

JERFFERSON JEAN BENTO DAMACENA

**O IMPACTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMOLOGA POST
MORTEM NO DIREITO SUCESSORIO BRASILEIRO**

Trabalho apresentado à disciplina de Monografia da Faculdade de Ciências e Educação de Rubiataba (FACER), como requisito para colação de grau no curso de Bacharel em Direito, sob a orientação do professor Pedro Henrique Dutra.

RUBIATABA - GO

2014

JERFFERSON JEAN BENTO DAMACENA

O IMPACTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMOLOGA POST MORTEM NO DIREITO SUCESSORIO BRASILEIRO

COMISSÃO JULGADORA

MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO TÍTULO DE BACHAREL EM DIREITO
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO: _____

Orientador: _____

Professor Pedro Henrique Dutra

1º Examinador: _____

Nome do Professor

2º Examinador: _____

Nome do Professor

RUBIATABA

2014



De forma muito especial dedico este trabalho inicialmente a Deus, pois é tudo em minha vida, vem me aparando em todos os momentos de fraqueza, me levanta a cada tombo que levo.

À minha família de um modo geral e aqui representada pelo meu pai Miltom José Bento e minha mãe Laurisneve Damacena Machado Bento.

Aos meus amigos que de forma especial estiveram comigo nos momentos de fraqueza, alegria e nunca se opuseram e nem mediram esforço em me ajudar naquilo que fora necessário.

Agradeço primeiramente a Deus, por me proporcionar vida e saúde para que pudesse conquistar meu sonho, que mesmo em meio a muitas dificuldades, nunca me deixou abater e nem desistir.

Agradeço meus pais por estarem ao meu lado, seja nos momentos de tristeza, seja nos momentos de alegria, me apoiando sempre em minhas decisões, aconselhando a seguir naquilo que me fosse melhor. Agradeço a minha irmã, Jullyana e seu marido Flavio, minha afilhada que amo de paixão Grazyelle, minha família de um modo geral, lembrando sempre daqueles que torceram e torcem pelo meu sucesso. Não esquecendo jamais de meus avós que já não se encontram em nosso meio, não podendo assim, apreciar desse momento impar em minha vida mas, que de onde estiverem, estão me abençoando e guiando meus passos.

Agradeço aos colegas de caminhada, aos amigos inseparáveis, que sempre estiveram em constante ligação em minha vida. Sendo eles: o Arthur Luiz Ferreira Neto com seu jeito irreverente e cativante, o Nilson de Sousa com sua sabedoria e sensatez, o Eduardo Henrique que pelo seu simples jeito de ser impressiona e agrada todos a seu redor, João Paulo Feliz que mesmo não frequentando a mesma faculdade não deixou de me aconselhar, estando sempre ao meu lado, o José Rodrigues pela sua sabedoria e dedicação, o Luís Antônio pela sua dedicação e esforço, não me esquecendo do meu orientador, professor Pedro Henrique Dutra, que sempre se mostrou disposto em me ajudar. Agradeço a vocês por estarem sempre ao meu lado, apoiando nos momentos de acerto e orientando quando necessário, agradeço a vocês por me proporcionarem os melhores anos de minha vida.

Por fim e não menos importante agradeço a instituição FACER, pelo conhecimento que me proporcionou, oferecendo sempre uma educação de qualidade e pelos professores que deixarão saudade.

RESUMO: O trabalho que ora se apresenta tem como escopo um estudo dirigido na área da reprodução humana assistida, um tema interessante, inovador e que atualmente é visto como uma lacuna na ceara jurídica. Mesmo o Direito buscando ser dinâmico, às vezes deixa de acolher situações peculiares, como esse que será apresentado. No transcorrer do trabalho será abordada a situação das pessoas oriundas da reprodução assistida homologa, post mortem, caso em que um dos cônjuges está falecido. Tendo em vista que eles possuem direito de filiação, como fica a situação das pessoas que nasceram por meio de reprodução humana assistida frente seus direitos.

Palavras Chave: Reprodução, Reprodução humana assistida, Post mortem, Direitos, Direitos sucessórios.

ABSTRACT: This Work, hasas scope a study directed in the area of human assisted reproduction , an interesting topic , Innovative and currently its see asa blank space in the legal area . Even the law searching to bedynamic ,sometimes it lets behind some peculiar situations , like this one that will be displayed. In the course of the work, will beshow the situation of people coming of the ApprovedAssisted Reproduction , post mortem , in cases that the spouse is dead. Seeing that they have rights of filiation , how gets the situation of the people that was born through Assisted Human Reproduction front their rights.

KEYWORDS: reproduction, human assisted reproduction, post mortem, filiation, rights

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
2. DA FAMÍLIA.....	11
2.1 Conceito de família.....	11
2.2 Origem da família	11
2.3 Evolução histórica de família	13
2.4 A figura patriarcal.....	14
2.5 Ótica doutrinária acerca de família	14
2.6 Da família formada pela afetividade	15
2.7 O atual modelo de família	16
2.8 Da adoção.....	17
2.9 Do direito de família	19
3.0 BIOÉTICA E BIODIREITO	22
3.1 Bioética.....	22
3.1.1 Conceito	22
3.1.2 Fases da bioética.....	23
3.1.3 Princípios da bioética	25
3.1.4 Bioética no cenário mundial	26
3.2 Biodireito	26
3.2.1 Conceito	27
3.2.2 Princípios do biodireito.....	28
3.3 A evolução do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil.....	29
4.0 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....	31
4.1 Conceito	31
4.1.2 Infertilidade e esterilidade	31
4.1.3 Técnicas de reprodução assistida.....	33
4.2 Embriões excedentários	35
4.2.1 Teorias natalista e concepcionista.....	36
4.2.2 A reprodução assistida sob a ótica religiosa	37
4.3 Formas de reprodução assistida	38
4.3.1 Reprodução humana homologa	38
4.3.2 Autorização de fecundação heteróloga.....	40

5.0	O IMPACTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMOLOGA POST MORTEM NO DIREITO SUCESSORIO BRASILEIRO	41
5.1	Direito sucessório	41
5.1.2	Aspectos da Herança.....	42
5.1.3	Direito das sucessões no Brasil	42
5.1.4	Abertura da sucessão	44
5.1.5	Da competência	44
5.1.6	Dos descendentes sucessíveis	45
5.2	Dos direitos do nascituro.....	47
5.2.1	Filiação e suas especificidades.....	48
5.2.2	Do direito sucessório frente à reprodução assistida homologa post mortem	49
	CONCLUSÃO.....	53

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco um estudo direcionado a algo inovador, a reprodução assistida (R.A). Sendo esta uma forma de reprodução humana, em que não se realiza pelos métodos tradicionais, ora conhecidos, a relação sexual.

Para a elaboração desse projeto, foi utilizado o método dedutivo, em que faz o uso da dedução, almejando assim, uma conclusão do tema. Nesse entendimento, Emerson Santiago, publicou um artigo na rede mundial de computadores, ele ressalta que:

Raciocínio dedutivo ou método dedutivo é um tipo de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinada premissa. O termo "dedução" está registrado no dicionário como o ato de deduzir, concluir, ou a enumeração minuciosa de fatos e argumentos. A origem do método dedutivo é atribuída aos antigos gregos, com o silogismo do filósofo Aristóteles, sendo mais tarde desenvolvido por Descartes, Spinoza e Leibniz.¹

Primeiramente deve-se atentar em pensar no local em que esse novo ser será projetado, lembrando sempre que há um modelo específico de família, que é objeto de estudo do primeiro capítulo, segundo ULHOA:

E ainda é assim hoje em dia. Não se consegue identificar uma única estrutura de família. Centrada a atenção apenas no ambiente posto pelo esposo, esposa e seus filhos biológicos; viúvo ou viúva e seus filhos, biológicos ou adotivos; pai ou mãe divorciados e seus filhos, biológicos ou adotivos; esposo, esposa e os filhos deles de casamentos anteriores; esposo e esposa e o filho biológico de um deles, havido fora do casamento; esposo, esposa e filho adotivo; casais não casados, com seus filhos; pessoas do mesmo sexo, com ou sem filhos, biológicos ou adotivos, de um deles ou de cada um deles; a homossexual e o filho da companheira falecida; avó e neto; irmãs solteiras que vivem juntas...²

Ressalta-se, portanto que não existe uma estrutura específica de família, mas sim uma divisão de modelos de família e que a cada dia se mostra cheia de novidade, por surgir varias subdivisões de família.

No segundo capítulo foi ressaltado a bioética e o biodireito frente à reprodução assistida, dando foco na legislação em vigor, onde se verifica os direitos do nascituro e dentre outras peculiaridades referentes ao tema.

¹<http://www.infoescola.com/filosofia/raciocinio-dedutivo/>. Visto em 15 de dezembro de 2014, às 11h34min.

² Curso de Direito Civil, Fábio Ulhoa Coelho, 2012, p.20.

No terceiro tem-se um estudo dirigido para a área da reprodução humana assistida (RHA), onde será abordado o conceito, para não perder o foco do trabalho, será abordado as técnicas de reprodução humana assistida, e entre outras especificidades.

No quarto e último capítulo, será direcionado o tema sucessões, será direcionado as formas de se suceder, quem poderá suceder e em que momentos se pode suceder. Nesse momento se aborda a problemática desse trabalho, que é a situação sucessória daqueles oriundos de uma reprodução humana assistida homologa post mortem, ou seja, aquela situação em que ocorre a fertilização mesmo após a morte de um dos cônjuges. Será abordado a situação desse novo ser na ceara jurídica sucessória.

2. DA FAMÍLIA

O capítulo que segue, tem por base um estudo dirigido sobre família, analisando sua origem, família formada pela afetividade, família oriunda da consanguinidade e evolução de família no contexto histórico, chegando ao atual modelo de família.

2.1 Conceito de família

Desde o início dos tempos estamos diante de um grande paradigma social, que é a referência de caracterização de família. O que torna difícil de conceituar é a existência de várias formas de família. Silveira Bueno ressalta que:

Considera-se família o conjunto de pai, mãe e filhos, pessoas do mesmo sangue, descendência, linhagem. Etimologicamente, a palavra família prende-se ao verbete latino *famulus*, escravo, porém, em sua acepção original, família era evidentemente a *familiapropriiure*, i.e., o grupo de pessoas efetivamente sujeitas ao poder do *paterfamilias*. Noutra acepção lata e mais nova, família compreendia todas as pessoas que estariam sujeitas ao mesmo *paterfamilias*. Em ambos os conceitos de família, a base do liame são pessoas e a autoridade do *paterfamilias*, que congrega todos os membros.³

Verifica-se que família veio interligada ao casamento, pois com a união de duas pessoas, teríamos ali uma nova família. Porém isso veio passando por modificações na medida em que foi surgindo as famílias formadas por afetividade ou até mesmo as famílias que eram formadas pela simples junção de pessoas que, porém, não passava pelas formalidades de um casamento, o que muitos chamam de “amasiados”.

2.2 Origem da família

Sempre existiu a noção de que família é formada por pai, mãe e filhos. A família é fruto de uma relação social, que surge da necessidade do homem se relacionar de forma estável. Segundo Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, família é:

Significado de Família:s.f. O pai, a mãe e os filhos: família numerosa. / Todas as pessoas do mesmo sangue, como filhos, irmãos, sobrinhos etc. / Grupo de seres ou coisas que apresentam

³SILVEIRA BUENO, Francisco. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Lisa S.A, 1989. p. 288,
In:http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6379. Acesso em 03 de Junho de 2014, às 19h57min.

características comuns: família espiritual. / Biologia. Unidade de classificação científica. &151; Os animais e as plantas são classificados em sete grupos principais chamados reinos, filos, classes, ordens, famílias, gêneros e espécies. Os membros de uma família têm entre si um parentesco mais chegado que os membros de uma ordem, mas não são tão próximos quanto os membros de um gênero. / Os descendentes de um indivíduo, a linhagem, a estirpe. // Em família, em casa, entre os seus, na intimidade. // Família de palavras, grupo de palavras que procedem de uma raiz comum. // Família real, o rei, a rainha, seus filhos e parentes do mesmo sangue. // Santa Família, quadro que representa a Virgem Maria, São José e o Menino Jesus. / Usa-se como adj., no sentido de "honesto", "decente", falando-se, sobretudo da mulher: Fulana é família.⁴

O dicionário Aurélio traz a definição de várias formas de família, seja em casa, seja família real, de classes, enfim, o importante é ressaltar que de um modo genérico ao nosso estudo, faz menção ao agrupamento de pessoas, e que independentemente da forma de família, será visto sempre como uma junção de seres.

Algo que é importante ressaltar é o saber que desde o início das civilizações, o homem tinha sobre a noção de consanguinidade. Os primeiros agrupamentos de pessoas com o mesmo vínculo consanguíneo recebiam a denominação de clãs. Não sendo admitido ter conjunção carnal entre pessoas que integrassem a mesma família, partindo daí a ideia de que existe um vínculo intenso entre pessoa do mesmo sangue. Essa noção é fácil de ser interpretada se tomada atualmente, mas ao se falar em milhares de anos atrás, nota-se uma grande demonstração de que a família é algo sagrado, sobre isso ULHOA diz que:

A explicação da origem de família, como se vê, esta envolta em grandes incertezas. Associa-se o seu surgimento, porque conceitualmente não há outra alternativa, ao da prática da proibição do incesto, isto é, à regulamentação das relações sexuais permitidas e proibidas. Mas pouco se consegue avançar, pela trilha da certeza científica, no conhecimento de sua origem, porque nunca houve, como não há hoje em dia, uma forma única de família. Podem-se estudar as famílias, mas não a família. Numa determinada sociedade, definida por vetores de tempo e organização familiar, mas não tem sentido de buscar uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias.⁵

⁴<http://www.dicionariodoaurelio.com/Familia.html>. Acesso em 30 de maio de 2014, às 20h38min.

⁵Curso de Direito Civil, Fábio Ulhoa Coelho, 2012, p.16.

2.3 Evolução histórica de família

No tocante a evolução de família, Fábio Ulhoa defende a ideia de que na antiguidade existia o que podemos denominar de pátrio poder, que veremos de modo mais detalhado a seguir. Tem-se uma noção de que por mais que a sociedade tenha passado por mudanças, e com isso, a família também passando por modificações, ainda exista na família a ideia de que o poder emana do pai e é distribuído entre os demais membros da família.

Atualmente uma definição do que seria uma representação de família gira em torno da junção formada por pessoas que possui vínculo sanguíneo ou por afinidade. Essa questão da afinidade deixa de lado o pensamento de que só é integrante da família aqueles que vieram do mesmo sangue, aqueles que possuem o mesmo material genético, passando a surgir a figura da adoção, que será tratado adiante em capítulo específico.

Existe ainda uma subdivisão quanto à família, pois primeiramente elas podem ser distinguidas em constitucionais e não constitucionais, e o doutrinador Fábio Ulhoa foi feliz em trazer isso em sua obra, ele segue dizendo que:

As famílias constitucionais são as mencionadas na Constituição Federal (Art. 226). São três: a instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e a família monoparental, isto é, formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Já as famílias não constitucionais, são as demais, vale dizer, as não lembradas pelo constituinte. Nessa ampla categoria incluem-se, por exemplo, as derivadas de pessoas do mesmo sexo e as famílias não monogâmicas.⁶

Com o surgimento desse novo entendimento de família, reza ao Direito regulamentar isso por meio de normas. Nessa altura do campeonato entende-se que todos ou a maioria das pessoas tem uma definição mesmo que genérica do que é o Direito. Mas para aqueles que não possuem essa definição em mente, temos o Direito como um conjunto de normas que regulamentam a vida de toda uma sociedade, devendo esse ser dinâmico, procurando abranger as evoluções da sociedade e acompanhar os litígios que vierem a ocorrer.

⁶Curso de Direito Civil, Fábio Ulhoa Coelho, 2012, p.27

Em meio a esse contexto, surge o Direito de Família que por muitas vezes passou e passa por evoluções, ficando a cargo dos legisladores se atentarem a essas evoluções do ser humano.

2.4 A figura patriarcal

Na família antiga existia a figura patriarcal, que pode ser vista como aquele que era detentor do poder. Todos derivam de um ascendente, e o ancestral comum entre eles seria o detentor do poder patriarcal. Todos os componentes da família possuíam afazeres, seja em âmbito doméstico ou na busca de alimentos. Fica claro que todos os integrantes da família deveriam reverenciar o patriarca e a ele dar respeito e obediência.

Antigamente a figura do pai era vista como algo supremo. Tudo girava em torno dele, todas as decisões importantes não poderiam ser tomadas sem antes passar por ele. Surge então a ideia de “pátrio poder”, ou seja, o poder que emana do pai. Isso viria a cair anos mais tarde, com a evolução da rotina familiar.

Seguindo na ideia de Ulhoa, nota-se a existência de um poder *pater*. O doutrinador ressalta que todos viviam em família, no mesmo ambiente e o poder central estava nas mãos do patriarca. A esposa se dedicava aos filhos, o filho patriarca era treinado para ser o sucessor da família e a filha era criada para o matrimônio.

Existia a ideia de que o pai como representante de tudo se assemelhava a um Deus. Porém, em sua obra, Ulhoa ressalta que tal tratamento veio modificado com o advento do cristianismo, pois a igreja pregava o surgimento da boa nova, surgindo assim à figura de um único Deus, e que não era a figura do pai, caindo então a idolatria existente perante a figura do patriarca.

2.5 Ótica doutrinária acerca de família

Com o advento de um novo ser ao mundo, sabemos que dele vem toda uma herança genética, toda uma cultura será passada para esse novo ser. A família foi tida durante muitos anos como a estrutura da base social, a base era a família e o que vier depois será derivado dela. Todos os conhecimentos eram aprendidos em casa, e isso repassado de geração para geração.

Como já dito no parágrafo anterior, tudo emanava da família. A formação econômica que era tratada pelo patriarca e este dava ensinamentos ao primogênito de modo que mais tarde o pudesse ser seu sucessor. A mulher educava sua filha para que pudesse ser uma boa esposa e boa mãe, assim como sua antecessora. Esse era o modelo de família de antigamente, e isso não poderia se perder. Porém com o tempo isso veio se modificando, se atualizando e logo muda essa ideia de família. Para Ulhoa existe três formas de famílias: tradicional, romântica e contemporânea, sobre isso ele diz que:

Na família tradicional, que existiu até meados do século XIX, o pai era o poderoso chefe em torno do qual gravitavam os demais membros. A ele competia todas as decisões: escolher a profissão dos filhos homens, decidir as amizades que filhas e esposa poderiam cultivar definir os horários que elas poderiam sair de casa e a companhia que estavam autorizadas a ter. [...] Na família romântica, que existiu em meados do século XIX até os anos 1960, o pai perde boa parte de seu poder tirânico, mas continua ainda centralizando a vida em família. As pessoas passam a gozar de certa forma de liberdade como, por exemplo, a de poder escolher o futuro cônjuge. O contrato deixa de ser um contrato entre famílias, quase sempre norteado pelos interesses econômicos dos pais; torna-se o encontro de seres que se identificam de algum modo. Chama-se romântica essa estrutura familiar porque com ela teve início o processo de despatrimonialização do direito de família. [...] A família contemporânea é resultado da mudança significativa na condição da mulher na sociedade, ocorrida na segunda metade do século. Podendo exercer sua sexualidade com mais liberdade, graças a pílula anticoncepcional, e ocupando o mercado de trabalho lugar de importância equivalente ao do homem, a mulher pode ser independente; não ter mais que aceitar minimamente a ideia de casar ou deixar de casar em função da vontade do pai.⁷

Realizada uma demonstração de modelos de família, através da obra de Ulhoa, surge a comprovação de que não mais se opta por apenas um modelo de família, o que antes era apenas família tradicional, hoje passa a dar origem a outras duas visões de família, como foi citado acima.

2.6 Da família formada pela afetividade

Ter um filho é algo divino, uma graça concedida por Deus. Antigamente existia o pensamento de que a família deveria ter sua prole, seus filhos. E o método utilizado para isso era o convencional, ou seja, o ato sexual. Nesse contexto surge a situação de que nem todos eram capazes de gerar uma criança, pois se tratava de

⁷ Curso de Direito Civil, Fábio Ulhoa Coelho, 2012, p. 21.

peças com dificuldade de fertilização. Nessa órbita surge o pensamento de o método da adoção. Por se tratar de algo novo, nem todos tinham o entendimento do que viria a ser adoção.

Diniz preceitua uma família diferente, formada pela união, inexistindo a necessidade de vínculo consanguíneo para a formação da mesma:

Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento para a realização do ser humano⁸

Diniz diferentemente de alguns doutrinadores, pensa na família formada não só pelo casamento, mas também pela afetividade como demonstrado logo acima. Seguindo o pensamento da mesma, existe em sua obra uma parte destinada a características das famílias, segundo Diniz:

Vários são os caracteres da família, a saber: a) Caráter biológico, pois a família é por excelência o agrupamento natural. O indivíduo nasce, cresce numa família até casar-se e construir a sua própria. [...] b) Caráter psicológico, em razão de possuir a família um elemento espiritual unindo os componentes do grupo, que é o amor familiar. c) Caráter econômico, por ser a família o grupo dentro do qual o homem, com o auxílio mútuo e o conforto afetivo, se mune de elementos imprescindíveis à sua realização material, intelectual e espiritual. d) Caráter religioso, uma vez que, como instituição, a família é um ser eminentemente ético ou moral, principalmente por influência do Cristianismo, não perdendo esse caráter com a laicização do direito. e) Caráter político, por ser a família a célula da sociedade (CF, art. 226), dela nasce o Estado [...] a família tem especial proteção do Estado, que assegurará sua assistência na pessoa de cada um dos que integram.⁹

2.7 O atual modelo de família

Desde o início dos tempos a família vem passando por várias mudanças que impactaram no modo de vida da família frente à sociedade. Em tema anterior foi visto a figura do patriarca, que na maioria das vezes era representada pelo pai, e que era visto como um centro das atenções, ou seja, tudo girava em torno dele, todas as decisões partiam dele.

⁸ Curso de Direito Civil, Maria Helena Diniz, 2006, p 13.

⁹ Curso de Direito Civil, Maria Helena Diniz, 2003, p 13.

Evidentemente cabe ressaltar que o cristianismo e a revolução industrial modificaram bastante a situação da família. Pois o pai deixando de ser o ponto central da família, a mudança era algo visível. Já fora ressaltado algumas mudanças que ocorreram, e inclusive foi dito as três formas distintas que observamos nas famílias, pois se desenvolveram com o passar dos anos.

Pode-se notar que antigamente existia o entendimento de existência do "Pátrio Poder", onde o poder ativo, o poder de decisões girava em torno do pai, hoje existe o chamado poder familiar, a mudança não veio apenas no vocábulo, mas na verdade por existir uma mudança também no modo de vida das famílias. O que antes era centralizado nas mãos de uma só pessoa, atualmente fica a cargo do casal, atualmente é o casal que toma suas atitudes, como por exemplo.

Com a oportunidade de emprego em ascensão para o público feminino, temos observado cada vez mais que as mulheres se aprimoram, estudam, procuram oportunidade e conseguem deixar sua marca no mercado de trabalho, desempenhando de forma célere e qualificada todas as atividades que estão sendo disponibilizadas, tirando de cena toda e qualquer forma de discriminação presente no cotidiano.

Atualmente podemos utilizar no meio familiar à colocação de família não apenas aquela que advém do mesmo sangue, mas temos uma situação inovadora, que é a situação de família formada por afetividade em que não existe um vínculo sanguíneo, mas o amor para com o próximo é tão grande que transforma aquele ser um membro integrante da família e veremos em subtítulo específico que não é permitido diferenciação entre os integrantes consanguíneos e os não consanguíneos.

2.8 Da adoção

Como já dito no parágrafo anterior, a adoção veio como uma chance das famílias que não tinham filhos e portavam alguma dificuldade para gerir os mesmos, pudessem finalmente satisfazer seu desejo de ter e crescer sua família, por meio da afetividade que integra a adoção. Na tentativa de sanar as dúvidas acerca do significado de adoção, Aurélio Buarque de Holanda Ferreira relata que adoção é:

Significado de Adoção: "s.f. Ação de adotar: a adoção de uma criança, de uma lei. // Adoção plena, adoção na qual a criança adotada se integra completamente na família do adotante e perde qualquer laço com a família de origem. // Adoção simples, adoção na qual os laços de sangue subsistem. // Pátria de adoção, aquela que se escolheu para residir."¹⁰

Para que a pessoa possa adotar, além de um amor incondicional pela vida é preciso um comprometimento para com o adotando, pois ele deverá ser tratado como um filho biológico, não poderá haver, portanto nenhuma forma de discriminação entre um ou outro. Lembrando que a adoção será excepcional e o adotando só será adotado retirado do seio de sua família em último caso, pois esse vínculo biológico deverá ser resguardado, sempre que possível, portanto, deverá ser mantida o adotando em sua família biológica.

O Estatuto da Criança e adolescente traz um rol de requisitos necessários à adoção, não podendo insurgir na falta de nenhum deles. Por existir várias formas de adoção, temos para cada espécie requisitos específicos para prosseguir. Ferreira, utilizando o ECA, trouxe os requisitos necessários para se adotar, são eles:

Requisitos para a adoção: Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independente do estado civil; O adotante há de ser pelo menos 16 anos mais velho que o adotado; Enquanto não der contas de sua administração e não saldar o débito, não poderá o tutor ou curador adotar o pupilo ou o curatelado; Adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar e da concordância deste, se contar mais de doze anos. Porém o consentimento será dispensado em relação à criança ou ao adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar; Para a adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família; Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justificam a excepcionalidade da concessão. Nesses casos, desde que demonstrado o efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada; É vedada a adoção por procuração; O adotando deve contar com, no máximo 18 anos à data do pedido, salvo se estiver sob a guarda ou tutela dos

¹⁰In: <http://www.dicionariodoaurelio.com/adoçao.html>. Acesso em 30 de maio de 2014.

adotantes; Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.¹¹

Todos esses requisitos se mostram necessários para uma adoção legal em que será tomada a decisão mais favorável ao adotando. Portanto no Brasil, só será possível a adoção mediante o preenchimento de todos esses requisitos. Houve mudança aqui no Brasil acerca da adoção como advento de uma lei que entrou em vigor em 2009, esta lei de número 12010/09, trouxe várias mudanças ao Estatuto da Criança e Adolescente.

A adoção será autorizada mediante sentença judicial e se trata de um instituto irrevogável. A adoção deverá ser pensada e repensada, pois por se tratar de algo irrevogável, não poderá o adotante desistir da adoção futuramente, a adoção só poderá ser desfeita em casos específicos, como em caso de adoção “A brasileira”, ou alguma adoção que não siga os ritos formais.

Como é de costume, no Brasil sempre teve e provavelmente terá um modo esperto de se burlar o sistema. Na adoção não seria diferente, pois não são raros os casos em que famílias pegam crianças e passam a cuidar destas sem nenhuma autorização legal, ou fraudam documentos e registram aquela criança como sendo sua. Nesses casos estamos diante de situações em que a adoção poderá ser desfeita, esse tipo de adoção toma o nome de adoção a brasileira.

2.9 Do direito de família

Tendo por base essas grandes modificações, surge no âmbito jurídico à necessidade de regulamentar os acontecimentos que envolvem a família de um modo geral. Seja em sentido financeiro como em divisões de bens ou em sentido de simplesmente regular guarda de filhos e acontecimentos pertinentes ao dia-a-dia. A doutrinadora Maria Helena Diniz ressaltou uma interessante definição de família, ela diz que:

É, portanto, o ramo do direito civil concernente às relações entre pessoas unidas pelo matrimônio, pela união estável, ou pelo parentesco e aos institutos complementares de direito protetivo ou assistencial, pois, embora a tutela e a curatela não advenham de

¹¹ FERREIRA, João Ricardo Brandão Aguierre, Karem Cristiane Ferreira, Estatuto da Criança e do Adolescente, 2012, Vol. 15, p. 20.

relações familiares, tem, devido a sua finalidade, conexão com o direito de família.¹²

Embora não se trate de uma obra recente, a doutrinadora foi feliz em sua colocação. Ao analisar novamente as famílias, houve uma separação no tocante as relações jurídicas, que são as por afinidade e as por consanguinidade. No direito de família as principais relações estão dispostas em horizontais e verticais e sobre o assunto, o doutrinador Ulhoa, aduz que:

As relações horizontais são as de conjugalidade, empregada a expressão aqui num sentido muito amplo, que abarca todos os enlaces entre duas pessoas adultas (não irmãs) voltadas a organização da vida em comum. Mantêm relações horizontais de família ou casados, os que convivem em união estável, em união livre e as pessoas do mesmo sexo em comunhão em comunhão de vida. As relações verticais são as de ascendências e descendência, como as que unem pais aos filhos, avós aos netos e etc. As relações horizontais dizem respeito, em geral, aos vínculos fundadores de novo vínculo familiar, incluindo os estabelecidos pelo casamento de duas pessoas do sexo oposto, mas não se limitando a essa hipótese. Más não são os únicos vínculos fundadores de nova família, porque ela também se forma por relações verticais, como no caso de adoção de filho por pessoa solteira, divorciada ou viúva, a geração e educação de criança por mulher não casada (chamada de “produção independente”), o acolhimento do neto, em sua casa, pelos avos e etc.¹³

Portanto enquanto de um lado, temos as relações horizontais, sendo representadas por uma relação afetiva, pois duas pessoas se unem com intenção de ficar juntos, nas relações verticais temos a figura da obrigatoriedade, pois estamos falando de relações consanguíneas, existe um vínculo que jamais será quebrado, o vínculo sanguíneo.

No entanto existem famílias sem relações horizontais, o mesmo doutrinador segue dizendo que os exemplos desse tipo de família podem ser visto na família monoparental e existem também as que não possuem vínculo vertical, podendo citar como exemplo a família composta por pai e mãe e esses ainda não adquiriram filhos.

¹² Curso de Direito Civil Brasileiro, Maria Helena Diniz, 2006, p 4.

¹³ Curso de Direito Civil, Fábio Ulhoa Coelho, 2012, p. 23.

Adiante, tem-se um estudo da bioética e do biodireito, que será compreendido com base do estudo associado de família, que foi visto nesse capítulo. O estudo da bioética é de suma importância na realização desse trabalho de pesquisa.

3.0 BIOÉTICA E BIODIREITO

Nesse capítulo será feito um estudo focado em bioética e biodireito. Abrangendo nesse estudo o conceito, benefícios, malefícios e as dificuldades frente enfrentados pelo tema. Tema esse muito pertinente à real ideia desse trabalho, que será tratado adiante em capítulo específico.

3.1 Bioética

Com o avanço da tecnologia torna-se interessante ressaltar o estudo da bioética, algo que para muitos é desconhecido. Atualmente, muitas experiências saíram dos laboratórios, das ficções para a vida real, muitos experimentos vieram ao nosso mundo e com isso surgem benefícios e malefícios oriundos desses avanços, desses experimentos.

3.1.1 Conceito

Para trazer o conceito de bioética, será utilizado o pensamento de alguns doutrinadores, que usando de citações terá exposto seu ponto de vista, traçando de forma paralela um ponto de vista amplo frente às várias ideias apresentadas. Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf veio de forma clara falar do surgimento da bioética, segundo ela:

Termo Bioética surgiu na década de 1970 e tinha por objetivo deslocar a discussão acerca dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico de um viés mais tecnicista para um campo mais pautado pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética. A biossegurança, a biotecnologia e a intervenção genética em seres humanos e dos animais não humanos, além das velhas controvérsias morais, como aborto e eutanásia, requisitavam novas abordagens e respostas ousadas da parte de uma ciência transdisciplinar e dinâmica por definição.¹⁴

É ressaltado na obra acima a origem do termo, que como já foi dito, em 1970, esse termo surgiu de modo a dar uma resposta frente às questões oriundas das novas tecnologias que métodos utilizados em seres vivos. Ainda hoje o tema se mostra polêmico e que sempre gera inúmeras discussões, imagina-se então da data de seu surgimento. Utilizando outro doutrinador, temos por Raul Marino Jr, uma

¹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013.p.07.

definição sobre bioética. Em sua obra: Em busca de uma bioética global, ele ressalta que bioética é:

Bioética é o estudo transdisciplinar entre a biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera portanto, questões onde não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.¹⁵

O doutrinador demonstra de forma mais abrangente as várias formas de se observar a bioética, deixando claro que se trata de um estudo transdisciplinar, ficando evidente no final que a responsabilidade cairá sobre os cientistas e suas pesquisas, Leo Pessini utiliza uma forma diferente de ver a bioética, segundo ele: "A bioética estuda a moralidade da conduta humana no campo das ciências da vida, estabelecendo padrões de conduta socialmente adequados"¹⁶

Por meio dessa citação, fica fácil de perceber que Pesiane caracteriza o termo de uma maneira mais genérica, porém que abrange as várias formas de se caracterizar a bioética, para ele será objeto de pesquisa da bioética a moralidade de conduta humana, de modo que a bioética venha surgir como um método que caracteriza os atos praticados pelo ser humano.

3.1.2 Fases da bioética

Com o estudo realizado sob a obra de vários doutrinadores, pude descobrir que em algumas obras que retratam o tema bioética, esta passou por algumas fases. André Marcelo M. Soares relata em sua obra "Bioética e biodireito- Uma introdução" que a bioética pode ser dividida em três fases:

a) Que vai de 1960 a 1977- período em que surgem os primeiros grupos de médicos e cientistas preocupados com novos avanços científicos e tecnológicos. Formam-se os primeiros comitês de bioética no mundo; b) Que vai de 1978 a 1997- período em que se publica o relatório Belmont, que provoca grande impacto na bioética clínica; realiza-se a 1ª fertilização *in vitro*; alcançam-se grandes progressos na engenharia genética; criam-se importantes grupos de estudo em bioética: Grupo Internacional de estudo em bioética,

¹⁵ MARINO JR., Raul. Ensaio sobre o amor. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2011. P. 97

¹⁶ PESSINE, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, Problemas Atuais da Bioética. 2ed. São Paulo: Hagnos, 1994, p.11.

Associação europeia de centros de ética médica, Convênio europeu de biomedicina e direitos humanos, entre outros; c) Iniciada em 1998, ainda vigente, que teve o apogeu da descoberta do genoma humano, clonagem, além dos debates relativos à falência dos sistemas de saúde pública nos países em desenvolvimento.¹⁷

Nesse mesmo sentido, que ressalta as fases da bioética Francisco de Assis Correia leciona que:

A bioética é um produto da sociedade do bem-estar pós-industrial e da expansão dos direitos humanos da terceira geração, que marcaram a transição do Estado de Direito para o Estado de Justiça, visando a promoção da macroética e da responsabilidade frente à preservação da vida em sua mais alta magnitude¹⁸

Temos com isso que a bioética veio para tratar de assuntos polêmicos e de grandes repercussões, podendo citar o aborto, clonagem, eutanásia e outros. Porém dentro de cada um desses temas encontra-se seu próprio conceito. Surgem, porém duas formas de se determinar à bioética, temos a microbioética e a macrobioética. Sendo utilizado na caracterização das mesmas, a doutrinadora Adriana Maluf e André Soares, que assim ressaltam:

Microbioética- É o ramo da bioética que tem por objetivo o estudo das relações entre médicos e pacientes e entre as instituições e os profissionais de saúde. A microbioética trabalha, especificamente, com as questões emergentes, que nascem dos conflitos entre a evolução da pesquisa científica e os limites da dignidade da pessoa humana.¹⁹

Continuando na conceituação dessas duas formas de bioética, temos para André Marcelo M. Soares, que macrobioética é:

Macrobioética (ou macrobiodireito) – É o ramo da bioética que tem por objetivo o estudo das questões ecológicas em busca da preservação da vida humana. A macrobioética trabalha, especificamente, com as questões persistentes. As questões persistentes são aquelas que reiteradamente se manifestam no grupo social e por isso se encontram regulamentadas; por exemplo, a preservação florestas ou de um patrimônio cultural. Também denominada de macrobiodireito, o mesmo que pode abranger

¹⁷ SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. Bioética e Biodireito: uma introdução, op. Cit. P. 11-17

¹⁸ CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: PESSINE, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (ORG). Fundamentos da Bioética. 2 ed. São Paulo: Paulus, 2002. P. 31.

¹⁹ MALUF, Adriana C.do Rego F. Dabus, Curso de Bioética e Biodireito, 2ed. Editora Atlas, 2013, p.10

questões de cunho ambiental e internacional ambiental, pela amplitude de sua incidência.²⁰

3.1.3 Princípios da bioética

Como a maioria dos temas importantes possui princípios basilares para sua formação, na bioética não seria diferente, existem no campo da bioética quatro princípios formadores que regulamentam o método de seus estudo e seus focos. Maria Helena Diniz ressalta bem esses princípios, segundo ela, são eles:

“1)Princípio da autonomia – valoriza a vontade do paciente ou de seus representantes, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e religiosos. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito a sua intimidade, restringindo com isso a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento [...] a autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influencia externa. Desse princípio decorre a existência de consentimento livre e informado. 2)Princípio da beneficência - Refere-se ao atendimento do médico e dos demais profissionais da área da saúde, em relação aos relevantes interesses do paciente, visando seu bem-estar, evitando-lhe quais quer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para praticar o mal ou praticar a injustiça [...] a regra de ouro do princípio da beneficência é não causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os possíveis riscos. 3)Princípio da não maleficência – Contem a obrigação de não acarretar dano intencional e deriva da máxima da ética médica. 4)Princípio da justiça – Requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da pratica médica, pelos profissionais da área da saúde, procurando evitar a discriminação”²¹

Atualmente, além da questão dos princípios que foi aludido acima, a bioética demonstra ter outros paradigmas como, por exemplo, o naturalismo, o contratualismo e o personalismo. Adriana Maluf veio de forma clara ressaltar isso, em sua obra, ela aduz que:

O contratualismo -que reconhece, a partir do direito natural, a existência de alguns bens fundamentais, como a vida, a religiosidade, a racionalidade; o contratulismo – que defende uma relação entre médico, paciente e sociedade a partir de um contrato de ordem jurídica; o personalismo – que partindo de uma visão

²⁰MALUF, Adriana C.do Rego F. Dabus, Curso de Bioética e Biodireito, 2ed. Editora Atlas, 2013, p.10

²¹ DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do biodireito, op. Cit. P. 14-16; SOARES, Andre Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. Bioética e biodireito: uma introdução, op. Cit., p. 31-37.

antropológica, objetiva defender a dignidade humana com base em suas características essenciais.²²

3.1.4 Bioética no cenário mundial

Na obra de Leo Pessini, o autor aduz que cada vez mais a bioética entra no cenário mundial, se tornando um dos mais temas mais discutidos e tornando-se assim algo rotineiro, passando assim a ter maior aceitação da sociedade no geral. Sobre isso ressalta Pessini: “Estamos vivendo, na atualidade, uma realidade, complexa, multifacetada, multicultural, onde interagem diversas gamas de valores, de científicos a religiosos cujo diálogo multidisciplinar e a tolerância são essenciais para avançar.” Com isso o autor afirmar que a bioética esta passando por grandes transformações e que cada uma delas se mostra importante no cenário mundial.²³

Na obra de Adriana Malufem expressado que os temas mais debatidos na atualidade acerca de bioética estão dirigidos para o campo de fundamentos da bioética e a valorização de seus princípios, bem como o tema bioética clínica, que nesse ponto é ressaltado a relação entre paciente e médico. A bioética social é um tema importante e bem discutido também, pois é onde se fixa as políticas de saúde, meio ambiente, reforma do sistema da saúde e outros. E por fim, temos como alvo de maior discussão a bioética transcultural, temos aqui uma forma de demonstrar aonde a bioética veio se difundindo.

3.2 Biodireito

Dedico esse espaço a um estudo direcionado ao biodireito, demonstrando seu conceito, princípios, o biodireito e constitucionalismo pós-moderno e por fim a demonstração da evolução histórica do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil, o que para a temática desse trabalho é algo essencial, demonstrando toda a responsabilidade do biodireito frente ao estudo aqui desenvolvido.

²² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 12.

²³ PESSINE, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, Problemas Atuais da Bioética. 2ed. São Paulo: Hagnos, 1994, p.09.

3.2.1 Conceito

O biodireito vem caracterizado um novo ramo do estudo jurídico como uma junção do direito com a bioética. É a parte do Direito Público que estuda a e bioética, analisando as relações jurídicas aos acontecimentos oriundos da tecnologia, acerca da medicina e à biotecnologia.²⁴Sobre o tema, Maria Helena Diniz leciona que:

Tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade da pessoa humana, nem traçar seus limites jurídicos, os destinos da humanidade".²⁵

No pensamento de Diogo Gracia, o biodireito é a regulamentação jurídica da problemática da bioética, no sentido em que formula as relações peculiares entre ética e direito que se inter-relacionam reciprocamente: ética é como instancia pratica do direito e direito como expressão positiva da ética. Já a doutrinadora Adriana Maluf ressalta em sua obra um entendimento diverso, ela aduz que:

“O biodireito associa-se principalmente ao universo de cinco matérias: Bioética, Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito Constitucional (à luz do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem, contudo deixa de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM e clonagem terapêutica e científica)”²⁶

Entende-se que por se tratar de temas novos e que foram oriundos com o advento da tecnologia, volta e meia surgiu algum acontecimento que poderia vir a ferir o pensamento do ser humano em resguardar os princípios éticos da humanidade, nesse sentido surge o biodireito, para que regulamente esse ponto, resguardando assim a bioética.

Maria Helena ressalta que o direito não pode furtar-se aos desafios trazidos pela biomedicina. Assim como na bioética no biodireito, Adriana Maluf diferencia numa perspectiva mais ampla uma tutela alterada em micro e macro. Na

²⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 16.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, op. Cit.p.8

²⁶ GRACIA, Diego. Fundamentos de bioética. Madrid: Eudema, 1989. P. 576 ss.

macrodireito, o foco está nas relações ambientais, no patrimônio natural, artificial e cultural; já o microdireito estuda as questões relacionadas à vida individualizada.

3.2.2 Princípios do biodireito

No que concerne ao biodireito, temos semelhanças frente à estruturação da bioética e biodireito, uma delas é a questão dos princípios, assim como a bioética possui seus princípios. Segue aqui alguns dos princípios basilares do biodireito, Adriana Maluf ressalta de maneira clara os princípios em sua obra “Curso de Bioética e Biodireito”, segundo ela são eles:

- 1) Princípio da autonomia – ligado ao autogoverno do homem no que tange principalmente às decisões sobre os tratamentos médicos e experimentação científica aos quais será submetido. Assim, as decisões clínicas deverão ser tomadas em conjunto na relação médico-paciente;
- 2) Princípio da Beneficência - ligado ao bem-estar do paciente em face ao atendimento médico ou experimentação científica, sendo válido ressaltar que o cientista dirigirá sempre seu trabalho em prol da moral da pesquisa científica;
- 3) Princípio da sacralidade da vida – refere-se à importância crucial da proteção da vida quando das atividades médico-científicas. Vem elencado no artigo 5º da Constituição Federal de 1988;
- 4) Princípio da dignidade humana – o referido princípio deve ser sempre observado nas práticas médicas e biotecnológicas, visando a proteção da vida humana em sua magnitude. Liga-se este princípio ao da sacralidade da vida humana;
- 5) Princípio da justiça – refere-se à imparcialidade da distribuição dos riscos e benefícios de todos os envolvidos na pesquisa científica e nas práticas médicas, seja no âmbito nacional quanto no internacional;
- 6) Princípio da cooperação entre os povos – refere-se ao livre intercâmbio de experiências e de mútuo auxílio tecnológico e financeiro entre os países, tendo em vista a preservação ambiental e das espécies viventes [...] este princípio, no âmbito do biodireito, encontra-se ligado ao princípio da ubiquidade, que prevê a necessidade de proteção global contra experimentações indevidas, sobretudo as que envolvem alteração de células germinativas humanas;
- 7) Princípio da precaução- este princípio sugere que se tomem cuidados antecipados às práticas médica e biotecnológicas, tendo em vista o caso concreto. Importa, a seu turno, no caso de dúvidas sobre a possibilidade de certa atividade causar danos aos seres humanos, às espécies ou ao meio ambiente a proibição da autorização do exercício da referida atividade [...] no âmbito do Biodireito, tal princípio implicaria na impossibilidade de se efetuar qualquer pesquisa científica até que se comprove a inexistência de consequências maléficas - diretas ou indiretas - para o ser humano, [...] este princípio está ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana, da sacralidade da vida e da ubiquidade, tendo em vista a preservação da saúde da espécie.
- 8) Princípio da ubiquidade – retrata a onipresença do meio ambiente e da integridade genética. Tem por valor principal a proteção da espécie, do meio ambiente, da biodiversidade, do patrimônio

genético. Deve ser levado em consideração cada vez que se intenciona a introdução de uma política legislativa sobre qualquer atividade nesse sentido. Visa a proteção constitucional da vida e da qualidade de vida [...] refere-se também esse princípio à proteção do patrimônio genético da humanidade, de forma que se deve preservar, a qualquer custo, a manutenção das características essenciais da espécie humana.²⁷

Por trás desses princípios, existe a intenção de proteção da humanidade frente à utilização de várias formas de pesquisas tanto em animais irracionais quanto no ser humano, restringindo sua aplicabilidade à utilização de métodos científicos que não sejam nocivos, surgindo com isso surge à ideia de proteção da ética.

3.3 A evolução do princípio da dignidade da pessoa humana no Brasil

Na Constituição Federal de 1988 é exposto o princípio da dignidade da pessoa humana, e veremos aqui uma evolução histórica sobre esse princípio tão importante na sociedade. Esse princípio foi recepcionado pela atual Constituição, pois, embora redigido de forma diferente, esteve presente em outras constituições e a conotação não se difere. A Constituição de 1934, citada pela Adriana Maluf, tinha a seguinte formatação:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único: os poderes públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país.²⁸

Seguindo na demonstração do princípio da dignidade da pessoa humana, temos na Constituição de 1946, em seu artigo 145:

A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único: a todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna.²⁹

No texto da de 1967, a expressão Dignidade Humana em seu artigo 157, II: “A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, como base nos seguintes

²⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 18-20.

²⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 21.

²⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 21.

princípios: II- valorização do trabalho como condição da dignidade humana” Sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, podemos concluir com Ivo Dantas que: “o princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana implica um compromisso do Estado e da Sociedade para com a vida e a liberdade individual, integrado no contexto social”

Ivo Dantas ainda ressalta que a Constituição Federal de 1988, ao instituir um sistema de direitos e garantias individuais ou coletivos, que constitui o núcleo básico do ordenamento jurídico brasileiro, está diante não só de uma preservação, mas também de uma promoção da dignidade da pessoa humana. O legislador procura não apenas a instituição desses direitos, mas também a efetivação dos mesmos.

4.0 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Neste capítulo será apresentado um conteúdo mais aprofundado acerca de reprodução humana assistida, tanto em sua forma homóloga quanto heteróloga. Sendo apresentada sua origem, características, modalidades e quanto à utilização de cada uma.

4.1 Conceito

Muitos doutrinadores procuram dar uma conceituação a denominada reprodução humana assistida, Maluf Adriana diz que “A reprodução humana assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo da procriação natural, com o objetivo possibilitar que as pessoas que tenham problema de infertilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade.”³⁰

Seguindo esse pensamento, falamos no início desse trabalho sobre a dificuldade de certos casais em ter filhos, ou ainda, no atual modelo de família, em que não mais existe a figura do homem mulher e filhos, mas sim a união de pessoas com intuito de formar família, surge à reprodução humana assistida, como uma maneira de satisfazer esse desejo que em muitos se mostra em dificuldade.

4.1.2 Infertilidade e esterilidade

Visto a problemática do tema em foco e o extremo desejo de constituir família nada mais gratificante que ter êxito no que tanto se deseja, nesse sentido pessoas não medem esforços para ter o que tanto procuram. Dando ênfase aqueles que sofrem de infertilidade e esterilidade, Adriana Maluf ressalta que: “Pode-se entender por infertilidade a impossibilidade de procriar quando há fecundação mas o feto não chega a termo; já a esterilidade se configura como a ausência de concepção em dois anos.” Atualmente ambos os termos vêm sendo utilizados e as causas para o problema podem ser reparadas tanto nos homens quanto nas mulheres.³¹

³⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 194

³¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 194

As causas para a esterilidade e infertilidade, como já foi dito pode estar presente em ambos os parceiros, Silver, Lee destaca suas principais causas, são elas:

Podem-se apontar múltiplas causas para a esterilidade; baixa espermogênese, ausência de ovulação, produção de óvulos resistentes à fertilização, bloqueio de trompas, o aparelho reprodutor feminino pode ser quimicamente hostil ao espermatozoide, qualquer desses problemas pode interromper o processo reprodutivo.³²

É fato, que diante de qualquer desses problemas, surgirá uma imensa dificuldade em procriar, dificuldade essa que insurgirá em uma situação totalmente insatisfatória, acabando assim, com uma imensa vontade de constituir família.

Além das causas citadas no livro *De volta ao Éden*, e que foi citado em parágrafo anterior, nota-se outra doutrina, que ressalta dentre essas, outras causas para a esterilidade e infertilidade, Fonseca, Angela ressalta que:

Podem apontar como causas de esterilidade feminina: as malformações uterinas, as lesões nas camadas do útero- sendo as mais usuais o mioma uterino, a endometriose, a adenomiose, que altera a condição retrátil do útero – as malformações tubárias, lesões iatrogênicas, processos infecciosos, Além destas também patologias de origem endócrina podem comprometer a capacidade reprodutiva da mulher, e logo, do casal. Essas se manifestam na forma de anovulação crônica, hiperprolactinemia e foliculogênese anormal. A causa da infertilidade feminina pode ser ainda de natureza desconhecida, geralmente de natureza psicológica; e masculina: a oligospermia - que indica uma baixa concentração de sêmen; astenozoospermia – que indica uma baixa concentração de espermatozoides com mobilidade normal; teratozoospermia -que indica a baixa concentração de espermatozoides com morfologia normal; azoospermia, que indica a ausência de espermatozoides ejaculados; ciptozoospermia, que indica ausência de espermatozoides, mas que indica a presença destes após o processo de centrifugação; aspermia, que indica que não houve efetivamente ejaculação.³³

Com isso, entende-se que existem muitos fatores contribuintes para a não satisfação do desejo de constituir família da maneira natural, ou seja, por meio do ato sexual entre os companheiros. Mas isso não torna esse desejo impossível, surgindo nesse meio à reprodução assistida, conhecida como inseminação artificial.

³²SILVER, Lee M. *De volta ao Éden: Engenharia genética, clonagem e o futuro das famílias*, op.cit, p. 83.

³³ FONSECA, Ângela Maggioet al. *Esterilidade feminina*. In: *Tratado de ginecologia: condutas de rotina de ginecologia da FMUSP*, São Paulo: Revinter, 2005. P. 393,394.

4.1.3 Técnicas de reprodução assistida

Já foi dito que a reprodução humana assistida é a técnica utilizada por casais que tentam ter filhos e por motivos alheios a sua vontade não conseguem. Fato é que a reprodução humana pode ser vista de maneira homologa ou heterologa, utilizando material genético do casal ou de uma terceira pessoa, poderá ser in vivo, in vitro ou ainda post mortem, isso é variável de acordo com o local e tempo que se faz o método artificial. Seguindo o tema em foco, Adriana Maluf leciona que:

As técnicas de reprodução humana artificial conhecidas são: a inseminação artificial intrauterina – IUI; a fertilização in vitro convencional com transferência intrauterina de embriões – FIVETE, a transferência intratubária de gametas – GIFT; a transferência intratubária de zigoto – ZIFT – e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide – ICSI³⁴

Partindo desse seguimento, veremos a seguir a visão de alguns doutrinadores sobre cada método que acima fora citado, tendo assim, uma maior compreensão do assunto. Adriana Maluf ressalta que a inseminação artificial intrauterina é a mais simples de todas as técnicas de reprodução assistida e consiste na introdução artificial de espermatozoides no interior do canal genital feminino com o auxílio de um cateter.³⁵

Sobre o mesmo tema, a doutrinadora Ana Claudia Saqualquette, leciona que essa técnica é indicada para os casos de incompatibilidade de muco cervical, deficiência seminal leve, alterações na ovulação ou na concentração espermática (volume e motilidade dos espermatozoides).³⁶

Por ser a mais simples se e a mais utilizada, geralmente se da com o material genético do próprio casal. Já a fertilização in vitro convencional, com transferência intrauterina de embriões (FIVETE) é feita em laboratório com posterior transferência de embriões. Na maioria dos casos, temos que a ovulação é estimulada por hormônios. Adriana Maluf em sua obra ressalta que após serem colocados os óvulos juntamente com os espermatozoides em um recipiente denominado Petri, serão ali,

³⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 198.

³⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 198

³⁶ SQUALETTE, Ana Claudia S. Estatuto da reprodução assistida, op. Cit. P 70.

fecundados.³⁷ Um ponto importante que o doutrinador Keith Moore ressalta e que aqui quero citar é que probabilidade de gravidez múltipla é maior nesse processo do que na reprodução normal, assim como a incidência de abortamento espontâneo. A técnica é indicada para mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou ovários policísticos.³⁸

Seguindo o entendimento de Maria Helena Diniz, temos que a transferência intratubária de gametas consiste na transferência de espermatozoides e oócitos, previamente captados, sendo aproximados para a tuba uterina, dando margem para a fertilização natural nessa região.³⁹ Esse procedimento é feito in vivo e em mulheres que tenham ao menos uma trompa saudável.

Na transferência intratubária de zigoto, temos a retirada do ovulo da mulher que será fecundado com o sêmen do marido ou de doador, para depois introduzir o embrião em seu corpo. Reza saber que qualquer um desses procedimentos, poderá ser feito tanto na modalidade heterologa como no homologa, sendo definido em conformidade com a proveniência do material biológico utilizado na fecundação, pois em se tratando de material do casal, estamos diante de uma reprodução homologa e em se tratando de um terceiro, temos uma reprodução heterologa.

Sobre a ideal forma de reprodução a ser utilizada, KristineGulioti, leciona que: "A escolha a ser da técnica a ser empregada ocorrerá em função da situação fática de cada paciente, em decorrência das diversas anomalias, deficiências ou incompatibilidades físicas que apresentar."⁴⁰ Essa visão demonstra claramente a problemática e especificidade de cada caso, tendo em vista que cada situação requer uma atitude diferenciada, porém que tem a mesma finalidade, a satisfação do casal frente ao desejo maternal. Nesse sentido, Maria Helena Machado comenta que:

A única finalidade que justifica a fertilização artificial é a terapêutica por se constituir na forma de concretizar o sonho mais importante do homem estéril que é ode conseguir o nascimento de um filho vencendo as dificuldades originadas pela esterilidade. Sabe-se, no entanto, que a finalidade da fertilização in vitro pode percorrer outros

³⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 199.

³⁸ MOORE, Keith L.; PERSAUD, R.V.N. Embriologia básica, op. Cit. P. 26-27.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, op.cti.p 543.

⁴⁰ GUGLIOTTI, KristineBarci. A problemática da reprodução assistida, op.cit.8-11.

perigosos caminhos. A fertilização in vitro, pode servir como finalidade puramente científica: para conhecer os modos e características da fecundação e o desenvolvimento da vida humana. Também poderá servir para fins eugênicos: ter-se um conhecimento mais exato das taras hereditárias e ter a possibilidade de cura-las. Poderá as vezes se realizar para ter um conhecimento exato do poder manipulador do homem sobre a fecundação e gestação como para conferir-se até que estagio é possível manter a gestação humana fora do âmbito atual. Poderá ainda servir para responder sobre a possibilidade de se produzirem seres humanos em proveta. Pode servir para vir a utilizar o ser humano como coisa ou objeto comerciável. A partir do momento da concepção, o que se acha em jogo é a vida de um novo ser humano, mesmo que em uma forma incipiente de desenvolvimento, mas vida humana. O mais grave inconveniente de ordem moral e ética em relação à fertilização in vitro é o que diz respeito ao embrião ser manuseado e tratado como coisa, congelado e armazenado da mesma forma aplicada ao restante de um produto qualquer; eliminando, caso não seja mais necessária a sua utilização; pode ser aproveitado (os embriões sobrantes), para experiências científicas ou outros experimentos; os embriões com anomalias são descartados e eliminados como produtos defeituosos que devam ser colocados fora do mercado.⁴¹

A doutrinadora mostrou em sua obra um grande problema que a reprodução assistida enfrenta em meio à sociedade. Na reprodução o material é considerado como coisa, logo isso cria nas pessoas uma espécie de repulsas por esse método, porém, devido aos benefícios, logo isso cai por terra para muitos.

4.2 Embriões excedentários

Na maioria das vezes, após a fecundação, ocorre de ficarem alguns embriões, pois os melhores são selecionados e os que aparentam não estar aptos a fecundação ficam de fora do processo. Por exemplo, geralmente se de 10 embriões, 04 foram utilizados, ficam um saldo de 06 embriões, qual seria a finalidade desses embriões, o que fazer com eles?

Muitos são os entendimentos acerca do tema, pois uns defendem já haver vida ali naquele embrião e outros defendem que não. Diante disso Maria Helena Diniz sustenta que o embrião é sujeito de direitos e que, portanto, deve ser obrigatoriamente preservado.⁴²

Seguindo esse pensamento, Silva dispõe que:

⁴¹ MACHADO, Maria Helena. Reprodução Assistida: aspectos éticos e jurídicos. 1 ed. (ano 2003), 6ª tir. Curitiba: Juruá, 2008, p. 84-85.

⁴² DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 504

Se nosso ordenamento jurídico confere proteção à vida intrauterina punindo, como já dissemos, o aborto, deveria se preocupar ainda mais com o embrião criopreservado, por sua fragilidade e porque seus direitos podem ser facilmente violados. Do mesmo modo que o embrião com vida intrauterina merece proteção legislativa, também o que foi fecundado in vitro, analogicamente, por ser pessoa em potencial, deve ser protegido, pois tem as mesmas condições de sobrevivência daquele que foi fecundado naturalmente, bastando para tanto sua implantação no útero da mulher. Todo embrião fecundado in vitro deve ter o direito de ser implantado em útero, como forma de ter protegida sua vida e integridade física, podendo se desenvolver de forma normal e sadia. Assim, não pode ser objeto de pesquisas laborais, utilização em cosmetologia ou mesmo ser eliminado sumariamente como se fosse.

Compartilhando do mesmo pensamento Monica Aguiar menciona o Projeto de Lei 6.960/2002, que tem como função alterar o artigo segundo do Código Civil de 2002, no intuito de sua redação passar a ser: "A responsabilidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei propõe a salvo desde a concepção os direitos do embrião e do nascituro".⁴³

4.2.1 Teorias natalista e concepcionista

Na teoria Natalista, surge à ideia de que só há personalidade a partir do nascimento com vida, dessa forma o nascituro fica protegido, condicionado ao nascer vivo. Possui mera expectativa de direito. Nesse sentido preceitua Roberto Winder:

[...] determina a existência do embrião a partir do início do implante no útero materno, processo determinado "nidação". O embrião estaria deste momento em diante, caracterizado como um ser individualizado. Outra corrente propõe que é após o período de quatorze dias, com rudimentar organização do sistema nervoso central e da implantação dos padrões constitutivos, que estaria individualizado o novo ser. Além destas, há uma terceira visão de que o embrião somete após dezoito dias, com o surgimento da placa neural, poderia ser visto como ser individualizado. Atualmente, uma quarta teoria, de caráter eminentemente otimizador da valorização da vida humana, vai mais longe: embora não reconheça a existência de uma nova pessoa humana dotada de personalidade no embrião, já enxerga, na vida embrionária, a potencialidade da pessoa humana. Na esteira desses posicionamentos acima é possível começar a traçar um cotejo entre o embrião in vitro e as demais categorias que definem juridicamente o ser humano, a saber: pessoa natural, nascituro e prole eventual. [...] O avançado método de reprodução humana deu surgimento à possibilidade de concepção extra-uterina da espécie humana o que, todavia, não se enquadra na moldura

⁴³ AGUIAR, Mônica. Direito a filiação e bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp.40-53.

predeterminada da visão clássica conceitual. Desta forma, o embrião in vitro não seria pessoa natural, já que a condição resolutive “nascimento com vida”, ainda não se implementou. Tão pouco poder-se-ia fazer uma associação do embrião in vitro com o nascituro, pois este se define como o ser concebido, nidado e em desenvolvimento, no útero da mãe. Mais remota é a possibilidade de associação do embrião in vitro com a prole eventual, uma vez que esta se caracteriza como filiação futura, enquanto, no embrião, a concepção já se deu, afastando a eventualidade. Definitivamente, o embrião concebido e mantido em laboratório, é categoria emergente, totalmente diversa dos tipos previstos no modelo tradicional, não cabendo, por conseguinte em qualquer das definições anteriores, muito embora, extreme de dúvida, ser dotado de natureza humana, merecedor, portanto, de toda a proteção jurídica concedida às demais categorias mencionadas, sendo eles perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida (art. 1, incisos II e III e 5º, caput da Constituição Federal)

O pensamento natalista, como pôde ser notado, só resguardará o embrião após seu nascimento e com vida, pois antes disse ele conta com uma mera expectativa de direito. Segundo Pontes de Miranda:

No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito (=nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascituro, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa.⁴⁴

Dessa forma fica claro a visão de Pontes de Miranda, em que ele preceitua que só é ser vivo após o nascimento com vida, nasceu, respirou, adquiriu personalidade jurídica. Adquirindo personalidade jurídica, e como preceitua o Código Civil de 2002, a pessoa passou a ser sujeito de direitos e de deveres.

4.2.2 A reprodução assistida sob a ótica religiosa

As religiões se manifestam de maneira diversa em relação à reprodução assistida. Salvo em casos excepcionais, o catolicismo contrário à utilização da reprodução assistida, tendo em vista que não é a favor de nenhum dos métodos que fogem do método convencional.

⁴⁴In: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651>, acesso em 14/10/2014 às 11:26h.

Sobre o tema, Adriana Maluf relata que, Sabendo que o homem desde os primórdios agrupou-se em núcleos familiares, sendo uma das características para tanto a preservação da espécie, o amor esteve presente nas relações parentais e a proteção do menor é um paradigma na sociedade jurídica moderna.⁴⁵ Nesse contexto é fato que o ser humano teve como procriação o amor, tendo com isso a manutenção do ato convencional de procriação, o ato sexual.

Arnaldo Cambiaghi, mantém um pensamento diferente sobre o tema, ele ressalta que:

Mais liberais, dado o seu caráter reencarnacionista, o budismo e o espiritualismo apoiam as práticas de reprodução artificial, entre elas a doação de embrião e de material genético. Também posicionam-se favoravelmente o presbiterianismo, o anglicanismo e a congregação Cristã do Brasil. O luteranismo posiciona-se favorável à maioria das práticas, com exceção da doação de material genético

Tanto o pensamento liberal quanto o conservador, utiliza daquilo que mais preceitua sua liturgia, seus ideais e os seguem por devoção e crença. Por fim, Leo Pessiane ressalta que independentemente a crença religiosa, o moralmente certo ou errado deriva da autoridade de uma fonte superior ao ser humano.⁴⁶ Sendo assim, não há qualquer restrição quanto à utilização da biotecnologia, exceto as impostas por crenças e valores morais e pessoais.

4.3 Formas de reprodução assistida

Atualmente, temos duas formas de reprodução humana assistida. A reprodução pode se dar por maneira homóloga ou heteróloga, e que serão explicitadas logo a seguir.

4.3.1 Reprodução humana homóloga

Quanto à filiação a reprodução humana assistida quando presente na forma homóloga é a que menos traz problemas, tendo em vista que o material genético a ser utilizado no procedimento é fornecido pelo próprio casal e que após o procedimento ficará com a criança, ou seja, existe uma filiação biológica e afetiva.

⁴⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 206.

⁴⁶ PESSIANI, Leo. Bioética: um grito pela dignidade de viver. 3.ed., São Paulo: Paulinas/ São Camilo, 2008. P.53

O Código Civil de 2002 trouxe disposto em seu artigo 1507 à questão de filiação, lá está disposto dentre outras coisas, que se presumem concebidos na constância do casamento, os filhos havidos na/por fecundação artificial homologa, mesmo após a morte do cônjuge, havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de fecundação artificial homologa.⁴⁷

Seguindo essa linha de raciocínio, o consentimento do cônjuge se mostra desnecessário, visto que na fecundação homologa a paternidade já é relativa ao mesmo. Nessa forma de fecundação, não se mostra possível à negativa de paternidade e nem mesmo o argumento de que não houve um ato sexual, pois nessa espécie basta a existência do casamento, é suficiente para estabelecer vínculo de paternidade ou maternidade. Nesse sentido, Eduardo de Oliveira ressalta:

[...] se a impossibilidade de coabitação é geradora da inseminação artificial, esta impossibilidade não deve ser invocada como motivo da filiação. Ou seja, a coabitação não mais pode ser fatos impeditivos da fecundação pelo marido.⁴⁸

Portanto, na fecundação homologa não é necessário a vontade para estabelecer vínculos de maternidade, paternidade ou ainda de filiação, a vontade não é fato preponderante no reconhecimento de tais vinculo.

Em se tratando de uma reprodução assistida homologa post mortem, ou seja, o companheiro doou seu material genético (sêmen) e mesmo falecido, a esposa resolve fazer aquela inseminação artificial, nesse contexto, novamente cito que o Código Civil assegura o direito de filiação a esse novo ser, tendo em vista o artigo 1597 do mesmo. Eduardo de Oliveira ressalta nesse sentido que:

A inseminação post mortem (também denominada inseminação intermediária, já que não é heterologa e nem homologa) não se justifica porque não há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, daí a conclusão quanto ao desaconselhamento de tal pratica.⁴⁹

⁴⁷ Artigo 1597, do Código Civil de 2002.

⁴⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. 1995, p 364.

⁴⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos, 1995, p.154-155.

Conclui-se, portanto que é fato notório que deve ser assegurado a esse novo ser o direito a filiação, pois dessa filiação que resultara tantos outros direitos, tal como o direito sucessório, que será motivo de estudo em capítulo posterior.

4.3.2 Autorização de fecundação heterologa

Nos casos de fecundação heterologa, é um caso de filiação por substituição como já foi dito, deverá haver uma autorização do marido frente à utilização do método, porém ainda não foi dito como deverá ser essa autorização. Ulhoa preceitua em sua obra da seguinte forma:

O artigo 1597, V, do CC, estabelece a presunção de paternidade para os filhos "havidos por inseminação artificial heterologa", se houve "prévia autorização do marido". Não é necessário, note que a autorização seja escrita, porque a lei não exige forma específica. Nos Estados Unidos exige-se o consentimento escrito dos dois cônjuges, mas entre nós basta que o marido tenha adotado comportamento incompatível com a discordância relativamente à implantação no útero de sua mulher de embrião fecundado por espermatozoide de outro homem, para que se considere por ele autorizado o procedimento médico.

Essa presunção de paternidade vem acompanhada por peculiaridade, como por exemplo, havendo uma ruptura na conjugalidade, extingue-se a partir dali a presunção de paternidade, nesse quesito, Ulhoa (Curso de Direito Civil, 2012, p.172) ressalta que: "A autorização só é eficaz enquanto existir o vínculo de conjugalidade entre os contratantes". Portanto extinguindo o vínculo conjugal entre os genitores, extingue-se também a presunção de paternidade.

Segue aqui o entendimento de que o nascituro terá seus direitos sucessórios assegurados, tendo por base o atual ordenamento jurídico que prevê tal situação hipotética, resguardando assim esse novo ser, para que possa obter uma vida com qualidade.

5.0 O IMPACTO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM NO DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Neste capítulo será tratado um assunto contemporâneo e pertinente, a questão sucessória na reprodução assistida homologa Post Mortem. Para esse fim se faz necessário um estudo sobre o direito sucessório, surgimento, mudanças e abordagem em nosso país. Ao final será tratada uma problemática essencial ao direito sucessório, a questão sucessória das pessoas havidas por meio de reprodução homologa post mortem.

5.1 Direito sucessório

A vida é o bem mais precioso que uma pessoa pode ter, com ela surgem todos os outros direitos inerentes ao ser humano e com a morte eles se findam. Sabemos que a personalidade jurídica surge com o nascimento com vida e após a morte como já foi dito, os direitos cessam, surgindo um dever perante os herdeiros. Com a morte de uma pessoa, os herdeiros são chamados à sucessão, onde será tratado logo a seguir os deveres e os direitos inerentes ao ato de suceder. Acerca do direito sucessório utilizo o doutrinador Paulo Lôbo, que retrata um ponto de vista interessante sobre o tema, Lôbo diz que:

O direito das sucessões é o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falecer, além dos efeitos de suas disposições de última vontade. Sob o ponto de vista material, quando uma pessoa morre ela deixa duas coisas: seu corpo e sua herança. Diz-se herança o patrimônio ativo e passivo deixado pelo falecido, também denominado acervo, monte hereditário ou espólio.⁵⁰

O doutrinador relata em sua obra que com a morte de alguém, surgirá além do corpo, seus bens, que serão atribuídos aos herdeiros, que adiante serão relatados de maneira mais detalhada. Seguindo o tema em foco, Venosa⁵¹, ressalta que: "suceder é substituir, tomar o lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito." Fica perceptível na obra de Venosa que a morte de um sujeito, levará à substituição do mesmo cetera jurídica.

⁵⁰ LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014, p. 15.

⁵¹ VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito Civil, Direito das Sucessões, 12ª edição, 2012, p 01.

5.1.2 Aspectos da Herança

Venosa em sua obra *Direito das Sucessões*, dispõe que embora muitos confundam herança com sucessão, deverá existir uma distinção da mesma. Temos sucessão como o ato de suceder, que pode ser realizado em ato entre vivos ou por ocasião de morte, já a herança deverá ser utilizada sempre que se tratar de direitos e deveres oriundos da morte, e que acarretará a substituição perante os atos jurídicos, por uma pessoa ou conjunto de pessoas.⁵² Sobre os bens recaem dúvidas pertinentes, como por exemplo os bens tuteláveis, quais são eles? Lôbo traz em sua obra que:

Nem todos os bens juridicamente tuteláveis podem ser objeto do direito das sucessões. Duas limitações são essenciais: a) os bens devem ter natureza patrimonial, cujos títulos sejam suscetíveis de ingresso no tráfico jurídico e valoração econômica; b) os bens devem integrar relações privadas. O que não é patrimonial, ou é patrimonial, porém indispensável, não se transmite hereditariamente. Os direitos, pretensões e ações integram a herança, como na hipótese de o falecido ter direito a receber indenização em virtude de danos causados por terceiro e cuja ação ajuizada não se decidiu, ou de ter direito e pretensão à reparação civil, cuja pretensão ainda não foi prescrita⁵³.

Nota-se, portanto um importante apontamento feito pelo doutrinador, onde temos a presença dos tipos de bens que podem ser juridicamente tuteláveis, retirando assim os demais dessa possibilidade. Ao final Lôbo ressalta que bens indispensáveis não serão transmitidos hereditariamente.

5.1.3 Direito das sucessões no Brasil

Ao se falar em direito sucessório, algo deve ser lembrado, na história da sucessão se tem observado que o direito a sucessão não deriva de natureza humana, vem representado como algo cultural. Os primórdios, por exemplo, não tinham a prática do direito sucessório, Lôbo representa bem isso, em sua obra ele aduz que:

O direito das sucessões não deriva da natureza humana; é fruto da cultura, da evolução cultural, na trajetória da vida comunitária para o indivíduo e deste e deste para os deveres de solidariedade familiar.

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil, Direito das Sucessões*, 12ª edição, 2012, p 06

⁵³ LÔBO, Paulo, *Direito Civil- Sucessões*, 2ª edição, 2014, p. 15.

Comunidade, indivíduo, solidariedade familiar são as três grandes fases da evolução do direito das sucessões.⁵⁴

Como já foi dito logo acima, o direito sucessório, surge em meio às evoluções culturais, para chegar onde hoje se encontra, o direito sucessório passou e acredito ainda passar por mudanças significativas, pois o direito de um modo geral tende a acompanhar a evolução da sociedade, de modo a abranger todos os litígios inerentes ao tema em foco. Seguindo o entendimento de que o direito sucessório não nasce com o homem, o doutrinador Lôbo ressalta que:

Os povos primitivos, em todos os continentes da terra, não conheceram e não praticaram o direito das sucessões. Até aos primeiros rudimentos de civilização urbana, a eventualidade de herança esbarrava na concepção comunitária de família e de propriedade. A morte de qualquer membro do grupo (tribo, clã, família) gerava a imediata transmissão do que lhe tocava, como parte ideal, aos demais. Em alguns povos, os bens (objetos) de uso pessoal, como vestes de guerra, armas ou adornos, ou até mesmo animais, eram enterrados juntamente com a pessoa.⁵⁵

É de fácil percepção o quanto o direito sucessório tem evoluído no transcorrer dos anos, em nosso país o direito sucessório teve suas origens advindas do direito sucessório de Portugal, nesse sentido Lôbo leciona que:

O direito das sucessões, no Brasil, acompanhou as vicissitudes das ideias acerca da propriedade e das concepções sociais e jurídicas da família, ao longo da existência deste país desde o descobrimento pelos portugueses. O direito das sucessões de Portugal, compilado nas ordenações do Reino, que vigoraram no Brasil até o Código Civil de 1916, era uma confusa agregação de diretrizes tradicionais de direito romano, de usos e costumes centenários dos povos que habitaram a península Ibérica, de direito canônico e de normas a eles editadas pelo estado.⁵⁶

Em 2002 houve uma reformulação em nosso código civil, havendo duas mudanças significativas. O novo código civil apresentou mudança no direito de família e também no direito de sucessões. Existe em nosso país a morte presumida, podendo ser detectada com ou sem ausência.

⁵⁴ LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014, p. 19.

⁵⁵ LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014, p. 19.

⁵⁶ LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014, p. 19.

5.1.4 Abertura da sucessão

Muitos imaginam que a abertura da sucessão se dá pelo inventário, porém, a sucessão não se abre pelo inventário, como a maioria das pessoas entendem. A sucessão se dá pela morte do sujeito, sendo em morte presumida, será aberta no momento em que o juiz decreta que houve a morte.

5.1.5 Da competência

No tocante a abertura da sucessão, muito se tem falado sobre o local da abertura e o Código de Processo Civil em seu artigo 96 elenca justamente isso, o local da abertura da sucessão, no artigo 96 do Código de Processo Civil descreve que:

Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Parágrafo único. É, porém, competente o foro: I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo; II - do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.⁵⁷

Atualmente em nossa legislação, temos que para a abertura da sucessão, teremos como foro competente o domicílio do autor da herança, caso o domicílio seja incerto, Mouzalal preceitua que:

Nas causas de sucessão hereditária, será competente o foro do último domicílio do "de cujus" no Brasil. Porém, quando o domicílio do "de cujus" for incerto, a ação deve ser proposta no local da situação dos bens. Caso o "de cujus" não tivesse domicílio certo e possuísse bens em lugares diferentes, a ação deverá ser proposta no lugar óbito.⁵⁸

Fica claro, portanto que o foro competente via de regra é o último domicílio do sujeito, porém não havendo endereço certo, deverá se instaurar no foro competente do local dos bens e em último caso, se houver divergência entre o local dos bens, ou seja, caso o indivíduo possua vários bens e esses estejam em locais variados, o foro competente é o do lugar do óbito do titular dos bens, isso favorece para que seja feita uma sucessão de forma mais célere, não deixando a mercê os legitimados a suceder.

⁵⁷LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 (Código de Processo Civil)

⁵⁸MOUZALAS, Rinaldo, Direito Processual Civil, Coleção OAB, 2012, p. 65-66.

Após, verificado que a abertura da sucessão se dá pela morte de alguém, o momento exato da morte se mostra algo de extrema importância, pois de acordo com o horário, tem-se os meios de sucessão. Em morte simultânea, se acaso o ascendente falecer antes que os descendentes, havendo aquele ascendente algum descendente, este sucederá por meio de representação, esse é um dos motivos pelo qual o horário da morte é de extrema importância. Sobre o momento da sucessão, Venosa ressalta que:

Somente a morte pode dar margem à sucessão. A morte física, o desaparecimento da vida do titular. O direito moderno já não conhece a morte civil. Como as consequências da morte são inúmeras, a lei fixa preceitos para a determinação do momento da morte, bem como sua prova.⁵⁹

Venosa relata em sua obra o entendimento de nosso atual sistema jurídico frente ao direito civil. Em nosso ordenamento jurídico, pela morte do titular, todos os bens passam para seus herdeiros, ficando estes com a propriedade e a responsabilidade de zelar dos mesmos. Isso se dá pelo princípio de saisine, sobre esse princípio, Venosa (2012) ressalta que: “O princípio de saisine representa uma apreensão possessória autorizada. É uma faculdade de entrar na posse de bens, posse essa atribuída a quem ainda não tinha”, ou seja, o descendente poderá herdar a partir da morte do titular do bem, claro que isso será motivo de grande em caso de vários herdeiros ou em situação de testamento, onde o de cujus deixa sua disposição de última vontade, destinando a alguém certo bem, lembrando que será observado as condições desse testamento.

5.1.6 Dos descendentes sucessíveis

Visto sobre a abertura da sucessão, veremos agora sobre os descendentes sucessíveis, abordando posteriormente a situação do nascituro, que vem sendo motivo de grandes embates pelos doutrinadores que divergem em suas teorias e concepções sobre o tema.

Para um maior entendimento do tema, é necessário um estudo sobre sucessão legítima, algo que se deve guardar de imediato é que diferentemente da sucessão testamentária em que o titular pode dispor seu bem a uma pessoa ou a outra, na sucessão legítima segue a ordem de vocação, sobre isso leciona Lôbo:

⁵⁹ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Direito das Sucessões, 12ª edição, 2012, p 11.

A Sucessão legítima ou legal, é a que se dá em observância à ordem de vocação e aos critérios estabelecidos na legislação. A sucessão legítima divide-se em sucessão necessária e sucessão legítima em sentido amplo. Os benefícios da sucessão são os herdeiros definidos em lei, denominados legítimos, que se distinguem dos herdeiros testamentários, estes dependentes de nomeação pelo testador, nos limites legais.⁶⁰

Importante salientar que não deverá haver confusão entre sucessão legítima e sucessão testamentária, ainda sobre o assunto, o doutrinador ressalta que:

A sucessão legítima expressa a evolução porque passam por todos os povos, notadamente quanto às concepções e funções das famílias na tessitura das sociedades civis e políticas. No início, os bens eram tidos em comunhão coletiva, o que reduzia a importância da sucessão hereditária aos bens de uso pessoal e aos objetos simbólicos; a comunhão hereditária era a regra.⁶¹

Como essa comunhão relatada pelo doutrinador ficou no passado, atualmente se faz necessário o direito de sucessão, para assim resolver os litígios inerentes aos bens deixados pelo titular a um terceiro, em disposição de última vontade ou via de sucessão legítima.

Foi falado um pouco sobre a sucessão legítima, porém ainda não foram apresentados aqueles que estão elencados em lei como sucessores legítimos. A vocação hereditária é a definição dentre os herdeiros legitimados a suceder, quem sucederá quem. A vocação hereditária no Brasil passou por mudanças significativas, tendo em vista que o parâmetro de sociedade também passou por mudanças, Lôbo trazem sua obra que atualmente o código civil legitima a suceder em vocação hereditária na seguinte ordem:

O Código Civil de 2002 adota, resumidamente, a seguinte ordem: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, parentes colaterais. Os herdeiros da classe seguinte só herdaram se faltarem os herdeiros da classe anterior. Mas a ordem não se resume a essas classes de herdeiros, porque dentro de cada classe há subordens ou graus; nestes, os parentes mais próximos referem aos mais remotos.⁶²

Em caso de descendentes, será considerada uma clara de proximidade para a sucessão, primeiro será os filhos, seguido pelos netos e bisnetos e assim segue a ordem. Quando o caso versar sobre ascendentes, teremos também como

⁶⁰ LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014, p. 70

⁶¹ LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014, p. 70

⁶² LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014, p. 73

preferência os mais próximos, sendo eles: os pais, na falta destes os avós que sucederão na chamada sucessão por linhas, que poderá ser interpretada por alguns como injusta, pois poderá haver uma desigualdade perante os avós.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve uma mudança no tocante aos herdeiros necessários, o cônjuge agora passa a figurar nesse polo, como um herdeiro necessário, Venosa nesse sentido diz que:

[...] O Atual diploma civil introduz a posição da vocação hereditária concorrente do cônjuge em propriedade, juntamente com os descendentes em determinadas condições e juntamente com os ascendentes. No sistema anterior, como descrevemos, o cônjuge supérstite poderia concorrer em usufruto com outros herdeiros.⁶³

Atualmente pode-se verificar a presença do cônjuge figurando como uma sucessora necessária, ora estando apenas com o correspondente a legítima, ora estando também assegurado seu direito de herdeiro, onde concorrerá com os demais herdeiros, essa ideia surgiu de modo a dar um respaldo do falecido para com seu cônjuge que ficou.

5.2 Dos direitos do nascituro

O nascituro é visto como um ser que ainda não possui personalidade jurídica, porém a lei regula que devem ser assegurados seus direitos, como principal o direito à vida. Maria Helena Diniz⁶⁴relata que adquire o nascituro apenas a titularidade de certos direitos da personalidade desde a concepção, notadamente no que tange ao direito a vida e a uma gestação saudável. Pois somente após o nascimento com vida que esse novo ser passará a ser sujeito de todos os outros direitos inerentes à pessoa humana.

Várias são as correntes que regulam a personalidade jurídica do nascituro, de forma resumida, cito aqui que utilizei três correntes: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista. Meu ordenamento utiliza a teoria da personalidade condicional, em que se faz necessário o nascimento desse novo ser, e que este venha a nascer com vida, não importa se viverá por minutos ou segundos, más que tenha nascido e respirado. Nasceu, respirou, adquiriu

⁶³ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Direito das Sucessões, 12ª edição, 2012, p 117.

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil. 27 ed. Ed. São Paulo: 2008, p. 180.

personalidade jurídica, caso contrário possui apenas expectativa de direito, que está condicionada ao que acabando de dizer, nascer com vida.

Porém o ordenamento brasileiro não deixa o nascituro desamparado, exige-se para a personalidade jurídica o nascimento com vida, é assegurado ao nascituro direitos ainda em ventre materno, o principal deles é o direito à vida, assim preceitua Maluf, em sua obra Curso de Bioética e Biodireito⁶⁵

5.2.1 Filiação e suas especificidades

Sobre a filiação temos dois métodos, a filiação biológica em que se utiliza o material genético dos genitores estando presente, portanto a herança genética dos pais. Na filiação biológica ainda há uma subdivisão, poderá ser caracterizada como filiação legítima natural e não natural sobre isso Ulhoa preceitua que:

A filiação biológica não natural deriva da aplicação de técnicas de fecundação assistida homologa. Nela, os gametas (espermatozoides e óvulo) são fornecidos pelos próprios contratantes do serviço, isto é, pelo homem e mulher que desejam ser pais, mas não têm conseguindo a gravidez por meio de relações sexuais. Ao se submeterem a essas técnicas, eles manifestam a vontade de ter filhos, ainda que implicitamente. Más declaram também, e aqui de modo expresso, a vontade de ter os gametas e embriões excedentários crioconservados não sejam usados no futuro sem sua autorização.⁶⁶

Nesse tipo de filiação, não se costuma questionar a questão de paternidade, ficando esta presumida quando se trata de uma filiação biológica natural, realizada por meio do ato sexual, porém, existe o caso do casal que não esteja mais em comunhão, onde poderá ser alegado a não paternidade em uma suposta gestação. Mudando o foco para a filiação biológica não natural, tal presunção de paternidade não poderá ser utilizada, nesse sentido leciona Ulhoa:

Mas no caso da filiação biológica não natural, é questionado se o mesmo argumento, fundado na assunção do risco, pode conduzir igualmente à legitimidade da imputação da condição de pai. Por mais qualificadas que sejam as clínicas de fecundidade assistida, bancos de sêmen e laboratórios, erros acontecem como em qualquer outra atividade humana. Além disso, não se pode descartar a hipótese de conluio entre a genitora e os profissionais e empregados que trabalham nessas empresas. Por várias razões, portanto, contra a

⁶⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013, p. 164

⁶⁶ ULHOA, Fabio Coelho, Curso de Direito Civil, 5ª ed. 2012, p.168.

vontade expressa do genitor, pode ocorrer a filiação biológica não natural.⁶⁷

Mesmo havendo esses casos peculiares como casos em que se suspeite de fraude por parte dos genitores, funcionários e responsáveis pela reprodução, nosso atual ordenamento civil, prevê a presunção de paternidade em seu artigo 1597, onde relata que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.⁶⁸

O inciso quarto e quinto do artigo 1597 de nosso atual Código Civil, do ano de 2002, reflete bem o ponto principal da discussão desse trabalho. Pois o artigo 1798 do mesmo ordenamento jurídico prevê que, artigo 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Temos, portanto um ponto peculiar, a situação dos que ainda não foram concebidos, mas que desde a concepção devem ter seu direito resguardado.

5.2.2 Do direito sucessório frente à reprodução assistida homologa post mortem

Diante do estudo desenvolvido nesse trabalho acadêmico, nota-se que a problemática a ser tratada se faz frente ao direito sucessório dos ainda não concebidos, mas que possuem material genético dos genitores e ainda mais, possuem direito de filiação resguardado perante a legislação vigente.

Para evidenciar o caso faz-se necessário imaginar situações hipotéticas, como no caso de um casal que já tenha um filho e ainda tenham interesse em aumentar a família, porém pela idade já avançada não conseguem obter sucesso na fecundação pelo meto tradicional, o da relação sexual, recorrem, portanto a reprodução assistida.

⁶⁷ ULHOA, Fabio Coelho, Curso de Direito Civil, 5ª ed. 2012, p.168.

⁶⁸ Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Recolhem o material e aguardam o momento tão esperado. Vez que diante do lapso temporal entre colher do material genético e a realização do procedimento da inseminação artificial, o marido, veio a óbito. Diante do amor existente entre os cônjuges e da vontade de ter um filho do antigo companheiro, o cônjuge sobrevivente então luta no judiciário para que possa utilizar o material do cônjuge falecido, obtendo êxito, esta se aproveita da doação do parceiro não mais em vida, utiliza o material para a então fertilização. Da utilização surge o embrião, que logo vem a nascer um bebe com vida e saúde.

É sabido que o código civil não aceita distinção entre os descendentes sejam eles consanguíneos por afetividade ou ainda, que sejam oriundos de métodos de reprodução assistida. Tendo em vista que a figura de um dos pais já não está mais em vida, logo se deve pensar sobre a situação dessa pessoa na ceara sucessória. Estaria essa pessoa desamparada juridicamente, ou será resguardada sua quota parte. A Advogada Bruna Amarijo Coco publicou um interessante material na rede mundial de computadores, onde ela ressalta que:

Corroborando este entendimento, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em seu art. 20, estabelece que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Nesta linha acrescenta Maria Claudia Crespo Brauner (2009, p.30) “o reconhecimento do estado de filiação é direito igualmente do filho natural, do adotado e daquele concebido com o uso de técnica de reprodução assistida”.⁶⁹

Por meio desse trabalho, percebe-se, que não poderá esse novo ser, ficar desamparado frente aos direitos sucessórios. Se de um lado o atual Código Civil, de 2002, assegura o direito de filiação, dando presunção de paternidade aqueles concebidos por meio de utilização de métodos de reprodução assistida, mesmo sendo em uma situação post mortem, ou seja, após a morte de um dos cônjuges, no tocante ao direito sucessório, o mesmo código não reza sobre os direitos das pessoas que se encontram nessa situação.

Na verdade o Código Civil de 2002 de um lado presume a paternidade e de outro exclui da ceara sucessória os filhos havidos fora do tempo da abertura da sucessão, estando, portanto em meio a uma controvérsia que poderá lesar aquele

⁶⁹ In: <http://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios>, acesso em 12 de dezembro de 2014, às 01:39 horas.

que for oriundo de uma reprodução assistida. Nota-se tal entendimento por meio do artigo 1798 do Código Civil: "Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". Venosa também segue esse entendimento, de que só terá seus direitos sucessórios assegurados àqueles que forem nascidos ou concebidos ao tempo da abertura da sucessão.

Seguindo no tratamento dado como inerte da atual legislação frente aos embriões frutos de inseminação artificial post mortem, nota-se também uma imensa divergência na doutrina referente ao tema e na falta de uma corrente majoritária, utiliza-se matérias e artigos acadêmicos encontrados na rede mundial de computadores, nota-se a seguir um entendimento pertinente ao tema:

Aplicando-se, de forma extensiva, o art. 1.597, inciso IV do CC, há a presunção dos concebidos na constância do casamento os filhos "havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga". Trata-se dos embriões excedentários que não haviam ainda sido implantados, passando a ser considerada a existência de um ser já concebido que está no aguardo in vitro ou na crioconservação da implantação no ventre materno. Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 1.128)⁷⁰

Fica evidente que seguindo aquilo que é relatado na obra de Maria Helena, citada pelo autor do artigo desenvolvido e postado na rede mundial de computadores (internet), que para que seja considerada a presunção de paternidade, em casos de morte de um dos cônjuges, deverá o outro estar em estado civil de viúvo (a), e sobre a situação de autorização escrita do marido, existem julgados que prevê a autorização do uso de material armazenado.

Tendo nos bens, uma situação de importância ímpar, por se tratar de uma condição para uma subsistência e que remetem o bem estar da pessoa gerada por via de reprodução assistida homologa post mortem, nota-se que não podendo haver distinção entre os filhos já concebidos e os que ainda virão a nascer, não poderá

⁷⁰ In: <http://carlamendonca.jusbrasil.com.br/artigos/111915092/direitos-sucessorios-derivados-da-inseminacao-artificial-post-mortem>, visto no dia 12 de dezembro de 2014, às 16:13.

existir também uma distinção no tocante aos direitos sucessórios, devendo estar resguardado de quaisquer atos sucessórios de seu ascendente.

Assim como o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a adoção post mortem, que ocorre quando comprovado o interesse do adotante em prover a adoção e no curso do processo de adoção a pessoa venha a falecer, deveria constar no Código Civil de 2002, uma parte que consagre a situação da reprodução que ora estivesse em curso, e interrompida pela morte de um dos genitores.

Ora, pois, não podendo haver distinção entre filhos biológicos e não biológicos, não deverá haver também distinção entre o tratamento da concepção, pois tanto no caso da reprodução assistida quanto no método de adoção, fica claro o desejo dos cônjuges em constituir família, nota-se que ambos concordam em ter aquela criança e assim como na adoção post mortem, não deverá deixar o ato de lado, deverá continuar, pois o desejo de ter um filho continua. Frente a isso, analogicamente, se entende que deverá também prevalecer o tratamento equânime no direito sucessório.

Assim como os filhos já concebidos, como aqueles que ainda serão, deverão ser acolhidos pela atual legislação, demonstrando que o Direito é igualitário, trata de forma concisa a situação dos ainda não concedidos, mas que já se tem o entendimento sobre serem assegurados pelo direito de filiação. Não há que se falar em direito sucessório se a eles não houvesse um direito de filiação, porém, sendo assegurados da filiação, deverão também ter seus direitos sucessórios assegurados.

CONCLUSÃO

Este trabalho de conclusão de curso, apresentado em forma de monografia, teve como foco um estudo direcionado a reprodução humana assistida, tendo um foco maior sobre sua forma homologa, analisando seus efeitos sucessórios no âmbito jurídico brasileiro.

Ao iniciar o trabalho, logo no primeiro capítulo, surge um estudo abrangente no tocante a família, tendo um estudo desde a família de antigamente, até o atual modelo de família, o que deve ser lembrado é que conforme a família veio passando por modificações, o Direito brasileiro também teve que se mostrar dinâmico, de modo que não deixe litígio sem solução, o estudo de família no primeiro capítulo se mostra necessário para que no segundo venha o estudo do biodireito e da bioética.

Seguindo no trabalho, no segundo capítulo, surge um estudo sobre a bioética e o biodireito, nesse capítulo foi visto muita coisa interessante ao tema proposto pelo trabalho, pois se trata de assuntos pertinentes a reprodução humana assistida, tanto em sua forma homologa, quanto na heterologa, esse capítulo é muito pertinente, pois a partir dele tem-se uma ideia do que será trabalhado no terceiro, que é a reprodução humana assistida.

No decorrer do trabalho, no capítulo quarto, se tem o estudo da reprodução humana assistida, onde se utilizou de vários métodos para se retratar o tema. Falou-se em reprodução homologa, heterologa, autorização e forma de utilização de ambas. Com o fim desse capítulo, surge a problemática proposta pelo trabalho, que é a situação dos filhos oriundos de reprodução assistida homologa post mortem, no âmbito jurídico.

Já no quinto e último foi visto a situação da reprodução humana assistida homologa post mortem no âmbito jurídico frente ao sistema judiciário brasileiro. O atual ordenamento jurídico, assegurando o direito de filiação, ou seja, mesmo que venha a nascer uma criança, oriunda de uma reprodução assistida em que um dos pais esteja falecido, esse novo ser terá a presunção de paternidade, porém de outro lado o Código Civil de 2002 não veio estabelecendo nada quanto aos direitos sucessórios.

Com o final desse trabalho, nota-se que a atual legislação assegura o direito de filiação dos concebidos via não convencional, que é o caso da reprodução assistida. Existe no código civil como foi dito no transcrito do trabalho, o direito de filiação, mesmo em caso de pessoa ainda não concebida, porém o atual Código Civil, de 2002, se omite quando o assunto é a situação sucessória dos ainda não concebidos.

Foi retratada durante o trabalho, a situação daqueles que forem concebidos via de reprodução assistida, quando um dos cônjuges já não está vivo. Esse tema é peculiar, ao ponto que a legislação não conseguiu acompanhar os acontecimentos referentes ao tema.

De nada adianta assegurar o direito de filiação daqueles ainda não concebidos ao tempo de abertura da sucessão, se a eles não é assegurado os direitos sucessórios. Surge, portanto uma lacuna no atual código civil.

De um modo bem pertinente, pode-se notar que a resposta jurídica frente do tema exposto, seria de tentar acompanhar o desenvolvimento da sociedade, pois o Direito deve ser dinâmico, de modo a abranger todos os litígios e por esse tema ser considerado novo, surgem inúmeras controvérsias, por não haver um respaldo legislativo para o mesmo.

A solução que pode ser disposta para o caso é propor ao legislativo que venha a suprimir essa lacuna encontrada no atual ordenamento, buscando assim regularizar a vida dessas pessoas que encontram-se nessa situação peculiar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AGUIAR, Mônica. Direito a filiação e bioética. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: PESSINE, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (ORG). Fundamentos da Bioética. 2 ed. São Paulo: Paulus, 2002.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena, Curso de Direito Civil, Saraiva, 2006.

FERREIRA, João Ricardo Brandão Aguierre, Karem Cristiane Ferreira, Estatuto da Criança e do Adolescente, 2012, Vol. 15.

FONSECA, Ângela Maggio et al. Esterilidade feminina. In: Tratado de ginecologia: condutas de rotina de ginecologia da FMUSP, São Paulo: Revinter, 2005.

GUGLIOTTI, Kristine Barci. A problemática da reprodução assistida, 2009.

GRACIA, Diego. Fundamentos de bioética. Madrid: Eudema, 1989.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. 1995.

LÔBO, Paulo, Direito Civil- Sucessões, 2ª edição, 2014.

MACHADO, Maria Helena. Reprodução Assistida: aspectos éticos e jurídicos. 1 ed. (ano 2003), 6ª tir. Curitiba: Jurua, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, Curso de bioética e biodireito, 2 Edição, 2013.

MARINO JR., Raul. Ensaio sobre o amor. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2011.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, R.V.N. Embriologia básica, Elsevier, Rio de Janeiro, 2012.

MOUZALAS, Rinaldo, Direito Processual Civil, Coleção OAB, 2012.

PESSINE, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul, Problemas Atuais da Bioética. 2ed. São Paulo: Hagnos, 1994.

SOARES, André Marcelo M.; PIÑERO, Walter Esteves. Bioética e Biodireito: uma introdução, Loyola, 2002.

SILVER, Lee M. De volta ao Éden: Engenharia genética, clonagem e o futuro das famílias, Mercuryo, 2001

SQUALETTE, Ana Claudia S. Estatuto da reprodução assistida, 2010.

ULHOA, Fabio Coelho, Curso de Direito Civil, 5ª ed. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo, Direito Civil, Direito das Sucessões, 12ª edição, 2012, p 01.

REFERÊNCIAS MATERIAL DE INTERNET:

<http://www.infoescola.com/filosofia/raciocinio-dedutivo/>. Visto em 15 de dezembro de 2014, as 11:34.

SILVEIRA BUENO, Francisco. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. 3ª ed. São Paulo: Editora Lisa S.A, 1989. p. 288, Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6379. Acesso feito em 03 de Junho de 2014, às 19h57min.

<http://www.dicionariodoaurelio.com/Familia.html>. Acesso em 30 de maio de 2014, as 20h38min

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=651, 14/10/2014 as 11:26.

<http://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios>, visto em 12 de dezembro de 2014, às 01:39 horas.

<http://carlamendonca.jusbrasil.com.br/artigos/111915092/direitos-sucessorios-derivados-da-inseminacao-artificial-post-mortem>, visto no dia 12 de dezembro de 2014, às 16:13.

REFERÊNCIAS EM LEGISLAÇÃO:

LEI No 5.869, DE 11 DE JANEIRO DE 1973 (Código de Processo Civil)

Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.