

DIREITOS SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO *IN VITRO* IMPLANTADO *POST MORTEM*: PRINCÍPIOS E IMPLICAÇÕES

SONIA DINKUYSEN
GIANNA DO VALE BUENO
ARIANE FERNANDES DE OLIVEIRA

RESUMO: Esse artigo trata do estudo sobre os direitos sucessórios do embrião *in vitro* implantado. Devido a escassez de legislação específica sobre o tema, o Código Civil de 2002 se atém muito pouco ao tema, resta, portanto, a Resolução nº 2013/13 do Conselho Federal de Medicina. No entanto, a medida que institui a presunção de paternidade para os embriões *in vitro*, estabelece que os sucessores são pessoas “nascidas ou já concebidas” quando da abertura da sucessão. Diante disso, a doutrina discorda no entendimento ordenado da legislação civil frente aos princípios da Constituição. O objetivo é discorrer sobre as implicações jurídicas do embrião *in vitro* implantados *post mortem*. A metodologia utilizada para alcançar o objetivo proposto foi a pesquisa bibliográfica através de uma revisão da literatura sobre o tema em questão através de consultas em leis, doutrinas, livros, sites, revistas e publicações sobre o assunto. Com esse artigo espera-se contribuir com informações advindas de materiais pesquisados corroborando com os direitos e garantias fundamentais esculpidos na Constituição Federal, bem como explicitar sua adequação às novidades demonstradas pela tecnologia científica da medicina sobre o embrião *in vitro* implantado *post mortem*.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sucessórios. Embrião. Implantado.

INTRODUÇÃO

O artigo em questão irá tratar dos direitos sucessórios do embrião *in vitro* implantado. O tema em questão tem sido motivo de muita polêmica diante da grande imposição de comportamento ético, moral e religioso disponibilizando assim uma grande quantidade de normas que passam séculos e que duram até os dias de hoje.

A modernidade proporcionou que as famílias ou somente as mulheres que não possuíam o interesse de casar-se, mas que tinham o desejo de ter um filho, ter a opção de resolver esse problema com a reprodução assistida. No entanto acabaram esquecendo-se do amor que entre elas e os problemas futuros que poderiam acontecer.

Infelizmente os problemas são grandes e aparecem com mais assiduidade na vida das famílias que optaram por esse tipo de inseminação, pois não existem muitas soluções na justiça.

Recentemente saiu uma liminar que autoriza a reprodução *post mortem*

Decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR) concedeu liminar autorizando a professora Katia Lenerneier, 38, a tentar engravidar com sêmen congelado do marido, que morreu em fevereiro deste ano, de câncer de pele (melanoma). É a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma, segundo advogados e desembargadores.

As informações foram ontem da Folha de S. Paulo. A matéria foi também veiculada ontem (25), às 14 h., pelo Espaço Vital. Em todos os inícios de tarde, o EV passa a veicular uma, duas ou mais novas notícias.

Poucos dias antes, o mesmo jornal paulista revelou o caso da executiva Elisete Koller, viúva há um ano e que tenta autorização judicial para fazer fertilização *in vitro* com sêmen deixado pelo marido, que também morreu de câncer.

A paranaense Katia e o contador Roberto Jefferson Niels, 33, eram casados havia cinco anos. Tentavam engravidar naturalmente quando Niels foi surpreendido pelo câncer, em janeiro de 2009. Por indicação médica, congelou o sêmen antes de iniciar o tratamento de quimioterapia, que poderia deixá-lo infértil.

Em julho do ano passado, o casal iniciou o tratamento de reprodução, interrompido depois de um novo diagnóstico: o câncer havia se espalhado para os ossos. Sete meses depois, Niels morreu.

Ela quis dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos, fazendo uma inseminação com o sêmen congelado. Mas, ao procurar o laboratório onde está o esperma de Niels, ela soube que não poderia utilizá-lo porque não havia um consentimento prévio do marido liberando o uso após sua morte. O laboratório alegou "razões éticas" para justificar a recusa.

Não há legislação brasileira que regule a matéria. Clínicas de reprodução e laboratórios se baseiam em norma do Conselho Federal de Medicina que os orienta a documentar o que os homens pretendem fazer com o sêmen congelado. (www.espacovital.com.br) Mulher pode ter filho de marido morto.

Percebe-se que reprodução do embrião *in vitro* implantado *post mortem* é um tema complexo e que a caminhada é longa.

A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Diversos que fizeram uso das técnicas de fertilização tiveram a oportunidade de realizar o desejo de ter filhos, sendo que se fosse da maneira natural não teriam condições de efetivar o sonho de gerar filhos. Existem diversos tipos de tratamento

conceptivos/aceptivos, como as injeções de hormônios, correção através de cirurgia de órgãos genitais até a inseminação “*in vitro*” que se trata da fecundação em laboratórios e implantação de embriões no útero.

A fertilização *in vitro* é uma das técnicas que provoca certa discussão diante da Sociedade, pois confronta com alguns princípios éticos, culturais, filosóficos, provocando os já existentes.

Na técnica “*in vitro*” o embrião é criado dentro de um laboratório, onde inicialmente são coletados os óvulos maduros retirados dos ovários, e os espermatozoides que foram retirados do sêmen. Após a coleta os óvulos são depositados em um recipiente onde serão fertilizados através de uma micro agulha com somente um espermatozoide desenvolvendo assim um zigoto. Após a fecundação acontecem as separações celulares que aproximadamente dois dias, cada ovo se tornará em embrião com oito a dezesseis células (FERRAZ, 2009, p. 43).

Estes embriões serão encaminhados e colocados no útero da mulher, mas é necessário que aconteça a fixação do embrião nas paredes do útero, isto é a nidação, e quando essa fase de fato se realiza, quer dizer que, em alguns meses, chegará ao mundo mais um bebê. (FERRAZ, 2009, p. 44)

Quanto à inseminação derivada do sêmen do esposo ou do companheiro da mulher é chamada de homóloga, e quando ela é derivada de sêmen de uma pessoa desconhecida à relação conjugal, denomina-se heteróloga (MADALENO, 2010, p. 59). Em outras palavras, Venosa (2006, p. 240) refere-se à inseminação “[...] homóloga a inseminação proveniente do sêmen do marido ou do companheiro; heteróloga, quando proveniente de um estranho”.

Existem muitas implicações jurídicas decorrentes da fecundação “*in vitro*” ou bebê de proveta, sendo uma delas como será definido a filiação de indivíduos gerados em outra barriga. É quando o marido e mulher definem na gestação em substituição, que acontece quando o casal não consegue ter filhos naturalmente e dessa forma decidem pela inseminação artificial, sendo que dessa maneira, o material genético reprodutor será inserido no útero de outra mulher. A questão a ser discutida é a seguinte: Essa criança seria filho (a) da pessoa que doou o material genético ou daquela que a pariu?

Sobre isso Venosa (2010, p. 35) nos diz que: “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”.

BIODIREITO

O biodireito pode ser entendido como nova divisão do direito ou como área jurídica interdisciplinar que procura contemplar juridicamente as novas formas humanas de manipulação da vida.

Na opinião de Cunha e Ferreira (2008, p. 47) o biodireito é um ramo do direito público que tem como objetivo analisar amplamente as teorias, a legislação e jurisprudência concernentes à regulamentação da conduta humana, mormente no que se refere aos avanços tecnológicos ligados à Medicina e à Biotecnologia.

Ainda, conforme Cunha e Ferreira (2008) a bioética está relacionada com biodireito:

O conceito atual de Bioética deve ser interpretado como o estudo sistemático da conduta humana no campo das ciências da vida e da saúde, enquanto examinada à luz dos valores e princípios morais. A Bioética seria, assim, o encontro da ética com as ciências biomédicas, estruturando os códigos de conduta dos profissionais da saúde. A relação da Bioética com o Direito, mas especificamente com o Biodireito, surge da necessidade do jurista obter instrumentos eficientes para propor soluções para os problemas tecnológicos que cria em especial no atual estágio de desenvolvimento. (CUNHA e FERREIRA, 2008, p. 52).

A bioética está fundamentada praticamente em três princípios: autonomia, beneficência e justiça.

O princípio da autonomia estabelece que toda pessoa tem o direito de escolher sobre sua própria vida, sendo assim pode escolher sobre atividades que provoquem alterações em sua condição de saúde física ou mental. É também a capacidade do cientista de avaliar, corrigir e decidir sobre qual método deve ser realizado em cada caso concreto, levando em consideração a opinião do paciente. (CUNHA e FERREIRA, 2008, p. 58)

O princípio da beneficência tem como objetivo proporcionar avanço na sociedade e de cada pessoa, direcionando o comportamento dos profissionais da saúde quanto ao julgamento entre riscos e benefícios, tanto da atualidade, como virtuais, individuais ou coletivos, devendo estes procurar a maior quantidade de benefícios e a menor quantidade de riscos. Enfim tem como propósito evitar que os profissionais da saúde tenham comportamentos, que apesar de proporcionar novos conhecimentos, coloquem em risco à vida, a integridade física ou psíquica do paciente. (CUNHA e FERREIRA, 2008, p. 65)

O princípio da justiça determina que todas as pessoas da sociedade devesse ser responsáveis, igualmente e conforme sua condição econômica, com o ônus para manter a pesquisa e aplicação dos resultados, com o objetivo de oferecer de uma maneira igualitária os recursos financeiros e técnicos das atividades científicas e dos serviços de saúde para que a ciência seja aplicada para todos, não podendo existir qualquer espécie de diferença em relação à condição econômica ou classe econômica de quem precisa de algum tratamento médico. (CUNHA e FERREIRA, 2008, p. 85)

Diante do exposto verifica-se que as técnicas de reprodução humana devem basear-se nesses princípios. Dessa forma surge o seguinte questionamento: até que forma a fecundação após a morte do genitor respeita o princípio da autonomia? Existirá beneficência à mãe e ao bebê enquanto indivíduos na sociedade?

REPRODUÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* SEGUNDO A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A reprodução artificial *post mortem* é aquela que faz uso do sêmen ou embrião guardado, através de técnicas específicas, depois da morte do doador.

No momento da construção do Código Civil de 1916, os juristas não pensavam na probabilidade de, no futuro, existir uma concepção humana fora do útero feminino ou depois da morte do pai. Ao ser concebido e em desenvolvimento

no útero feminino era lhe garantido os direitos desde o início da concepção, independente da teoria seguida para definir o início da personalidade. (MOREIRA FILHO, 2002)

O Código Civil de 2002, não ofereceu avanços importantes no âmbito de reprodução assistida, proporcionando uma grande lacuna legislativa especificamente no que tange à inseminação artificial *post mortem*, bem como não adéqua os direitos do embrião criopreservado, o qual precisa de uma tutela jurídica distinta da do nascituro.

Madaleno (2010, p. 59), destaca que hodiernamente uma das correntes doutrinárias ainda considera o embrião criopreservado somente material biológico humano.

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013

(Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119).

Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas a presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e

- **CONSIDERANDO** a importância da infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;
- **CONSIDERANDO** que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;
- **CONSIDERANDO** que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5.5.2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva (ADI 4.277 e ADPF 132);
- **CONSIDERANDO** a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios da ética médica;
- **CONSIDERANDO**, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 16 de abril de 2013,

RESOLVE:

- **Art. 1º** Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida anexas a presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.
- **Art. 2º** Revoga-se a Resolução CFM nº 1.957/10, publicada no D.O.U. de 6 de janeiro de 2011, Seção I, p. 79, e demais disposições em contrário.
- **Art. 3º** Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

REPRODUÇÃO *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DA FAMÍLIA

A origem da filiação pode ser de duas maneiras: através da procriação carnal e da procriação assistida. O Código Civil de 2002 assim dispõe em seu art. 1597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2010).

Esse artigo procura preservar a presunção de paternidade decorrente do casamento, diante disso, não é aplicado à união estável, podendo a paternidade, nesse caso, ser reconhecida voluntariamente pelo companheiro em vida ou por meio de processo judicial de investigação de paternidade. (FISCHER, 2011)

Lôbo entende a aplicação à união estável, a despeito da expressão “casamento” no texto legal, tendo em vista a equiparação constitucional. (ALBUQUERQUE FILHO, 2005)

No inciso III, apresenta diversas controvérsias, pois expressa a regra geral de determinação da paternidade por presunção nos 300 dias seguintes à morte do marido, e Dias explicita que:

[...] até o advento da Constituição, que proibiu designações discriminatórias relativas à filiação (CF 227, § 6.º), filho era exclusivamente o ser nascido 180 dias após o casamento de um homem e uma mulher, ou 300 dias depois do fim do relacionamento. (2009, p. 321-322)

Já, Fischer (2011) afirma que para que possa ser considerada a paternidade fruto da inseminação artificial homóloga, o órgão responsável pelo armazenamento deve comprovar que o gameta usado foi do cônjuge falecido. E também, o cônjuge falecido, precisa ter deixado concordância expressa para esse fato, pois caso contrário, considerar-se-á que o gameta utilizado é de um doador anônimo e, por consequência disso não será conferida a paternidade ao falecido.

O projeto de parentabilidade é um dos assuntos dos que protegem a validade do dispositivo legal para o exercício da inseminação *post mortem*, baseando-se na quantidade de famílias monoparentais, isto é, aquelas que são comandadas apenas pela mãe, aumentam na sociedade, inexistindo a possibilidade de traumatizar as crianças que são criadas somente pela mãe, pois o trauma é muito maior quando a criança cresce sem saber quem é seu pai.

De acordo com Fischer (2011, p. 69), não existe discordância que o melhor é a biparentabilidade, no entanto, sabe-se que ela não pode separar a inseminação *post mortem*, na possibilidade de ter ocorrido um projeto biparental em vida, onde acontece a identificação da receptora do sêmen.

Ainda segundo Fischer (2011) existe uma corrente doutrinária que afasta a possibilidade da inseminação artificial homóloga após a morte do pai, mesmo perante do disposto no Código Civil. Afirma-se a carência de validade constitucional da referida prática, pois não é possível o exercício do projeto parental somente por ato unilateral da mãe, de modo que o melhor interesse da criança não estaria sendo atendido segundo a psicologia, tendo em vista que o objeto da inseminação nunca conheceria o seu pai, não podendo dessa forma ter a mesma igualdade de tratamento que os filhos já nascidos quando do óbito.

Gama defende a ideia de impedimento da inseminação *post mortem*, mesmo que haja a declaração de vontade expressa do *de cuius*, no entanto considera que a filiação deve ser constituída em razão da verdade biológica, respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana. (FISCHER, 2011)

Na visão da doutrina majoritária, a filiação será adotada sem maiores entraves, o problema maior encontra-se no Direito Sucessório.

REPRODUÇÃO *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DAS SUCESSÕES

Uma grande quantidade de discussões é derivada das mais diversas situações inesperadas no que diz respeito à inseminação artificial ou a fertilidade assistida, aparecendo complicações no campo do Direito, sobretudo na área das Sucessões, devido a pouca legislação no Brasil que tratem dos filhos nascidos por inseminação *post mortem*.

No Brasil, através do Código Civil, houve uma importante alteração que veio a colaborar indiretamente e legitimar os filhos gerados pela reprodução artificial. Esta mudança aconteceu devido à substituição do próprio título do Capítulo II, uma vez que antes abordava da filiação legítima passando a partir de agora para uma forma mais abrangente em que trata unicamente da filiação. Isto aconteceu para afastar qualquer possibilidade de discriminação decorrente da filiação em favor da deliberação constitucional.

Para a legislação brasileira, a criança que nasceu depois de 300 dias do falecimento do marido, não terá a paternidade automaticamente reconhecida, pois não foi aplicada à regra da presunção de paternidade relativamente ao de *cuius*.

Segundo o ordenamento jurídico, o embrião *in vitro*, não é considerado herdeiro legítimo segundo o art. 1798, do Código Civil vigente, devido à normatização jurídica brasileira proibir a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, por estar em concordância com os princípios da dignidade da pessoa

humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e do melhor interesse da criança. (art. 226, § 7º, e 227 *caput*, e § 5º, ambos da Constituição Federal)

Os doutrinadores modernos do Código Civil de 2002 tratam de maneira diferente para alguns itens anteriores ao referido diploma legal, pois não existia nenhuma probabilidade, no que diz respeito à construção de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido, produto do método de reprodução assistida *post mortem*, que está resguardado quanto ao direito à sucessão como qualquer outro filho, que aconteceria de qualquer forma se o nascimento da criança ocorresse depois de já finalizado o inventário e a partilha dos bens do autor da sucessão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se que no decorrer desse estudo, que o embrião implantado tem sua tutela nivelada a tutela do nascituro e que o embrião humano, decorrente de fertilização *in vitro*, desde que não implantado no organismo materno, não possui a proteção atribuída aos demais e, dessa forma, não é considerado criatura humana por nascer.

Diante disso aparecem diversos desafios que precisam ser alcançados. Novas barreiras se levantam e precisam ser ultrapassadas. Como o Direito é uma das mais significativas ciências sociais e como também não existe Sociedade sem o Direito, é necessário uma maior integração deste com a modernidade e com as novas necessidades.

Enfim é necessário que o ordenamento jurídico se atualize constantemente. No entanto não é somente a técnica jurídica na construção das Leis que deve ser levada em conta, mas especialmente que estas Leis demonstrem os desejos da sociedade e respeitem os princípios e valores históricos, pautados à ética e a moral.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. *In*: V CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2005. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <[www. ibdfam.org.br/anais](http://www.ibdfam.org.br/anais)>. Acesso em: 5 abr. 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406/2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 abr. 2015.

CUNHA, Karla Corrêa; FERREIRA, Adriana Moraes. **Reprodução humana assistida**: Direito à Identidade Genética x Direito ao Anonimato do Doador. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br/artigo/20081209105317401>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá. 2009.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial *post mortem* e seus reflexos no Direito Sucessório. *In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA*, 2011. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <www.ibdfam.org.br/anais>. Acesso em: 5 abr. 2015.

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

MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. 2002. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33>>. Acesso em: 2 abr. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. vol. 1. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.