



Aspectos atuais da reprodução humana assistida post mortem no Brasil.

Otacílio Benício da Paixão Júnior¹
Ruth Carneiro Gomes²
Washington Carneiro da Paixão³

RESUMO: Objetivo - A presente pesquisa teve como objetivo estudar o polêmico tema da inseminação artificial post mortem. Metodologia - Trata-se de uma pesquisa bibliográfica. Realizada por meio de levantamento de material bibliográfico, livros e artigos científicos. Resultados e discussão - A doutrina brasileira atualmente divide-se em duas correntes com relação à referida temática: àqueles que defendem a ser plenamente possível a prática da inseminação artificial post mortem e a outra corrente que entende não ser possível tal prática. Conclusão - Portanto, os avanços tecnológicos na área da reprodução humana assistida, trazem novos paradigmas para o estudo do direito, visto que tal prática afeta e transforma as relações de família, irradiando efeitos jurídicos tanto para o direito de família, como para o direito sucessório.

Palavras-chave: Legislação, Fertilização, Reprodução Assistida, Post mortem.

Introdução

Post mortem é uma expressão latina que significa “depois da morte”, assim, a inseminação post mortem é aquela realizada depois da morte de um dos doadores de material genético (1).

Com a criação dos bancos de sêmen e a facilidade de se congelar o esperma para ser usado no futuro, viu-se a possibilidade de realização da inseminação depois da morte de um dos genitores (1).

A escolha da temática sobre reprodução humana assistida post mortem surgiu pelo fato de ser um meio de procriação ainda muito novo na sociedade brasileira.

Apesar das técnicas terem evoluído muito nos últimos anos, os brasileiros são relutantes à procriação artificial. Há pouco tempo, a reprodução humana era vista como criações da ficção científica (1).

Quando poderia imaginar, que pessoas estéreis pudessem gerar um filho seu, ou até com herança genética de outra pessoa? Pois bem. A tecnologia evoluiu e hoje as pessoas que querem ter filhos têm três opções: meio natural, a adoção ou a reprodução artificial (1).

1 Graduado em Biomedicina, UNIESP. Biomédico na Prefeitura Municipal de Mari, Paraíba. Mestre em Biologia Celular e Molecular pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: otaciliobenicio@gmail.com

2 Graduanda em Medicina Veterinária, Universidade Federal da Paraíba

3 Graduando em Farmácia, UNINASSAU



Como se pôde verificar, essa questão ainda é muito nova na mente da sociedade brasileira, e muito distante da realidade. Porém, este não é um motivo para o ordenamento jurídico brasileiro ficar à margem disso. Cada dia que passa, mais pessoas procuram estes mecanismos para realizar o sonho da maternidade e, sem regulamentação, o sonho pode tornar-se pesadelo. Mas a doutrina está presente para ajudar a todos a resolver os possíveis problemas quanto às técnicas de reprodução.

Por fim, foram analisados os reflexos da prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*, abordando ainda a normatização brasileira a respeito desta tecnologia e sua relação com os princípios constitucionais. Aqui, cabe esclarecer, não se pretende estabelecer um posicionamento em favor ou desfavor da prática, visto que, para haver um posicionamento a ser defendido, torna-se necessário o aprofundamento do estudo.

Objetivo

A presente pesquisa teve como objetivo estudar o polêmico tema da inseminação artificial *post mortem*. Trata-se de um assunto que vêm causando grande repercussão na sociedade e na mídia nacional, com o propósito de se esclarecer mais sobre a temática.

Metodologia

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica. Realizada por meio de levantamento de material bibliográfico, livros, artigos científicos e análises dos mesmos, com o intuito de melhor aprofundamento na temática proposta, no período de agosto de 2017 a outubro de 2017. Finalmente foram sistematizados na forma de redação, os resultados e conclusões da pesquisa.

Resultados e discussão

A fertilização artificial *post mortem* torna-se possível em razão das modernas técnicas de criopreservação do material genético do marido ou do companheiro, possibilitando a sua esposa ou companheira, mesmo após o seu falecimento, inseminar seu sêmen, vindo a gerar um filho de pai pré-moriente (2).



Tal situação era inimaginável na metade do século passado, tornando-se possível atualmente graças à fantástica evolução da medicina, mais especificamente da engenharia genética (3).

Todavia, tal hipótese é alvo de constantes embates doutrinários acerca de sua aplicação, bem como de seus reflexos, tanto no direito de família, como no direito sucessório. A questão que se coloca é: a previsão legal do art. 1.597, III, do Código Civil teria fundamento de validade constitucional? (4).

A doutrina divide-se em duas correntes com relação à referida temática: àqueles que defendem a aplicação do inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, entendendo ser plenamente possível a prática da inseminação artificial homóloga *post mortem* e a outra corrente que entende não ser possível tal prática (4).

Com relação à primeira corrente, os doutrinadores defendem a aplicação do dispositivo legal fundamentando-se no princípio da autonomia da vontade, no princípio do planejamento familiar e na igualdade entre os filhos (3).

Neste sentido, o professor Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho esclarece que “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte” (5). Corroborando com o mesmo entendimento, Douglas Phillips Freitas ensina que (6):

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A vontade do doador (cônjuge ou companheiro) na reprodução assistida sempre será expressa por força da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, sem que, necessariamente, haja o doador realizado um testamento, por isto, é importante prever uma solução para o caso concreto de haver material genético para reprodução assistida sem testamento indicando a prole futura.

... havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica.

No que concerne à possibilidade de criopreservação do material genético, estabelece a necessidade dos cônjuges ou companheiros, no momento da criopreservação, expressarem por escrito sua vontade quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, “em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um ou de ambos” (4).



No que tange ao sêmen criopreservado do marido ou companheiro falecido, defende-se o entendimento de que a mulher apenas poderá proceder a fertilização quando houver consentimento expresso do marido, autorizando a referida prática (4).

Sem a autorização expressa do marido, tal prática deveria ser vedada, visto que, como bem ensina Silmara Juny Chinelato, “não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto, devendo o sêmen ser destruído se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação *post mortem*” (7).

Todavia, se tal prática viesse a se concretizar, então deveria se considerar o sêmen do marido falecido como material proveniente de doador anônimo, não apresentando qualquer reflexo no direito de família ou no direito sucessório (3).

Já com relação à segunda corrente, ilustres doutrinadores brasileiros rebatem a possibilidade da inseminação artificial após a morte do genitor.

O jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama, defende tal posicionamento alegando a falta de validade constitucional da referida prática, por afrontar aos princípios da paternidade responsável, dignidade humana, melhor interesse da criança e igualdade dos filhos (8).

Coloca que o princípio da paternidade responsável não poderia ser exercido face o falecimento de um dos pais, não sendo possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral da mãe (8).

Neste mesmo sentido vem o princípio da igualdade dos filhos, visto que o nascido por inseminação artificial *post mortem* jamais terá a possibilidade de convivência paterna (8).

Em sua obra, *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*, o referido autor, apresenta o mesmo entendimento, colocando que (8):

“... ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos”

O ilustre professor Eduardo Oliveira Leite, também desposa do entendimento de não ser possível deferir pedido para a prática da inseminação artificial após o falecimento do genitor. Ensina o afamado jurista que (9):



A resposta negativa a um pedido desta natureza se impõe. E isto, por diversas razões. Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psico-afetivo da criança. Logo, a inseminação “post-mortem” constitui uma prática fortemente desaconselhável.

Contudo, os debates são travados em face do vazio legislativo existente, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina, tampouco veda tal prática. “No Brasil, não temos legislação proibitiva da inseminação *post mortem*, como acontece na Alemanha e na Suécia, tampouco existe lei admitindo tal prática” (5).

Todavia, apesar da omissão legislativa existente, frente à existência de um sujeito concebido através da técnica referenciada, é necessário analisar quais seriam os efeitos jurídicos decorrentes de tal ato (3).

Tais efeitos refletem-se no âmbito do direito de família e sucessório, sendo conferida as mais diversas interpretações pela doutrina (3), (10).

Conclusões

Portanto, os avanços tecnológicos na área da medicina, mais especificamente no que se refere à reprodução humana assistida post mortem, trazem novos paradigmas para o estudo do direito, visto que tal prática afeta e transforma as relações de família, irradiando efeitos jurídicos tanto para o direito de família, como para o direito sucessório.

No que concerne a possibilidade ou não da realização da referida técnica a doutrina se divide, apresentando posições divergentes sobre o tema. No presente estudo não se pretendeu assumir uma posição contrária ou favorável acerca da possibilidade ou não da realização da reprodução humana assistida *post mortem*. Mas, procurou-se traçar os posicionamentos atuais adotados pela doutrina sobre a questão.

Referências

- 1 Santos, NB; Nunes, LNBT. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e post mortem. Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos: Divisão Jurídica,



- Bauru, SP, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.ite.edu.br/>>. Acesso em ago 2017.
-
- 2 Queiroz, JF. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, p. 279, 2004.
-
- 3 Camargo Fischer, KF. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf>. Acesso em set 2017.
-
- 4 Levy, LAC. Inseminação artificial post mortem e a reflexão constitucional. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3Fn_link%3Drevista_artigos_leitura%26artigo_id%3D12559%26revista_caderno%3D28?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9192&revista_caderno=9#_ftn51>. Acesso em set 2017.
-
- 5 Albuquerque Filho, CC. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. *Família e dignidade humana, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. São Paulo: IOB Thompson, p. 177, 2006.
-
- 6 Freitas, DP. Reprodução assistida após a morte e o direito de herança. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/4855>>. Acesso em set 2017.
-
- 7 Chinelato, SJ. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710)*. vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.
-
- 8 Gama, GCN. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 733.
-
- 9 Leite, EO. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 155, 1995,
-
- 10 Torres Filho, S. *Reprodução Humana Assistida: abordagem jurídica do instituto e responsabilidade médica*. João Pessoa, Paraíba: Ensigne Editora, 2010.
-