



REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM NO DIREITO BRASILEIRO

Raphael Rego Borges Ribeiro¹

RESUMO:

O presente artigo investiga as principais questões envolvendo a aceitação da reprodução assistida post mortem no Brasil. Primeiramente, aborda-se o tratamento da matéria pelo Conselho Federal de Medicina. Questiona-se a orfandade da prole, o consentimento do doador falecido, o acesso da viúva fértil à concepção artificial, as motivações egoísticas para o uso da técnica e o suposto tratamento sucessório desigual conferido aos filhos póstumos. Ao final, sem descartar a existência de diversas outras discussões, o presente trabalho concluiu que o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a realização da reprodução assistida post mortem.

Palavras-chave: Reprodução assistida; reprodução póstuma; biodireito; reprodução post mortem; conselho federal de medicina

POST-MORTEM ASSISTED REPRODUCTION IN BRAZILIAN LAW

ABSTRACT:

The present article investigates the main questions regarding the acceptance of post mortem assisted reproduction in Brazil. First, the treatment of the matter by the Federal Council of Medicine is addressed. The orphanhood of the offspring, the consent of the deceased donor, the fertile widow's access to the artificial conception, the egoistic motivations for the use of the technique, and the supposed unequal succession treatment given to the posthumous children are questioned. In the end, without discarding the existence of several other discussions, the present work concluded that the Brazilian legal system welcomes the performance of assisted reproduction post mortem.

Keywords: Assisted reproduction; Posthumous reproduction; Bioethics; and Law; Post mortem reproduction; Federal Council of Medicine

1 INTRODUÇÃO

A reprodução assistida *post mortem* é a concepção artificial na qual se utiliza material genético fecundante proveniente de doador já falecido. Trata-se de técnica possibilitada em razão da criopreservação de gametas, promovendo-se “o rompimento das raias entre a vida que surge e a morte de quem lhe deu origem, sem que o decurso do tempo seja limite a tal ruptura” (MAGALHÃES, 2010, p.51).

¹ Bacharel, Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor substituto de Direito Civil da Universidade Federal da Bahia.





O legislador brasileiro não se preocupou em regular exaustivamente a reprodução assistida. Nesse diapasão, é raro que os dispositivos normativos prevejam, expressamente, as soluções necessárias para os dilemas éticos ou práticos surgidos das inovações trazidas pelas novas tecnologias, principalmente aquelas relacionadas ao campo biomédico e biotecnológico. A este respeito, Monica Aguiar (2005, p.86) sustenta que, na medida em que as técnicas científicas avançadas são principalmente absorvidas pela parcela da população que detém o poder econômico, a intervenção estatal nessas relações acaba se retardando ainda mais, “sob a equivocada percepção de ser suficiente a regulamentação ética a cargo do Conselho Federal de Medicina ou sob a desculpa de não dever o Estado imiscuir-se em relações privadas entre médicos e pacientes”.

No tocante especificamente à procriação artificial homóloga *post mortem*, o único dispositivo de lei que há sobre a matéria está no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, III². A referida norma apenas se limita a assegurar o reconhecimento da relação de filiação e paternidade da criança concebida postumamente em relação ao marido falecido da mulher que se utilizar da técnica.

O presente artigo tem como objetivo analisar as questões polêmicas sobre a constitucionalidade e legalidade da reprodução assistida *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro. Busca-se, assim, uma compreensão crítica do tema, face à omissão legislativa³⁷ quanto à sua regulamentação.

2 O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Por conta do silêncio legislativo sobre a questão, os questionamentos sobre a concepção póstuma exigiram do Conselho Federal de Medicina (CFM) um posicionamento a respeito da legalidade ou eticidade do mencionado procedimento.

A Resolução 1358/1992, a primeira do CFM relativamente à reprodução assistida, nada mencionou quanto à reprodução assistida *post mortem*. O máximo que dispôs foi a

2 Art. 1.597 – Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.



necessidade de, no momento da criopreservação de gametas, os cônjuges ou companheiros expressarem por escrito sua vontade ao destino dado ao material criopreservado em caso de falecimento de um deles ou de ambos.

O mencionado documento foi revogado pela Resolução 1957/2010, na qual o CFM dispôs que “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.”

Vê-se que, então, a postura do Conselho Federal de Medicina era apenas no sentido de considerar que a técnica em questão não era uma conduta médica antiética. Apesar de não haver, então, permissão expressa para a sua realização, poderia ser aplicado o princípio do direito privado segundo o qual aquilo que não está proibido está permitido.

A edição posterior da Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina revogou a Resolução 1957, especificando que a fertilização póstuma “é possível, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”. Vê-se, então, que a postura do Conselho foi alterada: em vez de simplesmente não proibir a técnica, decidiu-se por sua autorização expressa.

A Resolução CFM nº 2121/2015, que revogou a 2013/2013 e atualmente se encontra em vigor, da mesma forma estabelece que “é permitida 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”.



Ocorre que falta a imperatividade *erga omnes* às diretrizes do Conselho Federal de Medicina. Carece ao CFM a legitimidade democrática para editar normas com caráter cogente, que sejam vinculantes a toda a população.

Cabe ao Poder Legislativo expressamente autorizar ou proibir a reprodução póstuma, além de regulamentar todos os seus efeitos. A omissão legislativa neste campo tão controverso provoca uma série de dúvidas. Por exemplo, não se sabe o lapso temporal durante o qual a inseminação pode ser feita para que ainda exista a presunção de paternidade, bem como não se determinam especificamente os direitos sucessórios de tais filhos. O inciso III do artigo 1597 do Código Civil de 2002 reconhece apenas a paternidade, o que não se pode jamais admitir como um elemento suficiente à definição da matéria.

3 QUESTÕES SOBRE O AMPARO LEGAL E CONSTITUCIONAL NO ORDENAMENTO BRASILEIRO PARA A REPRODUÇÃO PÓSTUMA

De acordo com o quanto já exposto, o artigo 1597, III, do Código Civil de 2002 estabelece a presunção de paternidade do marido morto em relação à criança concebida pela reprodução *post mortem*. Baseado nisso, segmento da doutrina compreende que há uma autorização legal tácita ao emprego da técnica.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.89) afirma que a previsão do Código Civil configura uma permissão à inseminação artificial homóloga póstuma. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p.58) adota postura mais cautelosa, aduzindo que tal possibilidade apenas “parece admitida pelo inciso III do art. 1.597 do Código Civil, mas seguramente envolve direito da personalidade do pai, doador do sêmen”.

De modo geral, além de se entender a previsão no Código Civil como uma permissão legislativa, a defesa da legalidade da reprodução *post mortem* pode ser embasada no direito à procriação, bem como no direito à continuidade do projeto parental iniciado em vida pelo casal.

No sentido contrário, há expressiva corrente doutrinária que entende que a reprodução póstuma é procedimento que não tem qualquer amparo legal ou constitucional, por trazer violações aos direitos dos filhos que serão concebidos, bem como por inexistir proteção



à vontade de uma pessoa procriar para além da sua morte.

A respeito da menção à reprodução assistida póstuma no mencionado artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, Silvio Beltrão Romero (2010, p.172) sustenta que a simples referência no dispositivo legal “não é suficiente para determinar a legalidade do referido tratamento”.

Por seu turno, Flávio Laura (2004, p.89) afirma que não há uma clara autorização legislativa, pois a expressão “mesmo que falecido o marido”, utilizada pela norma civil, pode ser pertinente apenas aos casos em que o doador do material genético falece após iniciado o procedimento, porém antes do nascimento da criança.

No mesmo sentido, Heloisa Helena Barboza (apud BERALDO, 2010a, p.72) ressalta que “a existência de disposição legal estabelecendo a paternidade presumida, nos casos de reprodução assistida, por si só, não deve afastar o questionamento quanto à legitimidade da inseminação *post mortem*”. A referida autora destaca que se trata de técnica ilegítima, por não levar em consideração os direitos da prole, em especial o direito à convivência familiar.

Por opção metodológica, serão analisados em primeiro lugar os argumentos contrários à reprodução artificial póstuma que se fundamentam no direito da prole a ter uma família biparental. Na sequência, será aprofundado o debate a respeito dos demais fundamentos nos quais alguns doutrinadores baseiam sua contrariedade ao procedimento.

3.1 A PROCRIAÇÃO *POST MORTEM* E O ALEGADO “DIREITO À BIPARENTALIDADE” DO FILHO

A primeira e mais polêmica questão a respeito do fundamento ético e jurídico em torno da reprodução artificial *post mortem* reside na circunstância de o procedimento, se bem sucedido, resultar na concepção de um filho que nascerá privado da presença do seu genitor, pois este já se encontra pré-falecido. Com efeito, a presente pesquisa inicialmente elencará os posicionamentos de muitos autores contrários à procriação póstuma, que se referem à existência de um “direito à biparentalidade”³(MALUF, 2013, p.213), alegadamente

3 Taciana Cahu Beltrão (2010, p.106) suscita em seus leitores uma interessante indagação: é possível



titularizado pela prole. Após a mencionada exposição, os argumentos suscitados serão devidamente confrontados.

Roberto Wider (2007, p.73) defende que a base da questão sobre a procriação assistida póstuma está no fato de, previamente à concepção, uma criança ser condenada à orfandade paterna. Semelhantemente, Jorge Duarte Pinheiro (2004, *on-line*) argumenta que “a programação consciente da vinda de um filho que nascerá já órfão de pai representa uma secundarização do interesse da criança relativamente ao interesse dos progenitores”.

Na produção acadêmica de Eduardo de Oliveira Leite, vê-se uma crítica muito grande à reprodução *post mortem*, considerada “fortemente desaconselhável” por este autor (2004, p.155), na medida em que existem fortes consequências “de natureza ética e psicológica” para os filhos, decorrente de ter apenas um pai vivo. Segundo o mencionado doutrinador (2003, p.97), a monoparentalização compromete seriamente o processo de independência e de socialização da criança.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.150) ainda argumenta que se trata da lei da natureza toda criança ter, normalmente, um pai e uma mãe; e que a procriação artificial deve se referir a um modelo, que “continua sendo o da família plena que exige a presença do pai e da mãe”. Por essa razão, o referido doutrinador (1995, p.151) sustenta que a família que o legislador tem interesse de garantir à criança é aquela formada por ambos os genitores. Conclui (1995, p.155) defendendo que a reprodução *post mortem* “provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe”.

Com uma linha argumentativa similar, Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.77) afirma que a criança concebida postumamente “não terá uma vida normal, fato que poderá prejudicar a formação de sua personalidade e sua integração social”. A mesma doutrinadora (2005, p.73) defende que a concepção póstuma não garantiria à prole o seu direito de ter uma família. Igualmente, Taciana Cahu Beltrão (2010, p.125) destaca a importância de ambos os pais para o integral desenvolvimento psíquico-social da pessoa.

De semelhante modo se posiciona Antonio Jorge Pereira Junior (2003, p.126), segundo quem “o planejamento familiar não pode ser invocado para lesar, *a priori* e

“incluir o direito à filiação integral como uma das facetas dos direitos da personalidade?”.



voluntariamente, o direito que a criança teria de ser educada em uma família completa, de acordo com a ordem natural da vida, ou de saber quem é o seu pai”.

Da mesma forma, Sandra Marques Magalhães (2010, p.52) elenca profusa produção doutrinária para repugnar a procriação medicamente assistida póstuma, defendendo que a criança que nascerá “necessitará de uma família formada por pai e mãe, sendo ambas as figuras indispensáveis ao seu saudável desenvolvimento”. A mencionada autora (2010, p.54) expõe que somente na família bilinear estaria resguardado o melhor interesse da criança, tornando ilegítima a formação voluntária da família monoparental.

Compartilhando entendimento semelhante, Mônica Aguiar (2005, p.160) sustenta que é imperioso garantir ao nascido a biparentela (ou seja, ter os dois genitores), o que tornaria antiético permitir a concepção de órfão.

Para Helena de Azeredo Orselli (1997, p.193), “o direito de ter pai e mãe é decorrência de vários princípios constitucionais, entre eles o da dignidade da pessoa humana, o da igualdade e da garantia à convivência familiar”; dessa forma, para tal doutrinadora (1997, p.192), “admitir-se a aplicação das técnicas de reprodução assistida por pessoa sem parceiro seria alijar o filho do direito de ter pai e mãe”.

Por sua vez, Kristine Barci Gugliotti (2014, p.153) argumenta que a criança gerada tem o direito à figura tanto da mãe quanto do pai, sendo injusto gerar deliberadamente um ser humano que jamais terá direito a conhecer um de seus genitores. Gugliotti (2014, p.162) defende que “o mais certo seria a proibição legal da inseminação *post mortem*, com punições severas, penal e civilmente, aos profissionais que a realizarem *contra legem*”.

Da mesma forma, Roberto Wider (2007, p.79) afirma que “é direito inderrogável da criança desfrutar da estrutura familiar biparental”, decorrência do princípio constitucional do melhor interesse; sendo, assim, ilegítimo reconhecer à mãe a possibilidade de, por sua vontade unilateral, formar uma família unilateral póstuma. O referido autor (2007, p.76) argumenta, por fim, que o recurso à inseminação de pai pré- morto “milita contra um dos maiores interesses da criança: o direito à convivência familiar”.

Sandrina Maria Araújo Lopes Alves e Clara Costa Oliveira (2014, p.73) aduzem ainda que o direito à biparentalidade “justifica que não seja constitucionalmente admissível a inseminação de mulher solteira, que não viva uma relação heterossexual em união de fato estável, ou *post-mortem*”. Cite-se ainda Luciana da Fonseca Lima Brasileiro Auto (2013,



p.98), para quem a constituição de uma família monoparental alija do filho o direito de tê-lo plenamente; retira-se da criança “a chance de ser filho de forma integral, em decorrência de uma escolha narcisista e autossuficiente”. A mencionada autora (2013, p.98) sustenta que a monoparentalidade não pode ser opcional, e projeto familiar que leve a ela não é legítimo.

Por todas as opiniões expostas, percebe-se na doutrina uma grande resistência à família monoparental. E é justamente quanto a este ponto que se pede vênia para veementemente discordar dos referidos argumentos. O ordenamento jurídico brasileiro caminhou no sentido de acolher e proteger as diversas modalidades de entidades familiares pós-modernas.

O Direito de Família se revolucionou no sentido de superação do paradigma de família biparental, composta necessariamente por pai e por mãe⁴. Recorde-se, nesse sentido, que a Constituição Federal de 1988 inovou ao não mais tratar o casamento como elemento essencial à constituição da família, dando proteção jurídica à união estável e às entidades monoparentais.

Conforme leciona Cristiano Chaves de Farias (2007, p.03), não se pode fixar um modelo familiar uniforme, “sendo mister compreender a família de acordo com os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo”. O referido autor (2007, p.04) ainda ensina que não é crível nem admissível que a estrutura familiar “esteja submetida a ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante”, pois se trata de “realidade viva, adaptada aos valores vigentes”.

Por tais razões, não se pode concordar com o entendimento segundo o qual a família bilateral é o modelo normal ou aquele em que se garante mais intensamente o melhor interesse da prole. Todas as modalidades de famílias têm o seu valor intrínseco, sem qualquer hierarquia entre elas.

A este respeito, vale trazer o ensinamento de Paulo Luiz Netto Lobo (2008, p.140), segundo quem “não há qualquer fundamentação jurídico-constitucional para distinção de direitos e deveres essenciais entre as entidades familiares, ou para sua hierarquização, mas são todas diferentes, não se podendo impor um modelo preferencial sobre as demais”.

4 Inclusive é por esse motivo que se revela preferível a expressão “Direito das Famílias”, de forma a evidenciar o atual acolhimento às múltiplas formas de entidades familiares existentes.



O presente trabalho filia-se ao entendimento de Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza (2012, p.94), para quem “não deveria haver uma representação hegemônica no que diz respeito às formas de constituição do bem comum, o que veda ao Estado a imposição de um modelo ideal de família”. A mencionada doutrinadora ainda afirma que “o melhor interesse da criança não pode excluir peremptoriamente algumas formas de família”.

Neste sentido, destaque-se o posicionamento de Carmen Silvia Mauricio de Lacerda (2006, p.177), segundo quem “tanto quanto as demais entidades familiares, as monoparentais seriam, de fato, ‘ninho’ e locus de desenvolvimento da personalidade de todos e de cada um dos seus membros”. A referida autora ainda sustenta que “a família monoparental, tal como qualquer outra modalidade de família, pode significar o porto seguro, a referência, o local da afetividade necessários para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes”.

A este respeito, merece destaque a contribuição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, que, ao abordar o tratamento legislativo acerca das relações interparentais na contemporaneidade, afirma que

os códigos da contemporaneidade devem ser tais, portanto, que sejam não apenas abertos e permeáveis às novas visões, mas que sejam despojados de preconceitos e de ranços próprios do passado, para que contenham regras e normas de efetiva eficácia e ajuste com o reclamo social atual (HIRONAKA, 2006, p.165).

Segundo Hironaka (2006, p.156), mudam os homens, seus grupamentos sociais, as instituições, os institutos jurídicos e, nesse contexto, mudam também as famílias e as relações familiares; e “é preciso prestar grande atenção no que se apresenta de distinto, para que não se dê tratamento anacrônico a nenhuma das experiências vivenciadas pelos membros da família contemporânea, ou a nenhuma das relações humano-jurídicas entre elas desenvolvidas”.

Questiona-se, aqui, a premissa de muitos autores acima mencionados, segundo a qual o melhor interesse para a prole é o de conviver em uma família biparental.

Rodrigo da Cunha Pereira (2012, p.150-151) defende que não há uma resposta ou modelo preconcebido do que seja o melhor para a criança ou o adolescente, devendo-se fazer uma definição apenas em cada caso concreto; na verdade, o entendimento sobre o conteúdo do referido princípio é relativo e variável de acordo com a cultura, a sociedade e a tábua axiológica adotada pelo intérprete. Para o mencionado doutrinador (2012, p. 158), garante-se



o melhor interesse da criança rompendo-se as barreiras de preconceitos e “evitando que um julgamento moral pejorativo possa interferir quando se trata do destino de um menor”.

Maurizio Mori (2001, p.66) sustenta ser absurda “a ideia de que se possa realmente estabelecer *a priori* quais seriam os interesses prioritários ou o bem-estar do nascido”; defende ainda que o máximo que se pode tentar identificar “são algumas condições mínimas que garantam a possibilidade de realizar o próprio bem-estar”. É de se esperar que a pessoa, quando busca o auxílio da reprodução assistida, pense ser capaz de garantir pelo menos tais condições mínimas⁵, ora referidas, à sua prole.

De igual modo, a presente pesquisa filia-se ao entendimento defendido por Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.87), segundo o qual não se pode deduzir que os interesses do filho serão contrariados simplesmente por fazer parte de uma família monoparental, “já que não será nem mais nem menos problemática do que é uma criança que vem ao mundo pelo modo natural, pois ela também fará parte de uma sociedade composta por seres humanos tão problemáticos e complexos”.

Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.88) sustenta que é um absurdo se falar em família normal nos dias de hoje, como sendo aquela formada pelo pai, pela mãe e pelos filhos; talvez este seja o modelo mais comum, mas é preconceituoso dizer que se trata da entidade exclusivamente normal.

De modo semelhante, Alan Rocha de Souza e Vitor de Azevedo Almeida Junior (2009) entendem que “o direito à reprodução por meio de técnicas de reprodução assistida também não deve ser restringido em função de uma visão ultrapassada da necessidade de biparentalidade heterossexual para o desenvolvimento da personalidade da futura criança”.

Acerca do argumento de que a família monoparental não se trata de uma opção legítima, Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz (2008, p.85) refuta-o, aduzindo que “o texto constitucional não distingue as causas da monoparentalidade, de forma que esta pode se edificar por vontade unilateral, como também por fatos alheios à vontade dos pais”. Trata-se de posição igualmente sustentada pelo presente trabalho.

Em verdade, o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a legitimidade da opção pela

⁵ Condições mínimas que, para Mori (2001, p.67) dão “uma vida normalmente saudável e um contexto familiar suficientemente amável”.



formação voluntária de família monoparental, especificamente no caso da adoção uniparental, na medida em que o Estatuto da Criança ou do Adolescente não estabelece qualquer restrição para que pessoas solteiras ou viúvas sejam adotantes. Verifica-se que se trata de uma hipótese em que a lei não vê, na criação por apenas um pai adotivo, qualquer empecilho ao desenvolvimento saudável da prole.

A este respeito da permissão legal à adoção unipessoal, Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.152) argumenta que o legislador a admite apenas por razões de ordem filantrópica e social, pois considerar ser melhor à criança (já nascida e abandonada) ter apenas um pai adotante do que permanecer só sem pais nem família.

Novamente, há de se discordar das conclusões acima apresentadas. Tais argumentos se baseiam no fato de a adoção unipessoal ser “tolerada”, por consistir em um mal menor para a criança ou adolescente adotado.

É necessário novamente que se tenha em mente, entretanto, que não cabe mais, no atual sistema jurídico brasileiro, a hierarquização de entidades familiares. Por essa razão não é razoável considerar que a adoção realizada por uma única pessoa é uma opção pior, reservada para os casos em que não se pode conferir “um melhor quadro familiar” à prole.

Defende-se, por conseguinte, que é igualmente válida, aceita e protegida pelo ordenamento brasileiro toda forma de concretização do planejamento familiar e do projeto parental, obviamente desde que respeitando os limites impostos pela parentalidade responsável e pela dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, a princípio, presume-se que, de modo geral, as variadas entidades familiares – sejam formadas por procriação natural, reprodução assistida, concepção póstuma, adoção por um ou dois adotantes, entre outras - atendem igualmente aos melhores interesses da prole.

Por tudo quanto exposto, percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro não mais reconhece a biparentalidade como essencial ao desenvolvimento psicológico e emocional da criança. Conforme leciona Andrea Aldrovandi (2006, p.122), “a evolução da família e do Direito de Família não permite mais a utilização de argumentos fundados na preocupação com supostos preconceitos provenientes da sociedade contra novas entidades familiares”.

Por todas as considerações acima mencionadas, afirma-se que a ausência da



convivência com o pai falecido não é, por si só, argumento suficiente para que se impeça a reprodução póstuma.

3.2 OUTRAS CONTROVÉRSIAS A RESPEITO DA PROCRIAÇÃO *POST MORTEM*

Superando-se a questão do alegado direito da criança à “biparentalidade”, há ainda outros argumentos doutrinários que se opõem à constitucionalidade ou legalidade da reprodução assistida póstuma.

3.2.1 O consentimento do genitor pré-falecido

Os opositores da concepção *post mortem* sustentam que não se pode utilizar o material genético de alguém já falecido. Maria Helena Diniz (2007, p.503) afirma que os pais, enquanto vivos, devem consentir de forma livre e esclarecida para que a reprodução assistida ocorra. A partir deste raciocínio, afirma que “o morto não mais exerce direitos nem tem deveres a cumprir”, então não poderia exprimir seu desejo de conceber um filho.

Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.155) aduz que “se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação”.

Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.74) afirma que o consentimento fornecido em vida pelo parceiro doador do material genético não tem mais validade após a sua morte, na medida em que a pessoa natural deixa de ser sujeito de direitos e obrigações por força do seu óbito. A referida autora (2005, p.75) argumenta que qualquer manifestação de vontade do *de cuius* neste sentido é nula, “primeiro porque vai contra os princípios gerais de direito segundo os quais não se permitem realizar desejos de imortalidade; e segundo porque encontra frontal oposição da ordem pública”.

Com compreensão próxima, Monica Aguiar (2005, p.117) defende que os pretensos genitores devem consentir, expressamente, a respeito da reprodução artificial não apenas no momento da doação de gametas, mas também no exato instante da inseminação. Desta forma, “a morte opera, *ipso facto*, como revogação deste consentimento, pois, quando da fecundação,



ele deve ser reiterado”. Conforme sustenta a professora, a declaração de vontade de cada membro do casal somente tem relevância jurídica quando, e se, unida à outra em uma única manifestação; assim, a morte impede que o doador falecido reitere o seu consentimento no instante da inseminação, o que impossibilita o uso daquele material genético.

A presente investigação reconhece a imprescindibilidade da autorização do doador para a utilização do seu material genético em técnicas de reprodução assistida. Depreende-se assim que, para ser juridicamente possível a concepção artificial, necessário se faz verificar a existência de vontade procriacional, consistente no “consentimento prestado com o fim de procriar” (AGUIAR, 2005, p.96), que deve ser manifestada pelas pessoas a quem se atribuirão paternidade e maternidade⁶.

Em verdade, a vontade procriacional é o fator que prevalece no estabelecimento da parentalidade decorrente de reprodução assistida, superando-se o critério puramente biológico na fixação da relação de filiação. Por isso, cabe à presente pesquisa investigar se é possível haver vontade procriacional válida e eficaz mesmo após o falecimento do doador do material genético.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê situações em que a manifestação de vontade produz efeitos mesmo após a morte do seu emitente. O grande exemplo que pode ser dado nesta seara é o testamento, um negócio jurídico eminentemente *causa mortis* - a sua eficácia está justamente condicionada ao óbito do testador.

Desta forma, conclui-se que há situações em que a morte não atua de pleno direito como revogadora da vontade expressada em vida. Portanto, é juridicamente possível admitir que uma dessas hipóteses seja a manifestação no sentido de continuidade do projeto parental, ainda que um dos pretensos genitores venha a óbito.

Neste sentido, Maria Berenice Dias (2007, p.330) defende que o consentimento do marido para a utilização póstuma do material genético não pode ser presumido, necessariamente deverá ser expresso. Do mesmo modo, posicionam-se Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf e Carlos Alberto Dabus Maluf (2013, p.235), sustentando que a autorização deverá ser expressa e irrevogável.

⁶ Ou paternidade e paternidade, ou mesmo maternidade e maternidade; afinal, não se pode excluir a possibilidade de acesso às mencionadas técnicas por casais formados por pessoas do mesmo sexo.



Destaque-se, nesse sentido, que a I Jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, aprovou o Enunciado 106, que determina a necessidade apenas de autorização escrita do doador, contudo sem exigir a feitura de testamento.

A posição da Jornada de Direito Civil é elogiada por Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2009, p.58), para quem “não se pode presumir que alguém quisesse ser pai depois de sua morte, salvo se houvesse manifestação clara da vontade neste sentido, isto é, em prol da fertilização tardia”.

Sendo inequívoca a manifestação de vontade do doador, não há razão para que se impeça o prosseguimento do seu projeto parental, se isto também for o desejo da sua parceira, como forma de assegurar o respeito à autonomia reprodutiva de ambos.

Destaque-se que o Provimento nº 52 da Corregedoria Nacional de Justiça, editado em 14 de março de 2016, prevê expressamente o direito de registro da criança concebida por reprodução assistida *post mortem*, independentemente de decisão judicial, desde que o genitor falecido tenha deixado autorização prévia específica, lavrada por instrumento público, para utilização do material biológico preservado.

O mencionado diploma normativo editado pela Corregedoria Nacional de Justiça reconhece a subsistência da eficácia da vontade manifestada no sentido de prosseguimento da autonomia reprodutiva mesmo após o falecimento de um dos genitores, desde que a manifestação se dê por escritura pública. Trata-se de avanço elogiável, entretanto ainda insuficiente, pois não há previsão de prazo de eficácia da manifestação de vontade no sentido de utilização *post mortem* do material genético.

3.2.2 A ausência de infertilidade da parceira (viúva ou companheira) sobrevivente

Olga Jubert Gouveia Krell (2005, p.195) se opõe à ideia de concepção póstuma, na medida em que não há qualquer indicação médica que assista à beneficiária. Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.74) também aduz que “o fundamento de validade das procriações artificiais sempre foi o de dar remédio à esterilidade do casal solicitante”, o que não se verifica quando já não existe mais casal, mas apenas o parceiro sobrevivente.



Ainda nessa linha de argumentação, Luciana Fonseca Lima Brasileiro Auto (2013, p.88) critica a inversão de valores representada pela permissão de que uma mulher fértil sozinha tenha acesso às técnicas de reprodução assistida para dar origem a uma família monoparental, pois estas deixariam de atender à sua finalidade primordial, qual seja, auxiliar o tratamento da infertilidade.

Discorda-se dos mencionados doutrinadores sobre a imprescindibilidade da infertilidade como garantia de acesso à reprodução assistida. Apesar de terem surgido visando à regulação do acesso de casais inférteis à parentalidade, tais técnicas devem ser admitidas para assegurar a vontade de se reproduzir às modalidades de família que não têm como procriar naturalmente, a exemplo dos casais formados por pessoas do mesmo sexo (MALUF, 2013, p.212).

Na atualidade, o acesso à tecnologia de procriação artificial está relacionado com questões de liberdade e autonomia no exercício dos direitos reprodutivos e sexuais. Igualmente, trata-se de métodos concernentes à concretização do planejamento familiar – que é de livre decisão do casal ou da pessoa sozinha, devendo o Estado se abster de quaisquer interferências -, independentemente da fertilidade ou infertilidade dos interessados.

3.2.3 Motivações egoísticas para a gravidez póstuma

Mariangela Badalotti (2010) aduz que, se a motivação em gerar a criança for preencher o vazio deixado pelo parceiro falecido ou por motivos financeiros relacionados à herança, não se deve proceder à concepção póstuma, na medida em que, neste caso, “o filho estará sendo buscado como um meio e não um fim, o que fere a dignidade do ser humano”.

Jorge Duarte Pinheiro (2004) verifica haver ilegitimidade dos interesses dos genitores na reprodução póstuma, seja “o do defunto (desejo de imortalidade ou vontade de resolver problemas sucessórios) ou do membro sobrevivente do casal (tentativa de obter consolo ou evitar a solidão)”.

Da mesma forma, Roberto Wider (2007, p.73) afirma que o filho concebido por procriação assistida *post mortem* desempenha um papel perpetuador da afeição pelo cônjuge morto, o que pode ser de caráter patológico. O mesmo autor (2007, p. 74) também menciona o



risco de se proceder à técnica apenas para encomendar novos herdeiros do pai falecido.

Para Eduardo de Oliveira Leite (1995, p.153), a liberdade de acesso às mencionadas técnicas, como uma simples alternativa à procriação natural, configuraria “puro egoísmo”.

Em primeiro lugar, cumpre destacar que não parece razoável estabelecer uma proibição geral de acesso à mencionada técnica com fundamentação em eventuais condutas egoísticas, na medida em que não se pode presumir a má-fé de todos os interessados. Além disso, o ordenamento jurídico não deve negar o reconhecimento de direitos por haver anomalias na sua fruição; o operador o direito deve corrigir a anomalia para que o direito possa ser devidamente exercido por seus titulares.

Ademais, não se pode falar pura e simplesmente em egoísmo de uma pessoa que busca socorro nas técnicas de concepção artificial. Conforme ensina Silvia da Cunha Fernandes (2005, p.53), a opção pela reprodução assistida exige, especialmente da mulher, renúncia, abnegação e paciência; “assim sendo, não se pode referir-se a esta decisão como um ato de vaidade, visto que representa imensa coragem e infinito desprendimento”.

No mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.666) afirma conclusivamente que, quando se busca acesso às técnicas de reprodução assistida, não há qualquer egocentrismo ou vaidade, mas sim “o imenso desejo de procriar associado à coragem e desprendimento”.

3.2.4 O tratamento desigual conferido à prole

Por fim, cumpre registrar o posicionamento de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p.937), para quem a reprodução assistida *post mortem* não é concebível no ordenamento jurídico brasileiro em razão da inexistência de direitos sucessórios da criança em relação ao seu pai pré-falecido, o que configuraria injustificável situação de desigualdade⁷.

7 Em sentido semelhante, cite-se o entendimento de Silvio Romero Beltrão (2010, p.175), para quem a concepção artificial póstuma será ilegal se houver tratamento discriminatório da prole em relação às questões de filiação e de direito sucessório; por outro lado, se o tratamento for igualitário e sem



Com a devida vênia, não se pode concordar com o entendimento do mencionado autor. Conforme já sustentado pela presente investigação, não se pode concordar com a negativa de direitos sob o argumento de que sua concessão geraria anomalias; em realidade, o trabalho do intérprete da ordem jurídica é corrigir as anomalias justamente para que os direitos possam ser reconhecidos. Por essa razão, defende-se aqui que, em vez de negar a concepção de uma pessoa em razão do tratamento desigual ou discriminatório que ela venha a sofrer em vida, mais correto seria combater as referidas desigualdades ou discriminações, assegurando tratamento justo e igualitário à prole assim concebida.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou as diversas discussões sobre a possibilidade jurídica de realização da concepção *post mortem* no ordenamento brasileiro.

Em primeiro lugar, discutiu-se se tal técnica violaria o direito da prole a ter pai e mãe, condenando-a a viver em uma família monoparental. Concluiu-se que a Constituição Federal não hierarquiza os modelos familiares, não havendo prejuízos às crianças nem qualquer óbice normativo à constituição de uma família a partir de tal procedimento.

Debateu-se sobre a necessidade de consentimento do doador do material genético criopreservado para a realização da mencionada técnica. Concluiu-se que se faz necessária a manifestação de vontade do morto, tendo sido recentemente editada norma que exige a lavratura de escritura pública nesse sentido.

Analisou-se a possibilidade de se conceder à viúva, não infértil, o acesso à reprodução assistida com material genético de seu marido ou companheiro morto. Depreendeu-se ser possível tal acesso, na medida em que se trata de decorrência do seu planejamento familiar e autonomia livremente exercidos, não havendo hoje qualquer relação de necessidade entre concepção artificial e infertilidade.

Suscitou-se que a reprodução assistida *post mortem* deveria ser vedada, pois movida por motivações egoísticas. Afastou-se tal alegação, em razão de não se poder presumir a má fé

discriminação, o mencionado doutrinador admite a licitude da técnica.



de todos que pretendem se valer da mencionada técnica.

Por fim, ventilou-se que a concepção artificial póstuma ensejaria tratamento sucessório desigual entre a prole assim gerada, e aquela concebida enquanto o genitor ainda estava vivo. Concluiu-se que não se pode concordar com a negativa de direitos sob o argumento de que sua concessão geraria anomalias; em realidade, o trabalho do intérprete da ordem jurídica é corrigir as anomalias justamente para que os direitos possam ser reconhecidos.

Por tudo quanto exposto, sem descartar a existência de diversas outras discussões, o presente trabalho concluiu que, a partir dos argumentos aqui analisados, o ordenamento jurídico brasileiro acolhe a realização da reprodução assistida *post mortem*.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Monica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALDROVANDI, Andrea. **O acesso às tecnologias reprodutivas: garantias e limites jurídicos**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2006.

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. **Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas**. In: Revista Bioética – v.22, n.1, 2014. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/883/975>. Acesso em 2015-11-16.

AUTO, Luciana da Fonseca Lima Brasileiro. **Projeto individual de maternidade: entre o desejo e o direito**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2013.

BADALOTTI, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>>. Acesso em 2015-11-16.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Reprodução humana assistida: conflitos éticos e legais: legislar é necessário**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife: CCJ/UFPE, 2010.

BELTRÃO, Taciana Cahu. **Uma análise civil-constitucional da monoparentalidade voluntária mediante o recurso da reprodução assistida**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2010.



BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Consequências jurídicas da reprodução humana assistida post mortem**. In: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, n. 20. Salvador: Universidade Federal da Bahia, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. – 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de direito de família**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

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

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GUGLIOTTI, Kristine Barci. **Reprodução artificial: limites necessários**. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. A incessante travessia dos tempos e a renovação dos paradigmas: a família, seu status e seu enquadramento na pós-modernidade. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 101, p. 153-167, jan. 2006. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67702>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

_____. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano 57, nº 375, janeiro de 2009. Porto Alegre: Notadez, 2009.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. **O direito fundamental à reprodução humana assistida no Brasil e suas repercussões na filiação civil: uma abordagem de lege ferenda**. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas da UFPE. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2005.

LACERDA, Carmen Silvia Mauricio de. **Monoparentalidade: um fenômeno em expansão**. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CCJ. Direito, 2006.

LAURA, Flavio. **Da filiação no Novo Código Civil**. In: Revista da EMERJ, número Especial: Anais do Seminário EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, 2004. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/anais_onovocodigocivil/anais>





_especial_2/Anais_Parte_II_revistaemerj_84.pdf>. Acesso em 2015-11-17.

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

_____. **Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal**. – 2. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil)**. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.) **Grandes temas da atualidade: bioética e direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípios do direito de família brasileiro**. In: Revista brasileira de direito comparado, n.35, jul/2008.

MAGALHÃES, Sandra Marques. **Aspectos sucessórios da procriação medicamente assistida homóloga post mortem**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos** - R. Fac. Dir. Univ. São Paulo v. 108 p. 221 - 242 jan./dez. 2013.

MORI, Maurizio. **Fecundação assistida e liberdade de procriação**. In: Revista Bioética – v.09, n.2, 2001.

ORSELLI, Helena de Azeredo. **Questões controvertidas na filiação decorrente da reprodução assistida**. Revista jurídica – vol.1, n.1/2 (jan/dez 1997). Blumenau: Universidade Regional de Blumenau, Centro de Ciências Jurídicas, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. – 2. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge. Hierarquia entre gêneros de convivência na Constituição Federal. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S.l.], v. 98, p. 121-134, jan. 2003. ISSN 2318-8235. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67582>>. Acesso em: 19 nov. 2015.

PINHEIRO, Jorge Duarte. **Procriação medicamente assistida**. Texto disponibilizado em 2004. Disponível em: <<http://www.balzaca.info/biologia/downloads/Debate%20aulas/procriacaomedicamenteadministrada.pdf>>. Acesso em 2015-11-16.

SOUZA, Allan Rocha de; ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo; CASTRO, Raul Murad Ribeiro de. **Reprodução assistida, autonomia privada e personalidade: a questão dos embriões**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso





Nacional do CONPEDI/UFBA – Salvador, realizado em Salvador - BA nos dias 19, 20 e 21 de junho de 2008. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/allan_rocha_de_souza.pdf>. Acesso em 2014-10-10.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **O princípio da paternidade responsável: de suas diretrizes conceituais à influência sobre os efeitos decorrentes da filiação.** Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Faculdade de Direito da UERJ, 2012.

WIDER, Roberto. **Reprodução assistida: aspectos do biodireito e da bioética.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.