uma espécie de conjunto de reflexões tanto morais quanto filosóficas sobre as práticas médicas e a vida humana em uma visão geral. “Esses problemas bioéticos não são apenas conflitos de valores, mas também questões materiais e subjetivas de difícil solução”. (DINIZ, 2006, p. 13)

Nesse panorama, vale dizer que a Bioética se pauta em quatro princípios, conceituados no *Belmont Report*, que foi publicado no ano de 1978, elaborado pela *National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research* (Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental). Esses princípios foram estabelecidos para serem aplicados para nortear as experiências com seres humanos, tanto na área referente ao comportamento quanto à biomedicina. (DINIZ, 2006, p. 16)

No entendimento de Maria Helena Diniz, podem-se citar os seguintes princípios: o princípio da autonomia, o princípio da beneficência, o princípio da não maleficência e o princípio da justiça. Por outro lado, no entendimento de alguns doutrinadores os princípios são somente três, sendo que o princípio da maleficência e o da beneficência estariam englobados em um só princípio.

O primeiro princípio, da autonomia é considerado o mais complexo de todos, eis que “requer que o profissional da saúde respeite a vontade do paciente, ou de seu representante,

levando em conta, em certa medida, seus valores morais e crenças religiosas.” (DINIZ, 2006, p. 16)

Segundo o conceito acima apresentado, entende-se que esse primeiro princípio reconhece que há o domínio do paciente sobre suas vontades e sobre sua própria vida. Entende-se, desta forma, que o profissional deve atuar empregando todo o seu conhecimento, mas sem qualquer coação sobre o paciente, pois o paciente é capaz de se autogovernar. É desse princípio que decorre a exigência de que o paciente expresse o seu consentimento livre e informado e também a maneira que deve ser tomadas decisões nos casos em que o paciente não tem condições de expressá-la.

O segundo princípio aplicado é chamado de princípio da beneficência que “requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir o seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos.” (DINIZ, 2006, p. 17)

Compreende-se ainda, que o princípio acima conceituado estabelece que o profissional da saúde deve sempre buscar o bem-estar do paciente, só podendo se utilizar de tratamentos que possam de alguma forma beneficiar o enfermo. O profissional deve agir minimizando riscos, buscando não causar danos e tendo como finalidade somente os benefícios do paciente.

De outra banda, o princípio denominado da não maleficência, que se configura como uma espécie de desdobramento do princípio anteriormente estudado baseia-se na máxima ética do *primum non nocere*. Esse princípio informa que em qualquer situação o profissional da saúde deve tomar todas as medidas possíveis e não prejudicar o paciente. (DINIZ, 2006, p. 18)

Já o princípio da justiça estabelece que todos devem ser tratados igualmente, quanto ao acesso à saúde, esta justiça deve ocorrer no momento de serem distribuídos riscos e benefícios aos pacientes, devendo haver imparcialidade. Há neste caso, um problema, que ocorre quando há a diferenciação entre quem é igual ou desigual. Existem casos em que as pessoas são submetidas a tratamentos diferenciados, na maioria das vezes por diferenças na capacidade econômica dos pacientes. (DINIZ, 2006, p. 18)

Após esta breve conceituação dos princípios bioéticos, cumpre destacar que esses devem ser observados em todos os casos concretos, tendo estes princípios como parâmetros em seus estudos. Nesse contexto, deve-se registrar que as diversas questões e entendimentos

que são abrangidos pela Bioética acabam trazendo reflexões em diversas áreas de estudo, tais como Filosofia, Religião, Direito, entre outras. Assim, a Bioética faz parte da Ética, sendo uma responsabilidade humana e dever do homem com relação a toda a humanidade.

Segundo Barboza, diante do progresso científico deve-se fazer observância de valores maiores da sociedade, tal como o da dignidade da pessoa humana. Salienta-se, assim que com esta constante evolução científica, irá existir um ponto de conflito entre a real necessidade desta evolução e o respeito dos valores humanos. Desse modo, a harmonização entre estes conflitos deverá ser encontrada em conjunto pela Ética e pelo Direito. (2001, p. 02)

Destaca-se, nesse prisma, que a relação entre a Bioética e o Direito surge da necessidade de regulamentação das novas tecnologias na área da vida humana, para que sejam evitados abusos com relação à pessoa humana. Há a necessidade da existência de um Direito que seja voltado aos problemas relacionados à Bioética, surgindo desta forma o Biodireito, um instrumento jurídico voltado para as condutas humanas com relação aos avanços tecnocientíficos impondo limites nas práticas médicas para que seja possível a proteção da dignidade da pessoa humana.

Urge, porém, comentar que da mesma forma que a Bioética, a área de estudo do Biodireito, para que possa resolver seus conflitos necessita de conceitos de diversas áreas e ciências. São incorporadas ao estudo dessa disciplina, ciências como a Ética, Filosofia, Biologia e também as demais áreas ligadas à saúde.

Segundo Sartori:

Assim, o Biodireito se apresenta sob dois prismas: como um Direito interdisciplinar que, além da norma e não dogmático, interage com a Bioética e com outras ciências que lidam com a vida humana ou como ramo do Direito que, por normatizar, sobrepõe-se à Bioética. (2001, p. 15)

Da citação, extrai-se que o Biodireito se preocupa com normas para prevenção de práticas antiéticas na utilização das novas técnicas, decorrentes dos frequentes avanços científicos. Todas as questões que tenham relação com esta área do Direito devem ser solucionadas levando em consideração princípios que estão estabelecidos na Constituição da Federal de 1988, tais como o respeito ao direito à vida, dignidade da pessoa humana, preservação do patrimônio genético nacional, entre outros.

O Biodireito tem como princípio principal a dignidade da pessoa humana, que está contido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 1º, III<sup>3</sup>. Com o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, o Biodireito e a Bioética adquirem um sentido mais humanista e estabelecem assim um vínculo com a justiça, andando juntamente com os direitos humanos. Se em algum caso houver atos que contrariem o princípio da dignidade da pessoa humana, este deve ser repudiado, pois está ferindo também princípios dos direitos humanos. (DINIZ, 2006, p. 21-22).

A utilização da Bioética e do Biodireito na atualidade vem causando uma espécie de revolução na sociedade, pois os temas discutidos nessas áreas de estudo ultrapassam muitas vezes antigas concepções e quebram diversos paradigmas. Um exemplo disso que pode ser percebido pela sociedade em geral, são as discussões envolvendo a Igreja Católica que de início repudiou todo o tipo de experiência científica com utilização de seres humanos. Uma das maiores discussões ético-jurídicas existente é com relação à manipulação genética, pois o entendimento de uma parcela da sociedade, é de que estas técnicas intervêm de forma artificial na ordem natural do ser humano.

Diante disso, de acordo com Barchifontaine, as técnicas de reprodução humana assistida despertam na sociedade diversas questões controvertidas, pois colocam em cheque algumas certezas existentes da antiga família tradicional. Esta é uma área de grande evolução na área científica, os tratamentos contra infertilidade chamam muito a atenção de grandes empresas de medicamentos, sendo que muitas vezes a preocupação com a os aspectos éticos e jurídicos dos procedimentos deixam de ser levados em consideração. Esta é uma grande preocupação da área do Biodireito e da Bioética. (2004, p. 123-124)

Dessa forma, pode-se verificar que as questões abrangidas pelo Biodireito e pela Bioética são inúmeras, e com o desenvolvimento da área biomédica, tendem a aumentar os casos em que se faz necessária a análise ética juntamente com a jurídica.

Nesse contexto, convém destacar que existem diversas situações que geram polêmica em meio à sociedade, tais como a gestação de substituição, o destino dos embriões excedentes e a inseminação artificial *post mortem* que merecem a atenção dos doutrinadores, pois carecem de regulamentação jurídica. Com a utilização dessas duas grandes áreas de estudo, no

---

<sup>3</sup> Artigo 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: (...) III - a dignidade da pessoa humana;

que se refere às práticas médicas envolvendo seres humanos, deve-se buscar valorizar, em todos os casos, a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

## **2.2 A Reprodução humana assistida através da gestação de substituição, seus aspectos legais e o melhor interesse da criança**

Primeiramente, convém destacar a existência de um método de fertilização que vem sendo utilizado em casos em que a mãe biológica não possui condições para gerar o bebê, frente à ocorrência de má formação do útero ou em gravidez de alto risco para a mulher. Esse método tem como finalidade, a entrega da criança, logo após seu nascimento com vida, para a mãe biológica, a quem pertencerão todos os direitos e deveres relativos à maternidade.

Ressalta-se, nessa ótica, que existem diversas denominações para este método de reprodução, tais como: o empréstimo do útero, a gestação substituta, a gestação ou mães de substituição ou também a popularmente conhecida barriga de aluguel. Os primeiros apontamentos históricos indicando a utilização deste método datam do ano de 1963, no Japão e em 1975 nos Estados Unidos, onde no ano de 1988 houve a fundação de uma associação de mães de substituição. (LEITE, 1995, p. 66-67)

Essa forma de maternidade, diferente do que se possa imaginar, é bastante antiga, pois existem relatos de sua prática até mesmo na Bíblia, em Gênesis 16, Sarah mulher de Abraão não podia dar filhos para ele por ser estéril. O casal recorreu a uma serva para que gerasse os filhos, para que dessa forma fosse dada continuidade a família. (WELTER, 2003, p. 236)

Nos casos de gestação de substituição, há a figura de uma terceira pessoa durante a gestação, garantindo assim o desenvolvimento completo do embrião durante todo o período gestacional. Após o nascimento da criança a mãe de substituição deverá devolver a criança aos pais biológicos criando uma espécie nova de maternidade, portanto a mãe biológica não será a mesma que gestou a criança. (MACHADO, 2010, p. 52)

Com relação a esse aspecto, deve-se frisar que são inexistentes as regras jurídicas específicas sobre o assunto, e devido a grande polêmica que vem sendo causada nos últimos anos, é necessária a criação de leis para regulamentar o assunto. No Brasil essas técnicas são



controladas apenas pelo Conselho Federal de Medicina, primeiramente regulada pela Resolução 1.358/1992, que depois foi substituída pela Resolução 1.957/2010.

De acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.957/2010<sup>4</sup>, na gestação de substituição, o empréstimo do útero deve ser gratuito não podendo ter caráter comercial ou lucrativo. A doadora temporária do útero deve pertencer à família dos doadores genéticos, podendo ser parente até o segundo grau, caso em que se entende que seria mais fácil a mãe de substituição entregar o bebê após o nascimento para os pais biológicos. Assim, não existindo nenhum parente disposto a passar pelo procedimento, o casal e a candidata a ceder o útero estarão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

Segundo Almeida:

(...) A gestação de substituição pode ocorrer em três situações: inseminação de uma mulher com sêmen e óvulo de pessoas estranhas; gestação de um óvulo fecundado in vitro, ou inseminação de uma mulher que recebe em seu óvulo sêmen de um homem estranho a ela (isto é que não seja seu companheiro ou marido). Há também uma situação muito rara, que consiste na mulher emissora do óvulo só ser capaz de gerar a criança durante um certo período, a mãe de aluguel carregará em seu ventre o embrião até o período em que a mãe biológica se torna capaz de concluir a gestação, ou seja, o embrião é retirado do ventre da mãe de aluguel e implantado no da mãe biológica para que esta prossiga com a gestação. (2000, p.47)

Nesse sentido, entende-se que existe uma diferença entre a mãe chamada portadora e a mãe substituta. No primeiro caso, a mãe portadora recebe o óvulo do casal, que já foi fecundado anteriormente, já no caso da mãe substituta, será inseminada sendo utilizado o seu próprio óvulo juntamente com o esperma do marido do casal solicitante da técnica de reprodução humana assistida.

Importante ressaltar que, se faz necessária, a definição de um novo e único critério para que se possa determinar a maternidade que ocorre por meio desta técnica de reprodução humana assistida. Por um lado se encontra o antigo brocado *mater semper certa est* (“a mãe é sempre certa”), significando que a mãe é determinada pelo parto. De outra banda sendo

---

4 Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.957/2010 (...)

VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - 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.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

contrariado o antigo brocado, seria estabelecer os direitos da mãe, juntamente com seus deveres analisando-se outros elementos, tais como a vontade da mãe que não gerou o filho de tê-lo ou os genes que o filho herdou. (MEIRELLES, 2004, p. 38)

Os grandes avanços que ocorreram na área da biomedicina relacionados com a reprodução humana assistida, não foram acompanhados pelo direito, sendo diversas as discussões existentes com relação à gestação de substituição. Ainda se faz preciso, que seja entendida qual é a relação criada entre o embrião e a pessoa que o está gerando e também com a pessoa que após todos os procedimentos ficará com a criança.

Ainda, frisa-se que a maternidade era vista pelo direito, até o surgimento destas novas técnicas de reprodução, como certa determinada pelo nascimento da criança, considerando mãe aquela que deu a luz à criança. Com a possibilidade de ocorrer a gestação de substituição este antigo conceito de maternidade necessita de adequações para que assim se adapte a realidade, pois nestes casos os pais, reconhecidos como genéticos e a mãe gestacional podem não ter qualquer obrigação com relação a criança, criando-se diversas formas de parentesco com relação a criança, podendo este ser somente genético, de gestação, de educação ou social, dependendo de que papel a pessoa assumiu em meio ao processo de reprodução. (FERNANDES, 2005, p. 96-97)

Um problema decorrente do uso desta técnica de reprodução pode ocorrer no momento da entrega da criança ao casal chamado de encomendante, pois a mãe substituta pode vir a se arrepender da decisão de entregar a criança e querer ficar com ela e não entregar ao casal. Nos casos em que ocorrer a disputa entre a mãe substituta e a mãe genética o Poder Judiciário deverá decidir com quem ficará a criança, sendo necessário nestes casos a observação e análise para que seja alcançado o melhor interesse da criança.

Segundo Leite, existem alguns questionamentos a serem analisados:

A nível ético, a entrega da criança após o parto constitui inevitavelmente um momento difícil de ser vivido pela mãe de substituição. A gravidez é vivida – pela maioria das mulheres – como um período de feliz plenitude. Imagine-se as sensações vivenciadas pela mãe de substituição durante 9 meses sabendo que no término da gravidez terá de enfrentar o doloroso momento da entrega de um ser que, naturalmente, lhe pertence. Até que ponto é justificável a entrega desta criança? E o cônjuge e os filhos da mãe de substituição, como acreditar que eles aceitam bem esta gravidez que lhes é estrangeira? Como convencê-los a encarar com naturalidade que ela carrega um bebê que será abandonado a outro casal, ao final de 9 meses? (1995, p. 68)

Esses questionamentos são de grande complexidade, isto é, de difíceis respostas, pois a utilização do recurso da mãe de substituição ainda não foi estudado e debatido suficientemente entre os estudiosos. Isto leva a concluir, que os médicos devem possuir uma postura rígida em frente aos pedidos de utilização destas técnicas, pois ao decidir sobre a possibilidade ou não desta utilização, deve ser analisada a situação do casal pretendente e da terceira interessada em se submeter ao procedimento.

Segundo Welter, quase todos os países são contra esse tipo de reprodução humana assistida sendo considerada em alguns destes um ilícito penal. A Legislação Britânica, por exemplo, considera como sendo mãe aquela pessoa que dá a luz a criança independente de o material genético ser dela ou de outra pessoa, posição essa também adotada pela França, Espanha e Portugal. (2003, p. 241)

No Brasil o Conselho Federal de Medicina na Resolução n. 1.957/2010, estabelece que a mãe de substituição pertença à família da mãe genética para que assim torne-se mais fácil a entrega da criança. Há a obrigatoriedade de existência do vínculo familiar entre a mãe gestacional e a mãe social, sem que haja qualquer prestação pecuniária ou qualquer possibilidade de exploração comercial na realização da técnica de gestação de substituição, devendo reger este acordo de vontades os sentimentos de afetividade, solidariedade e generosidade sem nenhuma outra intenção onerosa.

Diferentemente do que ocorre no Brasil, nos Estados Unidos, a mãe substituta realiza um contrato e recebe uma prestação pecuniária durante o período ou referente ao período em que estiver gestando a criança. Existem países onde esta prática é proibida, tais como a Suécia e a Alemanha, já no Canadá a gestação de substituição é considerada uma prática ilícita. (FERNANDES, 2005, p. 100)

A situação das mães de substituição é bastante polêmica, também com relação ao direito dos pais biológicos de registrarem o filho gerado pela utilização deste método. Ao nascer, a criança precisa receber um registro ainda dentro do hospital, expedido pelo médico que realizou o parto denominado de Declaração de Nascido Vivo, ocorre que neste registro irá constar o nome da mãe hospedeira gerando mais um problema para ser solucionado antes de ser realizado o registro do nascimento. A mãe substituta ao submeter-se a este procedimento, (nos países em que é aceito), deve concordar que quando nascer, a criança deverá ser entregue aos pais. A mãe que gerou a criança também deverá renunciar a todos os direitos que teria com relação à criança em favor dos pais genéticos desta, como se não houvesse nenhum tipo de ligação entre a mãe substituta e a criança que foi gerada por ela.

De acordo com Venosa:

Quanto à maternidade, deve ser considerada mãe aquela que teve o óvulo fecundado, não se admitindo outra solução, uma vez que o estado de família é irrenunciável e não admite transação. Nem sempre será essa, porém, uma solução eticamente justa e moralmente aceita por todos. A discussão permanece em aberto. Muito difícil poderá ser a decisão do juiz ao deparar com um caso concreto. Tantos são os problemas, das mais variadas ordens, inclusive de natureza psicológica na mãe de aluguel, que o mesmo projeto de lei sobre reprodução assistida citado, em tramitação legislativa, proíbe a cessão do útero de uma mulher para gestação de filho alheio, tipificando inclusive essa conduta como crime. Sem dúvida, essa é a melhor solução. No entanto, a proibição não impedirá que a sociedade e os tribunais defrontem com casos consumados, ou seja, nascimentos que ocorreram dessa forma, impondo-se uma solução quanto à titularidade da maternidade. Sob o ponto de vista do filho assim gerado, contudo, é inafastável que nessa situação inconveniente terá ele duas mães, uma biológica e outra geratriz. Não bastassem os conflitos sociológicos e psicológicos, os conflitos jurídicos serão inevitáveis na ausência de norma expressa. (2010, p. 224)

Nessa esteira, averigua-se que, são diversas as questões que surgem com a utilização deste método de reprodução, trazendo diversos debates com relação ao tema. Devendo o procedimento ser realizado de acordo com as regras médicas e bioéticas, para que os problemas a surgirem após o nascimento da criança sejam de mais fácil solução.

No sistema jurídico brasileiro ainda adota-se a ideia de que a mãe é quem deu a luz, até pela necessidade da declaração de nascido vivo, ou seja, o ordenamento jurídico não acompanhou os avanços ocorridos na medicina nos últimos anos, deixando o Poder Judiciário problemas a resolver os conflitos decorrentes da gestação de substituição. Desta forma, se faz necessário que o Poder Legislativo ponha em debate essas questões para que sejam criadas leis que ajudem na solução destes dilemas que são propostos com relação à gestação de substituição e tantos outros decorrentes das técnicas de reprodução humana assistida.

### **2.3 O dilema dos embriões excedentes: o destino que pode ser dado aos embriões mantidos em laboratório**

Outro tema que vem gerando discussão na área da reprodução humana assistida, é o destino que deve ser dado aos embriões excedentes, ou seja, aqueles óvulos já fecundados e que não foram transferidos ao útero materno, sendo esta situação muito bem explicada por Souza:

O embrião é produto das primeiras modificações do ovo fecundado, que vai dar origem a um novo indivíduo, ou seja, o embrião é fruto da junção de um gameta feminino (óvulo) e um gameta masculino (espermatozóide), a partir das primeiras modificações do ovo fecundado. Na reprodução assistida em questão, no momento de transplantar os embriões para o útero podem ocorrer duas situações: um só embrião apto a se desenvolver e ser transplantado ou o desenvolvimento de um número significativo de embriões, não podendo todos ser transplantados, originando aí a problemática dos embriões excedentes. (2008)

Ao ser realizada a transferência dos embriões para o útero materno nem todos são utilizados, pois a resolução do Conselho Federal de Medicina, única resolução que regulamenta estes procedimentos, informa que o número de embriões que podem ser implantados não pode exceder a quatro, pois se forem implantados mais embriões há mais chances de ocorrer gravidez múltipla, sendo os embriões não implantados criopreservados com o consentimento da paciente, para posterior utilização.

Também registra-se que a criopreservação, conhecida como congelamento do embrião, deverá ser autorizada pelos pacientes, podendo estes embriões ficarem preservados por longo período, e assim surgem várias questões com relação ao tema. Entre estas discussões, destaca-se a de o embrião ter ou não direito sucessório, quem tem a custódia do embrião, entre outros pontos ainda passíveis de estudo e debate, pois a resolução do Conselho Federal de Medicina não esclarece estas questões e qual o destino que deve ser dado aos embriões excedentes. (FERNANDES, 2005, p. 102)

Ao ser tratado esse tema na Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.358/2010 pode ser entendido que estes não poderão ser destruídos, mas fica a cargo dos pacientes a decisão sobre o destino a ser dado aos embriões. Os pacientes devem informar,

expressamente, qual o destino que deverá ser dado aos embriões que serão criopreservados, nos casos em que ocorrem doenças graves, divórcio ou falecimento de um deles ou de ambos e quando desejam doá-los.

Os embriões criopreservados, do ponto de vista científico, podem ser utilizados para pesquisas que possam se reverter em benefícios do próprio embrião e da própria técnica de reprodução. Nesses casos, se faz necessária a observação dos princípios da Bioética, devendo ser analisado e levado em consideração o princípio da autonomia, ou seja, a expressa manifestação de vontade dos cônjuges e companheiros, a situação também precisa ser analisada sob a luz do princípio da beneficência, sendo que a pesquisa só pode ser realizada se trouxer benefício para o embrião ou para a humanidade. Quanto ao princípio da não maleficência e da justiça entende-se que os benefícios da pesquisa, poderiam acabar justificando certos prejuízos devendo ser assumidos os riscos e as consequências da realização deste tipo de pesquisa. (FERNANDES, 2005, p. 103)

Ao serem analisados os princípios Bioéticos, pode-se compreender que as pesquisas com embriões excedentes podem ser feitas quando resultarem em algum progresso científico, desde que não tenham por consequência algo prejudicial ao ser humano. Visando desta forma, sempre proteger o indivíduo e toda a espécie humana. Segundo a Lei n. 11.105/2005, a Lei da Biossegurança, já considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, os embriões devem ser guardados pelo período de três anos, para que se houver interesse dos pais, possam ser utilizados pelos mesmos, caso isto não ocorra, poderão então ser utilizados em pesquisas com células-tronco.

Na realização dessas pesquisas científicas deve-se buscar aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana, levando em consideração, também, três princípios básicos estipulados pela ética. Esses princípios éticos estipulam que: não se podem produzir embriões com fim exclusivo para pesquisa; não podem ser reimplantados embriões que já tenham sido testados em algum tipo de experiência; e também que é obrigatória a existência do consentimento dos genitores para que este embrião excedente possa ser utilizado para pesquisa. (FERNANDES, 2005, p. 104)

A grande discussão com relação à utilização desses embriões para pesquisa científica está no debate de quando se inicia a vida e os direitos do embrião, sendo que este assunto não encontra uma posição pacífica no Direito Brasileiro, tampouco no Direito Comparado. A pesquisa com embriões, conforme se observa, é proibida pela Igreja Católica, pois o

entendimento desta é que o embrião, desde a fecundação, já é considerado uma vida, em seu sentido amplo não podendo de qualquer forma ser utilizado para pesquisas.

Destaca-se que em alguns países se tem admitido pesquisa científica, mas em contrapartida disso, após estas serem realizadas, deve ocorrer à destruição do embrião. “Nesses países há consenso que a experimentação tem prazo-limite até o décimo quarto dia após a fecundação, não podendo os embriões ter utilização industrial ou cosmetológica.” (FERNANDES, 2005, p. 105)

Os países como França e a Dinamarca, adotam o posicionamento acima explanado, e os procedimentos utilizando embriões criopreservados, possuem regulamentação própria devendo ser previamente autorizados por uma espécie de Comitê de Ética, que é criado especificamente para tratar desta matéria.

Assinala-se ainda, que nos países em que são aceitas as pesquisas científicas, há a exigência do consentimento dos doares do material genético. A realização de fecundação dos óvulos, para que seja realizada pesquisa está totalmente proibido, pois nestes casos acabaria ocorrendo a transformação do ser humano em um simples material para pesquisas. Nessa linha, percebe-se que do ponto de vista ético o embrião nunca poderá ser tratado como uma coisa, sua utilização comercial ou industrial é totalmente vedada. Dessa forma, para muitos doutrinadores o embrião já pode ser considerado uma vida humana e deve ser protegido pelo Ordenamento Jurídico. (FERNANDES, 2005, p. 104 - 105)

A redação da Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.358/2010, causa algumas dúvidas, com relação à possibilidade de descarte ou destituição dos embriões. No 225, §1º, II, da Constituição da República Federativa Brasil de 1988<sup>5</sup>, está disposto que o patrimônio genético nacional deve ser preservado. Ao ser analisado este artigo compreende-se que não é admitida a destruição de embriões, pois estes constituem o chamado patrimônio genético nacional.

Segundo o Conselho Federal de Medicina, ofício 7.597, o descarte de embriões excedentes que tenha sido autorizado expressamente pelos cônjuges ou companheiros não seria considerado contrário à ética, sendo este um procedimento autorizado. (SILVA, 2002, p. 305)

---

<sup>5</sup> Artigo 225, § 1º, II: “Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: I- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético.”



Segundo Diniz:

O embrião, ou nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas protegem é porque tem personalidade jurídica. (2006, p. 127)

Ressalta-se, contudo, que existem várias teorias que atribuem condição de pessoa humana ao embrião e também teorias contrárias a essa visão. Estas teorias tentam resolver esta questão bastante polêmica, que carece de muito debate e estudo dentro da sociedade, para que se chegue a uma solução para este impasse.

O Direito brasileiro contempla quatro teorias sobre o assunto: a Teoria Natalista ou Negativista, onde só iniciaria a personalidade do homem com o nascimento com vida; a Teoria da Personalidade Condicional, que confere ao nascituro alguns direitos que ficam condicionados ao seu nascimento com vida; a Teoria Concepcionista ou Afirmativista considera que a personalidade se inicia com a concepção possuindo, desde logo, o nascituro, direitos de personalidade e, por fim, a Teoria Mista ou Moderada que divide a personalidade jurídica em material e formal. (ALMEIDA, 2000, p. 144)

A discussão entre qual teoria deve ser aplicada pelo Direito Brasileiro ainda não teve uma conclusão, uma vez que são diversos os entendimentos dos doutrinadores com reação ao início da personalidade. Atualmente dentre estas teorias, uma das que vez sendo mais utilizada é a Teoria Mista ou Moderada, que tem como seguidores Maria Helena Diniz, Washington de Barros Monteiro, entre outros.

Para esta parte da doutrina, assiste ao embrião a personalidade jurídica formal e material, na vida intrauterina ou *in vitro*, o embrião possui personalidade jurídica, chamada de personalidade jurídica formal, relativa aos direitos de personalidade. Somente poderá adquirir personalidade jurídica material, e será sujeito de direitos e obrigações, quando o embrião se desenvolver normalmente e ocorrer o nascimento com vida da criança. (DINIZ, 2006, p. 127)

Outrossim, informa-se que são várias as discussões sobre os direitos de personalidade do embrião, na legislação brasileira se estabelece a proteção ao direito do nascituro (aquele que tem expectativa de vir a nascer). Dessa forma, uma parte da doutrina, entende que os direitos referentes à personalidade existem desde a fecundação, sendo que neste entendimento, teria sim o embrião direitos de personalidade.



É importante destacar que:

(...) há o entendimento de que até o 14º dia após a fecundação, o embrião não tem vida pessoal e não pode ser considerado uma pessoa. No entanto, esse entendimento visa justificar a realização de experiências com seres humanos durante esse período, evitando-se, assim, questões éticas a respeito do início da vida. (LOUREIRO, 2009, p. 87)

São diversos os questionamentos que devem ser feitos com relação ao início da vida do ser humano gerado em laboratório, se esse ocorre no momento da fertilização no laboratório ou quando da implantação do óvulo já fecundado no útero da mulher. O Código Civil brasileiro, por sua vez, resguarda os direitos do nascituro desde a concepção, pois o embrião nesta fase já possuiria características de um ser individualizado, contendo a sua carga genética própria.

Segundo Loureiro, a existência da personalidade jurídica ocorre com o início da vida humana, que acontece com a concepção, estando o embrião já inserido no mundo jurídico desde a fecundação. Sendo assim, o embrião deve ter respeitados todos os seus direitos de personalidade, pois são absolutos. (2009, p. 57)

De acordo com o artigo 5º da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>, o direito à vida é direito de todos, sendo esse a base para que se adquiram os demais direitos inerentes a pessoa humana. De acordo com o princípio da Dignidade da Pessoa Humana o uso de embriões para realização de pesquisas científicas seria uma violação ao direito fundamental e natural à vida.

Loureiro entende que:

(...) a capacidade de ser titular de direitos e deveres é adquirida no momento do nascimento, que se constata com a respiração pulmonar, mas a regra do nascimento como marco para considerar o início da vida deve ser revista, tendo em vista a proteção dos direitos do nascituro. Além disso, o conceito de nascituro deve ser reavaliado diante das novas técnicas científicas de manutenção do embrião vivo *in vitro*. Assim, se o embrião tem vida desde a concepção, adquire, portanto, personalidade; se tem personalidade, tem capacidade de direito de ser sujeito de direitos e deveres. (2009, p. 90)

---

<sup>6</sup> Artigo 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(...)

Esse debate sobre quando se inicia a personalidade civil da pessoa é bastante importante, para definir regras com relação aos embriões excedentes. Segundo o artigo 2º<sup>7</sup> do Código Civil brasileiro a lei resguarda os direitos do nascituro desde a concepção. O debate que se gera em torno do tema embriões excedentes, da existência ou não de direitos de personalidade, da possibilidade de realização de pesquisas com estes embriões, da realização ou não de descartes dos mesmos será um desafio do século XXI.

São inúmeros os problemas discutidos em relação ao assunto, com relação à utilização destes embriões criopreservados para a realização das técnicas de reprodução humana assistida, dentre elas a inseminação artificial *post mortem*, tema este que será abordado no capítulo seguinte. A solução para estes conflitos ainda precisa ser estudada, levando-se em consideração os princípios éticos e morais do Biodireito e da Bioética, buscando-se a melhor aplicação dos princípios constitucionais como a Dignidade da Pessoa Humana, para assim se chegar a uma solução apropriada para estes novos debates da sociedade.

---

<sup>7</sup> Artigo 2º - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

### **3 A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO**

Primeiramente, destaca-se que, como o desenvolvimento da ciência o sonho da maternidade e da paternidade se tornou possível para os casais que antes destas descobertas científicas não teriam oportunidade de ter um filho, pelos meios naturais, somente se recorressem para a adoção. Atualmente, como já demonstrado, as técnicas de reprodução humana assistida vem sendo cada vez mais utilizadas, tornando a procriação, uma situação tão simples em tempos passados, em um assunto de grande complexidade.

Os assuntos envolvendo as técnicas de reprodução humana assistida podem levar a diversos debates, abrangendo além do aspecto ético também divergências judiciais, morais, religiosas, entre outras. Dentre as técnicas mais discutidas na atualidade está a inseminação artificial *post mortem*, onde surgem diversos questionamentos com relação à possibilidade ou não da realização deste tipo de inseminação e o direito sucessório da criança nascida por meio destas técnicas, pois o Direito das Sucessões tem demonstrado grandes evoluções frente às novas situações surgidas nos últimos anos, não acontecendo o mesmo com relação aos avanços das técnicas de reprodução humana assistida, onde ainda permanece inerte.

#### **3.1 A inseminação artificial *post mortem*: aspectos fundantes**

Entre os diferentes métodos para realizar a reprodução humana assistida, há a possibilidade de utilização dos embriões criopreservados após a morte de um ou de ambos os genitores para realizar a inseminação artificial *post mortem*, por meio de inseminação artificial. Neste caso, surgem divergências com relação aos mais diversos aspectos que envolvem esta situação, tais como a formação psicológica do concebido e o direito de fazer parte da sucessão e ter direito a herança.

A inseminação artificial, ou fecundação, *post mortem* é aquela que é realizada com a utilização de um embrião ou sêmen que foi congelado por meio de técnicas especiais, após a morte do doador do sêmen. Desta forma a inseminação ocorre quando “o cônjuge que contribuiu com o material genético veio posteriormente a falecer, antes do nascimento com vida do ser vivo.” (LISBOA, 2010, p. 280)

Segundo Rizzardo:

Há várias situações que levam a congelar o sêmen. Antes de submeter-se a uma vasectomia, o marido extrai o esperma e o deposita em um banco de sêmen, onde é resfriado numa temperatura de aproximadamente duzentos graus. Igualmente, quando o homem vai submeter-se a tratamento com remédios químicos, que podem causar a esterilidade. (2011, p. 450)

Desta situação, surgem indagações com relação à possibilidade da utilização do sêmen congelado na técnica de inseminação artificial *post mortem*. Da mesma forma, surgem questionamentos com relação ao embrião já formado e a possibilidade da sua utilização após a morte de um de seus doadores.

O primeiro caso, que se tem conhecimento, da utilização de inseminação artificial *post mortem*, foi no ano de 1984, com Alain Parpalaix, na França. Alan descobriu estar acometido de câncer, este estava localizado nos testículos e poderia ter como consequência a esterilidade. Com isso, resolveu congelar seu esperma no Centro de Estudo e Conservação do Esperma, mas antes de realizar o desejo de ter filhos veio a falecer. Sua esposa Corine, após o falecimento de Alan, dirigiu-se ao local onde estava congelado o material genético de Alan e pediu para que lhe fosse entregue o referido material, o que foi negado. Em recurso ao Tribunal de Créteil, conseguiu a autorização e a instituição foi condenada a entregar o material genético de Alan. (QUEIROZ, 2004, p. 294)

No Brasil, a discussão sobre a inseminação artificial *post mortem*, ganhou repercussão nacional, com o nascimento do primeiro bebê oriundo dessa prática, em 20 de junho de 2011. A genitora foi autorizada pela justiça a realizar o procedimento, pois seu marido havia falecido em decorrência de um câncer, mas havia armazenado material genético antes do início do tratamento, para que fosse possível a realização de inseminação artificial.

Segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.957/2010<sup>8</sup>, será realizada a inseminação artificial *post mortem* quando houver a autorização prévia e específica do de cujus. Nestes casos, se for utilizada a técnica de inseminação artificial *post mortem*, quando do nascimento da criança, haverá a constituição de uma família monoparental esta família será formada por qualquer um dos pais e os filhos do de cujus, ou seja, seus descendentes.

---

<sup>8</sup> VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

São diversos os entendimentos sobre o assunto. De um lado, está a figura da criança que não terá a oportunidade de ter a figura paterna e materna concomitantemente na sua criação. Deste modo estaria ela sendo condenada a orfandade biológica, não sendo o de cujus capaz de gerar um ser humano, mesmo com autorização expressa de vontade para tanto. (WELTER, 2003, p. 212)

Esta parte da doutrina que alega não ser possível uma criação saudável da criança sem a presença da figura materna e paterna. Assume-se um entendimento de que a utilização desta técnica seria uma atitude prejudicial à criança, com relação à personalidade e demais aspectos psicológicos.

Segundo Leite, toda criança deve se desenvolver em um ambiente familiar normal tendo direito de conviver tanto com o pai quanto com a mãe. Dessa forma a criança deveria ter a identificação da figura materna e paterna para que ocorresse o desenvolvimento normal da sua personalidade, sendo esta prática, analisando-se do ponto de vista ético, uma negação da origem das técnicas de reprodução humana assistida que teria como razão de ser o tratamento da esterilidade ou da hipofertilidade. (1995, p. 355)

Com relação ao desenvolvimento da criança, cabe ressaltar, que ainda não foram realizados estudos de forma aprofundada para que fosse possível ter uma resposta a respeito do prejuízo ou não da utilização da técnica da inseminação artificial *post mortem*. Evidenciando um conflito de entendimentos, parte dos doutrinadores defende o direito da criança de crescer em uma família heteroparental, com a figura paterna e materna. Já outra parte defende o direito do cônjuge sobrevivente de perpetuar a sua família, para deste modo realizar um desejo do casal existente desde antes do falecimento do de cujus.

De acordo com Brauner:

(...) o direito a um ter pai e uma mãe, de conhecer a ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não ser possível, sem que se possa afirmar, no entanto, que o bem estar físico e psíquico da criança estejam comprometidos. Talvez esta atenuação ao direito a origem e a biparentalidade se refira, não simplesmente, aos casos de adoção plena, quando a criança terá uma nova família, mas também se tenha reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais, tanto aquelas formadas naturalmente, quanto àquelas nascidas a partir do auxílio da ciência, nas técnicas heterólogas. (2003)

De acordo com esta outra vertente, quanto à inseminação artificial *post mortem*, a criança pode vir a formar uma família monoparental, desde que o genitor que irá criá-la tenha condições de dar ao filho tudo que ele necessita. Há necessidade de que a criança, mesmo que sem a presença de pai e mãe juntos possa se desenvolver em um ambiente afetoso e digno, para que se desenvolva de forma saudável.

Desta forma, com relação à possibilidade do desenvolvimento da criança nascida de inseminação artificial *post mortem*, esta parte da doutrina está de acordo com a Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 226<sup>9</sup>, permite a formação de uma família monoparental. De acordo com a doutrina a favor da inseminação *post mortem*, se faz necessário, para que possa ocorrer a utilização dessa técnica, a expressa concordância do de cujus, dada no momento da coleta do seu material genético, para que assim seja entendido que a paternidade mesmo que não existente tenha sido realmente desejada pelo de cujus. (WELTER, 2003, p. 212)

A possibilidade de realização da inseminação artificial *post mortem*, traz ao cônjuge sobrevivente um sentimento de poder de alguma forma perpetuar a vida da pessoa querida. A criança gerada por esta técnica seria uma ligação com a pessoa falecida, o que deve ser observado de forma bastante racional na hora da decisão com relação a utilização ou não desta técnica, pois envolvem sentimentos e responsabilidades ainda pouco estudados e conhecidos, pois trata-se de uma situação anômala dentro do direito de filiação e das sucessões.

Para Barbas, há que se atentar a outra situação que pode decorrer da aceitação da utilização das técnicas de inseminação artificial *post mortem*. A pessoa interessada em se submeter a esta técnica pode estar investida somente de motivações econômicas, ou seja, vendo nesta técnica a possibilidade de “fabricar” herdeiros do de cujus e assim conseguir vantagens para si sobre a herança do mesmo. (1998, p. 130)

A possibilidade de utilização das técnicas de inseminação artificial *post mortem*, pode ser encontrada no artigo 1.597, III do Código Civil brasileiro<sup>10</sup>, mas que traz à discussão sobre necessidade de autorização do marido para que seja realizada a fecundação e a possibilidade

---

<sup>9</sup> Artigo 226 §4º. Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dois pais e seus descendentes.

<sup>10</sup> Artigo 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;

(...)

da genitora ser viúva. Este dispositivo não foi totalmente claro, ainda necessitando de análises doutrinárias e regulações jurídicas a respeito do tema.

De acordo com Meirelles, o legislador ao editar o artigo acima referido, tratou de forma igual tanto a utilização do sêmen do marido falecido, quanto à transferência de embrião mantido em laboratório, sendo realizada a fertilização da forma homóloga. Desta forma, na utilização de qualquer destas duas formas, seriam presumidos como filhos concebidos durante a constância do casamento. (2004, p. 54)

Este dispositivo do Código Civil brasileiro informa que uma vez doado o sêmen ou o embrião e utilizado para a realização de inseminação artificial homóloga, não haveria como ser negada a paternidade ou a maternidade. Também, determina que não haveria, em tese, diferença se a inseminação ocorresse durante o casamento ou após a separação do casal, ou a morte de um dos cônjuges.

Segundo Welter, o legislador na redação do artigo 1.597, IV, do Código Civil brasileiro:

(...) ao utilizar a expressão embriões “excedentários”, dá a entender que deve ter havido anterior inseminação artificial homóloga, da qual sobejaram embriões que não foram utilizados. É dizer, se não houver anterior inseminação, não é possível que haja embriões excedentes, pelo que não se presumirá a paternidade do marido em caso de embriões não excedentes, in isto é, realizada a inseminação artificial homóloga pela primeira vez com os embriões. Também pode ser sustentado que a expressão embriões “excedentários” foi apenas linguagem equivocada do legislador, que quis dar a entender a existência de depósito de material genético em um local especializado, não reclamando assim, anterior inseminação artificial. (2003, p. 213)

Também com relação ao inciso IV do artigo 1.597, deve-se analisar que o legislador se utilizou da expressão “a qualquer tempo”, ou seja, a paternidade será presumida mesmo após a morte do marido. Assim, também se pode presumir, que em tese, a mulher tem uma espécie de poder ao gerar seus filhos no momento em que entender oportuno, ou seja, o marido ao fornecer seu material genético para realização de alguma técnica de reprodução humana assistida autorizou de forma prévia a sua utilização a qualquer tempo.

Para o Conselho da Justiça Federal, em seu enunciado n. 106<sup>11</sup>, ao se analisar o artigo 1.597, inciso III, para que a paternidade seja presumida após o falecimento do marido, deverá existir obrigatoriamente a autorização escrita do marido para que se possa utilizar seu material genético após o seu falecimento. Ainda, com relação aos embriões excedentários, no enunciado n. 107<sup>12</sup>, dispõe que ao fim da sociedade conjugal, somente poderão ser utilizados estes embriões se houver autorização expressa do ex-cônjuge, sendo que esta pode ser revogada até o início do procedimento de reprodução humana assistida, ou seja, do procedimento de implantação desses embriões excedentes.

De acordo com Venosa, “O Código de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata lacunosamente a existência da problemática e procura da solução exclusivamente ao aspecto da paternidade.” (2011, p. 235) Ficando o restante da matéria, da reprodução humana assistida, que é bastante complexa e ampla, a mercê do legislador, para realização de regulamentação por lei específica.

Todas as matérias ligadas a reprodução humana assistida, dentre elas a inseminação artificial *post mortem*, estão sem qualquer tipo de regulamentação jurídica própria, existindo diversas dúvidas com relação a esses procedimentos e várias dificuldades para se chegar a uma solução. A regulamentação destes procedimentos é necessária e urgente, pois a cada nova descoberta aumentam as discussões éticas e jurídicas em torno do tema.

### **3.2 O disciplinamento jurídico da reprodução humana assistida no Brasil e no direito comparado**

A tecnologia na área biotecnologia evoluiu e hoje, as pessoas que se encontram impossibilitadas de ter filhos pelos métodos naturais recorrem às técnicas de reprodução humana assistida, para assim ter uma nova opção para ter realizado o seu desejo de constituir uma família. Apesar desta grande evolução científica o Direito brasileiro não acompanhou tal

---

<sup>11</sup> Conselho da Justiça Federal – Enunciados de Direito Civil – Enunciado n. 106 – Artigo 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

<sup>12</sup> Conselho da Justiça Federal – Enunciados de Direito Civil – Enunciado n.107 – Artigo 1.597, IV: finda a sociedade conjugal, na forma do artigo 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.



evolução, não prevendo soluções jurídicas para as mais diversas técnicas de reprodução humana assistida.

A discussão acerca da falta de regulamentação jurídica com relação ao assunto, se estende por anos, como pode ser constatado em trecho de livro do autor Eduardo Espínola, datado de 1957:

A inseminação artificial, muito aplicada atualmente nos Estados Unidos, na França e na Inglaterra e ainda em outros países, não foi considerada juridicamente, quer pela doutrina, quer pelos tribunais de modo satisfatório, tendo em vista os problemas que podem surgir sobre a natureza dos filhos por ela gerados. Parece, todavia, que a opinião dominante entende que, em se tratando de mulher casada, o filho deve considerar-se legítimo se a substância seminal é do próprio marido impotente. Deve ser equiparado ao adúltero, se procede de outro homem sem o consentimento do marido. (1957, p. 508)

Desta forma, cabe destacar que este tema já era discutido na década de 1950, e apesar de grandes evoluções terem ocorrido no Direito pátrio, esse ainda não tratou do assunto de forma específica. No caso do tema reprodução humana assistida, uma legislação pertinente se faz de extrema necessidade, pois esta prática envolve diversas consequências, não somente jurídicas também éticas e psicológicas.

Segundo o entendimento de Scalquette, ao se tratar de reprodução humana assistida, pela complexidade do assunto, se faz necessário um tratamento jurídico específico. Para isso devem ser considerados os “princípios constitucionais de proteção à família, resultando em um sistema jurídico conjugado a outras ciências, como, por exemplo, é o caso da medicina.” (2010, p. 320)

Com relação à regulamentação da reprodução humana assistida, é necessário que sejam tuteladas diversas esferas do direito, tais como o direito civil, administrativo e penal. Esta situação se explica, pois a utilização destas técnicas envolvem diversas questões e efeitos, em diversos institutos como a responsabilidade civil, família e sucessões.

Para Fernandes:

O direito deve ocupar-se dessa nova realidade, antes que o homem venha a ser reduzido a simples objeto de experiências no campo da medicina reprodutiva. O tema, apesar de complexo e controvertido, deve ser juridicamente enfrentado sob pena de ver descaracterizada a função social de regulador das relações humanas. (2005, p. 51)

A utilização das técnicas de reprodução humana assistida trouxe questões ainda sem respostas, pois um ato antes íntimo do casal passou a necessitar de intervenção de outras pessoas para que possa ser concretizado. A medicina necessita de limites jurídicos e éticos, para que o corpo humano não seja tratado como um objeto, um material de exploração.

A ausência de regulamentação adequada para estas novas técnicas, faz com que a própria área médica crie regras regulamentadoras. “Esses comportamentos comprometem a ordem social quando colocam a prática clandestina do método podendo gerar riscos (...)” (LEITE, 1995, p. 332). Essas situações acabariam colocando a vida das pessoas que se submetem as técnicas de reprodução humana assistida em risco, pois os médicos ao criarem suas próprias regras poderiam se levar pelo desejo de gerar lucro e não atentar a situação do ser humano e seus princípios básicos.

O Conselho Federal de Medicina regula as técnicas de reprodução humana assistida através da Resolução n. 1.957/2010. Essa resolução é utilizada e aplicada pelos médicos, inexistindo qualquer tipo de sanção penal prevista na mesma, para os profissionais que de alguma maneira infringirem as regras da mesma.

Segundo a citada Resolução do Conselho Federal de Medicina, as técnicas de reprodução humana assistida existem para auxiliar na tentativa de resolução dos problemas existentes com relação à infertilidade. Estas técnicas só devem ser utilizadas quando as demais técnicas terapêuticas não obtiverem sucesso. Conclui-se desta forma, que o médico não pode realizar qualquer uma das técnicas de reprodução humana assistida se o casal ainda tem opções de tratamentos para constituir família, sendo esta uma última alternativa para a procriação. (FERRAZ, 2010, p. 59)

As normas existentes no sistema jurídico brasileiro são insuficientes para a solução dos conflitos que surgem à cada nova descoberta da área médica. Existem diversos projetos de lei para que sejam regulamentadas essas técnicas, mas pelos entraves burocráticos existentes

no Brasil, nenhuma foi promulgada, ficando as mesmas a mercê somente da Resolução 1.957/2010 e da Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/05), que necessitam ser utilizadas juntamente com alguns dispositivos do Código Civil brasileiro e da Constituição Federal de 1988.

Para Machado, as regras existentes com relação à reprodução humana assistida são criadas pelo próprio corpo médico, conflitando em diversos aspectos com o ordenamento jurídico brasileiro. Segundo a autora, ao ser elaborado o Código Civil brasileiro de 2002, não foram tratados como deveriam os assuntos relacionados ao tema, ficando a solução a critério dos Tribunais que assim devem estabelecer os limites para a prática das técnicas de reprodução humana assistida. (2010, p. 135)

A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), não trata diretamente da reprodução humana assistida, apenas trazendo referências com relação as células-tronco embrionárias que se originam da fertilização *in vitro*. Esta referência pode ser encontrada no artigo 5<sup>o</sup><sup>13</sup> da lei, sendo que este tema foi tratado pela presente lei, por apresentar diversos debates com relação ao início da vida humana.

O tema da reprodução humana assistida já foi objeto de leis em diversos países, devido a importância que é dada a ele. Faz-se necessário destacar a forma como alguns ordenamentos jurídicos tratam o assunto, para que estes modelos possam contribuir de alguma forma para uma futura elaboração da legislação brasileira.

Nessa linha, Fernandes, com propriedade assevera:

Existe, todavia, uma diversidade de posturas éticas e jurídicas que deriva essencialmente da grande influência de tradições, usos e costumes, bem como das religiões e ideologias dominantes em cada país, que até o momento tentaram legislar a respeito das técnicas de reprodução humana assistida. (2005, p. 151)

---

<sup>13</sup> Artigo 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no artigo 15 da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Relativamente às legislações estrangeiras verifica-se que as mesmas abordam o assunto de diferentes maneiras, mas sua principal preocupação está em tentar conciliar a evolução das pesquisas científicas, conferindo liberdades, com a proteção do ser humano, que acaba sendo um objeto para estas experiências. Os países que serão tratados apresentam diversos entendimentos e níveis de flexibilidade das normas, para que seja demonstrada a complexidade e a importância da regulamentação do tema.

Nessa esteira, observa-se que em Portugal, na data de 11 de julho de 2006, o presidente Aníbal Cavaco Silva, promulgou a Lei n. 32, com o objetivo de regular as técnicas de reprodução humana assistida. Esta lei tratou das mais diversas matérias, tais como a maternidade de substituição, consentimento, determinação de paternidade, inseminação *post mortem*, destino dos embriões excedentários, entre outros de abrangência da matéria, informando inclusive de sanções criminais. (SCALQUETTE, 2010, p. 245-246)

Ainda com relação à Lei n. 32, Ferraz destaca:

O artigo 3º da lei, de logo, estabelece que as técnicas de reprodução humana assistida devem respeitar a dignidade humana, sendo vedada a discriminação com base no patrimônio genético e também daqueles que sejam fruto de tais técnicas. Trata-se, portanto, de se tentar conciliar os avanços médico-científicos com os princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade, de modo que os filhos oriundos da utilização das técnicas não sejam objeto de qualquer tratamento desigual ou discriminatório em função da origem. (2010, p. 68)

Salienta-se, nesse panorama, que o artigo 6º<sup>14</sup> da lei restringe o uso das técnicas de reprodução humana assistida as pessoas que estejam casadas ou em união estável por mais de dois anos, sendo vedada a utilização a pessoas solteiras e casais homoafetivos. Em relação à maternidade de substituição, na modalidade gratuita ou onerosa, é vedada, sendo que a mulher que aceitar submeter-se a esta técnica será considerada a mãe para qualquer efeito legal<sup>15</sup>.

Os beneficiários deverão firmar documento confirmando o consentimento com relação à utilização das técnicas de reprodução humana assistida, também devendo constar

---

<sup>14</sup> Artigo 6º (...) Só as pessoas casadas que não se encontrem separadas judicialmente de pessoas e bens ou separadas de facto ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos podem recorrer a técnicas de PMA.

<sup>15</sup> Artigo 8º. Maternidade de substituição. 1 - São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2 - Entende-se por maternidade de substituição qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 3 - A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer.

autorização com relação à utilização dos embriões excedentes para pesquisas. A lei permite a criopreservação do sêmen do doador, mas com relação à inseminação artificial *post mortem*, mesmo com autorização do companheiro, é vedada. Existem casos em que esta prática é aceita, como trata o item 3 do artigo 22<sup>16</sup> da lei, também devendo ser ressaltado que para que sejam preservados os interesses da criança, em caso de violação da norma, será presumido como pai da criança o cônjuge falecido, salvo exceções, caso a mulher já tenha constituído novas núpcias por exemplo. (SCALQUETTE, 2010, p. 247-248)

Na Espanha, as técnicas de reprodução humana assistida são reguladas pela Lei n. 14/2006, sancionada pelo Rei Juan Carlos I. A Espanha foi um país pioneiro com relação à regulamentação destas técnicas, pois já havia criado uma legislação sobre o assunto a Lei 35/88.

A Lei 14/2006, permite que qualquer mulher, independente de orientação sexual e estado civil, se submeta as técnicas de reprodução assistida, no caso de ser casada se faz necessária a autorização do cônjuge para que seja realizada alguma destas técnicas. A lei também estabelece que a paternidade e a maternidade dos filhos nascidos por estas técnicas não podem ser impugnadas, não podendo constar no registro civil da criança que foi utilizada alguma técnica de reprodução humana assistida. (FERRAZ, 2010, p. 72)

Como observa Scalquete:

Caso o marido venha a falecer, se tiver prestado consentimento expresso, em documento formal, para que sua mulher possa utilizar seu material nos doze meses que se seguirem ao seu falecimento, a concepção produzirá seus efeitos legais que derivam da filiação matrimonial (...). (2010, p. 257-258)

Desta forma, entende-se que é permitida a realização da inseminação artificial *post mortem*, desde que presente o consentimento do cônjuge falecido, sendo a autorização válida por 12 meses. Com relação à gestação de substituição: “a legislação espanhola veda expressamente (...) e, caso venha a ocorrer, determina-se que a filiação dos nascidos de substituta será determinada pelo parto.” (SCALQUETE, 2010, p. 258)

---

<sup>16</sup> Artigo 22. Inseminação *post mortem*. 1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação. (...) 3 - É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Quanto aos pré-embriões a pesquisas são permitidas com a finalidade do aperfeiçoamento das técnicas de reprodução humana assistida, já com relação ao sêmen ele pode ser criopreservado em banco de gametas durante toda a vida do doador. (FERRAZ, 2010, p.73) A Lei Espanhola, por sua vez, é bastante questionada pela Religião Católica e por estudiosos do Biodireito, por ser considerada bastante permissiva e por não atentar ao princípio da dignidade humana.

Nos Estados Unidos é recomendado o uso das técnicas de reprodução humana assistida somente para beneficiar casais estéreis, devendo sempre estar presente o consentimento do casal. Quanto ao congelamento dos embriões, é um assunto divergente entre os estados, sendo que seis estados proíbem esta prática, mas com relação à doação de gametas, esta não sofre qualquer tipo de restrição. Já com relação a maternidade de substituição, esta é permitida, podendo ocorrer tanto da forma onerosa quanto da forma gratuita. (FERNANDES, 2005, p. 165)

Ao analisar-se como são reguladas as técnicas de reprodução humana assistida nos Estados Unidos, percebe-se que não há uma doutrina ou legislação dominante. O que ocorre, é a ausência de um controle nacional, cada estado acaba legislando da forma como identifica ser a mais adequada.

Na Itália, em consequência da grande influência exercida pela Igreja Católica e do Estado do Vaticano, as técnicas de reprodução humana assistida sofrem grande controle. A Lei 40/2004 é considerada restritiva quase a ponto de impedir este tipo de intervenção. Ao ser analisada a lei, constata-se que é proibida a doação de óvulos e espermatozoides, a utilização da maternidade de substituição e a pesquisa com embriões. (FERRAZ, 2010, p. 74-75)

A Lei Italiana possui diversos pontos ainda a serem discutidos e esclarecidos, entre eles a inseminação artificial *post mortem*. Com a análise das legislações de alguns países com relação a reprodução humana assistida, pode-se perceber que existem inúmeras particularidades com relação a estas leis, respeitando as regras impostas pela sociedade de cada país. Esta regulamentação é a solução para os conflitos encontrados no Direito Brasileiro, sendo necessário um estudo aprofundado sobre as consequências destas técnicas, sendo respeitados os princípios constitucionais, para que assim seja criada uma legislação adequada e eficiente para a reprodução humana assistida no Brasil.

### **3.3 O direito sucessório por parte da pessoa concebida através da inseminação artificial *post mortem***

Um dos assuntos mais polêmicos com relação às técnicas de reprodução humana assistida é a de se o nascido de inseminação artificial *post mortem* tem direito a sucessão legítima ou não. A doutrina ainda diverge com relação a existência ou não do direito de participação da sucessão do pai falecido antes do nascimento da criança.

O Código Civil brasileiro de 2002 em seu 1.798<sup>17</sup> dispõe que somente está legitimada a fazer parte da sucessão a pessoa viva ou concebida ao tempo da abertura da sucessão do de cujus. Sendo assim, a pessoa concebida após a abertura da sucessão não teria legitimidade para suceder. (NOBREGA, 2011, p. 40)

Por outro lado, o artigo 1.597, inciso III<sup>18</sup>, do Código Civil brasileiro, dispõe que são considerados filhos concebidos na constância do casamento os que foram havidos mesmo após o falecimento do marido por meio de fecundação artificial homóloga, ou seja, podendo ser utilizada a técnica de inseminação artificial *post mortem*. Sendo assim, há uma lacuna no direito pátrio sobre a existência ou não do direito constitucional à herança.

No direito comparado, este tipo de reprodução humana assistida é vedado na França, mesmo com o consentimento do de cujus, já na Espanha também é vedada, mas são preservados os direitos do nascituro se houver declaração escrita através do testamento ou de escritura pública. Na Inglaterra a técnica de inseminação artificial *post mortem* é permitida, havendo direito a herança para o nascituro somente se existir documento declarando expressamente nesse sentido. (HENRIQUES, 2009, p. 25)

Importante mencionar que existem três correntes doutrinárias com relação à inseminação artificial *post mortem* e o direito sucessório, podendo ser divididas em excludente, relativamente excludente e inclusiva.

---

<sup>17</sup> Artigo 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>18</sup> Artigo 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
(...) III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

De acordo com Albuquerque Filho:

A corrente excludente não admite nenhum direito ao filho concebido após a morte do genitor, nem os relativos ao Direito de Família, nem os relativos ao Direito das Sucessões. (...) A segunda corrente, denominada relativamente excludente, admite que o concebido *post mortem* tenha direitos relativos ao Direito de família, mas não admite que tenha no que se refere ao Direito das Sucessões. (...) A terceira corrente, por sua vez, é denominada de inclusiva. Como seu nome dá a entender, esta corrente entende que o concebido *post mortem* possui todos os direitos que lhe são cabíveis como decorrência da sua filiação ao falecido. (2005, p. 179-182)

Uma parte da doutrina entende que o filho concebido através da inseminação artificial *post mortem* deve ter os mesmos direitos que os outros filhos já nascidos antes da abertura da sucessão. A negação do direito de sucessão ao concebido se constituiria uma afronta ao princípio da isonomia, que pode ser percebida pelo fato de os filhos serem tratados de forma desigual durante a sucessão, sendo utilizado o momento da sua concepção para essa separação.

Segundo Nóbrega o concebido por meio da inseminação artificial *post mortem*, possui os mesmos direitos que os outros filhos do falecido, pois são cabíveis a ele todos os direitos decorrentes da sua filiação. Além disso, não podem ser discriminados os filhos em nenhuma hipótese, pois na resolução deste conflito devem ser aplicados princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e da igualdade. (2011, p. 54-55)

Ao ser elaborada a legislação nacional com relação ao Direito das Sucessões, o legislador utilizou como o momento da transmissão da herança o princípio da *saisine*, como pode ser constatado no artigo 1.784<sup>19</sup> do Código Civil brasileiro. Segundo Hironaka:

Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto e causa desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio *de cujus* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. (2003, p. 21)

Dessa forma, entende-se que a herança é transmitida como um todo para seus herdeiros. Assim, a pessoa será chamada a suceder o *de cujus* por meio de testamento ou por

---

<sup>19</sup> Artigo 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.



força de lei, sendo que o artigo 1.798<sup>20</sup> do Código Civil brasileiro estabelece quem possui legitimidade para suceder, abrangendo este artigo tanto a sucessão legítima quanto a testamentária. A sucessão então, se configura como a transferência da herança, podendo também ser um legado após a morte de alguém, ao herdeiro ou legatário, por força da lei ou por virtude de testamento.

Há dois tipos de sucessão, conforme o artigo 1786<sup>21</sup> do Código Civil brasileiro: a legítima e a testamentária. Assim, a sucessão legítima, é aquela que surge da lei, ou seja, na hipótese de o *de cuius* falecer sem testamento ou esse ser ineficaz, sendo transmitida a herança aos herdeiros legítimos. Já a sucessão testamentária, ocorre quando a transmissão hereditária se dá através de testamento, ato de última vontade do *de cuius*, quando revestido de todas as formalidades requeridas pela lei. (GONÇALVES, 2011, p. 42-43)

Para se chegar a uma conclusão com relação a discussão de existir ou não direito sucessório ao filho concebido pela técnica de inseminação artificial *post mortem*, se faz necessário o entendimento do princípio constitucional da isonomia/igualdade. Deve-se analisar a influência desse princípio no artigo 227 § 6<sup>o22</sup> da Constituição Federal de 1988. Esse artigo, visa de forma concreta, dar concretização ao princípio da isonomia, pois o tratamento igualitário entre os filhos, considerando os havidos ou não da relação do casamento e por adoção, tendo como fundamento o artigo 5<sup>o23</sup> da Constituição Federal de 1988, ou seja, o princípio da isonomia.

Cabe ressaltar, os ensinamentos de Nóbrega:

Trata-se de regra que é aplicada com a característica do tudo ou nada, a qual não admite aplicação graduada, e que só pode ser afastada se houver outra regra que lhe retire a validade. É regra que deve ser aplicada em toda a sua medida, não podendo ser sopesada ou mitigada e ainda permanecer válida: ou é válida, e se aplica integralmente com toda a sua força normativa à hipótese de incidência fática; ou é inválida, e deve ser retirada do ordenamento jurídico. (2011, p. 47)

<sup>20</sup> Artigo 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

<sup>21</sup> Artigo 1.786. A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade.

<sup>22</sup> Artigo 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>23</sup> Artigo 5 - 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: (...)

De acordo com o acima citado, entende-se que ao ser aplicado o princípio da isonomia nas relações familiares, os filhos, independente da relação jurídica que lhes deu origem, devem ser tratados de forma igualitária. Assim, qualquer tipo de desigualdade ou diferenciação entre estes filhos seria um ato ilegal e totalmente repellido pelo ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, deveria então o filho gerado por inseminação artificial *post mortem*, ser tratado de forma igualitária com relação aos demais filhos do de cujus.

Para Delfim:

O filho resultante da inseminação artificial homóloga *post mortem* deve ter exatamente os mesmos direitos que são assegurados ao seu irmão biológico concebido ou nascido antes da morte do pai. A interpretação é consentânea com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar, etc. (2001, p. 14)

Nesse entendimento, o artigo 1.798 do Código Civil brasileiro, deve ser relativizado, pois exclui a possibilidade do filho nascido de inseminação artificial *post mortem* possuir legitimidade sucessória, ocorrendo assim uma afronta ao princípio da igualdade, pois estaria sendo realizada uma diferenciação entre os filhos já concebidos antes da abertura da sucessão. Assim, deve ocorrer uma exceção a regra da *saisine*, que ainda é aplicada no Brasil, para que o filho concebido após a morte do genitor possa sim estar legitimado a participar da sucessão.

Ainda, segundo observa Nóbrega:

Nas hipóteses de sucessão pelo concebido *post mortem*, entram em conflito os princípios da segurança jurídica e os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Na resolução deste conflito, a qual se dá pelo critério da ponderação, há que se dar mais peso para os princípios da dignidade e da igualdade, os quais são o fundamento de todo o ordenamento jurídico, sendo a dignidade da pessoa humana expressamente reconhecida como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil (...). (2011, p. 54-55)

O princípio da segurança jurídica procura trazer as relações jurídicas uma certa previsibilidade e estabilidade, nas relações entre cidadãos. Esse não é um princípio absoluto, devendo no caso da inseminação artificial *post mortem*, ser afastado para que seja dada uma melhor solução ao embate.

Os autores, favoráveis a possibilidade da utilização da inseminação artificial *post mortem* procuram estabelecer um prazo, para que este tipo de concepção ocorra. Alguns autores propõe que seja utilizado o mesmo prazo referente à concepção da prole eventual, segundo o artigo 1.800 § 4º<sup>24</sup> do Código Civil brasileiro, que é de dois anos a contar da abertura da sucessão. (ALBUQUERQUE FILHO, 2005, p. 188)

Ainda existem divergências com relações á prazos, pois uma parte da doutrina ainda entende que a estipulação de um prazo seria um critério discriminante, sendo entendido que em qualquer momento que o filho for concebido, terá direito legítimo de participar da sucessão. Ficando a aquisição dos direitos sucessórios condicionada ao nascimento com vida da criança e da realização da ação judicial de petição de herança. (NÓBREGA, 2011, p. 55) A ação de petição de herança está prevista no Código Civil brasileiro, em seus artigos 1.824 a 1.828, podendo assim a criança nascida após o inventário ou a partilha requisitar a sua quota parte devida.

Assim, entende-se que após o nascimento com vida da criança gerada a partir de inseminação artificial *post mortem*, poderá ocorrer a alteração da partilha anteriormente realizada, por meio da petição de herança, quando a utilização da técnica ocorreu com gametas provenientes de pessoas casadas ou em união estável e com prévio consentimento do falecido, para possível utilização do seu material genético após a morte. Portanto, neste entendimento considera-se legítimo a suceder a criança concebida por inseminação artificial *post mortem*, pois para que seja chegada a uma conclusão mais justa, deve ser analisado o artigo 1.798 do Código Civil brasileiro juntamente com o artigo 227 § 4º da Constituição Federal de 1988, sendo dada a todos os filhos a mesma condição igualitária com relação do direito sucessório.

A inseminação artificial *post mortem* ainda necessita de uma regulamentação no ordenamento jurídico, tanto com relação a sua possibilidade de realização, em que circunstâncias poderão ocorrer, quanto em relação ao direito sucessório do concebido. Esse assunto, todavia, é bastante polêmico, pois cada vez mais os casais buscam congelar seus materiais genéticos, onde mesmo com a permissão expressa do Código Civil brasileiro de 2002 irá trazer sérios problemas e discussões em torno do assunto, pois a vontade do casal de ter um filho prevalecerá sobre as diversas consequências que a inseminação artificial *post mortem* poderá acarretar.

---

<sup>24</sup> Artigo 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.

## CONCLUSÃO

Através do estudo apresentado, pode-se verificar que a estrutura das famílias evoluiu com o passar dos anos, modificando seu antigo modelo estrutural baseado no *pater familias* onde todos os integrantes do grupo familiar estavam submissos ao poder do patriarca, para uma estrutura familiar baseada na afetividade e na igualdade de tratamento entre todos os entes familiares. Com toda essa evolução, a mulher conquistou seu espaço no mercado de trabalho, passando a ocupar lugares antes destinados somente aos homens, surgindo assim, uma modificação no pensamento com relação ao planejamento familiar.

As mulheres, antes somente dedicadas à família e aos filhos, agora planejam primeiramente uma estabilidade profissional, para depois, constituírem uma família e ter filhos, se assim desejarem. Em consequência disso, juntamente com o estresse e problemas da vida moderna, houve o aumento dos casos de infertilidade tanto masculina quanto feminina e o aumento das buscas por técnicas de reprodução humana assistida na tentativa de ser enfim realizado o desejo de ser gerado um filho e ser finalmente constituída a família planejada.

Com o avanço cada vez mais rápido das tecnologias envolvendo as técnicas da reprodução humana assistida, não houve um devido acompanhamento do ordenamento jurídico brasileiro com relação ao tema. O tema envolve grandes discussões em diversas áreas, surgindo posições favoráveis e contrárias a essas práticas, envolvendo debates éticos, morais, psicológicos, religiosos e jurídicos. Cabe ressaltar que essas técnicas são reguladas somente pela Resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina, que dita regras para os médicos que aplicam essas técnicas, mas sem aplicar nenhum tipo de sanção penal em caso de infração dessas regras, devendo então ser aplicados princípios da Bioética, do Biodireito e da Constituição Federal para que possam ser resolvidos os conflitos existentes.

Existem diversos assuntos polêmicos com relação às técnicas de reprodução humana assistida, cabendo ressaltar a problemática existente com relação à gestação de substituição e os embriões excedentários. No Brasil é aceita a prática da gestação de substituição, desde que esta não tenha qualquer caráter oneroso, ou seja, realizada de forma gratuita, mas ainda existem divergências com relação à possibilidade de utilização desta técnica por casais homossexuais, por exemplo. Já com relação aos embriões excedentários, existem visões divergentes no ordenamento jurídico brasileiro, com relação à possibilidade de o embrião

possuir personalidade e direitos civis, sendo esta discussão um desafio, ainda sem conclusão dentro da doutrina pátria.

Quanto à inseminação artificial *post mortem* e o direito do concebido por meio destas técnicas participar da sucessão do de cujus, é um assunto que se mostra bastante discutido dentro da doutrina. Existem divergências dentro do ordenamento jurídico brasileiro, onde o Código Civil brasileiro em seu artigo 1.798 atribui a legitimidade para suceder apenas às pessoas nascidas ou já concebidas a tempo da abertura da sucessão e o artigo 1.597, III, aduz que se presumem filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Assim, a solução deste embate, deve ser dada, enquanto inexistente regulamentação jurídica acerca do tema, utilizando-se do princípio constitucional da isonomia e também do artigo 227 § 6º da Constituição Federal, que determina que todos os filhos devem ser tratados de forma igual, sendo proibido qualquer tratamento desigual entre os filhos. Dessa forma, conclui-se que para uma solução mais justa para o conflito, tem o filho concebido por meio da inseminação artificial *post mortem*, desde com autorização prévia do pai falecido, direito de participar da sucessão do de cujus e de receber herança.

O reconhecimento deste direito, após o nascimento com vida da criança gerada a partir de inseminação artificial *post mortem*, deverá ocorrer através da alteração da partilha, se esta já foi realizada, por meio da petição de herança. Ainda existem divergências com relação à estipulação de um prazo para que possa ser reconhecido o direito da criança, pois para uma parte da doutrina se faz necessário uma estipulação de prazo e para outra, a qual se entende ser a mais adequada, a estipulação prazos estaria discriminando o filho concebido, tendo esse, a qualquer tempo o direito legítimo de participar da sucessão.

As técnicas de reprodução humana assistida ainda carecem de regulamentação jurídica, pois com a evolução cada vez mais rápida da área tecnocientífica, são cada vez mais frequentes a ocorrência de divergências com relação às possibilidades e casos em que essas podem ser aplicadas. O Direito precisa se adequar as evoluções sociais, mas aos serem enfrentadas divergências com relação ao tema, deve o magistrado se valer de princípios Bioéticos, constitucionais e do Biodireito, para que assim seja chegado a uma decisão mais justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante. Fecundação artificial *post mortem* e o Direito Sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Família e Dignidade Humana: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tulela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao património genético**. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena; BARRETTO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCHFONTAINE, Christian Paul de; PESSINI, Léo. **Fundamentos de Bioética**. São Paulo: Paulus, 2004.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 25 ago. 2012.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 15 ago. 2012.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal** – Enunciados de Direito Civil. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/revista/enunciados/enunciados.htm>>. Acesso em 20 set. 2012.

BRASIL. **Resolução Conselho Federal de Medicina n. 1.957/2010**. Disponível em <[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm)>. Acesso em 15 ago. 2012.

BRAUNER, Maria Cláudia cresp. **Novas tecnologias reprodutivas e o direito parental** – Contribuição para o debate no Direto brasileiro. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/repbrau.htm>>. Acesso em 20 set. 2012.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo, v.12, n.65, abr-mai, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3.ed. São Paulo, Saraiva: 2006.

ESPINOLA, Eduardo. **A família no Direito Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Conquista, 1957.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e as suas consequências nas relações de família: a filiação e a sua origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2010.

FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. São Paulo: Renovar, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v.7, Direito das Sucessões. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

HERNRIQUES, Fernanda Borges de. **A repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito de herança**. Disponível em <[http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009\\_1/fernanda\\_henriques.pdf](http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf)>. Acesso em 12 de out. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil 5, Direito de Família e Sucessões**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida - Aspectos Éticos & Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2010.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **Reprodução assistida e o exame de DNA: implicações jurídicas**. Curitiba: Genesis, 2004.

MENDES, Christine Keler de Lima. Mães Substitutas e a Determinação da Maternidade: Implicações da Reprodução Medicamente Assistida na Fertilização *In Vitro* Heteróloga. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. v.0, p. 34-56, 2007.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual e bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A reprodução humana assistida *post mortem* e o Direito Sucessório do concebido – uma interpretação constitucional da legitimidade sucessória a partir do Princípio da Isonomia. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**. Porto Alegre: Magister. v.20, p. 39-59, 2011.

PORTUGAL. **Assembleia da república. Lei n. 32/2006**. Disponível em <<http://dre.pt/pdf1s/2006/07/14300/52455250.pdf>> Acesso em 10 de out. de 2012.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen- após a morte do seu titular. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coord.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizontes: Del Rey, 2004.



RIBEIRO, Alandra Berbel Kamada. **A filiação frente às técnicas de reprodução assistida.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/43/49>>. Acesso em 12 de out. 2011.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família.** 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. **Direito e bioética: o desafio da interdisciplinaridade.** Erechim, EdiFAPES, 2001.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S.. **Estatuto da Reprodução Assistida.** São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana.** São Paulo: LTR, 2002.

SOUZA, Priscila Boim de. **Fertilização in vitro e os principais problemas éticos jurídicos.** Disponível em <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1865/1774>>. Acesso em 12 de out. 2011.

VELOSO, Zeno. **Direito brasileiro da filiação e paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família.** São Paulo: Atlas, 2010.

WELTER, Belmiro Pedro. **Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.