

A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Débora Aparecida Costa¹, Marina de Neiva Borba²

Estudante do Curso de Direito; deboracosta@msn.com¹

Professora da Universidade de Mogi das cruces; marinaborba@globo.com²

Área do Conhecimento: Direito Constitucional, Direito Civil, Biodireito, Bioética

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida; Homóloga; Post-Mortem; Direito à filiação; Direito à sucessão legítima

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso se propõe ao estudo de uma difícil questão enfrentada pelo ordenamento jurídico brasileiro: a falta de legislação específica sobre os questionamentos suscitados pelas técnicas de reprodução assistida, em especial a *post-mortem*.

A Reprodução Assistida *Post Mortem* representa a técnica segundo a qual existe a concepção de um filho por um cônjuge após a morte do outro, ou seja, após a morte de seu genitor.

A questão proposta se apresenta pela rápida evolução da ciência no tratamento da reprodução humana assistida e a dificuldade encontrada pelo direito em acompanhar essa evolução, não dispondo de mecanismos que regulamentem o assunto.

Portanto, diante da falta de legislação específica sobre o assunto e dos vários questionamentos suscitados a respeito do tema, torna-se relevante investigar os efeitos jurídicos da reprodução assistida homóloga *post mortem* no Brasil.

O aspecto mais controverso no que diz respeito ao tema em comento se dá na seara do direito sucessório, trazendo várias discussões no sentido de haver ou não a (in)existência do direito à suceder do filho concebido postumamente.

Daí a necessidade um posicionamento conciso do direito sobre o tema, haja vista que na doutrina se encontram posicionamentos diversos e não há qualquer regulamentação ou jurisprudência quanto aos efeitos jurídicos da concretização deste ato.

O presente trabalho buscou, então, mostrar a importância do tema, determinando seus aspectos legais, colocando-os em perspectivas históricas, analisando o direito comparado e brasileiro procurando identificar o caminho a ser seguido. Verificando a necessidade de uma legislação que abarque todas as questões suscitadas, aborda o direito sucessório diante das técnicas de reprodução humana assistida ante a escassez de norma específica.

OBJETIVOS

O objetivo geral do presente trabalho consiste em analisar a condição que gozará a criança gerada por meio dessa técnica de reprodução humana.

Trata-se, pois, de um estudo com finalidade descritiva e exploratória para a utilização dos resultados de forma pura. Por ter natureza qualitativa, recorreu-se a duas técnicas de pesquisa: bibliográfica e documental.

O presente trabalho buscou, então, mostrar a importância do tema, determinando seus aspectos legais, colocando-os em perspectivas históricas, analisando o direito comparado e brasileiro procurando identificar o caminho a ser seguido. Verificando a necessidade de uma legislação que abarque todas as questões suscitadas, aborda o direito sucessório diante das técnicas de reprodução humana assistida ante a escassez de norma específica.

METODOLOGIA

Trata-se de pesquisa de natureza qualitativa que utilizou, até o momento, técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, com a utilização dos resultados de forma aplicada, visando à finalidade descritiva.

Inicialmente, para nortear o levantamento bibliográfico necessário, realizou-se a busca de descritores no *site* da Biblioteca Virtual em Saúde, em busca de descritores que tratassem do tema.

Ato contínuo a escolha dos descritores, deu-se início ao levantamento de artigos em bancos de dados especializados como o Portal de Periódicos CAPES/MEC, base Social Science Research Network (SSRN), base de dados *Bioethics Research Library at Georgetown University*, e base de dados do *Scientific Eletronic Library Online (SCIELO Brasil)*.

Em virtude de tais pesquisas realizadas, verificou-se a necessidade de estender o estudo científico ao tratamento do assunto no direito comparado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

As técnicas de reprodução humana assistida foram desenvolvidas como alternativa à esterilidade, trazendo esperança para os casais desprovidos de expectativas pelo fato de não poderem conceber um filho por motivos de problemas orgânicos de um deles ou de ambos.

Foram desenvolvidos alguns tipos de técnicas de reprodução humana assistida a fim de se adaptar ao problema de infertilidade apresentado pelo casal ou apenas um deles.

Os tipos de técnicas dividem-se, principalmente, em procedimento *in vivo* e *in vitro*. São consideradas *in vivo* as técnicas cujo material genético será introduzido em algum local do trato genital feminino facilitando o encontro dos gametas para a formação do zigoto, ao passo que as técnicas *in vitro* são aquelas cujo encontro dos gametas ocorre extracorpóreo, ou seja, manipulado em laboratório.

A crescente evolução com relação às técnicas de reprodução assistida tem trazido grandes dificuldades para o direito, isso porque o caráter burocrático do processo de legislação acaba não permitindo o acompanhamento em tempo real à agilidade da ciência.

Diferentemente do Brasil, grande parte dos países da União Europeia adotam leis para regularizar a reprodução assistida, refletindo nelas toda a diversidade de valores culturais, religiosos e políticos de seus Estados.

Atualmente é preciso que decisões sejam tomadas a partir da interpretação de outros elementos existentes em nosso ordenamento jurídico, ainda que advindos de outras fontes.

No que diz respeito ao direito de filiação não se vislumbram expressivas discordâncias em relação ao filho concebido por meio de técnicas de reprodução humana assistida, inclusive aqueles concebidos postumamente, posto que o atual Código Civil admite como filho aquele concebido por reprodução homóloga, mesmo após a morte de seu genitor.

Já em se tratando de direito sucessório, em razão da ausência de legislação infraconstitucional específica tratando do assunto, são encontradas significativas divergências doutrinárias.

Verifica-se, portanto, que o problema não encontra uma solução pacífica na doutrina, necessitando, desta forma, de uma legislação que formule um meio de resolver todos os questionamentos trazidos, cabendo ao legislador aplicá-la juntamente com os princípios constitucionais, analogia e princípios gerais do direito.

Tendo em vista que o Brasil não veda a utilização da técnica de reprodução *post mortem*, não pode o filho concebido por tal técnica ser prejudicado, fazendo jus apenas

a parte de seus direitos. A entrada em vigor de uma legislação específica sobre o tema deve aclarar todas as controvérsias com o devido amparo legislativo.

CONCLUSÃO

As técnicas de reprodução humana assistida foram desenvolvidas como alternativa à esterilidade, trazendo esperança para os casais desprovidos de expectativas pelo fato de não poderem conceber um filho por motivos de problemas orgânicos de um deles ou de ambos.

Foram desenvolvidos alguns tipos de técnicas de reprodução humana assistida a fim de se adaptar ao problema de infertilidade apresentado pelo casal ou apenas um deles. A escolha do procedimento mais adequado dependerá de uma avaliação médica e poderá ser através de procedimento *in vivo* e *in vitro*.

A crescente evolução com relação às técnicas de reprodução assistida tem trazido grandes dificuldades para o direito, isso porque o caráter burocrático do processo de legislação acaba não permitindo o acompanhamento em tempo real à agilidade da ciência. Atualmente é preciso que decisões sejam tomadas a partir da interpretação de outros elementos existentes em nosso ordenamento jurídico, ainda que advindos de outras fontes.

Conforme estudos realizados, verifica-se que o problema não encontra uma solução pacífica na doutrina, necessitando desta forma de uma legislação que formule um meio de resolver todos os questionamentos trazidos, cabendo ao legislador aplicá-la juntamente com os princípios constitucionais, analogia e princípios gerais do direito.

A entrada em vigor de uma legislação específica sobre o tema deve aclarar todas as controvérsias com o devido amparo legislativo.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a solução dessa problemática não se dá em definir se o concebido *post mortem* possuiu ou não o direito à sucessão legítima em face da inexistência de lei específica regulamentando o assunto.

Independentemente da forma em que chega ao mundo, a criança deve ser protegida, e até que seja criada uma lei específica tratando do assunto, essa criança, fruto de uma reprodução assistida deve ter todos os seus direitos resguardados e protegidos à luz da Constituição Federal da República de 1988.

REFERÊNCIAS

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Direito ao Patrimônio Genético. Coimbra: Almedina, 2006.

CAENEGEM, Raoul Charles Van. Uma introdução Histórica ao Direito Privado. Tradução: Carlos Eduardo Lima Machado; Revisão Eduardo Brandão – 2ª Edição. São Paulo: Martins Fonte, 1999.

CARPENTER, Benjamin C., A Chip Off the Old Iceblock: How Cryopreservation Has Changed Estate Law, Why Attempts to Address the Issue Have Fallen Short, and How to Fix It (2011). Cornell Journal of Law and Public Policy, Vol. 21, 2012; U of St. Thomas Legal Studies Research Paper No. 11-37. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1963973>

CHESTER, Ronald, Double Trouble: Legal Solutions to the Medical Problems of Unconsented Sperm Harvesting and Drug-Induced Multiple Pregnancies. St. Louis University Law Journal, Vol. 44, P. 451, 2000. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=235862>

CHESTER, Ronald, To Be, Be, Be...Not Just to Be: Legal and Social Implications of Cloning for Human Reproduction. Florida Law Review, Vol. 49, P. 303, 1997. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=235873>

CHINELATO, Silmara Juny. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: Delgado, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coords.). Novo Código Civil: questões controvertidas. São Paulo: Método, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil, Família, Sucessões – vol. 5, São Paulo: Saraiva, 2012.

LOUREIRO, Cláudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. Introdução ao Biodireito. São Paulo: Saraiva, 2009

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2011

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 9. Ed. Atualizada até a EC n. 71/12. São Paulo: Atlas, 2013.

SGRECCIA, Élio. Manual de Bioética, fundamentos e ética biomédica. Bioéticas e Tecnologias da fecundação humana. A inseminação artificial. Aspectos morais da inseminação artificial homóloga. A fecundação in vitro com Embryo-transfer, 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil - vol. 6, 2. ed. Provas de paternidade; Os filhos provenientes de inseminação artificial; A reprodução assistida; Biogenética e paternidade. São Paulo: Atlas, 2002.

ZAFRAN, Ruth, Dying to Be a Father: Legal Paternity in Cases of Posthumous Conception (September 1, 2007). Houston Journal of Health Law and Policy, Vol. 8, No. 1, 2008. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1013424>