



O DIREITO À FILIAÇÃO E A SUCESSÃO POST MORTEM NAS SITUAÇÕES DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Diego Dezidério¹; Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão²

RESUMO: Esta pesquisa será um estudo direcionado para as consequências jurídicas da Reprodução Assistida no Brasil, quanto a análise do direito à filiação das crianças que provêm dessas técnicas artificiais de reprodução, para assim determinar quais famílias possuem esse direito, assim como, serão discutidos os direitos dessas crianças nas situações de sucessão post mortem, ou seja: se existe a possibilidade de utilização de um material genético de uma pessoa já falecida. E se aquela pessoa será considerada descendente deste, e com isso, sendo detentora de todos os direitos admissíveis pela legislação pátria. Diante disso, nota-se uma discrepância de interesses entre as doadoras de material genético e aquelas que possuem a vontade de constituir família, que possuem o afeto como principal elemento desta relação, logo, como definir e delimitar esse direito, haja vista que a discussão nos remete à vida de uma criança, que não possui condições de se manifestar, de demonstrar a sua vontade. Com isso é notório observar que é dever do legislador regular sobre essa lacuna, buscando assim dirimir conflitos sociais. A presente pesquisa se utilizará de uma análise doutrinária e jurisprudencial, buscando demonstrar o direcionamento do STF neste sentido, para assim tornar conciso o entendimento do Poder Judiciário. Este projeto visa também discutir esses dois assuntos amplamente divergentes no Direito Brasileiro e que, atualmente, encontram-se “esquecido” pelos legisladores, como também, relatar os entendimentos da doutrina, buscando observar as soluções que os mesmos apresentam.

PALAVRAS-CHAVES: Princípios constitucionais; Direito de sucessão; Relação Socioafetiva.

1 INTRODUÇÃO

A Reprodução Assistida conceitua-se por representar todas as formas de reprodução não convencional, ou seja: aquelas em que não são formadas pela relação carnal. A princípio, a Reprodução Assistida visa sanar ou ainda substituir eventuais problemas de esterilidade/infertilidade. Na realidade, com o advento dessas técnicas, inúmeros casais se condicionam em gerar um descendente.

De fato, a Reprodução Assistida engloba inúmeras técnicas artificiais que buscam dirimir problemas de esterilidade. Dentre essas técnicas, podemos elucidar algumas, tais como: a inseminação artificial homóloga, heteróloga, “in vitro”, cessão temporária de útero, conhecida vulgarmente por “barriga de aluguel”, sucessão post mortem, dentre outras.

¹ Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário de Maringá – Cesumar, Maringá – Paraná. Programa de Bolsas de Iniciação Científica do Cesumar (PROBIC). di_deziderio@hotmail.com

² Orientadora e Docente do Curso de Graduação em Direito e do Programa de mestrado em Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá – Cesumar. cleidefermentao@cesumar.br



A Reprodução Assistida é um assunto emblemático e amplamente discutido pela sociedade, uma vez que é um assunto que abrange conceitos e questões que, de fato, refletem na sociedade como um todo. Neste tema, podem-se discutir questões sobre a origem do feto, utilização de células tronco-embriônicas, o pagamento nos casos de cessão temporária de útero, o direito à filiação, bem como, o direito à sucessão post mortem.

O tema é relevante ao mundo jurídico, tendo em vista a crescente necessidade de casais que se utilizam dessas técnicas artificiais como uma forma de sanar eventuais problemas de esterilidade, bem como, sua análise jurídica, uma vez que o Direito Pátrio não possui nenhum regulamento que discipline sobre essa questão, deixando no mundo jurídico, uma lacuna e como consequência, dando ensejo a eventuais discussões sobre a segurança jurídica.

2 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Reprodução Assistida, hodiernamente, é a principal forma de sanar problemas de esterilidade/ infertilidade, sendo que existem inúmeras técnicas, tais como: inseminação artificial (IA), podendo ser homóloga ou heteróloga, tendo como parâmetro os doadores do material genético, temos ainda, a cessão temporária de útero, fecundação “*in vitro*”, sucessão post mortem, transferência de embriões (FIVETE), transferência intratubária de embriões (ZIFT), dentre outras.

Como outrora mencionado, a principal função da Reprodução Assistida é de solucionar problemas de esterilidade de casais. Neste sentido, a autora Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior elenca como principais objetivos dessas técnicas:

- a) a de servir de fundamental ajuda aos casais que querem conceber filhos e que, por diversas razões, naturalmente não o conseguem;
- b) a de servir como prática fundamental para o sucesso de certas pesquisas médicas que visam à descoberta de fenômenos que interessam à preservação da vida humana quer por novas descobertas de cura acerca de doenças já conhecidas, quer pela descoberta de técnica de detecção de doenças ainda não eclodidas, quer pela possibilidade de o manuseio de material genético permitir a solução de problemas de ordem estrutural do corpo humano, criando condições de reprodução de órgãos que possam vir a ser úteis a seres humanos em especial estágio da sua vida, quer por



ensejar – sob o ponto de vista da técnica médica – a possibilidade de reprodução de novos seres humanos clonados.³

Em consonância com o acima mencionado, Ana Cristina S. Scalquete relata que a função social da Reprodução Assistida ultrapassa a mera questão da infertilidade. Para a autora, essas técnicas auxiliam para evitar a transmissão de doenças genéticas, bem como, visa oferecer as melhores condições possíveis a essa criança.

2.1 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL (IA)

Dentre as formas de Reprodução Artificial, temos a inseminação artificial que se conceitua como uma técnica pela qual o sêmen é depositado no sistema genital feminino, por meio de manipulação artificial, sendo que, no momento oportuno, temos a fertilização do óvulo.

Diante do tema, Fernando David de Melo Gonçalves relata que a inseminação artificial consiste:

No recolhimento do sêmen do cônjuge, companheiro ou terceiro doador. Para tanto, é utilizado instrumental adequado de modo que a informação genética contida no sêmen seja preservada. Posteriormente a isso, o mesmo sêmen é injetado no aparelho genital feminino (de modo artificial, portanto).⁴

Como demonstra o autor acima mencionado, a inseminação artificial constitui-se como uma técnica pela qual a genitora recebe o material genético do companheiro intacto, em perfeitas condições para a fecundação, sendo que, dessa técnica, temos duas modalidades de procriação artificial, quais sejam: inseminação artificial homóloga e heteróloga.

³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 5ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p. 1036.

⁴ GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, pág. 17.



2.1.1 Inseminação artificial homóloga

Como se verificou, a inseminação artificial caracteriza-se por ser uma técnica em que o material genético masculino é conduzido ao óvulo da mulher, aumentando significativamente as chances de fecundação. Dessa técnica, temos a inseminação artificial homóloga, que se caracteriza pela utilização do material genético do casal, ou seja: o nascituro será geneticamente filho do casal interessado em realizar esse tipo de Reprodução Assistida.

O Direito pátrio é unânime em afirmar que a inseminação artificial homóloga é a forma de Reprodução Assistida mais plausível, uma vez que, ao analisar os efeitos jurídicos dessa medida, verifica-se que não há alteração no “status” dos genitores. A filiação nos casos de inseminação artificial homóloga recairá àqueles que doaram o material genético, qual seja: o casal que possui o “animus” de ter um filho, portanto, nesse caso em tela, não existe uma discussão para conhecer o doador do material genético, haja vista que esse material sempre será concedido pelo casal interessado.

Na inseminação artificial homóloga constata-se uma deficiência física do casal, geralmente relacionado a aspectos físicos do casal, sendo que esse problema pode ser resolvido através da utilização dessas técnicas de Reprodução Assistida. Nesse sentido, Glezerman acredita:

“O processo de inseminação artificial homóloga pode não ser encarado pelo casal como um procedimento puramente médico, mas sim uma medida corretiva para a inabilidade de desempenho. Consequentemente, a percepção arcaica da conexão entre sexualidade e procriação pode ser revivida e pode ser seguida por sentimentos de culpa, acusações subconscientes e grave ferimento do ego do parceiro responsável”.⁵

Portanto, denota-se que a necessidade da inseminação artificial entre casais está fundamentada na dificuldade dos mesmos em procriar de maneira convencional, geralmente proveniente de problemas físicos. Neste sentido, observa-se que na inseminação artificial homóloga, essa problemática é possível de solução, uma vez que o material genético utilizado para a fecundação é do próprio casal interessado.

2.1.2 Inseminação artificial heteróloga

⁵ GLEZERMANN, Marck. **Inseminação artificial**. In: Inslar e Lunenfeld. Infertilidade. São Paulo, Editora Manole Ltda. 1988, p. 651.



A inseminação artificial heteróloga conceitua-se por ser uma forma de Reprodução Assistida pelo qual será utilizado pelo menos o material genético de um doador. Nesse caso, temos a evidência da doação o material genético de terceiro, e como consequência, enseja diversas questões no mundo jurídico, quais sejam: direito a filiação e a identidade do doador.

Primeiramente, cabe elucidar que na inseminação artificial heteróloga, perfaz-se necessário o consentimento do casal, sendo que essa disposição está contida no art. 1597, inc. V da Lei 10.406/2012 – Código Civil Brasileiro:

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

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

Em consonância com os argumentos acima relatados, observa-se na inseminação artificial heteróloga, a necessidade da doação do material genético por uma terceira pessoa. Dessa obrigação, temos que, para ser doador do material genético faz-se necessário a autorização expressa do casal. Além disso, o ordenamento jurídico pátrio é complementado pela Resolução 1957 de 06 de Janeiro de 2010 pelo Conselho Federal de Medicina que relata sobre a necessidade de que os doadores sejam voluntários, anônimos e não remunerados, conforme disposição legal:

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação nunca terá caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Em suma, para que seja admitido a utilização de um material genético de terceiros na inseminação artificial heteróloga, perfaz-se mister que o casal interessado autorize expressamente essa doação, bem como, que não aja nenhuma forma de vantagem econômica para com o doador, caso contrário, a dignidade da pessoa humana estaria sendo fracionada, ou seja: um princípio constitucional estaria sendo lesionado.

2.2 FECUNDAÇÃO “IN VITRO”



A fecundação *in vitro* consiste por ser uma técnica pela qual os ovários da mulher são estimulados, propiciando um aumento considerável de óvulos, aumentando assim, as possibilidades de uma gestação, sendo que tal procedimento ocorre por meio de injeções hormonais, que viabilizam essa técnica de Reprodução Assistida.

A fecundação "*in vitro*" visa sanar problemas de esterilidade ou infertilidade, nesse sentido o autor Eduardo de Oliveira Leite relata sobre a necessidade da utilização desse procedimento:

"a fertilização "*in vitro*", ou transferência do embrião, foi inicialmente indicada e realizada em mulheres com obstrução irreversível ou ausência tubária bilateral. Estes são os casos de indicação absoluta da FIV. Mas as indicações relativas ocorrem, ainda, nos casos de oligozoospermia, falha do tratamento cirúrgico tubário, esterilidade sem causa aparente e a esterilidade imunológica, endometriose e esterilidade sem causa aparente (idiopática)".⁶

Outrossim, de forma específica, observa-se que a fecundação "*in vitro*" tem maior incidência nas mulheres, geralmente vinculado a problemas nas trombas uterinas, dificultando o transporte do espermatozoide ao ovário.

Neste sentido, verifica-se que, na fecundação "*in vitro*", os médicos selecionam os "melhores embriões" com o único objetivo de utilizar os embriões que se encontrarem em melhores condições de fecundação, portanto, não há o que se discutir sobre a ocorrência de qualquer atividade eugênica. Na realidade, essa técnica seleciona os embriões com maior capacidade de fecundação, aumentando assim, a possibilidade de gestação.

2.3 TRANSFERÊNCIA INTRATUBÁRIA DE GAMETAS (GIFT)

A transferência intratubária de gametas, ou mesmo, para a linguagem médica "GIFT" conceitua-se por ser uma técnica na qual temos uma facilitação da fecundação, por meio de um aumento na porcentagem de espermatozoide em um único óvulo, ou seja: é uma técnica de Reprodução Assistida onde a fecundação ocorre de maneira intrauterina, se distinguindo da FIV.

⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 41.



Em consonância com o acima elencado, os doutores Mandelbaum e Plachot acreditavam que a GIFT se iniciou para realização da fecundação “in vitro”, objetivando a estimulação da ovulação, bem como a coleta de espermatozoide e preparação do esperma, contudo, de fato, a transferência intratubária de gametas tornou-se uma técnica pela qual todo o procedimento é interno, ou seja: “in vivo”, assim como, a fecundação, logo, nesse procedimento, os médicos aumentavam consideravelmente a quantidade de espermatozoide ao redor do óvulo, imaginando que assim, aumentariam as possibilidades de fecundação.

De forma concisa, o procedimento utilizado na Transferência intratubária de gametas é especificado pelos doutores Mandelbaum e Plachot⁷ como uma técnica em que temos uma elevação da quantidade de espermatozoides e que:

“Assim que os óvulos estiverem recolhidos, eles são introduzidos em um fino cateter com o esperma do cônjuge que imediatamente é transferido em uma ou nas duas trompas (geralmente um ou dois óvulos, com aproximadamente, cem mil espermatozoides por trompa). A técnica dura apenas meia hora. Os eventuais óvulos excedentários fecundados “in vitro” e os embriões obtidos poderão ser congelados e conservados a fim de serem recolocados posteriormente, em caso de fracasso da tentativa, ou para uma segunda e até terceira criança”.⁸

Portanto, a Transferência intratubária de gametas caracteriza-se por ser uma das técnicas de Reprodução Assistida mais aceita pela sociedade, principalmente pelos adeptos do cristianismo, uma vez que, para estes, essa técnica não altera o estado da pessoa, bem como, que a fecundação ocorre “in vivo”, ou seja: a fecundação é feita no corpo humano e não fora dele.

No tocante a aplicação desse procedimento existe duas ressalvas: a primeira diz respeito à desvantagem sobre a necessidade de laparoscopia ou laparotomia, a qual exige a aplicação de anestesia geral no paciente. E a segunda refere-se à impossibilidade de precisar *ab initio* se houve ou não, fertilização, ou seja: esse procedimento é intratubário e, de certa forma, rápido de se proceder, contudo, o seu alcance é reduzido se o compararmos com as demais técnicas de Reprodução Assistida.

2.4 TRANSFERÊNCIA INTRATUBÁRIA DE ZIGOTO (ZIFT)

⁷ MANDELBAUM, J.; PLACHOT, M., SALAT- BARROUX, J. Évolution audelá du premier trimestre de 305 grossesses obtenues par fecundation “in vitro”. 46. LOPATA, A, w outros. **Fertilização “in n vitro” e implantação de embrião**. In: Insler e Lunenfeld. Infertilidade, p. 541

⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 48-49.



A transferência intratubária de zigoto ou simplesmente ZIFT compreende-se por ser uma técnica de Reprodução Assistida que visa amenizar eventuais problemas de esterilidade e infertilidade. Dentre as demais formas de Reprodução Assistida, a ZIFT se distingue no tocante ao momento em que a fecundação ocorre, haja vista que nessa respectiva técnica, o encontro de gametas ocorre fora do corpo da mulher, ou seja: em contato “in vitro” (ambiente artificial), obviamente, respeitando o local em que essa fecundação possa ocorrer.

De forma mais técnica, os zigotos resultantes são transferidos para o interior das trompas interinas, com o objetivo de que o organismo reconheça aquele embrião como seu e inicie a gestação. Contudo, caso haja uma rejeição, esse embrião certamente será expelido na menstruação.

A princípio, a transferência intratubária de zigoto pode ser confundida com a transferência intratubária de gametas, no entanto, aquela se distingue no tocante ao ato de introduzir o embrião pronto nas trompas de Falópio, ao passo que, na GIFT, a formação do embrião se dá “in vivo”, isto é, transferem-se o espermatozoide e o óvulo, aguardando-se a fecundação.

Nesse tocante, o autor Fernando David de Melo Gonçalves enaltece a baixa eficiência dessa técnica de Reprodução Assistida quando afirma:

“Ademais, a ZIFT apresenta um baixo índice de êxito, além da sobra de vários zigotos não colocados no corpo da mulher, os quais podem ser conservados congelados, mas que suscitam inquietantes questões jurídicas sobre seu eventual descarte”.⁹

Portanto, verifica-se que a técnica de transferência intratubária de zigoto possui uma fecundação externa, e posteriormente será encaminhada às trompas de Falópio e assim, seguindo o procedimento normal de gestação, no entanto, essa medida possui um baixo índice de êxito, pois existe a necessidade de que o organismo humano reconheça esse embrião, caso contrário, será repelido na menstruação, e em razão disso, geralmente não é recomendável essa técnica de reprodução assistida, em virtude do seu baixo índice de natalidade.

⁹ GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, pág. 20.



3 MÃES POR SUBSTITUIÇÃO

A forma de Reprodução Assistida “mães por substituição”, também denominada como “cessão temporária de útero” e vulgarmente conhecida por “barriga de aluguel” caracteriza-se por ser uma técnica na qual temos uma transposição da gestação da doadora do material genético para outra mulher, cuja tarefa restringe-se ao desenvolvimento do embrião em seu ventre, propiciando a superação de problemas como ausência, malformação ou anomalias uterinas, ou ainda, a contraindicações médicas a uma eventual gravidez: insuficiência renal severa, ou diabetes grave insulínica dependente.

A cessão temporária de útero possui fundamento na Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina que determina:

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.

Nesse sentido, o professor Silvio de Salvo Venosa que relatava: “*A fecundação em ventre alheio somente deve ser admitida, em última ratio por motivos de solidariedade e de afeto, da mesma forma que a doação de esperma*”¹⁰. Neste liame que, a Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina relata que: “*As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau, sendo demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina*”. Portanto, o próprio Conselho Federal de Medicina assevera sobre a gestação por substituição, acreditando que, somente mulheres com parentesco de até o segundo grau com o casal poderá ceder o útero e suportará todo o procedimento gestacional, caso contrário, será necessária a autorização do conselho acima mencionado.

¹⁰ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4, p. 263.



Com o escopo de disseminar os conflitos resultantes da utilização da cessão temporária de útero, temos um exemplo veiculado em 01 de abril de 1987 pelo Jornal da Tarde que diz:

“Foi travado nas Cortes norte-americanas no qual a “mãe de aluguel” recusava-se a entregar a criança, chamada à época de “Bebê M”, à família genética, Neste caso, ocorrido em 1987, a Corte Superior de New Jersey decidiu que a criança deveria ficar com a família genética, a qual havia encontrado a “mãe de aluguel” pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil dólares). Entretanto, foi deferido à mãe de substituição o direito de visitação”.¹¹

Diante do caso concreto ocorrido em New Jersey, nos Estados Unidos, vêm à tona questões como o direito à filiação desse nascituro, a admissibilidade do pagamento pecuniário no direito pátrio, bem como, a possibilidade da mulher que cedeu o útero ter contato com essa criança.

3.1 DO DIREITO À FILIAÇÃO

Nesse liame, primeiramente cabe esclarecer o conceito de filiação, qual seja: aquele estabelecido no art. 1593 do Código Civil Brasileiro, “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Na realidade, nesse conceito de parentesco estão embutidos dois princípios: “*mater semper certa est*” (a mãe é sempre certa) e a presunção de “*pater est*”.

O primeiro caracteriza-se pela presunção de que a filiação sempre está ligada pela gravidez e pelo parto, ao passo que, a segunda conceitua-se pela relação de ser o pai sempre o marido da mãe.

Assim sendo, com o advento da cessão temporária de útero, essas duas presunções acima elencadas tornam-se obsoletas, haja vista que, com a utilização dessa técnica, a relação de filiação não se fundamenta pela relação de consanguinidade que sempre corroborou o direito à filiação, mas sim, temos a efetividade do critério socioafetivo dos pais para com a criança, ou seja: o requisito fundamental para que o casal possa ter sanado o seu problema de esterilidade é a vontade dos mesmos de ter um filho, independentemente se essa criança não é compatível geneticamente com o casal.

¹¹ **Jornal da Tarde** veiculado em 01 de Abril de 1987.



Portanto, denota-se uma mudança no direito de família, no tocante ao direito à filiação. Nesse sentido, Maria Berenice Dias relata sobre essa mudança no direito, em virtude do advento de novas técnicas de reprodução assistida, que, de fato, alteraram a concepção de parentesco:

“Para o direito o conceito sempre foi diverso. Pai é o marido da mãe. Até o advento da Constituição, que proibiu designações discriminatórias relativas à filiação (CF 227, § 6º), 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. Essa presunção buscava prestigiar a família, único reduto em que era aceita a procriação. A partir do atual Código Civil, a presunção de paternidade não é exclusivamente da filiação biológica, uma vez que decorre também, de formas absolutas, em se tratando de filho nascido de reprodução assistida”.¹²

De fato, percebe-se que, com o advento da reprodução assistida, o direito de família entendeu a existência de outras formas de procriação e, por conseguinte, de parentesco. É nesse sentido, que as duas presunções “*mater semper certa est*” (a mãe é sempre certa) e a “*pater est*”) tornou-se obsoleta, uma vez que, foram criadas outras formas de reprodução, denominadas de artificiais, acarretando uma alteração na ideia de que toda filiação deveria ser apreciada pela relação estipulada no art. 1597, incisos I e II do Código Civil Brasileiro:

Art. 1597: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I- nascidos 180 (cento e oitenta) dias, de pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II- nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento.

Com o escopo de esgotar o tema proposto, o autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama determinou que:

“A gravidez e o parto perdem a importância que lhes era conferida pela legislação, ao menos no campo da procriação assistida, e, nesse sentido, é à vontade o pressuposto mais importante”.¹³

Enfim, o direito se adequou a realidade vigente, e regularizou a paternidade nas relações de inseminação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, aqueles havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de

¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 321-322.

¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008, p. 376.



inseminação artificial homóloga e, por fim, aqueles provenientes de inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido, mudança esta legitimada pelo art. 1597, incisos III, IV e V do Código Civil, bem como, da relação socioafetivo dos pais para com o nascituro, demonstrando a vontade de criarem uma criança, critério que também fundamenta a adoção.

3.2 DA POSSIBILIDADE AO PAGAMENTO PECUNIÁRIO

No tocante a cessão temporária de útero, verifica-se que o direito pátrio não regulamentou sobre esse assunto, recaindo apenas a uma resolução do conselho de medicina discriminar sobre essas técnicas de Reprodução Assistida.

Neste sentido, temos que esse assunto é amplamente discutido pelo mundo jurídico, e que, em alguns países, sobre essa técnica é permitido o pagamento pecuniário à mulher que ceder o seu útero como forma de sanar os problemas de esterilidade do casal, como por exemplo: o estado da Califórnia, nos Estados Unidos. No entanto, é mister relatar que o direito brasileiro, apesar de não regulamentar sobre o tema de forma específica, deixa evidente inconstitucionalidade caso ocorra qualquer forma de pagamento, uma vez que o próprio art. 1994, § 4º da Constituição Federal assevera que:

“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”.

Em consonância com o dispositivo constitucional, a Resolução 1957/2010 do Conselho Federal de Medicina regula que: “*A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial*”. Com o objetivo de encerrar essa discussão, a doutrina pacificou esse entendimento, como bem salienta Ana Cristina S. Scalquete:

“Embora a gravidez não implique remoção de útero, a utilização do corpo de uma mulher, para propiciar a gestação de um ser não será considerado seu filho, não deixa de ser, a nosso ver, um ato de disposição temporária de seu corpo e, desde que seja para fim de tratamento reprodutivo e não haja comercialização, deve, da mesma forma a lei dispor sobre suas condições e requisitos”.¹⁴

¹⁴ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva 2010, p. 148.



Enfim, observa-se que, na cessão temporária de útero, uma terceira mulher cede o seu útero e suporta todo procedimento gestacional com o objetivo de sanar eventuais problemas de infertilidade da genitora. Diante disto, verifica-se que, nessa técnica de Reprodução Assistida não é admissível qualquer pagamento pecuniário a terceira mulher, sendo apenas exigido que o casal suporte os gastos de todo período gestacional, caso contrário, estaria desrespeitando a Constituição Federal.

4 SUCESSÃO POST MORTEM

A sucessão “*post mortem*” caracteriza-se por ser uma técnica de Reprodução Assistida pelo qual a fecundação “*in vitro*” ocorrerá com o material genético do marido já falecido, ou seja: essa fecundação se realizará posteriormente à morte do genitor, ficando essa criança órfã por parte paterna, sendo para isso, necessário que o “*de cuius*” autorize expressamente que o seu material genético possa ser utilizado com o escopo de gerar uma criança.

Diante disto, observa-se que existe uma tendência na Europa, principalmente em Portugal e Suíça, no sentido de proibir que essa técnica seja admitida, uma vez que, segundo essa comissão europeia, não é plausível que uma criança nasça tendo a certeza de que não terá o ente paterno, ou seja: cabe aos pais, e não somente a um único membro do casal, o dever de assistência, não apenas econômico, mas, sobretudo, emocional, afetivo e psíquico aos filhos.

Neste sentido, não se discute a ineficiência das famílias monoparentais, mas sim, a conveniência de uma criança ser criada por apenas um dos seus genitores, visando enaltecer o princípio da tutela à criança.

Em contrapartida, o direito espanhol admite a procriação artificial por meio da “sucessão post mortem”, desde que haja uma autorização expressa do “*de cuius*”. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite relata:

“Quanto à possibilidade de filiação no caso de inseminação “*post mortem*”, a lei espanhola é incisiva: não poderá determinar-se legalmente a filiação nem reconhecer-se efeito ou relação jurídica alguma entre filho nascido por aplicação das técnicas artificiais, e o marido falecido, “*quando el material reproductor de éste*



no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón” (art. 9, 1). Ou seja, a lei não veda a inseminação “post mortem”, mas deixa claro que qualquer tentativa da mulher viúva inseminar-se com espermatozoides do ex-marido, não estabelece nenhum vínculo de filiação. No inciso 2 do mesmo artigo, entretanto, a lei prevê a possibilidade de inseminação “post mortem” garantidora do vínculo da filiação, desde que tenha havido manifestação escrita do marido, nesse sentido, “el marido podrá consentir, en escritura pública o testamento, que su materia reproductora pueda ser utilizado, em los seis meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer, produciendo tal generación los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”.¹⁵

Destarte, observa-se a divergência que o tema reflete, remetendo-se a questões como: o direito a filiação dessa criança oriunda da “sucessão post mortem”, bem como, do direito à herança, referente aos bens deixados pelo “de cujus”, e se, essa técnica de reprodução é admitida pelo direito pátrio.

4.1 DA FILIAÇÃO

Ao analisar a reprodução assistida através da “sucessão post mortem”, verifica-se que, perfaz-se necessário que o “de cujus” autorize expressamente a utilização do seu material genético com o objetivo de gerar um feto. A partir dessa análise, vem à tona a indagação: essa criança fruto do material genético congelado do falecido terá protegido os seus direitos sucessórios? Para que seja respondida essa questão, temos que analisar se essa criança, de fato, é filho do “de cujus”.

Primeiramente, cabe relatar que o art. 1597, inc. III da Lei 10.406/2012 – Código Civil Brasileiro assevera:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
III - Havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Nesse sentido, o respectivo art. 1597, inc. III do Código Civil ressalva a presunção de paternidade nos casos em que se configurar a fecundação homóloga post mortem, uma vez que, corrobora o entendimento de que, a criança nascida posteriormente à morte daquele que cedeu, espontaneamente, o seu material genético congelado para a fecundação, será considerado o pai do mesmo, e, por conseguinte, essa criança terá todos os direitos sucessórios protegidos por lei.

¹⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 297.



A própria Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º corrobora esse entendimento de que, os direitos sucessórios dessa criança estão protegidos por lei, quando afirma: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por doação, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Contudo, o autor Guilherme C. Nogueira Gama refuta esse entendimento afirmando que:

“Na justificção dos incs. III e IV, do art. 1597, do novo Código Civil, há apenas referências à desnecessidade de qualquer autorização do marido para que incida a presunção legal da paternidade”.¹⁶

Portanto, denota-se que, apesar do Código Civil não ser conciso sobre a necessidade da autorização expressa do falecido, a Resolução 1957 do Conselho Federal de Medicina é enfático em afirmar que:

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.

Neste liame, cabe elucidar quanto ao prazo para que seja homologada a presunção de paternidade do filho proveniente da sucessão post mortem, o art. 1800 § 4º do próprio Código Civil que disciplina:

“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”.

Demonstrando, em suma, que o direito brasileiro exige a autorização expressa do “de cujus” para que fecundação homóloga post mortem possa ocorrer, caso contrário, o direito sucessório da criança não estará protegido e, que, o prazo para requerer os direitos sucessórios são de 2 anos após a abertura da sucessão, caso contrário, esse direito será repassado aos “herdeiros legítimos”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

¹⁶ GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o ECA.** In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 278.



A partir da análise acima descrita, constata-se que a Reprodução Assistida representa técnicas pelo qual visam sanar eventuais problemas de esterilidade e infertilidade da população, bem como, tem como objetivo auxiliar na solução de problemas físicos de casais, facilitando, portanto, o processo de procriação quando outras técnicas terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou consideradas inapropriadas.

Nesse sentido, ressalta-se a importância dessas técnicas como forma de solucionar problemas que afligem parte da sociedade. Dentre as inúmeras formas de Reprodução Assistida, temos: a inseminação artificial, homóloga e heteróloga, fecundação “in vitro”, cessão temporária de útero, transferência intratubária de gametas e zigotos e a sucessão post mortem.

Mesmo com o avanço da medicina, observa-se que o direito, nesta questão específica, encontra-se obsoleto, haja vista que não existe nenhuma regra no ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando o desinteresse do Poder Legislativo sobre o tema. De fato, temos apenas a Resolução 1957 do Conselho Federal de Medicina que regula sobre as técnicas de Reprodução Assistida, no entanto, esse regramento disciplina sobre questões exclusivamente na área da medicina, não se dirigindo para determinar condutas e comportamento da sociedade,

Dentre essas técnicas de Reprodução Assistida, a sucessão post mortem tem com enfoque, discutir sobre a filiação dessa criança, e se a mesma possuirá os mesmos direitos sucessórios que os “filhos legítimos”, e observou-se que esse direito será protegido caso o “de cujus” autorize expressamente a utilização do seu material genético.

Em sua, as técnicas de reprodução assistida demonstram um avanço na medicina que o próprio direito ainda não conseguiu se adequar. Resta salientar sobre a importância do direito se adequar aos avanços na medicina, uma vez que é dever do Poder Público, representado pelo Poder Judiciário, sanar todos os conflitos em que for incitado, e para isso, perfaz-se necessário um ordenamento que regule sobre essas práticas.



REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5.ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, pág. 321-322.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 376.

GAMA, Guilherme C. Nogueira da. **Efeitos civis da reprodução assistida heteróloga de acordo com o novo Código Civil e o ECA**. In: Pereira, Rodrigo da C. (coord.). **Afeto, Ética, família e o novo Código Civil brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 278.

GLEZERMANN, Marck. **Inseminação artificial**. In: Insler e Lunenfeld. **Infertilidade**. São Paulo, Editora Manole Ltda. 1988, p. 651.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Novos métodos de reprodução assistida e consequências jurídicas**. Curitiba: Editora Juruá, 2012, pág. 17, 20.

Jornal da Tarde veiculado em 01 de Abril de 1987.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 41, 48, 49, 297.

MANDELBAUM, J.; PLACHOT, M., SALAT- BARROUX, J. Évolution au-delà du premier trimestre de 305 grossesses obtenues par fécondation “in vitro”. 46. LOPATA, A, w outros. **Fertilização “in n vitro” e implantação de embrião**. In: Insler e Lunenfeld. **Infertilidade**, p. 541

NERY JUNIOR, Nelson; NERY Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 5º ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2007, p. 1036.

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva 2010, p. 148.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 4, p. 263.