

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS  
Programa de Pós-Graduação em Direito

Jullyane Cristina Cheloni

**FERTILIZAÇÃO *POST MORTEM*:**  
**Análise das consequências da utilização de material criopreservado após a  
morte de seu titular**

Belo Horizonte  
2020

Jullyane Cristina Cheloni

**FERTILIZAÇÃO *POST MORTEM*:**  
**Análise das consequências jurídicas da utilização de material criopreservado**  
**após a morte de seu titular**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Área de Concentração: Direito Privado

Linha de pesquisa: Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito.

Belo Horizonte

2020

#### FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

C516f Cheloni, Jullyane Cristina  
Fertilização *Post Mortem*: análise das consequências jurídicas da utilização de material criopreservado após a morte de seu titular / Jullyane Cristina Cheloni. Belo Horizonte, 2020.  
131 f.

Orientadora: Maria de Fátima Freire de Sá  
Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.  
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Lei de biossegurança (2005). 2. Bioética - Criopreservação. 3. Células-tronco embrionárias. 4. Fertilização *in vitro*. 5. Tecnologia da reprodução humana - Legislação. 6. Planejamento familiar - Aspectos jurídicos. 7. Autonomia privada. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 612.663

Ficha catalográfica elaborada por Elizângela Ribeiro de Azevedo - CRB 6/3393

Jullyane Cristina Cheloni

**FERTILIZAÇÃO POST MORTEM:**  
**Análise das consequências jurídicas da utilização de material criopreservado**  
**após a morte de seu titular**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Maria de Fátima Freire de Sá.

Área de Concentração: Direito Privado

Linha de pesquisa: Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito.

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Maria de Fátima Freire de Sá - PUC MINAS (Orientadora)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Taísa Maria Macena de Lima - PUC MINAS (Banca Examinadora)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Beatriz Schettini - UFOP (Banca Examinadora)

---

Prof. Dr. Pedro Henrique Menezes Ferreira - PUC MINAS (Suplente)

Belo Horizonte

11 de Fevereiro de 2020

*A Deus, fonte de toda inspiração e coragem. Aos meus pais e ao meu irmão, pelo incentivo e amor incondicional.*

## AGRADECIMENTOS

Agradeço sempre e primeiramente a Deus. Sem a contribuição dEle essa jornada jamais seria possível.

Agradeço, com todo meu amor, aos meus pais, Rodolfo e Alidenice, que durante os anos em que me dediquei ao mestrado foram os meus grandes incentivadores. Obrigada pela compreensão com relação à minha ausência em decorrência dos estudos. Obrigada por abdicarem de seus sonhos em prol dos meus. Agradeço a minha querida avó Maria Lídia (*in memoriam*) por ter me ensinado a ser forte e batalhadora.

Agradeço ao meu irmão, Rodolfo Filho, por ser refúgio nas horas difíceis e por me ensinar a ter fé e confiança nos propósitos divinos. Aos meus animais de estimação, Luly e Meives, por me fazerem companhia nas madrugadas de estudo. Aos meus amigos, pelo incentivo e por torcerem comigo por esse momento.

Ao corpo docente da PUC - Minas, em especial à minha querida orientadora, professora Maria de Fátima, por todo o precioso aprendizado e pela honra de ser sua orientanda. Obrigada por ter me apresentado o maravilhoso universo do Biodireito, pela paciência e pelo carinho.

Oportunamente, deixo meu agradecimento à professora Taísa Maria, por ter me acolhido como sua estagiária de docência. Foi um enorme prazer assistir às suas aulas, as quais ministra com tanta sabedoria, doçura e humildade.

Ao professor Leonardo Poli e à professora Fernanda São José, os quais me concederam a primeira oportunidade de publicação que me abriu as portas para o mestrado.

Aos amigos da pós graduação, em especial à minha querida amiga Renata Lourenço, minha mais sincera gratidão pela companhia e incentivo constante, pelo apoio e consolo nos momentos difíceis que me abateram durante o curso.

Por fim, agradeço aos funcionários da PUCMinas e pela instituição em si, por viabilizarem, através de seu trabalho, a realização de tantos sonhos.

## RESUMO

A evolução da medicina reprodutiva e dos métodos de reprodução humana assistida (RHA) gerou grande impacto na formação das famílias e, conseqüentemente, no universo jurídico. A possibilidade de ocorrência de uma fecundação fora do corpo humano, a desvinculação da reprodução humana do ato sexual e da necessidade de um parceiro, a relativização do princípio "*mater semper certa est*" em razão da gestação por substituição são algumas das conseqüências da prática de RHA que originaram conflitos em diversas normas jurídicas que antes pareciam inquestionáveis. Some-se tais situações à possibilidade de fertilização *post mortem*, viabilizada pela criopreservação de materiais genéticos e obtém-se diversas situações controversas sem respostas claras no ordenamento jurídico, como a questão da possibilidade do uso de material genético de alguém após seu falecimento, a presunção de paternidade e maternidade da criança gerada, os reflexos patrimoniais no espólio do titular do material genético, entre outros. O objetivo desta pesquisa é, portanto, identificar os desdobramentos jurídicos oriundos da prática da fertilização *post mortem* e encontrar respostas, no ordenamento jurídico, através de uma interpretação sistemática das leis e princípios de direitos atinentes ao tema. Para tanto, realizou-se, primeiramente, uma exposição e explicação dos conceitos e técnicas da medicina reprodutiva utilizados para viabilizar a reprodução *post mortem*, sendo que tais informações foram extraídas de manuais médicos. Posteriormente, fora realizada análise jurídica dos casos concretos, além de um estudo dos princípios de direitos que podem ser utilizados para encontrar diretrizes capazes de solucionar os problemas identificados. A metodologia utilizada para a realização desta pesquisa foi a teórica, através de uma investigação jurídico-descritiva dos problemas. Utilizou-se, ainda, da vertente jurídico-dogmática e do raciocínio dedutivo, de maneira a encontrar, no conteúdo da legislação em vigor, soluções para os casos concretos estudados.

Palavras-chave: Reprodução Humana Assistida. Material Genético Criopreservado. Fertilização *post mortem*. Autonomia Privada.

## ABSTRACT

The evolution of the reproductive medicine and the assisted reproductive technology (ART) has brought a big impact in family constitution and, consequently, in the legal content. The possibility of the extra corporeal fecundation, the decoupling of human reproduction of sexual act and the relativization of the principle "*mater semper certa est*" due to surrogate motherhood are some of the consequence of assisted reproductive technology, what has caused many legal conflicts that before were unquestionable. In addition to that situations there're the possibilities of "*post mortem*" fertilization that were made possible by the cryopreservation of genetic material, which caused several controversies in the legal system, such as the possibility of using the genetic material of someone after death, the presumption of paternity or maternity of the child generated, the property consequences on the inheritance left by the owner of the genetic material, among others. The objective of this research is, therefore, to identify the legal developments of the *post mortem* fertilization and find answers in the legal system, through a systematic interpretation of the laws and principles of law related to the subject. Therefore, it was first performed an exposition and explanation of the concepts and techniques of reproductive medicine used to enable *post mortem* reproduction, and such information was extracted from medical manuals. Subsequently, a legal analysis of the concrete cases was carried out, in addition to a study of the rights principles that can be used to find guidelines capable of solving the problems identified. The methodology used to carry out this research was theoretical, through a legal-descriptive investigation of the problems. It was also used the legal-dogmatic aspect and deductive reasoning, in order to find, in the content of the legislation in force, solutions for the specific cases studied.

Keywords: Assisted Human Reproduction. Cryopreserved Genetic Material. *Post mortem* fertilization. Private Autonomy.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

RHA	Reprodução Humana Assistida
FIV	Fertilização <i>in Vitro</i>
CFM	Conselho Federal de Medicina
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CRM	Conselho Regional de Medicina
STF	Supremo Tribunal Federal
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Art.	Artigo
PLC	Projeto de Lei da Câmara

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>19</b>
<b>2</b>	<b>REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	<b>25</b>
<b>2.1</b>	<b>Bioética, Biodireito e a Reprodução Humana Assistida</b> .....	<b>27</b>
<b>2.2</b>	<b>A Criopreservação de Gametas e Embriões</b> .....	<b>28</b>
2.2.1	<i>Criopreservação de Ovócitos</i> .....	28
2.2.2	<i>Criopreservação de sêmen</i> .....	29
2.2.3	<i>Criopreservação de embriões</i> .....	31
<b>2.3</b>	<b>A Fertilização <i>in Vitro</i> e a Transferência Embrionária</b> .....	<b>34</b>
<b>2.4</b>	<b>A Gestação por Substituição no Brasil</b> .....	<b>36</b>
2.4.1	<i>O Contrato de Gestação por Substituição Oneroso no Brasil</i> .....	41
<b>3</b>	<b>OS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONCERNENTES À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	<b>47</b>
<b>3.1</b>	<b>O Princípio da Dignidade Humana</b> .....	<b>48</b>
<b>3.2</b>	<b>O Princípio da Igualdade</b> .....	<b>51</b>
<b>3.3</b>	<b>A Autonomia Privada</b> .....	<b>54</b>
<b>3.4</b>	<b>O Princípio da Pluralidade das Entidades Familiares</b> .....	<b>57</b>
<b>3.5</b>	<b>O Princípio da Solidariedade</b> .....	<b>59</b>
<b>3.6</b>	<b>O Princípio do Livre Planejamento Familiar e da Responsabilidade Parental</b> .....	<b>62</b>
<b>3.7</b>	<b>O Princípio do Melhor Interesse da Criança</b> .....	<b>64</b>
<b>4</b>	<b>A FERTILIZAÇÃO POST MORTEM</b> .....	<b>69</b>
<b>4.1</b>	<b>Fertilização Homóloga x Fertilização Heteróloga</b> .....	<b>71</b>
<b>4.2</b>	<b>A Fertilização <i>Post Mortem</i> pela Morte do Marido</b> .....	<b>75</b>
<b>4.3</b>	<b>Fertilização <i>Post Mortem</i> pela Morte da Esposa</b> .....	<b>78</b>
<b>4.4</b>	<b>Fertilização <i>Post Mortem</i> pela Morte do Casal ou de Pessoa Solteira</b> ...	<b>80</b>
<b>4.5</b>	<b>Reflexos Patrimoniais da Fertilização <i>Post Mortem</i></b> .....	<b>83</b>
<b>5</b>	<b>A NATUREZA JURÍDICA E A “PROPRIEDADE” DO MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO</b> .....	<b>90</b>
<b>5.1</b>	<b>O Caso Jhon Moore</b> .....	<b>91</b>
<b>5.2</b>	<b>O Caso Glória Trevi</b> .....	<b>94</b>
<b>5.3</b>	<b>O Material Genético e a Dualidade Sujeito x Objeto de Direito</b> .....	<b>96</b>
<b>6</b>	<b>A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE PARA FERTILIZAÇÃO <i>POST MORTEM</i></b> .....	<b>109</b>
<b>6.1</b>	<b>O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, O Precedente Judicial Israelense e o Surgimento dos “Testamentos Biológicos”</b> .....	<b>109</b>
6.1.1	<i>O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido</i> .....	114
6.1.2	<i>O Testamento Biológico</i> .....	117
<b>6.2</b>	<b>A Teoria da Reconstrução Judicial da Vontade</b> .....	<b>119</b>
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>122</b>

<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>125</b>
---	------------

## 1 INTRODUÇÃO

A constante evolução da medicina e as possibilidades de intervenção médica no corpo e na vida humana têm acarretado inúmeros reflexos para a ciência jurídica. Essa evolução possibilitou à sociedade diversas formas de intervenção e utilização do corpo humano que há pouco eram tidas como impossíveis.

Muitas dessas novas possibilidades científicas entraram em confronto com o que preceitua o ordenamento jurídico vigente, ou mesmo encontram-se desamparadas de regulamentação legal em razão da impossibilidade de o legislador, ao tempo da criação da lei, prever a possibilidade de se realizar tais feitos.

A medicina reprodutiva foi uma das áreas das ciências médicas que, nas últimas décadas, apresentou diversos tratamentos inovadores no sentido de auxiliar as pessoas interessadas na realização do planejamento familiar. O primeiro impacto das criações dessa área das ciências médicas foi a criação e veiculação dos métodos contraceptivos e, a partir daí, a medicina passou a atuar no planejamento familiar de maneira a auxiliar casais e pessoas solteiras a evitar filhos não-planejados.

A atuação da medicina no planejamento familiar evoluiu de tal forma que, nas últimas décadas, deixou de ser apenas uma medicina contraceptiva, passando a atuar também como medicina conceptiva. Embora ainda não exista cura para esterilidade, através das técnicas de reprodução humana assistida tornou-se possível que pessoas antes consideradas estéreis hoje possam ter filhos.

Afora as indagações estritamente jurídicas, as técnicas de reprodução humana assistida inicialmente geraram inquietação de ordem moral em grande parte das pessoas, pois a ideia de conceder ao homem um controle tão incisivo sobre a reprodução humana, em razão da sacralidade da vida, parecia inconcebível. Entendiam como se o “nascer” fosse algo que não deve ser “forçado” e que a reprodução humana assistida interfere na naturalidade da vida.

Em contraposição a essa visão estava o fato de que a reprodução humana assistida representava (e representa cada vez mais), para muitos, a possibilidade de concretização de um sonho que, muitas das vezes, não seria possível sem a intervenção médica. E não se trata de sonho “qualquer”. Trata-se da constituição de uma família, base da sociedade na qual o direito vigora; a instituição onde e através

da qual o ser humano se desenvolve física e psicologicamente. É o centro da esfera existencial do direito.

Com o passar do tempo e as mudanças no contexto social a mulher que antes, por dedicar-se apenas ao lar, casava-se e reproduzia-se na idade considerada ideal e segura pela medicina, passou a priorizar os estudos e o desenvolvimento profissional. Como consequência, elas passaram a buscar sucesso profissional antes de formar família, o que acabou por adiar tanto o casamento quanto a reprodução, fazendo com que a mulher busque engravidar somente em idade mais avançada, o que, sem a interferência da medicina com o congelamento de óvulos, seria muito difícil na maioria dos casos, já que a taxa de fertilidade nas mulheres diminui em decorrência da idade.

Acrescente-se ainda o fato de que muitas pessoas em tratamento de doenças como o câncer, em razão dos grandes riscos de esterilidade causada pelo tratamento da doença, buscaram auxílio na medicina reprodutiva para que, após a cura, ainda tivessem chances de ter filhos biológicos.

Para viabilizar tais anseios humanos a medicina utilizou de técnicas de coleta e criopreservação de gametas humanos. Esse “desmembramento” do corpo humano em vida gerou dificuldade na doutrina jurídica para dar a proteção adequada àquilo que é parte do corpo humano fora do corpo, já que a proteção dada ao corpo humano era diretamente relacionada à proteção da pessoa que dele depende para viver. O que antes era um todo unitário, hoje é um todo que pode se apresentar em partes.

Além disso, a possibilidade de fertilização de material genético masculino e feminino fora do corpo humano, dando origem a um embrião que ainda não está em processo de gestação trouxe à baila mais uma situação não abarcada pelo que hoje se tem de substrato jurídico. Outras questões surgiram a partir daí, a começar pela natureza jurídica do embrião, a possibilidade (ou impossibilidade) de equiparação do tratamento jurídico dos nascituros aos embriões criopreservados. O Supremo Tribunal Federal inclusive julgou, em 2008, por meio da ADI 3.510 a possibilidade de utilização das células tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia, alegando que não havia direito a vida, a partir do entendimento que o embrião é um bem a ser protegido pelo direito e não uma pessoa.

Somando-se a essas questões, a criopreservação de material genético trouxe à tona outra questão moral e juridicamente intrigante: a possibilidade de utilização

*post mortem* de material genético deixado por pessoa falecida para gerar uma criança que será órfã desde sua concepção, inclusive, o Código Civil de 2002 permite a utilização, pela esposa, do material genético deixado pelo falecido marido. Os reflexos patrimoniais de tal prática já são discutidos em diversos estudos.

Outra reviravolta nos preceitos jurídicos foi causada pela possibilidade de uma mulher gerar um filho de outra mulher, através da chamada “gestação por substituição”. Todo o direito de família se baseou, desde o direito romano, no preceito de que “*mater semper certa est*”, pois aquela que gera e da à luz era, sem sombra de dúvidas, a mãe da criança nascida. Atualmente, através da cessão temporária de útero, é perfeitamente possível que uma mulher esteja grávida, mas o filho não lhe pertença.

A partir da prática do útero de substituição tornou-se possível gerar uma criança com material genético de um casal de pessoas falecidas. Ou mesmo de criar situação inversa àquela prevista pelo Código Civil, sendo o marido sobrevivente o responsável por criar gestação de substituição *post mortem* com material genético de sua falecida esposa. Origina-se aqui uma situação nascida a partir da junção de duas práticas controversas, tanto no contexto jurídico, quanto no contexto moral.

Diante de tais possibilidades diversos são os desdobramentos jurídicos que surgem a partir da prática da fertilização *post mortem*. As consequências geram efeitos na esfera patrimonial e existencial de todos que são, direta e indiretamente, afetados pelo nascimento desta criança. Questionamentos como “quem irá ser o responsável pela criação da criança”; “como se definirá a paternidade e a maternidade” e “quais os efeitos do nascimento de um novo herdeiro após a partilha da herança” são apenas alguns exemplos do impacto causado.

Dada a importância da família para a sociedade e, conseqüentemente, para o direito, toda e qualquer questão que represente interferência nessa seara deve ser analisada dentro dos parâmetros do ordenamento jurídico para que se verifique as consequências jurídicas, através de uma argumentação condizente com o Estado Democrático de Direito, e que se conclua de forma concreta pela proibição ou permissão daquilo que se almeja.

Portanto, o objetivo deste trabalho é analisar, a partir das fontes do direito e do substrato já existente no ordenamento jurídico brasileiro, no direito estrangeiro e na doutrina os desdobramentos jurídicos da fertilização *post mortem*. Além disso, pretende-se analisar seus efeitos existenciais na vida dos envolvidos e a qualidade

da argumentação que se encontra por trás das justificações contrárias e favoráveis a tal prática.

Para tanto, este trabalho conta, primeiramente, com conceitos extraídos de manuais médicos, com o objetivo de explicar, da maneira mais clara possível, como são realizadas as técnicas de reprodução humana assistida utilizadas na fertilização *post mortem* como a, inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a criopreservação de gametas e embriões e a gestação por substituição.

Ainda na parte inicial do estudo, serão eleitos alguns princípios que possuem relação com a prática de fertilização *post mortem* para que sirvam de base jurídica para toda argumentação desta pesquisa. Cada princípio será analisado individualmente de maneira a relacioná-los com o tema proposto.

O capítulo três é dedicado exclusivamente ao estudo da fertilização *post mortem* e suas diversas modalidades. Neste capítulo serão relatados casos ocorridos no Brasil e em outros países, de maneira a exemplificar cada uma das possibilidades, além de uma análise jurídica sobre as consequências patrimoniais desta prática, com a apresentação de diversas correntes jurídicas que objetivam solucionar o problema.

O capítulo quatro é dedicado a análise da natureza jurídica das partes separadas do corpo humano, incluindo os gametas em estado de criopreservação e os embriões, com o objetivo de definir se em caso de falecimento de seu titular há a possibilidade de utilização desse material biológico por terceiros e de que maneira essa utilização deve ocorrer.

Por fim, o capítulo cinco, em complementação ao que fora demonstrado no capítulo anterior, apresentará os tipos de documentos existentes com validade jurídica para a manifestação de vontade da pessoa falecida a respeito do destino de seu material genético criopreservado, sejam gametas ou embriões.

Convém mencionar que uma mera conclusão sobre a – óbvia – necessidade de reformulação do ordenamento jurídico não é o se encontrará nesta pesquisa. É impossível esperar que a lei seja capaz de prever e abarcar todas as possibilidades da vida, já que o direito advém da sociedade e quase sempre está um passo atrás dela. Apesar disso, o jurista não pode abster-se de solucionar os conflitos com justificativa na inexistência de lei.

Portanto, reconhece-se que apesar da eterna incompletude do ordenamento jurídico, através de uma interpretação sistemática, da ponderação dos princípios

feita a partir de um estudo comprometido com a dignidade humana, da analogia, e de maneira interdisciplinar, buscar considerar os estudos de áreas que fogem da especialidade do direito, mas que influenciam diretamente em seus resultados, é possível encontrar respostas juridicamente fundamentadas para questões lacunosas.

A partir de tal raciocínio, porém, sem pretensão de esgotar o tema em questão é que fora construído todo o conteúdo desta pesquisa, visando contribuir com o debate de maneira a proteger a autonomia privada, o direito ao próprio corpo, o livre planejamento familiar e a igualdade de direitos.

## 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana é a engrenagem do mundo. Desde os primórdios em diversos contextos históricos, sociológicos e religiosos é possível perceber a importância que o ser humano dá à sua capacidade reprodutiva.

Para os mais antigos, a descendência genética era preciosa. Na Bíblia, ainda em Gênesis, conta-se a história de Abraão. Ele era casado com Sara, que era estéril. Por reconhecer a vontade e a necessidade do marido em gerar uma descendência, Sara pede para que Abraão se deite com sua escrava, Hagar, para garantir sua descendência. Assim ele fez e Hagar deu à luz Ismael, o primeiro filho de Abraão. (Gn 16, 1-16). Essa história ilustra perfeitamente a importância dada à reprodução.

Nos tempos da monarquia, ter uma grande e saudável descendência aumentava a força, confiabilidade e influência do Monarca perante a sociedade. A ausência de descendência representava o fim de uma dinastia.

A ciência sempre buscou realizar ou facilitar a realização dos maiores anseios humanos e com a reprodução não seria diferente. Embora ainda não exista cura para a infertilidade, a ciência trilhou, ao longo de muitos anos, um caminho para viabilizar o planejamento familiar e dar às pessoas novas oportunidades de garantir a existência de sua descendência e da realização do sonho de ter filhos.

A esse ramo da ciência dá-se o nome de reprodução humana assistida. Em outras palavras, a reprodução humana assistida é “o conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”. (RIBEIRO, 2002, p. 286).

A reprodução humana assistida utiliza-se de diversas técnicas para viabilizar a reprodução de casais acometidos pela esterilidade, ou mesmo pela impossibilidade física de procriação em uma relação homoafetiva, ou até mesmo para proporcionar a pessoas solteiras a possibilidade de procriação sem a necessidade de um parceiro e de uma relação sexual.

A reprodução humana assistida, por viabilizar a criação da família está em sintonia com os interesses e proteção do Estado, já que a família é a base da

sociedade e tem especial proteção do estado, de acordo com o texto constitucional.<sup>1</sup>.

A Constituição da República determina, no parágrafo 7º do art. 226 que o planejamento familiar é livre, desde que fundado no princípio da dignidade humana e na paternidade responsável. O texto ainda afirma que compete ao Estado “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (BRASIL, 2019a).

Porém, a garantia de um direito não significa que esse mesmo direito não terá limitações. Aliás, raros são os casos em que determinados direitos não se limitam por outros direitos. Dentro da própria garantia constitucional ao livre planejamento familiar o legislador condicionou essa garantia à observação do princípio da dignidade humana e da paternidade responsável.

Argumentos contrários à reprodução humana assistida como forma de constituir família baseiam-se na premissa de que se trata de intervenção humana em algo que deveria acontecer de maneira natural. Todavia, é difícil encontrar no mundo atualmente algo que não sofra interferência científica. A questão é que em alguns casos essa interferência ocorre de maneira mais sutil, ou, mesmo que ocorra de maneira mais incisiva, é vista com bons olhos, como por exemplo, as muitas práticas médicas para se prolongar a vida das pessoas ou até mesmo evitar a morte que aconteceria de maneira natural caso não houvesse intervenção da ciência.

No âmbito da reprodução humana assistida, a criopreservação de material genético, uma das técnicas de RHA, abriu caminho para que pudesse ser considerada a hipótese de utilização de gametas – ou mesmo de embrião – após a morte da pessoa a quem ele pertence. Ou seja, a partir da possibilidade da criopreservação de gametas e embriões, somada a prática da gestação por substituição

[...] abre-se margem para os questionamentos pertinentes à licitude da técnica de fecundação assistida realizada com o sêmen do marido, após a morte deste; com o óvulo da mulher, após a morte dessa; ou com o embrião formado a partir do material genético do casal, após a morte de um, de outro, ou mesmo de ambos os genitores. (QUEIROZ, 2015, p. 121).

No Brasil ainda não existe legislação a respeito da utilização das técnicas de RA. A única regulamentação existente é de caráter deontológico, editada pelo

---

<sup>1</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. (BRASIL, 2019a).

Conselho Federal de Medicina, qual seja, a Resolução 2168/2017. Ao adentrar nesse ponto, interessante discorrer sobre o papel da Bioética e do Biodireito na regulamentação das atividades médicas, seara de grande impacto na humanidade, conforme será demonstrado ao longo desta pesquisa. O tópico a seguir apresenta mais detalhes dessa relação.

## **2.1 Bioética, Biodireito e a Reprodução Humana Assistida**

Antes de adentrar nas especificidades do tema, importante mencionar o papel da Bioética e do Biodireito na reprodução humana assistida e, ainda, apresentar um confronto entre esses dois institutos, de maneira a esclarecer suas semelhanças e diferenças.

Quando se fala em reprodução humana assistida fala-se sobre a intervenção da medicina no processo de reprodução humana. Ocorre que todo tipo de intervenção da ciência na vida humana levanta questionamentos sobre os limites éticos e legais de tais intervenções.

A construção dos conceitos de Bioética e Biodireito tem uma longa construção histórica. Sá e Naves, em sua obra *Bioética e Biodireito* (2018) mencionam alguns episódios marcantes na história que evidenciaram a necessidade de um ramo dedicado ao estudo da ética na ciência como um todo, como, por exemplo, os casos dos experimentos médicos nos campos de concentração durante o período nazista e a criação bomba atômica. A partir desses e outros caso, percebe-se a necessidade da imposição de limites éticos à evolução científica.

Embora algumas vezes sejam usados de maneira indistinta por, de fato, apresentarem alguns pontos de convergência, a Bioética e o Biodireito possuem campos de atuação diferentes. A Bioética trata dos estudos dos “aspectos éticos das práticas dos profissionais da saúde e da Biologia, avaliando suas implicações na sociedade e relações entre os homens e entre esses e outros seres vivos”. (SÁ; NAVES, 2018, p. 08). Já o Biodireito pode ser entendido como a juridicização da Bioética, pois trata de analisar os mesmo aspectos desta, porém sob a ótica da dogmática jurídica. Nesse sentido:

O Biodireito possui um procedimento dogmático. Há normas de Direito positivo que fornecem uma estrutura de soluções intrassistêmicas.

Já a Bioética faz questionamentos transdisciplinares, abertos, infinitos, ainda que partindo de premissas provisórias e precárias. Enquanto a dogmática jurídica não ultrapassa o Direito vigente e o aborda intrassistematicamente, a Bioética, por meio de uma abordagem transistemática, se interessa pela ação vigente apenas em relação ao seu valor. (SÁ; NAVES, 2018, p. 11-12).

Portanto, esta pesquisa possui como campo de atuação o Biodireito e, conseqüentemente, a Bioética pelas contribuições que ela fornece, mas limitando-se à análise da reprodução humana assistida e seus aspectos frente ao ordenamento jurídico.

Para tratar das especificidades do tema, nos tópicos a seguir serão abordados detalhes científicos sobre as técnicas de RA que envolvem a fertilização *post mortem* e o que a Resolução 2168/2017 diz sobre cada uma delas.

## **2.2 A Criopreservação de Gametas e Embriões**

A criopreservação é uma técnica de congelamento de material biológico em nitrogênio líquido para sua conservação e preservação. Na medicina reprodutiva a técnica é utilizada para criopreservar tanto gametas femininos e masculinos, quanto embriões já fecundados.

A técnica da criopreservação também é utilizada para preservação de tecido ovariano, porém, as técnicas que podem ser utilizadas para uma fertilização *post mortem* e que, portanto, são o foco dessa pesquisa são apenas as de preservação dos gametas já formados e de embriões.

### *2.2.1 Criopreservação de Ovócitos*

A criopreservação de gametas femininos é chamada de criopreservação de ovócitos. Sua existência e realização é mais recente, datada de meados dos anos 80. “Existem muitos motivos pelos quais os pacientes recorrem à ferramenta de criopreservação de oócitos, principalmente visando à preservação da fertilidade” (REIG; AZAMBUJA; FLACH, 2018, p. 158).

A necessidade de preservação da fertilidade pode ocorrer por questões naturais, já que é cientificamente comprovado que a partir dos 35 anos a mulher tende a diminuir a produção de óvulos. Nesse caso, uma mulher que deseja ter filhos no futuro, pode proceder à criopreservação de seus ovócitos enquanto jovem,

para utilizá-los futuramente, quando desejar engravidar, aumentando as chances de uma gravidez tardia e saudável.

Além da necessidade por questões naturais, a necessidade de preservação da fertilidade pode ocorrer por questões de saúde, em razão da ocorrência de enfermidades que comprometem a fertilidade, como é o caso da puberdade precoce. Pacientes com histórico familiar de menopausa precoce e que apresentem sintomas da ocorrência, podem também optar pela criopreservação de ovócitos para utilizá-los futuramente, quando desejarem uma gravidez.

Há também a necessidade de criopreservação de ovócitos em razão do risco de infertilidade ocasionada pelos tratamentos contra câncer em pacientes oncológicos. Os tratamentos contra o câncer, como é o caso da quimioterapia, radioterapia e cirurgias podem afetar a fertilidade, pois em média 40% das mulheres que se submetem à quimioterapia irão desenvolver falência ovariana. Essa taxa depende muito do tipo de quimioterapia e da dose cumulativa. (REIG; AZAMBUJA e FLACH, 2018).

Em alguns casos, a criopreservação de tecido ovariano pode ser uma melhor solução para paciente oncológico, visto que o procedimento necessário para coleta e criopreservação de ovócitos pode levar à necessidade de adiamento do tratamento oncológico, o que nem sempre possível.

Outra razão para necessidade de criopreservação de gameta feminino é para a doação. Os ovócitos a serem doados precisam passar pelo processo de congelamento em nitrogênio líquido para serem preservados durante o armazenamento.

Com relação ao prazo de congelamento dos ovócitos, não há ainda um limite estabelecido. Como a prática de criopreservação de óvulos é relativamente recente, os manuais de medicina ainda não chegaram a consenso sobre a existência de um prazo de validade do material crioconservado.

### *2.2.2 Criopreservação de sêmen*

A criopreservação de sêmen é uma técnica mais antiga e menos complicada de ser realizada do que a criopreservação de ovócitos, além de possuir uma lista de razões um pouco mais extensa do que essa.

Dentre os motivos pelos quais alguém opta pela criopreservação de sêmen, há os casos de pacientes que serão submetidos à quimioterapia ou radioterapia e devem realizar a coleta e criopreservação de seu material biológico diante do risco de infertilidade provocada pelo tratamento; pacientes que serão submetidos a cirurgias que possam comprometer sua fertilidade (extração de testículo, ressecção endoscópica de próstata, por exemplo); pacientes soropositivos como HIV ou hepatite C em terapia de controle antirretroviral ou com amostras com carga viral indetectável que podem ser criopreservadas para inseminação intrauterina ou fertilização *in vitro* e injeção intracitoplasmática do espermatozoide, diminuindo o risco de transmissão; indivíduos que exercem profissões que podem colocar em risco a produção espermática em razão, por exemplo, da exposição à radiação; além, é claro, dos casos em que o sêmen será disponibilizado ao banco de doadores. (BRAND; MOLINA E CORREA, 2018).

Com relação ao tempo em que o sêmen pode ficar em estado de criopreservação, estudos e casos reais demonstram a possibilidade de congelamento por muitos anos. Nesse sentido:

A duração do estado de congelamento pode ser muito longa, sem perda da capacidade generativa do material, como demonstrou o uso do sêmen criopreservado em um recente caso na Grã-Bretanha em 1979: Trevor White, com dezessete anos de idade, após um diagnóstico de um tumor nos testículos e, antes de se submeter ao tratamento para a cura da doença, congelou o seu sêmen em um banco. O armazenamento teve a duração de 21 anos, até que o material foi descongelado, em 2001, para fecundação assistida *in vitro* ICSI com o material genético de sua mulher. Este foi o caso conhecido de uso do sêmen congelado pelo tempo recorde de 21 anos. (QUEIROZ, 2015, p. 106).

A prática de criopreservação de sêmen é mais comum do que se imagina. “Aproximadamente 50 a 100 mil nascidos vivos são obtidos anualmente, em todo o mundo, com a utilização de sêmen criopreservado”. (BRAND; MOLINA E CORREA, 2018, p. 199).

Dizer que 100 mil nascidos vivos são obtidos anualmente através da utilização de sêmen criopreservado significa também dizer que há milhares de materiais ainda em estado de criopreservação. Por isso, considerando as imprevisibilidades da vida, muitos dos donos desses materiais genéticos podem não mais estar vivos, ou virem a falecer antes que o material tenha seu destino final.

Nesses casos, importante questionar qual será o destino desses gametas criopreservados. O capítulo 4 será dedicado a abordagem desta questão.

### 2.2.3 Criopreservação de embriões

A criopreservação de embriões pode ser feita em duas fases embrionárias: na fase do zigoto e na fase do blastocisto. As fases se diferenciam, pois em cada uma delas existe uma quantidade diferente de células já formadas no embrião.

A criopreservação de zigoto, que possui menos células, é feita mais cedo do que a criopreservação do blastocisto, que possui mais células. O desenvolvimento do embrião após a fecundação para a criopreservação é realizado *in vitro*, através da chamada FIV. Para melhor entendimento, eis um breve resumo de como os embriões são gerados através da FIV:

O procedimento de fertilização inicia a partir da retirada dos óvulos do ovário sendo armazenados em uma estufa própria. Em geral, cada óvulo deverá receber um espermatozóide para fecundá-lo que será introduzido na célula germinal feminina por meio de uma microagulha. Dos quinze óvulos fertilizados, cerca de dez se desenvolvem constituindo embriões. Iniciada a reprodução celular os embriões serão inseminados no útero da mãe. A boa técnica recomenda a transferência de dois a três embriões para o útero da mulher em cada tentativa de gestação, sendo os demais congelados em nitrogênio líquido, permanecendo em depósito à espera de um destino. Estes embriões podem, segundo esta técnica, ser mantidos vivos e congelados indefinidamente, mesmo fora do organismo de uma mulher. Deste modo, encontram-se criopreservados em bancos de depósito de material genético e nas clínicas de fertilização assistida espalhadas pelo mundo, milhões de embriões que não foram utilizados para gestação, constituindo-se nos chamados embriões excedentes. (SZANIAWSKI, 2007, p. 154 e 155).

As razões para se utilizar da criopreservação de embriões são diversas. As principais são nos casos de preservação da fertilidade em que o paciente decide congelar, ao invés de seu material genético sozinho, o embrião já gerado com a combinação do gameta de seu parceiro; redução do risco da síndrome de hiperestimulação ovariana<sup>2</sup>; doação de embriões; acúmulo de embriões nos casos

---

<sup>2</sup> A síndrome da hiperestimulação ovariana pode ocorrer, pois, para a cultura de gametas femininos é necessária a estimulação da ovulação através de medicamentos para que haja a produção de vários óvulos e não de apenas um, como acontece naturalmente, aumentando as chances de sucesso no procedimento a ser realizado. (ALVARENGA, 2005, p. 233).

A síndrome da hiperestimulação ovariana (SHO) é a combinação do aumento dos ovários, devido à presença de múltiplo cistos e de hipermeabilidade vascular, que resulta em saída de fluido a partir do espaço intravascular. (CABAR, 2015)

de pacientes com resposta ovariana pobre e nos casos de espera dos resultados de testes genéticos; estocagem de embriões excedentes nos procedimentos de *fertilização in vitro* (FIV) (CÂMARA; DEGASPERI; SARTORI, 2018, p.165).

Os embriões criopreservados para preservação da fertilidade possuem perspectiva de ser utilizados no futuro. Já os chamados “embriões excedentários” trazem um empasse, tanto para a medicina, quanto para o direito, em relação à sua destinação. Nesse sentido:

Os embriões obtidos *in vitro*, depois de selecionados, são implantados, isto é, recebem o destino primário para os quais foram concebidos. Alguns sobram, quer por serem considerados inviáveis (e portanto inaptos para implantação), quer por serem excedentes (no sentido de que são tidos como normais, porém foram preteridos para implantação naquele momento, em virtude de outros já terem sido transferidos para o útero materno). Esses são denominados excedentários ou supranumerários, surgindo daí a dificuldade em lhes dar uma destinação adequada. Cabe a pergunta relativa aos embriões excedentes: “Sua utilização deverá ser livre, como mero material biológico, ou merecerá, pelo menos, a reserva do princípio da precaução” (NOGUEIRA FILHO, 2009, p. 229).

A partir de então é possível perceber que a criopreservação de embriões não é interpretada de uma maneira tão simples quanto a criopreservação de gametas masculinos e femininos, isso porque há uma intensa discussão acerca da situação jurídica do embrião gerado fora do corpo da mulher e da existência ou não de uma personalidade à ser protegida pelo Direito.

O sêmen ou o ovócito criopreservado não passa de um material genético, sem muitas implicações filosóficas e religiosas a respeito de sua utilização e destinação. O embrião criopreservado é alvo de controvérsia justamente porque existe uma corrente de pensamento que entende que o embrião criopreservado é ser humano, possuidor de personalidade e merecedor de proteção do seu direito à vida, em razão de já ter ocorrido a fecundação e, portanto, o início da vida humana no estágio em que se encontra. O ex- Procurador geral da república, Cláudio Lemos Fonteles, na ADI 3.510 (conforme visto anteriormente), defendeu pela violação do direito à vida e da dignidade da pessoa humana nas pesquisas com fins terapêuticos que utilizam embriões excedentários com justificativa de que o embrião é vida humana, já que esta ocorre a partir da fecundação.

Outra corrente de pensamento<sup>3</sup> entende que, no sentido jurídico, o embrião excedentário em estado de criopreservação deve ser considerado

um mero produto de concepção, um aglomerado de células germinativas dos genitores, não se constituindo em uma *spes personae*, não sendo, conseqüentemente, o embrião, portador de personalidade. Assim, o embrião seria uma mera “coisa”, no sentido jurídico do termo, objeto de propriedade dos doadores do sêmen e do óvulo utilizados na fecundação. O embrião, sob este aspecto, se sujeitaria às regras do direito de propriedade de coisa móvel, podendo seus proprietários dispor dele, conforme sua vontade, doando-o para a realização de experiências científicas ou, mesmo, autorizando sua destruição. (SZANIAWSKI, 2007, p. 157).

Em todo caso, a única legislação brasileira que trata diretamente do assunto é a Lei de Biossegurança que, em seu art. 5º, estabelece que desde que haja consentimento por parte dos genitores, a células-tronco obtidas de embriões considerados “inviáveis” e/ou congelados há mais de 3 anos podem ser utilizadas para fins de pesquisa ou terapia.<sup>4</sup>

Tal artigo foi, inclusive, objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade, a ADI 3.510 sob o argumento de violação do direito à vida. A ação foi julgada improcedente e foi, portanto, reconhecida a constitucionalidade do artigo, mantendo a permissão da realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, desde que de acordo com os ditames da legislação. Na decisão, o ministro relator afirmou que “o embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.”<sup>5</sup> (BRASIL, 2008, p. 4).

---

<sup>3</sup> Mario Luiz Delgado Régis afirmou, em uma de suas propostas de alteração ao art. 1.798 do CC afirmou que “o embrião só pode ser tratado como vida humana, a merecer a adequada proteção do Estado, depois de fixado no útero materno. Antes disso, teremos apenas uma célula fora do corpo da mulher, que jamais pode ser equiparada ao conceptus referido no Código Civil.” (RÉGIS, 2005, p. 395).

<sup>4</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização **in vitro** e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2005).

<sup>5</sup> “[...] As três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de

A Resolução 2168/2017 do Conselho Federal de Medicina também trata a respeito do destino a ser dado aos embriões criopreservados. No capítulo V da Resolução, o item 4 prevê a possibilidade de descarte dos embriões criopreservados com três anos ou mais, desde que essa seja a vontade dos pacientes; já o item 5 prevê a possibilidade de descarte de embriões abandonados a partir do mesmo período de tempo. Porém, por se tratar de norma de caráter deontológico, não vincula juridicamente, o que levanta questionamentos a respeito da legitimidade do CFM para editar tal norma em razão da inovação trazida pela possibilidade do descarte dos embriões.

### **2.3 A Fertilização *in Vitro* e a Transferência Embrionária**

A fertilização *in vitro* (FIV) é uma técnica essencial para a gestação por substituição. Sem ela, não haveria possibilidade de se realizar a cessão temporária de útero. É conceituada como

[...] Um tipo de técnica de reprodução humana assistida na qual o processo de fertilização é realizada manualmente em laboratório e os embriões resultantes são transferidos para o útero da mulher. Essa técnica é conhecida popularmente como “bebê de proveta”. (ALVARENGA; VIANA e PICINATO, 2018, p. 141).

É, portanto, uma técnica de fecundação extracorpórea. A primeira FIV foi realizada em 1977. A bebê, fruto da inseminação, chamada Louise Joy Brown, nasceu em 25 julho de 1978 e completa em 2019 quarenta e um anos de vida. De lá pra cá a técnica veio se aperfeiçoando e simplificando. A coleta de óvulos da mãe de Louise foi feita através de cirurgia. Atualmente essa coleta é feita através de uma agulha inserida no canal vaginal pelo ultrassom transvaginal. (ALVARENGA; VIANA e PICINATO, 2018).

---

outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, p. 4).

Após realizada a FIV, o próximo passo é a transferência embrionária, que consiste, basicamente “em depositar os embriões<sup>6</sup> no interior da cavidade uterina” através de um cateter. “Ele passa pelo colo uterino e, quando chega ao interior da cavidade, os embriões são depositados na cavidade uterina”. (ALVARENGA; VIANA e PICINATO, 2018, p. 143).

Vale lembrar que o material genético (óvulo e espermatozoide) usado na fertilização nem sempre pertencerá àqueles que serão os pais da criança. Isso significa que é possível que o óvulo utilizado na FIV não seja da mulher que irá gerar a criança, ou que o esperma seja de outro homem que não o marido da mulher que irá gerar. Isso ocorre porque, muitas vezes, a causa da infertilidade está relacionada a algum problema com o gameta e não com a fecundação em si, fazendo com que o sucesso da FIV dependa da utilização de gametas de doadores.

A partir daí é possível inferir que existem muitas possibilidades de combinações desses materiais genéticos para realização da FIV, como demonstra o quadro abaixo:

**Quadro 1 – Possibilidades de combinação de gametas**

Óvulo da mulher do casal + Sêmen do homem do casal
Óvulo da mulher do casal + Sêmen de terceiro, doador
Óvulo de terceira, doadora + Sêmen do homem do casal
Óvulo de terceira, doadora + Sêmen de terceiro, doador

Fonte: Elaborado pela autora.

Além de todas essas combinações é possível, ainda, que a pessoa que irá gerar o bebê não seja também a mãe da criança, mas sim uma cedente de útero. É o que acontece na cessão temporária de útero, popularmente conhecida como “barriga de aluguel”.

Pode-se considerar, portanto, que no caso de o óvulo utilizado ser de doadora e que a gestação seja de substituição, a verdadeira mãe da criança não será nem a dona do material genético, nem aquela o gerará, mas sim aquela que, por não poder gestar e nem possuir material genético hábil a ser utilizado na FIV, procurou uma

<sup>6</sup> Diz-se “embriões”, no plural, porque, para aumentar as chances de sucesso da técnica, dependendo da idade da mulher, a Resolução 2168/2017 do CFM permite o implante de até 4 embriões, podendo, portanto, ocorrer gestação múltipla. É permitido o implante de até 2 embriões para mulheres de até 35 anos, 3 embriões para aquelas de idade entre 36 e 39 anos e até 4 embriões para mulheres com 40 anos ou mais.

clínica onde pudesse adquirir os óvulos e realizar a gestação por substituição através de uma cedente de útero para que assim seja gerado um filho que, juridicamente, será dela.

Há uma ressalva importante: o material genético utilizado na gestação por substituição jamais poderá pertencer à cedente de útero. Isso porque o parágrafo 2º do item IV da Resolução 2168/2017 do CFM determina que os receptores não deverão conhecer a identidade dos doadores e vice versa<sup>7</sup>.

Esse sigilo visa evitar futuros problemas acerca da paternidade ou que o doador seja procurado por seu descendente genético e vice-versa. No caso da gestação por substituição essa proibição evita problemas ainda maiores: se a mulher doar o seu material genético e gerar a criança poderá ser descaracterizada a gestação por substituição (já que nela a cedente de útero apenas gera uma criança que não é biologicamente sua) e caracterizar-se como a doação de uma criança. Mais grave ainda seria caso a gestante de substituição fosse remunerada pela prática, além de ceder seus óvulos, o que poderia ser qualificado venda da própria criança, o que é inadmissível moral e juridicamente falando.

## 2.4 A Gestação por Substituição no Brasil

Ao tratar do tema “fertilização *post mortem*” surge, primeiramente, a necessidade de tratar da gestação de substituição, já que em alguns de seus desdobramentos a fertilização *post mortem* pode necessitar da realização de uma gestação por substituição para se concretizar.

A ausência de legislação específica sobre o tema torna-o controverso na doutrina e na jurisprudência, o que gera a necessidade de relatar tais

---

<sup>7</sup> A 2ª vara cível da Justiça Federal de São Paulo concedeu medida liminar a uma mulher que desejava engravidar utilizando óvulos doados por sua irmã. O processo foi movido pela mulher que desejava engravidar e por sua irmã, que pretendia doar os óvulos para viabilizar a gestação da irmã, que devido a idade não mais produzia óvulos; em face do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, visando obter medida liminar que impedisse o CRM – SP de mover processo disciplinar contra os profissionais de saúde envolvidos no procedimento em razão do descumprimento da norma de sigilo de doadores de gametas constante na resolução em vigor. As impetrantes fundamentaram o pedido alegando inconstitucionalidade da proibição com base no art. 226, parágrafo 7º da CF (livre planejamento familiar). Ao fundamentar a decisão, a Juíza responsável salientou a razoabilidade da vedação imposta pelo CFM através de resolução, entendeu que, por não se tratar de lei, poderia ser flexibilizada na aplicação ao caso concreto, concluindo que a compatibilidade fenotípica e os laços de parentesco favoreceriam o desenvolvimento o embrião, bem como a relação entre as irmãs. (SÃO PAULO, MS 5003638-37.2018.4.03.6100, 2018).

posicionamentos e identificar o marco teórico através do qual o tema derivado se desenvolverá.

A gestação por substituição vem sendo regulamentada pelo Conselho Federal de Medicina desde 1992 através de suas resoluções. A primeira foi a Resolução 1.358/92 que em apenas três parágrafos determinou a possibilidade de criação da situação de gestação por substituição, desde que a doadora genética tivesse impedimento ou contraindicação médica para gestar. A doadora do útero deveria pertencer à família da doadora genética (nesse caso, aquela que será a mãe biológica da criança que irá nascer através da técnica), além da proibição do caráter comercial da doação. A possibilidade de a gestante de substituição ser pessoa diversa das possibilidades estabelecidas pela resolução deveria ser levada à apreciação do Conselho Regional de Medicina.

A Resolução 1.358/92 vigeu por dezoito anos, tendo sido revogada pela Resolução 1.957/2010. Embora tenha apresentado algumas mudanças sobre as práticas de reprodução humana assistida como um todo, com relação à gestação por substituição não fora realizada nenhuma alteração.

Três anos depois, em 2013, ~~a publicação de~~ nova resolução sobre a reprodução humana assistida foi publicada, revogando a Resolução 1.957/2010 e, desta vez, trazendo importantes alterações a respeito da gestação por substituição.

Em razão do julgamento da ADI 4277 e da ADPF 132 pelo STF, que reconheceu a união estável homoafetiva como entidade familiar, o CFM acrescentou como possíveis candidatos à prática de gestação por substituição os casais homoafetivos.

Outra importante mudança foi a ampliação do grau de parentesco da gestante de substituição. A partir da Resolução 2013/2013, não apenas parentes da doadora genética podem gerar o bebê, mas também parentes do doador genético, desde que sejam parentes de, no máximo, 4º grau (e não apenas 2º grau, como outrora). Acrescentou-se também a limitação de que a gestante de substituição deve ter, no máximo, 50 anos de idade. Foi mantida a vedação do caráter comercial da prática de gestação por substituição, também chamada de “barriga de aluguel”.

Foram acrescentados, ainda, detalhes relativos a documentações pertinentes à filiação do bebê que irá nascer visando evitar confusão acerca da maternidade e paternidade da criança. Consta também na resolução a necessidade de assinatura de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido a ser assinado tanto pelos pais

genéticos quanto pela doadora de útero, além da exigência de consentimento do marido ou companheiro da gestante de substituição em relação à prática, caso ela seja casada ou viva em situação de união estável, o que é extremamente importante já que a gravidez de sua esposa/companheira irá gerar impacto sobre a vida do cônjuge/companheiro dela.

A Resolução 2121/2015 revogou a Resolução 2013/2013. Acrescentou-se apenas a observação de que as possibilidades da retirada da limitação de idade (50 anos) para as candidatas das técnicas de reprodução humana assistida serão analisadas caso a caso pelos médicos responsáveis e só serão permitidas após esclarecimentos dos riscos.

A última Resolução publicada, atualmente em vigor, foi a 2168/2017. No âmbito da cessão temporária de útero a mudança trazida pela nova resolução foi com relação à nomenclatura dada à gestante de substituição: antes chamada de “doadora de útero”, agora passa a ser chamada de “cedente”.

Ao analisar o conteúdo da resolução em vigor é possível perceber que ela apresenta algumas limitações àqueles que optem por utilizar da reprodução humana assistida através da cessão temporária de útero, como, por exemplo, a questão da limitação de idade (salvo exceção, a gestante não poderá ter mais de 50 anos), da necessária relação de parentesco até o quarto grau entre a gestante e um dos pais biológicos e da proibição da remuneração à mulher que for gerar o bebê.

O CFM apresenta as motivações para cada restrição “imposta” pelas suas normas deontológicas. Segundo se infere da Resolução 2168/2017 do CFM a limitação de idade justifica-se pelo aumento dos riscos na gestação e dos riscos da existência de comorbidade da candidata a gestante de substituição maior de 50 anos. Nesse caso, a exceção só seria concedida mediante avaliação clínica e esclarecimento de risco, a fim de minimiza-los. Convém mencionar que a limitação prévia imposta à sociedade por uma norma de caráter deontológico é absolutamente questionável, conforme se verá adiante.

Já a imposição da relação de parentesco está intimamente ligada à questão da proibição da remuneração à gestante de substituição. Melhor esclarecendo:

Nos termos da Resolução n.º 2.168/2017 do CFM, como visto, fica determinado aos médicos que realizem o procedimento da gestação de substituição apenas se restar garantida a inexistência de caráter lucrativo ou comercial; além disso, há a exigência de que a gestante seja parente até o quarto grau de um dos beneficiários, em linha ascendente ou descendente,

sendo que, quando não for o caso, será necessária expressa autorização do Conselho. É claro o objetivo dessa última regra: pressupõe-se que a consanguinidade, a relação de parentesco entre a gestante substituta e quem busca a técnica, é garantia de que a prática se dará de maneira exclusivamente altruísta; nos demais casos, o órgão médico averiguará se a relação entre os envolvidos permite excluir a possibilidade de qualquer avença comercial entre eles. (RETTORE, 2018, p.56).

Ou seja, infere-se que a relação de parentesco torna mais provável que uma mulher aceite gestar o filho de outro sem nenhum benefício econômico. Qualquer relação que não seja de parentesco deverá passar pelo crivo do CRM que analisará se a relação de amizade, vínculo moral, entre a possível gestante e os pais biológicos comporta a possibilidade de que não haja nenhum tipo de remuneração em troca da prática.

A indagação que se levanta é: pode o Conselho Federal de Medicina, como órgão de fiscalização e normatização da prática médica, no exercício de suas atribuições, impor tais impedimentos aos pacientes? E mais: essa imposição tem poder de vinculação, juridicamente falando, aos direcionados?

Como já mencionado, a resolução do CFM é norma de caráter deontológico, vinculando, nesse caso, apenas aos profissionais inscritos sob o registro do conselho e tal inscrição condiciona o exercício da profissão. Por não possuir status de lei que advenha de deliberação de instituição que represente a sociedade (congresso nacional) não vincula aos demais particulares. Corroborando com este raciocínio:

Em que pese toda a controvérsia acerca da legitimidade de um Conselho profissional desenhar o regime jurídico da gestação de substituição em um país, não há dúvida de que em face da ausência de norma legal as prescrições deontológicas vêm desempenhando papel relevante na efetivação do direito ao livre planejamento familiar. Todavia, não há como deixar de enfrentar os problemas decorrentes da inoponibilidade de tais normas a todos, porquanto sua eficácia deveria limitar-se aos profissionais da Medicina. (LIMA; SÁ, 2018, p. 22).

Destarte, a imposição da não-remuneração e do grau de parentesco feita pelo CFM e direcionada aos particulares é passível de questionamento. Observa-se que nas legislações vigentes no ordenamento jurídico brasileiro não existe nenhuma lei que impeça a prática de gestação por substituição onerosa. Existem projetos de lei em tramitação, mas nenhum ainda aprovado.

Há quem levante argumentação no sentido de que o parágrafo 4º do art. 199 da Constituição representa proibição à gestação por substituição. Eis o texto do referido artigo:

Art; 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. [...] Parágrafo 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a **remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas** para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, **sendo vedado todo tipo de comercialização**. (BRASIL, 2019<sup>a</sup>, grifo nosso).

Refutando tal argumentação, “o útero é um órgão humano, porém a gestação não implicará sua remoção, para fins de transplante, pesquisa ou tratamento. A gestação é um fenômeno temporário e [...] sua realização não consistirá na retirada do órgão.” (SCHETTINI, 2018, p. 133). Nesse sentido e por se tratar de norma restritiva de direitos, não se pode dar a ela interpretação extensiva a fim de incluir a utilização temporária de útero no conteúdo da vedação do art. 199 (SCHETTINI, 2018).

A Constituição Federal preceitua, através do princípio da legalidade, no art. 5º, inciso II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 2019a). Nesse sentido, se o particular quiser fazer algo, só não poderá fazer caso exista lei que proíba tal conduta.

Embora a partir desse raciocínio perceba-se a inexistência de impedimento legal para a prática da cessão temporária de útero na modalidade onerosa, a necessidade de aprovação do conselho para que a cessão de útero seja feita por mulheres que não tenham relação de parentesco até o 4º grau com os pais genéticos dificulta (se não inviabiliza) a contraprestação financeira, fazendo com que uma relação jurídica legal transpareça clandestinidade (RETTORE, 2018, p. 60).

.Deste modo, para aqueles que precisam de uma gestante de substituição, mas não possuem parentes dispostas a passar por todo o desgaste da gestação de forma altruísta restam-lhe duas alternativas: encontrar um médico que esteja disposto a realizar o procedimento, a despeito da restrição do CFM, ou realizar a prática no exterior, em um país que permita a contraprestação à gestante.

Independentemente da vedação à remuneração imposta pelo CFM, há, na legislação brasileira, respaldo para que se estabeleça um negócio jurídico oneroso

cujo objeto seja a cessão temporária de útero. Para melhor explicar tal possibilidade, será apresentado adiante detalhamento deste modelo de negócio jurídico.

#### *2.4.1 O Contrato de Gestação por Substituição Oneroso no Brasil*

A gestação por substituição na modalidade onerosa, sob o prisma do ordenamento jurídico brasileiro se realizada na forma de um negócio jurídico será através da celebração de três contratos coligados: um entre a clínica e os doadores genéticos; outro entre os doadores genéticos e a gestante de substituição; e outro entre a clínica e a gestante de substituição. (LIMA; SÁ, 2018, p. 25).

Para esclarecer de que maneira esse tipo de negócio jurídico pode ser realizado através da celebração de contratos coligados, mister mencionar o conceito de contrato e esclarecer alguns pontos. De acordo com o doutrinador César Fiuza:

Contrato é ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana. (FIUZA, 2013, p.494).

O contrato de gestação por substituição enquadra-se como um contrato de direito existencial, no caso, o direito ao próprio corpo da gestante de substituição, tutelado no ordenamento jurídico brasileiro como um direito da personalidade (LIMA; SÁ, 2018, p. 23).

A celebração de um contrato de cunho existencial pode gerar estranheza. Isso acontece porque a doutrina jurídica clássica por muito tempo preceituava que o “caráter patrimonial” dos contratos dizia respeito ao seu objeto, especificamente. Nesse sentido, apenas direitos patrimoniais poderiam ser objeto de relações contratuais. Esse entendimento se dava justamente porque o conceito de contrato incluía a existência de uma prestação de natureza patrimonial e, diante da característica da extrapatrimonialidade e da indisponibilidade dos direitos existenciais, entendia-se que estes não poderiam ser objeto de um contrato. Nesse sentido:

A extensão do conceito de contrato à autorregulamentação de interesses de natureza não patrimonial se, de um lado, encontra resistência pelos mais apegados à tradição, por outro lado, propõe a quebra de um paradigma e a

evolução do conceito, que se justifica quando se constata quão intimamente ligados podem estar os interesses patrimoniais com os interesses não patrimoniais, também chamados existenciais.

Os contratos de direito da personalidade exemplificam essa nova realidade. Por eles podem ser prefixadas as consequências econômicas do exercício de direitos da personalidade, tais como, direitos do autor, direito à imagem, direito a voz, entre outros. Também podem ser assegurados direitos e fixados deveres de conteúdo não patrimonial. (LIMA; SÁ, 2018, p. 23).

É possível perceber, portanto, através dos exemplos extraídos da citação acima que o fato de utilizar-se de direitos existenciais como forma de receber contraprestação patrimonial não significa que esteja dispondo-se deles. A utilização da imagem de uma pessoa famosa representa, justamente, o exercício, pela própria pessoa, de um direito existencial para receber contraprestação por uma utilização que será feita nos termos estabelecidos em contrato.

Tal prática não implica a perda do direito de imagem daquele que a detém, nem a aquisição absoluta desse direito por parte de quem utiliza da imagem de outrem. O contrato serve justamente para delinear os contornos dessa relação dentro dos parâmetros pré-estabelecidos pelo direito vigente.

A mesma coisa acontece com o útero de substituição: a gestante não está vendendo seu útero, nem mesmo a criança que será gerada. A criança sempre pertenceu aos pais (que podem ou não ser os donos do material genético, como demonstrado no capítulo anterior) e o útero continuará pertencendo a gestante. O que acontecerá será apenas a utilização temporária do útero da mulher para gerar a criança de outra mãe.

Assim, superada a questão acerca da possibilidade de um contrato de direitos da personalidade com efeitos patrimoniais, necessário se faz analisar a possibilidade de celebração desse contrato dentro dos requisitos para se estabelecer a relação contratual. Os negócios jurídicos possuem três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Para Sá e Lima (2018) o plano da existência diz respeito à **manifestação de vontade**, os **agentes (partes)**, o **objeto** e a **forma**. Os requisitos de validade dizem respeito às qualidades dos elementos de existência: a manifestação de vontade deve ser **livre e de boa-fé**; os agentes devem ser **legitimados e capazes**; e a forma do contrato deve ser **livre ou não proibida por lei**.

Significa dizer que, para que o contrato de gestação por substituição seja válido, as partes (pais, médicos e cedente de útero) devem ser capazes e elas

deverão manifestar sua vontade (consentimento) livremente e de boa-fé. O contrato deve ser celebrado na forma estabelecida pela lei e o objeto do contrato (a gestação por substituição) deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Como já mencionado, não existe na legislação vigente proibição da prática de cessão temporária de útero. A vedação do CFM não torna a prática ilícita, conquanto não compete ao Conselho Federal de Medicina impor aos particulares limitações aos seus direitos.

A possibilidade de realização de uma cessão temporária de útero se deve à evolução da medicina reprodutiva, que atualmente torna possível, conforme explicado no capítulo anterior, a realização da fecundação dos gametas masculinos e femininos fora do útero, para que, depois de fecundado, o embrião possa ser inserido no canal vaginal de terceira pessoa, que apenas gestará a criança, não sendo ascendente genético dela, nem mesmo tendo a intenção de ter qualquer ligação psicossocial com a criança gerada, compartilhando com ela apenas o DNA mitocondrial.

Por se tratar de negócio jurídico com inúmeras peculiaridades, necessário que se realize de forma escrita. “Trata-se de um contrato formal e solene [...]” (LIMA; SÁ, 2018, p. 25).

Conforme já mencionado, para a celebração do negócio jurídico da gestação por substituição serão necessários três contratos coligados. Além das peculiaridades de cada caso, existem cláusulas gerais que deverão estar presentes em todos os contratos de gestação por substituição, além de documentos específicos que devem ser providenciados, conforme necessidade definida pelo Conselho Federal de Medicina para maior segurança jurídico do negócio.

No contrato a ser celebrado entre o(s) pai(s) (que serão os contratantes) e a clínica de reprodução humana assistida (contratados) restarão estabelecidos os termos da Fertilização *in vitro*, procedimento essencial para a gestação por substituição. Nesse contrato ficará estabelecido se o material genético utilizado será dos próprios pais ou se haverá necessidade de utilização dos materiais de doadores. Em caso de casal homoafetivo ou de pessoa solteira, necessariamente haverá a existência de doadores. Aqui também fica estabelecida a responsabilidade dos contratantes de arcar com todos os custos do procedimento.

Ainda no contrato entre os pais e a clínica, constará o compromisso dos contratantes de providenciar, durante a gravidez de substituição de providenciar a documentação atinente ao registro civil da criança.

Além disso, tanto a gestante de substituição quanto os pais devem comprometer-se, em seus respectivos contratos com a clínica, à submeter-se ao acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, caso seja necessário.

Tanto no contrato entre a gestante de substituição e a clínica de reprodução humana assistida, quanto no contrato entre ela e os pais da criança que será gerada deverá constar, caso a gestante de substituição seja casada, a permissão expressa do marido para que a esposa se submeta ao procedimento. É uma exigência do parágrafo 3.6, do item VII da Resolução do CFM.

A gestante de substituição também estabelecerá relação contatual com a clínica. No texto do contrato deverão estar estabelecidas as responsabilidades da clínica para com a gestante de substituição, bem como a menção de que todos os ônus financeiros serão sustentados pelos pais da criança a ser gerada.

A resolução do CFM exige ainda a assinatura de termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes contratantes da clínica e pela gestante de substituição, no qual todos atestarão estarem cientes dos riscos do procedimento. Neste mesmo documento constarão os aspectos legais da filiação da criança.

No contrato a ser celebrado entre os pais e a gestante de substituição deverá estar pré-estabelecido os deveres tanto do casal (ou da pessoa solteira) que contrata o “serviço”, quanto da gestante.

Além disso, caso haja a remuneração da gestante de substituição, todos os valores e obrigações relativas ao seu pagamento seriam estipuladas no contrato celebrado entre ela e os contratantes (futuros pais), no qual, portanto, a clínica de reprodução humana assistida não figura como parte. Ocorre que, em razão da vinculação entre os contatos e, por se tratar de procedimento médico, necessária se faz a participação do médico responsável pela reprodução humana assistida nesse contrato.

Assim, o que se percebe é que, embora o Conselho Federal de Medicina não possua legitimidade para impor determinadas proibições, a ausência de regulamentação jurídica a respeito da licitude da barriga de aluguel faz com que a

força vinculante das normas deontológicas figurem, quase que como lei, nos casos concretos (LIMA; SÁ, 2018).

Diante de tudo que fora aqui relatado e analisado, é impensável acreditar que algum médico ou clínica de reprodução humana assistida arrisquem participar de um contrato de barriga de aluguel em razão do risco de incorrer nas penalidades impostas pelo descumprimento das normas relativas ao exercício da profissão.

Para o particular não existe pena pela celebração desse contrato, pois não se configura como um crime, nem mesmo como ilícito civil. Porém, a necessidade inafastável de um médico e de uma clínica de reprodução humana assistida para a realização da prática torna quase que impossível, faticamente, a concretização de uma cessão temporária de útero na qual a cedente seja remunerada.

Embora exista essa dificuldade, de acordo com notícia publicada no blog do CEBID, mulheres têm se oferecido em grupos de redes sociais para gerar filhos de outra em troca de recompensa financeira. Segundo a publicação:

Em razão do valor cobrado pelas mulheres, considerado alto por quem busca o procedimento, e da insegurança, por ser uma prática ilegal, os casos concretizados costumam ser poucos. “Conheço um ou outro caso que deu certo. Além disso, não são muito divulgados”, conta uma das participantes do grupo. (CEBID, 2018).

A partir dessas afirmações é possível concluir que os casais que conseguiram realizar a gestação por substituição contratando uma barriga de aluguel são aqueles realizados às escuras. A Fertilização *in vitro* é feita na gestante de substituição com material genético de doadores (e não daqueles que a estão pagando, já que, devido a necessidade de sigilo dos doadores, é impossível saber a quem pertence o material genético), sem a comunicação à clínica de que se trata de uma barriga de aluguel. Algumas relatam que o futuro pai da criança chega a acompanhar consultas se passando por companheiro da gestante. O que se infere, portanto, é que no registro da criança haverá alguma clandestinidade.

A publicação relata também depoimentos de mulheres que reclamam da falta de segurança desse “mercado”. Afirmam que em razão da impossibilidade de celebração contratual, já foi prejudicada por ter gasto mais de R\$ 500,00 em exames para se provar apta a gerar o filho de um casal que, após a negociação, desistiu do negócio e sumiu.

Percebe-se, portanto, que a vedação do CFM não impede a procura pela prática. Na verdade, acaba por gerar outras situações controversas de pessoas que buscam realiza-la de maneiras inseguras e duvidosas. Para Ana Cristina Rettore:

[...] O que se percebe é que no Brasil, a despeito da regulamentação do CFM e das dificuldades que ela acarreta, há muitas pessoas dispostas a pagar, e tantas outras dispostas a receber pelo procedimento, dentro ou fora do país. Essas pessoas têm se colocado em ação e encontram-se, sem dúvida, dentro dos espaços de autodeterminação reservados pelo ordenamento jurídico ao seu livre desenvolvimento da personalidade, a saber, por meio de negociações dentro do país – quando dependerão de médicos dispostos a questionar as normas deontológicas de seu conselho profissional – ou buscando realizar a técnica no exterior. (RETTORE, 2018, p. 62).

Destarte, a prática de gestação por substituição onerosa no Brasil só é possível se realizada de maneira clandestina, conforme relatos acima mencionados, ou caso algum médico ou clínica estejam dispostos a enfrentar as imposições do Conselho Federal de Medicina, colocando em risco a permissão para o exercício de suas atividades profissionais.

### 3 OS PRINCÍPIOS DE DIREITO CONCERNENTES À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conforme já mencionado, não existe no ordenamento jurídico brasileiro legislação pertinente à reprodução humana assistida. É normal que diante de situação tão inovadora no sentido científico o direito ainda não tenha respostas pré-estabelecidas. O direito está quase sempre um passo atrás da realidade porque o legislador não consegue prever todas as possibilidades da vida.

É através dos acontecimentos que o direito se molda, se cria e se transforma. O direito de hoje não é o mesmo de ontem e pode não ser o mesmo amanhã. Segundo Bobbio “o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.” (BOBBIO, 2004, p. 13).

Embora não exista um conjunto normativo específico sobre essas questões no ordenamento jurídico, não significa que não há nada na legislação que não possa ser usado para se estabelecer um parâmetro, ao menos de maneira geral, sobre as práticas de fertilização *post mortem*. No Brasil, qualquer situação deve ser analisada sobre o pano de fundo do Estado Democrático de Direito, que é a forma em que se constitui a República, sempre levando em conta os direitos e garantias fundamentais que se traduzem na legislação como princípios de direito. Esse é o ponto de partida da construção de qualquer argumento jurídico.

Considerando-se que a família é o ambiente de desenvolvimento de cada indivíduo e, conseqüentemente, de extrema importância na sociedade como um todo, o projeto familiar deve ser realizado com prudência e consciência e dentro dos limites legais pré-estabelecidos, seja esse planejamento realizado de forma natural, ou através da RHA. Diversas são as imposições legais a serem observadas no momento da realização do planejamento familiar.

O direito ao livre planejamento familiar é garantido legalmente, mas não é absoluto, como nenhum direito é. A utilização de um direito como absoluto e ilimitado gera o abuso de direito e, quase sempre, a invasão e o desrespeito à esfera de direitos de terceiros.

O primeiro princípio a ser analisado é o princípio da dignidade humana. É um princípio constitucional, base de toda a estrutura do ordenamento jurídico. Outro importante princípio constitucional relativo ao tema deste trabalho é o princípio da

igualdade. Importante tratar do princípio da autonomia privada, garantido constitucionalmente e de grande impacto na seara do Direito Civil. Há, também, o princípio constitucional da solidariedade, que fora abraçado pelo direito de família.

Existem, ainda, vários princípios do Direito de Família pertinentes à reprodução humana assistida: o princípio do livre planejamento familiar e da paternidade responsável; o princípio do melhor interesse da criança e o princípio da pluralidade das entidades familiares.

Os princípios da dignidade humana e da autonomia privada encontram-se também no rol de princípio do Biodireito elaborado por Maria de Fátima e Bruno Torquato na obra “Bioética e Biodireito” (2018). Importante mencionar “que o Biodireito não possui documento que relate seus princípios ou que permita, ao menos, indicação e nomenclatura coincidentes em doutrina e jurisprudência”. (SÁ; NAVES, 2018, p. 40). Trata-se, portanto, de construção doutrinária que leva em consideração as posturas exigidas pelos profissionais das áreas de estudo que formam o Biodireito.

Assim sendo, através da análise desses princípios objetiva-se encontrar possibilidades e limitações impostas de antemão às técnicas de RA pelo ordenamento jurídico a partir dos princípios constitucionais, civis e do biodireito pertinentes ao tema.

### **3.1 O Princípio da Dignidade Humana**

Falar do princípio da dignidade humana como fundamento para algum direito exige uma argumentação cuidadosa em razão de sua amplitude e conseqüente ambivalência, principalmente quando se fala em relação jurídica privada baseada na autonomia dos indivíduos. O cuidado na argumentação deve se direcionar para que não se use o princípio da dignidade humana apenas como “arma retórica projetada à disposição de cada pessoa ou grupo para defender as suas próprias preferências frente a outras postas” (WEYNE, 2013, p. 20).

A dignidade humana é uma conquista histórica que garantiu, num sentido macro, um parâmetro para relações sociais, tanto de um particular para com o outro, quanto do Estado para com o particular, visando combater as injustiças e abusos. Portanto, a sua aplicação vai desde o nivelamento de qualquer outra norma jurídica,

como também nas relações micro e na defesa de interesses corriqueiros do dia-a-dia.

Invocar o princípio da dignidade humana é reclamar o direito do ser humano de ser tratado como tal. É o reconhecimento da capacidade humana inerente ao sujeito. Embora seja um conceito jurídico é carregado de valores, porque a dignidade não é algo pré-definido e imutável, pois depende do momento histórico, da cultura e da vivência da sociedade sobre a qual se fala. Assim,

[...] a dignidade humana não corresponde, portanto, a algum aspecto específico da condição humana, mas exprime, isto sim, “uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano”, sendo frequentemente apresentada como “o valor próprio que identifica o ser humano como tal”. Seu conceito pode ser formulado nos seguintes termos: a dignidade humana é o valor síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, a partir de seu próprio substrato cultural. (SCHREIBER, 2014, p. 08).

A elevação da dignidade humana à categoria de princípio jurídico ocorreu a partir de um caminho comum a elaboração das normas jurídicas: através de um processo de justificação de normas<sup>8</sup>. Deste modo, a dignidade humana elevada à categoria de princípio de direito tornou-se elemento da dogmática jurídica. Assim, a interpretação adequada deste princípio deve ser realizada na análise do caso concreto com todos os elementos históricos e componentes concernentes ao caso concreto.

Para Sá e Naves (2018, p. 43) a dignidade “é a garantia do pleno desenvolvimento dos vários aspectos da pessoa”. Ainda nesse sentido:

Protege-se o arcabouço de manifestações do ser humano, em sua vertente física, psíquica e espiritual. Todavia, essa proteção só é possível se tal garantia puder estender-se a outros, garantindo uma sociedade plural. Note-se, pois, que a dignidade do ser humano aplica-se apenas em um contexto de liberdade e igualdade, isto é, na garantia de iguais liberdades fundamentais, vista procedimentalmente. Qualquer decisão que privilegie a liberdade de um em detrimento da do outro, afronta a igualdade.

---

<sup>8</sup> É no processo de justificação da norma que se leva em conta os valores de uma determinada sociedade/cultura, para incorporação destes às normas que irão reger a vida em sociedade. A partir do momento da positivação não se fala mais em valores, mas somente em norma jurídica. No plano de aplicação normativa, a zetética contribui para melhor aplicação da norma ao caso concreto. Em resumo, “a norma jurídica, em sua elaboração, recebe a influência de múltiplos valores, mas isso não a faz um valor, nem permite que sua aplicação siga o mesmo método dos valores. Daí a necessidade de distinguir-se o plano da justificação do plano da aplicação normativa.” (NAVES; SÁ, 2008, p. 16).

Como todo princípio, será o caso concreto que determinará com precisão seu conteúdo. (SÁ; NAVES, 2018, p.43-44).

Deste modo, determinação precisa de seu conteúdo através do caso concreto não representa subjetividade. Na verdade, é a própria objetividade da dignidade tratada como princípio jurídico-constitucional que, em razão de seu vasto conteúdo, só pode ser analisada com exatidão dentro das peculiaridades do caso concreto. Por se tratar de princípio constitucional, seu conteúdo irradia por todo o ordenamento jurídico através do diálogo das fontes, alcançando todos os ramos do Direito, de maneira que se faz também um princípio do Biodireito. Dessa forma, ao ir se irradiando pelos ramos do direito vai, também, delimitando o seu vasto conteúdo, possibilitando uma análise mais precisa através do caso concreto.

A situação de uma fertilização *post mortem* envolve a dignidade de vários sujeitos: do falecido<sup>9</sup> que deixou o seu material genético, do parceiro ou ente querido sobrevivente que pleiteia a utilização do material genético, da criança que irá nascer e, no caso de se fazer necessária a gestação por substituição, a dignidade da gestante também está igualmente envolvida. Assim sendo, o princípio da dignidade humana deve ser analisado em conjunto com outros princípios de menor abrangência para que seu conteúdo seja melhor delimitado.

Em se tratando do destino do material genético criopreservado e a decisão de utilizar o próprio corpo para criar situação de “cessão temporária de útero” (gratuita ou onerosa) o princípio da dignidade humana se traduz em conjunto com a autonomia privada. Superada essa questão, o próximo passo é analisar a possibilidade de gerar uma nova vida a partir dessas práticas, adentrando, portanto, no campo do direito de família e do direito da criança que será gerada, fazendo com que o conteúdo da dignidade perpassa pelos princípios da solidariedade, da pluralidade familiar e do melhor interesse da criança.

Trata-se, portanto, de uma análise multidisciplinar. Assim sendo, a partir da análise mais detalhada de cada um desses princípios específicos o conteúdo e a definição da dignidade da pessoa humana ficarão mais claros e delimitados.

---

<sup>9</sup> Entende-se aqui que embora com a morte extinga-se também a personalidade e a capacidade civil, alguns direitos têm seus efeitos prolongados, como é o caso da proteção ao corpo, da honra e da imagem de pessoa falecida. Alguns doutrinadores questionam se essa proteção diz respeito ao *de cuius* de fato, ou à família que será afetada caso seja violada a ideia de dignidade do ente querido falecido.

### 3.2 O Princípio da Igualdade

Consagrado pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, no título destinado aos direitos e garantias fundamentais, o princípio da igualdade é uma conquista histórica. De acordo com o texto constitucional “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 2019a).

Importante mencionar que a definição constitucional de que todos são iguais perante a lei não significa dizer que a lei vê todos como iguais. Essa definição diz respeito ao entendimento de que todos, sem distinção, estão subordinados à lei.

A Lei, editada pelo Estado, visa alcançar a igualdade entre aqueles a quem a lei subordina. Para isso, a igualdade não pode ser vista como um meio, de maneira que todos receberiam o mesmo tratamento, independentemente do resultado final, mas sim como um fim que para ser alcançado necessita de medidas desiguais no decorrer do processo de distribuição de direitos e deveres.

Isso significa dizer que pessoas com necessidades de diferentes proporções devem receber suplementos com a mesma diferença de proporção, a fim de que o resultado seja uma equiparação de condições entre essas pessoas. Pedro Lenza (2016, p. 1.172) recorda que a origem dessa definição de igualdade advém do conceito de Aristóteles de justiça distributiva<sup>10</sup>.

A própria Constituição estabelece medidas para que seja possível alcançar, em determinados casos, essa isonomia como, por exemplo, a determinação constitucional da licença maternidade e as regras de aposentadoria diferentes para homens e mulheres.

Superada questões a respeito do conceito de igualdade, importante passar à análise da maneira como o princípio que se fala é operado. Alexandre de Moraes (2011, p. 40) esclarece que a igualdade opera ao Estado em suas diversas atuações: ao legislador e ao executivo através da imposição do dever de editar leis,

---

<sup>10</sup> O conceito de justiça, em Aristóteles, está intimamente ligado à ideia de igualdade. Existem diversas modalidades de Justiça em Aristóteles, e em uma delas, chamada justiça distributiva, o filósofo faz essa relação entre justiça e igualdade através da distribuição. Nesse sentido, “as pessoas consideradas iguais recebem quantidades iguais das coisas a serem repartidas. As pessoas consideradas desiguais recebem porções desiguais das mesmas coisas. Assim, constitui ato justo tratar igualmente as pessoas iguais e, também, justo tratar desigualmente pessoas desiguais.” (STACCIARINI, 2007, p. 271).

atos normativos e medidas provisórias que sejam coerentes com o objetivo do princípio da igualdade; e à autoridade pública, através do dever de aplicar as leis da maneira como determina o comando legal, sem realizar distinções em razão de cor, classe social e etc.

Com relação à eficácia do princípio da igualdade nas relações privadas, necessário distinguir os dois tipos de relações jurídico-privadas existentes: a relação jurídica estritamente privada e a relação jurídico-privadas em que há oferta e fornecimento de bens e serviços ao público em geral. Na primeira, os particulares encontram-se em situação de relativa igualdade e a pessoa do contratante é específica, determinada e relevante; na segunda, a pessoa do contratante é indiferente, podendo a relação ser estabelecida com qualquer pessoa, desde que sejam aceitas as propostas estabelecidas no contrato. (MARTINS, 2017).

Sobre a eficácia do princípio da igualdade em cada uma das formas de relações jurídico-privadas, Thiago Penido Martins leciona o seguinte:

Nas **relações jurídicas estritamente privadas**, celebradas entre particulares em situação de relativa igualdade, o princípio da igualdade terá reduzida ou nenhuma eficácia. [...]

As relações jurídicas estritamente privadas constituem espaço de liberdade, intimidade e de certa discricionariedade para que as pessoas possam livremente desenvolver suas relações humanas, sejam afetivas, sexuais, familiares ou de fraternidade, espaços em que há uma maior liberdade para que os particulares possam adotar decisões de forma autônoma, de modo que, impor-lhes a obrigatoriedade de sempre observar o princípio da igualdade e uma rígida proibição de discriminação, afetaria severa e profundamente a liberdade de decisão e de desenvolvimento dessas relações humanas. [...]

A análise da licitude da recusa em se contratar ou do tratamento diferenciado nas relações jurídicas entre particulares, em inúmeros casos, não se limitará à eficácia do princípio da igualdade face à autonomia privada e à liberdade de contratação. Em diversas situações jurídicas concretas, esse conflito entre direitos fundamentais será incrementado pela incidência de outros direitos fundamentais, muitos deles desdobramentos da autonomia privada [...].

A eficácia do princípio da igualdade e da correlata proibição de discriminação face à autonomia privada dependerá, portanto, das especificidades da relação jurídica privada, dos direitos fundamentais em conflito, dos bens constitucionais cujo tratamento diferenciado se restringiu, se existenciais ou patrimoniais, das circunstâncias, do grau de simetria entre as partes, da autenticidade da vontade externada pelos contratantes, da transcendência ou repercussão social da diferenciação, e da análise da possível afetação da dignidade da pessoa discriminada. (MARTINS, 2017).

Já nas relações jurídico-privadas em que há oferta de bens ou serviços ao público em geral não é permitido que haja discriminação de qualquer natureza, exceto aquelas indispensáveis para a segurança do negócio (por exemplo, análise

de renda para fornecimento de empréstimo, consulta de cheques e etc.), em razão do próprio caráter público da atividade empresarial e por ser a oferta destinada ao público em geral.

Aplicando tais conceitos relacionados ao princípio da igualdade ao estudo dos desdobramentos jurídicos da fertilização *post mortem*, é possível extrair um tipo de conclusão para cada peculiaridade. No caso do poder público como operador da igualdade, deve o legislador e o chefe do poder executivo editarem normas que, permitindo<sup>11</sup> a realização da prática (como já é permitida pelo art. 1.597 do CC, conforme se verá adiante), possibilitem a igualdade de acesso a todos os interessados, sem distinção de cor, sexo, identidade de gênero e classe social<sup>12</sup>.

A respeito das autoridades públicas, especialmente aos aplicadores do direito, constitui-se como dever à eles imposto a interpretação da norma de maneira a fornecer a homens e mulheres, sem distinção de cor, sexo ou classe social o acesso às medidas que a lei apresentar.

Em relação à eficácia do princípio da igualdade nas relações privadas, têm-se duas situações: a relação entre o particular interessado na realização do procedimento e a clínica de fertilização escolhida (relação jurídico-privada), e a relação entre o particular e terceira pessoa cuja contratação possa se fazer necessária para viabilizar o procedimento, como é o caso da gestação por substituição, que necessita de uma mulher disposta a ceder o útero, ou no caso da escolha do doador de gametas a serem utilizados para a fertilização (relação estritamente privada).

No primeiro caso, por se tratar de uma relação jurídico-privada, a clínica não pode se recusar a realizar a contratação de procedimento solicitada por um contratante em razão de sua cor, gênero, religião ou classe social, pelas razões expostas anteriormente.

---

<sup>11</sup> Na realidade, acordo com o princípio da legalidade, o particular pode fazer tudo aquilo que não seja defeso por lei, portanto, a própria ausência de proibição legal representa, ao particular, uma permissão. Apesar de tal circunstância, é possível que seja editada lei direcionada a permitir a fertilização *post mortem*, com o objetivo de regulamentar a prática. Caso tal lei venha a ser editada, é dever do legislador não incluir no conteúdo legal comandos discriminatórios.

<sup>12</sup> Importante mencionar que caso o serviço de fertilização esteja sendo fornecido por clínica particular, os custos do procedimento podem ser elevados, acabando por impossibilitar o acesso de determinadas pessoas ao serviço, o que não se configura como afronta ao princípio da igualdade por parte da clínica particular, cuja finalidade do serviço prestado é lucrativa.

Outra limitação que pode vir a ser imposta é relacionada a determinados fatores médicos, fazendo com que algumas pessoas tornem-se impedidas de realizarem o procedimento em benefício da própria segurança e integridade física, o que também não se configura afronta ao princípio da igualdade.

No segundo caso, como se configura uma relação jurídica estritamente privada é possível que o contratante escolha contratar ou não contratar alguém em razão de questões meramente discriminatórias, como, por exemplo, a escolha de quem será a gestante de substituição, afinal, será a pessoa que irá gerar o filho do contratante, razão pela qual nessa relação deverá vigorar com maior incidência a autonomia privada. É o caso também da escolha do doador de material genético em que, por força da Resolução 2168/2017 do CFM não seja possível conhecer a identidade do doador, conhece-se todas as suas características físicas e sociais, como cor, etnia, tipo físico e antecedentes médicos, sendo perfeitamente possível e até mesmo necessária a discriminação para a escolha do gameta a ser utilizado.

No capítulo destinado ao estudo específico da fertilização *post mortem* será possível perceber que tanto o legislador quanto alguns intérpretes da lei retiraram a possibilidade de realização desta prática em caso de morte da esposa, sendo permitida apenas quando do falecimento do marido, o que apresenta clara afronta ao princípio da igualdade.

### **3.3 A Autonomia Privada**

A Autonomia privada é a substituição do que antes era tido como “autonomia da vontade”. No contexto do Estado Liberal, as liberdades individuais eram calcadas no princípio da autonomia da vontade, sob o qual a vontade das partes prevalecia, sem a intervenção do Estado.

Em um contexto extremamente patrimonialista, em que o direito existia para regular o “ter”, o Estado era o garantidor da liberdade e da autonomia suprema dos indivíduos em suas relações, sem se preocupar com a necessidade de se garantir justiça contratual ou o equilíbrio entre as partes. Na verdade, a proteção ao “ter” era a forma que o Estado, sendo reflexo da sociedade patrimonialista, encontrava para proteger o que as pessoas tinham de mais precioso: a propriedade. Dessa forma, era como se a própria pessoa estivesse sendo protegida.

Nesse sentido, a autonomia da vontade existia para validar a vontade dos contratantes nas relações particulares, seja ela qual fosse, mesmo que não

houvesse equilíbrio ou equivalência na relação contratual. Se a parte manifestou sua vontade de contratar, essa vontade não poderia sofrer interferência estatal<sup>13</sup>.

Com o advento da segunda guerra mundial, o ser humano passou a ser o foco das legislações de todo o mundo e o Estado percebeu a necessidade de garantir maior proteção ao “ser” e às questões existenciais. A partir de então:

[...] a pessoa concreta, com suas necessidades, interesses e aspirações é colocada no centro do ordenamento jurídico, convergência esta que é o esteio do fenômeno da repersonalização do direito civil, o qual, por sua vez, pode ser traduzido como a adquirida capacidade de ver a pessoa humana em toda a sua dimensão ontológica. A categoria do “ser” adquire aqui preeminência relativamente à categoria do “ter”. Essa operação importa numa inversão do vértice axiológico, o qual se deu no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição Federal de 1988, que estatuiu no art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da república. (MACHADO, 2009, p.19).

Destarte, tornou-se necessário também que houvesse interferência estatal nas relações privadas que dissessem respeito a questões patrimoniais, a fim de não permitir que o sujeito adentrasse em relações nas quais estivesse claramente prejudicado em razão de sua hipossuficiência em relação à outra parte.

Essa preocupação com o “ser” se traduziu nas garantias de uma base contratual que possibilitasse a existência da justiça contratual e da equivalência entre as partes. Assim, a autonomia das partes para contratar continuou a existir, porém, não mais baseada na vontade suprema das partes. Ela estava limitada a determinadas imposições legais mínimas.

Assim, a autonomia da vontade, de caráter subjetivista, torna-se a autonomia privada, que possui um caráter mais objetivo em razão das margens do ordenamento jurídico que a delimitam. Dentro dessas margens encontra-se a autonomia privada, como se fosse um espaço em branco, o qual o particular pode preencher com autonomia da maneira que desejar, sem ultrapassar sem ultrapassar o limite das margens.

Embora tenha surgido em uma relação mais direta com as questões patrimoniais, a autonomia da vontade também é garantida dentro das situações jurídicas existências. Segundo Taísa Maria Macena de Lima

---

<sup>13</sup> Em verdade, a ausência de intervenção estatal nas relações privadas, ao invés de cumprir seu objetivo de incentivo ao comércio e a circulação de riquezas, acabou por permitir o aprofundamento das desigualdades econômicas, bem como o abuso de poder. O contrato tinha uma desigualdade, muitas vezes oculta, que acabava por gerar o desequilíbrio entre os contratantes. (BERTI, 2014, p. 85).

O princípio da autonomia privada justifica a resistência do indivíduo à intromissão do Estado no espaço que deve ser só seu, na legítima tentativa de ser feliz. Por isso mesmo, a autonomia privada assume novas dimensões, como a luta pelo direito à redesignação sexual, o reconhecimento de diferentes modelos de família (matrimonial, não matrimonial, monoparental, etc.), o modelo de filiação voltado antes para a paternidade socioafetiva do que para a paternidade apenas biológica, a união homoafetiva, entre outros. (LIMA, 2004, p. 05).

No contexto do direito existencial, portanto, a autonomia privada se traduz como uma garantia de espaço para o livre desenvolvimento pessoal do indivíduo, através do exercício e da proteção aos direitos da personalidade e tudo mais quanto envolva a boa e livre formação da subjetividade e da personalidade de cada um.

Dentro dessa formação encontram-se, obviamente, as realizações pessoais do indivíduo, como, qual profissão deseja seguir, com quem deseja se casar, se quer ter filhos, quantos filhos quer ter. A realização desses projetos pessoais pode ser feita de diversas formas e cabe ao indivíduo definir de que maneira deseja realizar seus projetos de vida. Nesse momento, a margem estatal imposta para delimitar a forma como o sujeito realizará tais projetos é a proibição da utilização de meios que prejudicariam a esfera privada do desenvolvimento pessoal de terceiros.

Desse modo, se a ciência torna possível a realização do projeto familiar através da reprodução humana assistida, o princípio da autonomia privada dá ao indivíduo o direito de realizar seu projeto familiar através das técnicas de RHA. Assim, a pessoa solteira pode utilizar de material genético doado por terceiro para se tornar pai/mãe mesmo não possuindo um parceiro e sem a necessidade de relação sexual e o estado não pode intervir, pois tal ato não se constitui ilícito.

O princípio da autonomia privada também está inserido no Biodireito, nos mesmos moldes em que se encontra no ordenamento jurídico de maneira geral. É uma concessão feita à pessoa pelo ordenamento jurídico de uma amplitude de comportamento que só encontra limitação dentro daquilo que está inserido no próprio ordenamento jurídico e nas tensões principiológicas que surgem de situações fáticas específicas (SÁ, NAVES, 2018, p. 41-42).

Portanto, cabe à pessoa somente a decisão do que será feito com seu material genético criopreservado após seu falecimento. Também é decisão que compete somente ao interessado o uso de seu corpo para viabilizar as práticas de RHA, como no caso da gestante de substituição. Tal decisão encontra-se dentro do

espaço de autodeterminação do sujeito. Apenas ele poderá decidir e, decidindo por permitir a utilização por seu parceiro para criar situação de fertilização *post mortem*, o Estado só poderá intervir caso haja afronta à lei ou à esfera de liberdade ou a direitos de terceiros.

### 3.4 O Princípio da Pluralidade das Entidades Familiares

A ideia que permeia o conceito atual de família não existe desde sempre. Pelo contrário: se realizada uma análise da estrutura familiar desde a pré-história será possível perceber que o modelo sofre mutação de acordo com a evolução da própria sociedade.

Utilizando de um recorte histórico mais recente, o modelo e conceito de família amparada pelo Código Civil de 1916 era excludente. Considerava-se família apenas a união realizada através do matrimônio. O casamento, portanto, era requisito essencial para que a união fosse amparada pelo direito vigente. A existência de afeto para a criação e manutenção do vínculo conjugal era totalmente dispensável, haja vista a impossibilidade de dissolução do vínculo realizado através do matrimônio, sendo, portanto, indissolúvel o casamento.

As razões para a proibição do divórcio eram, além da falta de desprendimento total da legislação aos princípios cristãos, a preservação do patrimônio construído através da união. Aliás, a construção e multiplicação do patrimônio era o principal objetivo do casamento. Como simples prova dessa afirmação basta lembrar da existência do “dote”: um patrimônio que o pai da noiva oferecia, juntamente com “a mão” da filha ao noivo, para que se tornasse atraente a ideia de casamento.

Os filhos eram essenciais no casamento. Uma mulher que era incapaz de gerar um filho era mal vista pela sociedade, afinal, os filhos eram a forma de perpetuação do patrimônio da família através de sua mão de obra e da herança que a eles seria transmitida. Farias e Rosenvald (2014) definem esse modelo de família como uma

[...] unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 36).

A mulher, considerada relativamente incapaz pelo código de 16, enquanto solteira dependia do pai, após o casamento passava a depender do marido. O seu patrimônio era controlado e administrado pelo dono do poder familiar, que era o pai quando solteira, ou o marido quando casada.

Os movimentos feministas foram extremamente importantes para a mudança da perspectiva da família. Isso porque, em busca de seu direito de votar e trabalhar a mulher conquistou certa independência e passou a não mais ter que depender exclusivamente do marido para sobreviver. Não era mais obrigada a manter um vínculo matrimonial que nem sempre lhe trazia alguma satisfação pessoal.

A Lei n.º 6.515/77 e a emenda constitucional n.º 9 afastaram a indissolubilidade do casamento, representando um marco na mudança da estrutura familiar. Percebe-se, a partir daí, uma mudança no objetivo do matrimônio. Tal mudança fora gradual. Com o passar do tempo a ideia de casamento com o objetivo principal de acúmulo patrimonial foi sendo modificada. O casamento passou a ser uma forma de realização pessoal, tendo como base o afeto. O novo modelo de família passa a ser o modelo eudemonista.

Abraçando as mudanças sociais, a Constituição de 1988 deixou de considerar apenas a união feita através do casamento como família, incluindo também a união estável como entidade familiar. Considerou também como família “a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.” (BRASIL, 2019a).

A doutrina defende que o rol de modelos de família apresentado pela Constituição é exemplificativo. É o que se conclui a partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, já que considerar que tais modelos apresentados constitucionalmente são taxativos acarretaria grave afronta ao princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pilares da constituição de 1988, porquanto excluiria da proteção jurídica modelos familiares diversos.

Assim, ao mesmo tempo em que a atitude do legislador de ampliar o conceito de família foi louvável, acabou sendo também, arriscada. Melhor justificando:

Louvável porque aproxima o Direito da realidade, concedendo-lhe a devida tutela. Arriscada, por sua vez, porque pode ensejar – como já acontece – interpretações enganosas, baseadas numa suposta limitação jurídica a essas famílias.

Não se pode dizer que o ordenamento somente destina tutela à família fundada no casamento ou na união estável entre um homem e uma mulher,

ou na entidade formada por qualquer um dos pais e seus descendentes, conforme o elenco anunciado no texto constitucional. O que o sistema jurídico [...] quer proteger, enquanto família, é a comunhão afetiva que promove a formação pessoal de seus componentes, seja sob qual forma for que esta se apresente, tenha que origem for. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 44).

Destarte, reconhecer a não-taxatividade do rol constitucional das entidades familiares significa reconhecer, de maneira prudente, que sendo “composta por seres humanos, decorre, por conseguinte, uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentada sob tantas e diversas formas, quantas forem as possibilidades de se relacionar”. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 37).

Afirmando a possibilidade de mudanças imprevisíveis na constituição familiar, a ciência trouxe a possibilidade de reprodução humana sem necessidade do elemento da relação sexual. É uma inversão de um vértice anteriormente buscado: antes, a ciência evoluiu ao permitir, através dos métodos contraceptivos, a relação sexual sem o elemento da procriação; agora, permite-se a procriação desvinculada de relação sexual ou mesmo da existência de uma figura materna ou paterna.

É possível, então, que uma mulher se torne mãe utilizando material genético de um doador ou que um homem se torne pai através da gestação por substituição e de material genético de doadora. É a família formada apenas por pai ou mãe e seu descendente. A inexistência de pai ou mãe não advém de abandono, mas sim, de uma escolha do indivíduo de embarcar na maternidade/paternidade solo.

Há, também, o foco desse trabalho: os filhos de pai e/ou mãe pré-mortos. A partir de toda a argumentação aqui exposta, dentro do princípio da pluralidade familiar, isoladamente, a existência e reconhecimento dessa comunhão se sustenta como entidade familiar. Resta analisar se tal situação é compatível com os demais princípios do direito de família.

### **3.5 O Princípio da Solidariedade**

Falar da solidariedade como princípio jurídico pode gerar estranheza, principalmente se a compreensão utilizada para o termo for a de sentimento. No dicionário é possível encontrar várias definições da palavra “solidariedade”. Pode ser entendida como “acordo através do qual algumas pessoas se sentem obrigadas umas em relação às outras e/ou cada uma (individualmente) em relação às

demais.”. Ou como “assistência moral demonstrada a uma pessoa em determinadas situações”. (DICIO, 2019).

No sentido jurídico, o termo “solidariedade” não depende de sentimento; até porque o direito não é capaz de alcançar, com seus comandos normativos, a seara do sentir. O sentimento de solidariedade não é essencial para que ela seja praticada. Solidariedade, para o direito, é uma atitude, um comportamento que se espera daqueles a quem a lei se refere.

O princípio da solidariedade está positivado no ordenamento jurídico no inciso I, do art. 3º da Constituição de 88. O legislador elencou como o objetivo fundamental da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Já o art. 226 do mesmo diploma legal, estabelece em seu caput proteção especial à família que se constitui como base da sociedade.

Assim, sendo a família a base da sociedade, para que se construa uma sociedade solidária esse comportamento, claramente, têm início nas relações familiares. Através da prática da solidariedade no ambiente familiar, espera-se que esse comportamento seja enraizado no indivíduo e que este a pratique também fora do ambiente familiar.

A partir desse entendimento foi realizada a construção doutrinária de que o princípio geral de solidariedade existe também, especificamente, no âmbito familiar. Além disso, é possível perceber, no Código Civil brasileiro, diversas normas que tem como origem o princípio da solidariedade, por exemplo:

[...] a comunhão plena de vida, em razão da igualdade dos cônjuges (art. 1.511); a intangibilidade da comunhão familiar (art. 1.513); a mútua assistência como dever dos cônjuges (art. 1.566, III); a administração da sociedade conjugal exercida em conjunto e em colaboração entre os cônjuges (art. 1.567); a adoção como algo espontâneo, uma atitude de amor (art. 1.618); o dever de cuidado com os filhos menores (art. 1.630); o dever de prestar alimentos aos parentes (art. 1.694); a prestação de alimentos entre ascendentes e descendentes (arts. 1.696 e 1.697); o dever de prestar alimentos, que podem ser transmitidos aos herdeiros do devedor, no limite dos bens recebidos (art. 1.700); a prestação de alimentos entre cônjuges separados (art. 1.704); e a existência de respeito, assistência etc. nas relações entre companheiros (art. 1.724). (MORAES, 2019, p. 24).

Assim, num ambiente familiar, todos são responsáveis, de certa forma, uns pelos outros. Para Almeida e Rodrigues Júnior (2012), o princípio da solidariedade possui duas diferentes perspectivas: uma positiva e outra negativa. Na perspectiva positiva entende-se a necessidade dos familiares de contribuírem ativamente para

fornecer ambiente propício para o livre e pleno desenvolvimento pessoal uns dos outros, inclusive sanando as faltas que possam impossibilitar tal desenvolvimento. A perspectiva negativa traduz-se em duas palavras: respeito e tolerância pela maneira como o outro irá utilizar para que se realize pessoalmente.

Acrescenta-se, ainda, para que seja possível compreender o conteúdo do princípio da solidariedade, o seguinte entendimento:

Em princípio, para tanto, bastará que se reconheça, verdadeiramente, no outro alguém igualmente titular do direito de constituir-se a seu modo; o que requer admitir o direito deste de ser distinto. Esta é, indubitavelmente, uma postura auxiliadora por incentivar a autenticidade de cada um e, ao mesmo tempo, sua pertença ao grupo social. É assim porque, ao não se resumirem as escolhas individuais possíveis a protótipos preestabelecidos, assegura-se que, qualquer que seja a eleição da pessoa, será considerada inclusa na pluralidade social. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p. 50).

Deste modo, desde que respeitados os limites legais e, a forma que o outro escolhe para realizar seu desenvolvimento pessoal deve ser apoiada e incentivada, tanto dentro do ambiente familiar quanto, e, conseqüentemente, fora dele, mesmo que seja diferente daquilo que se considere usual e tradicional. Assim é o caso da reprodução humana assistida. Nem todos conseguem (ou desejam) viabilizar o projeto familiar de maneira tradicional. Se o desejo ou a necessidade de alguém de reproduzir implicar o uso dos métodos de RHA, o apoio e a solidariedade da família para com tal situação são fundamentais. O mesmo serve para uma técnica de RHA *post mortem*.

No ambiente familiar exige-se a solidariedade da família e, fora dela, a postura e atitude solidária da própria sociedade. Essa postura solidária da família é vista quando um parente aceita ser gestante de substituição pra outro parente. Trata-se de uma atitude de solidariedade tanto negativa – em não julgar -, quanto positiva – por viabilizar, através da cessão temporária de seu útero, a gestação por substituição.

Com relação à sociedade, percebemos a atitude solidária positiva naqueles que se prestam à doação de seus gametas para ajudarem àqueles que precisam na constituição do planejamento familiar. Além disso, o acolhimento e a compreensão social para com tal situação também caracterizam-se como atitudes solidárias.

Conclui-se, portanto, pela total compatibilidade e amparo das técnicas de RA pelo princípio da solidariedade, tanto no âmbito familiar, quanto fora dele.

### 3.6 O Princípio do Livre Planejamento Familiar e da Responsabilidade Parental

Antes de adentrar no estudo deste tópico, importante mencionar que o Livre Planejamento Familiar e a Responsabilidade Parental (ou Paternidade Responsável) são dois princípios distintos. Porém, em razão de sua estreita e necessária ligação, serão tratados de maneira simultânea. É que o dever imposto pela paternidade responsável funciona como condição limitadora do direito ao livre planejamento familiar.

A constituição de 1988 preceitua, no parágrafo 7º do art. 226 que

[...] fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal**, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 2019a, negrito nosso).

A fim de regulamentar o direito ao livre planejamento familiar, a Lei n.º 9.263/96 definiu como planejamento familiar o “conjunto de ações de regulação de fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem, ou pelo casal.” (BRASIL, 1996).

Igualmente, o parágrafo 2º do art. 1.565 do Código Civil também afirma o direito ao planejamento familiar livre, vedando qualquer forma de coerção por instituições, sejam públicas ou privadas.

Nesse sentido, percebe-se que o objetivo da lei é impedir qualquer forma coercitiva de controle demográfico, deixando ao indivíduo a liberdade de escolher quantos filhos deseja ter, quando e como terá esses filhos. O objetivo da lei também é levar informação sobre métodos contraceptivos, a fim de auxiliar na não intercorrência da gravidez indesejada, além de expandir à assistência do SUS antes, durante e após a concepção.

Assim sendo, “o propósito do planejamento familiar é, sem dúvida, evitar a formação de núcleos familiares sem condições de sustento e de manutenção” e, acima de tudo definir que “caberá sempre ao casal a escolha dos critérios e dos modos de agir [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 131). Importante mencionar que a lei deixa claro que o planejamento familiar é direito de todo o cidadão e inclui, a todo tempo os destinatários da lei como “mulher, homem ou casal”. Tal postura

torna clara a intenção do legislador de não limitar o planejamento familiar a casais, atitude que está de acordo com o princípio da pluralidade familiar, que torna possível a existência de núcleos familiares composto por apenas pai ou mãe e filho.

Como nenhum direito é absoluto, embora deixe claro que a decisão do planejamento familiar compete apenas ao indivíduo, a lei impõe uma espécie de condição para esse planejamento: a responsabilidade. Portanto, o planejamento é livre, desde que feito com responsabilidade.

É possível afirmar então que ausente a responsabilidade na atitude do indivíduo na formação da família, poderá o estado intervir? De certa forma, sim. A perda do poder familiar em razão de atitudes abusivas ou irresponsáveis por parte dos pais é uma realidade.

Porém, há grande discussão acerca da possibilidade da realização de esterilização compulsória pelo estado em indivíduos que insistem em procriar em condições desfavoráveis, acarretando dano à dignidade e até mesmo a integridade física da criança que irá nascer. Nesse caso, fica clara a colisão dos princípios do direito ao próprio corpo e a paternidade responsável e, como toda colisão de princípios, a melhor ponderação se dá apenas no caso concreto.

É possível perceber então que o conteúdo da responsabilidade parental está diretamente relacionado ao bem estar da criança que irá nascer. Percebe-se que a vontade dos pais de procriar não pode se sobrepor às condições sob as quais a criança será submetida ao nascer e até mesmo durante a gestação.

O conteúdo do princípio da responsabilidade parental deve ser delineado de maneira condizente com o exercício do poder familiar que não é mais absoluto como era na época em que o termo utilizado era “pátrio poder”. O “pátrio poder” determinava que o correto era aquilo que o seu titular (no caso, apenas a figura do pai, excluindo a figura materna) determinasse que deveria ser feito. O bem-estar da família era determinado pelo genitor. O “poder familiar” ao contrário do “pátrio poder” determina que todas as atitudes dos genitores ou tutores devem ser tomadas de maneira a priorizar o melhor interesse da criança, mesmo que contrarie seus próprios desejos.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade parental e o planejamento familiar estão diretamente atrelados ao princípio do melhor interesse da criança. A decisão do planejamento familiar inclui a necessidade de cumprimento do dever de

responsabilidade parental e a análise do melhor interesse da criança, cujo significado e conteúdo serão analisados no próximo tópico.

### **3.7 O Princípio do Melhor Interesse da Criança**

A percepção da importância da infância e da juventude na formação da personalidade de um indivíduo trouxe a baila a importante questão do tratamento da criança e do adolescente no ambiente familiar. Baseado nessa percepção, o legislador percebeu a necessidade de um tratamento legal mais adequado às necessidades próprias dessa fase da vida, assim como acontece com o idoso.

Criou-se, então, o Estatuto da Criança e do Adolescente, efetivado a partir da Lei n.º 8.069 de 1990, cujo conteúdo destina-se a efetivar a proteção necessária para o bom desenvolvimento da criança e do adolescente, tanto no ambiente familiar quanto fora dele. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi criado buscando regulamentar a efetivação da proteção concedida à criança e ao adolescente pela Constituição de 88, mais precisamente no art. 227, o qual estabelece diversas garantias, como, por exemplo, a proibição do trabalho infantil.

O princípio do melhor interesse da criança não consta de maneira expressa na Constituição ou no texto do ECA. Sua origem advém de uma construção doutrinária que observou, a partir dos preceitos estabelecidos legal e constitucionalmente que a lei passou a priorizar o melhor interesse da criança em contraposição aos interesses pessoais dos pais ou tutores.

Conforme já mencionado, no período do Direito em que aquilo que hoje entende-se por “poder familiar” era chamado de “pátrio poder”, era através da decisão do detentor do pátrio poder que se definia o que era o melhor interesse da criança. Ou seja, o melhor para a criança era aquilo que o titular do pátrio poder definia, mesmo que não fosse, numa análise objetiva, realmente o melhor para o menor.

Percebeu-se que nem sempre as decisões do responsável pelo menor eram, de fato, aquilo que atendia às suas necessidades. Ao mesmo tempo em que mudava-se a estrutura, conceito e formação das famílias, mudava também a maneira como era entendida a educação dada às crianças no ambiente familiar.

A partir de então o poder familiar tornou-se não mais um instituto de livres escolhas dos detentores da autoridade parental, mas sim, um dever, um *múnus*,

através do qual o genitor ou tutor deve tomar decisões de maneira a deixar de lado o seu interesse pessoal se este não coincidir com aquilo que será, de fato, o melhor para o menor. Aliás, um termo ainda mais adequado e recente do que a denominação “poder familiar” é a “autoridade parental”.

No que diz respeito ao destino do material genético a ser usado para viabilizar a reprodução humana assistida incide o princípio da autonomia privada, como já mencionado, pois compete apenas ao interessado o direito de decidir o que será feito de seu próprio tecido. Ocorre que em razão de as técnicas de RHA gerarem uma nova vida, o princípio relativo à tomada de decisão que afetará a vida da criança que irá nascer não se resume à autonomia privada devendo ser analisada nesse sentido à luz da “autoridade parental”.

Esse entendimento se justifica porque “quem exerce autonomia privada pode fazê-lo, legitimamente, no seu próprio interesse. Quem exerce o múnus está vinculado a tomar decisões no interesse de outrem, ainda quando contrariem os seus próprios interesses.” (LIMA; SÁ, 2016, p.55).

A análise deste princípio faz imergir o principal e mais forte questionamento moral e legal a respeito da reprodução humana assistida. Quando utilizada para viabilizar a chamada gravidez de produção independente - a mulher utilizando material de doador ou o homem utilizando material de doadora e uma gestante de substituição -; ou para criação situação de fertilização *post mortem* (seja depois da morte do genitor ou da genitora) a criança já é gerada condenada à falta de uns dos genitores. A partir desse fato, muito se questiona no sentido de que tal prática não atende o melhor interesse da criança e que o desejo do genitor de gerar uma vida a qualquer custo acaba se sobrepondo ao direito da criança de nascer em uma família estruturada.

A argumentação é baseada no seguinte fundamento: quando uma criança se torna órfã em decorrência do ciclo natural da vida seu melhor interesse não foi atendido, mas não de maneira proposital. A evolução da ciência permitiu que os genitores tirassem da criança, deliberadamente, o direito de convivência com um pai ou uma mãe.

A análise dessa argumentação perpassa pelo seguinte questionamento: de que maneira se constitui a existência da figura materna e paterna na vida de alguém? Por muito tempo o direito limitou a existência da paternidade e da

maternidade em razões biológicas. O parentesco era baseado apenas na consanguinidade, ou pelo instituto da adoção.

Com o passar do tempo os juristas, doutrinadores e o próprio legislador perceberam que diversas pessoas tinham como referência paterna ou materna não os seus pais biológicos, mas sim um padrasto, um tio, um avô, ou até mesmo um irmão ou irmã. Através dessa percepção o direito tutelou o instituto da paternidade e maternidade socioafetiva, que é baseada nos laços de afeto e não na consanguinidade.

Para a psicologia é claro que a função de pai e mãe não precisa ser necessariamente exercida pelos progenitores. A definição daquele que representará a figura de pai ou mãe é estabelecida pelo cumprimento de determinadas referências significativas. John Bowlby, um psiquiatra e psicanalista britânico cujos estudos são de grande valor para a psicologia, foi o desenvolvedor da Teoria do Apego, através da qual buscava definir de que maneira as pessoas se apegam umas as outras e quais as consequências do apego.

Ao estudar de que maneira uma criança se apega aos seus pais, Bowlby (1997) desenvolveu a teoria da ligação que define que

[...] o comportamento de ligação é concebido como qualquer forma de comportamento que resulta em que uma pessoa alcance ou mantenha proximidade com algum outro indivíduo diferenciado e preferido, o qual é usualmente considerado mais forte e (ou) mais sábio.[...]  
O comportamento dos pais, e de qualquer pessoa que se incumba do papel de cuidar da criança, é complementar do comportamento de ligação. (BOWLBY, 1997, p. 171 e 175).

Para o autor (Bowlby, 1997) a ligação possui as seguintes características: especificidade, pois o comportamento que gera a ligação é dirigido a um indivíduo em específico; duração, em razão da persistência do vínculo; envolvimento emocional, pois acredita que as emoções surgem a partir do processo de ligação, que estabelece vínculos; ontogenia, porque a principal figura de ligação para o bebê será aquela que dispensar-lhe a maior parte dos cuidados; aprendizagem, de maneira que o bebê saberá distinguir a figura familiar dos demais; organização, pois o comportamento de ligação é estabelecido de maneira organizada de forma que começa a se estabelecer através da visão ou do som da figura de ligação, e termina através da necessidade da presença e do contato físico; e, por fim, a função biológica, que define que o comportamento de ligação é de origem biológica, pois

também ocorre em outras espécies e que sua finalidade principal é, provavelmente, a proteção.

Bowlby menciona nesse livro de maneira mais específica o comportamento de ligação com a figura materna. Aduz que é de importância vital para uma criança “... a vivência de uma relação calorosa, íntima e contínua com sua mãe (ou uma mãe substituta permanente, *uma pessoa que desempenha, regular e constantemente, o papel de mãe para ela*) na qual ambos encontrem satisfação e prazer.” (BOWLBY, 1988, p. 13).

O psicanalista francês Jacques Lacan, ao realizar seus estudos sobre a função paterna no desenvolvimento da criança, utilizou da construção do Complexo de Édipo e da Castração, de Sigmund Freud, considerados episódios essenciais para a formação psíquica saudável e concluiu o seguinte:

Lacan (1957-58) mostra algo fundamental na teoria e nos consequentes desdobramentos clínicos, que é a questão da presença ou ausência do pai. A respeito do pai, observa que não devemos nos ater a nenhum efeito particular. O pai estar presente ou ausente fisicamente não prova nada: “falar de sua carência na família não é falar de sua carência no complexo” (p. 174). E ainda: “podemos dizer que é perfeitamente possível, concebível, exequível, palpável pela experiência, que o pai esteja presente mesmo quando não está” (p. 173). O que a experiência clínica nos atesta, desde sempre, é que Édipos podem se constituir satisfatoriamente, mesmo quando o pai não esteve presente, uma vez que falar de Édipo é já incluir o pai, mas o pai como função. (CHAVES; PEREIRA, 2013)

Basicamente, conclui que a figura paterna é aquela que realiza a castração do desejo entre a mãe e a criança, realizando uma espécie de desligamento entre eles, já que, inicialmente, a criança se vê como parte integrante do corpo materno. A referência paterna para a psicologia é, portanto, aquela que realiza essa função. Complementando:

[...] Não é na realidade efetiva do pai, naquilo que ele é ou não capaz de fazer concretamente, que devemos buscar sua eficiência, mas sim no desempenho de uma função simbólica que represente, ao filho e à mãe, que a essência da vida cabe a cada um buscar (1957-58). Essa função, que em nossa sociedade é desempenhada pelo pai, pode ser exercida por outro que não o pai concreto, o pai encarnado, mas por quem represente para mãe e filho que o desejo está alhures, alguém que desempenhe a função de remeter o desejo da mãe para outro lugar que não o filho, que desloque esse desejo para outra cena, para outro desejo que não o desejo do filho. (CHAVES; PEREIRA, 2013)

Diante dessa circunstância, é possível afirmar que, desde que sejam garantidos à criança os cuidados necessários e que haja uma figura que represente para o Direito a autoridade parental e para a Psicologia a pessoa responsável por desempenhar os papéis característicos da figura materna e da figura paterna, capazes de cumprir os papéis psicológicos e sociais de pai e mãe, de maneira a tornar-se a referência desses indivíduos para a criança, o princípio do melhor interesse da criança estará sendo atendido.

#### 4 A FERTILIZAÇÃO POST MORTEM

A fertilização *post mortem* é consequência das práticas de criopreservação desenvolvida pelos cientistas da reprodução humana assistida. A partir da conservação a frio de sêmen, óvulos e embriões tornou-se possível, cientificamente, que uma pessoa já falecida possa se tornar genitor de alguém que será órfão já na concepção.

Importante mencionar que quando se fala em “genitorialidade” fala-se sobre algo diferente da paternidade. “A genitorialidade é a relação estabelecida no fornecimento do material genético para concepção, enquanto a paternidade é a relação estabelecida na configuração de um vínculo de parentesco.” (QUEIROZ, 2015, p. 134).

Quando se fala em fertilização “*post mortem*” o conceito de genitorialidade x paternidade deve ser bem analisado. Isso porque, o conceito de genitor encaixa-se bem nos casos de doadores de material genético: eles serão os genitores de alguém, mas não terão qualquer relação, se tornando apenas um “ascendente genético” porque a sua identidade sequer será revelada. Não haverá nenhum vínculo de paternidade.

No caso de uma fertilização *post mortem*, embora não ocorra nenhuma relação direta de contato entre o(a) cedente do material genético e o bebê que será gerado, ele não será simplesmente seu(sua) genitor(a). Isso porque essa fertilização realizada após a morte tem o intuito, justamente, de garantir uma descendência com um vínculo de parentesco, de maneira que haja ciência sobre a origem genética da pessoa nascida através da fertilização. Não haverá convívio entre o ascendente e o descendente genético, mas a “relação” é diferente daquela existente no caso de uma fertilização com material de doador.

Superada a questão acerca da diferença de uma fertilização *post mortem* e uma fertilização comum com material de doador, interessante mencionar a respeito das possibilidades da fertilização após a morte. Pode ser realizada “com o sêmen do marido, após a morte deste; com o óvulo da mulher, após a morte desta; ou com o embrião formado a partir de material genético do casal após a morte de um, de outro, ou mesmo de ambos os genitores” (QUEIROZ, 2015, p. 121). Acrescenta-se, ainda, a possibilidade de utilização de material genético de pessoa solteira, após sua

morte, em conjunto com material de banco de doação. Existem, portanto, diversos desdobramentos da fertilização *post mortem*.

A concepção artificial *post mortem* é prática já regulamentada, mesmo que brevemente, pela legislação brasileira. O Código Civil de 2002 definiu a possibilidade de realização dessa prática nos seguintes termos:

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

[...]

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. (BRASIL, 2019b).

As terminologias “fecundação”, “concepção” e “inseminação” geraram dúvidas entre os juristas. A questão foi pacificada através do Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil que determina que os termos devem ser interpretados como técnicas de reprodução humana assistida. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 27).

A “inseminação artificial” propriamente dita é uma técnica de reprodução humana assistida. Diferentemente da FIV, na qual a fecundação acontece *in vitro*, na inseminação artificial a fecundação acontece *in vivo*. Para isso, o gameta masculino é introduzido artificialmente, através de um cateter, no canal vaginal da mulher. Lá o gameta segue seu percurso e, se tudo der certo, a fecundação acontece naturalmente.

Convém mencionar que o Enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil determinou que as práticas de reprodução humana assistida mencionadas nos incisos II, IV e V do art. 1.597 do CC “deverão ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados ou a gestação de substituição.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 46). Seguindo, portanto, a interpretação restritiva do artigo, a possibilidade de presunção da filiação na reprodução *post mortem* de acordo com a legislação brasileira seria apenas no caso de falecimento do marido. Porém, como será demonstrado adiante, tal interpretação fere o princípio da igualdade.

Já as terminologias “homóloga” e “heteróloga” dizem respeito ao tipo de combinação dos gametas feminino e masculino utilizados na reprodução humana assistida. Dependendo do tipo de combinação de gametas é possível levantar

algumas questões controversas que merecem ser analisadas de maneira mais detalhada.

#### 4.1 Fertilização Homóloga x Fertilização Heteróloga

Como já mencionado no capítulo anterior, a FIV traz a possibilidade de que sejam feitas diversas combinações de materiais genéticos para a criação do embrião. Cada tipo de combinação possui uma denominação. O quadro abaixo facilitará o entendimento.

**Quadro 2 – Tipos de Fertilização**

Óvulo da mulher do casal + Sêmen do homem do casal	Fertilização homóloga
Óvulo da mulher do casal + Sêmen de terceiro, doador	Fertilização heteróloga unilateral <i>a patre</i>
Óvulo de terceira, doadora + Sêmen do homem do casal	Fertilização heteróloga unilateral <i>a matre</i>
Óvulo de terceira, doadora + Sêmen de terceiro, doador	Fertilização heteróloga bilateral

Fonte: elaborado pela autora.

Convém mencionar que na técnica de inseminação artificial apenas o material genético do homem poderá ser doado, tendo em vista que a fecundação ocorre em ambiente natural da mulher, com seu próprio material genético, mediante simples introdução do gameta masculino no canal vaginal. Portanto, na inseminação artificial apenas cabem as fertilizações homólogas e heteróloga unilateral *a patre*.

Analisando o texto dos incisos do art. 1.597 do Código Civil, o legislador tutelou as possibilidades de presunção de paternidade de filhos havidos a partir das técnicas de reprodução humana assistida da seguinte forma: nos casos de filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que após o falecimento do marido; havidos a qualquer tempo (ou seja, antes ou depois do falecimento do marido) quando utilizar-se embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga; e nos casos de filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido. (BRASIL, 2019b).

O Enunciado 105 da I jornada de direito civil tentou definir uma interpretação padrão para as terminologias utilizadas pelo legislador para tratar das técnicas, conforme mencionado no início deste capítulo, definindo que deveriam ser interpretadas como técnicas de reprodução humana assistida, ou seja, o gênero e não as espécies.

Porém, na justificativa do enunciado 257 proposto na III Jornada de Direito Civil, foi sugerido que a interpretação de tais termos deveria ser considerada restritivamente, a saber: as terminologias “fecundação artificial” e “concepção artificial” deveriam ser entendidas tanto como inseminação artificial, quanto como fecundação artificial (FIV); já a expressão “inseminação artificial” deveria ser interpretada como as técnicas que façam somente uso de sêmen, ou seja, não vislumbra a possibilidade de utilizar material de terceira doadora (mulher) no lugar do material genético da esposa. A razão deste posicionamento era a de que:

[...] a diferenciação foi proposital, de maneira a estabelecer presunção de filiação em hipótese de técnica de fertilização *in vitro* (vulgarmente denominada “bebê de proveta”) somente se esta for homóloga (com material fecundante próprio do casal); a presunção de filiação para os casos de uso de material fecundante oriundo de doador anônimo (heteróloga) somente será reconhecida pelo legislador civil na hipótese de inseminação artificial, não abrangendo o uso de óvulos doados nem a gestação de substituição. (MEIRELLES, 2005, p.360).

De acordo com a proposta do enunciado, portanto, só haveria possibilidade de inseminação heteróloga *a patre*, não abrangendo a possibilidade de utilização de material de terceira, doadora de óvulos, para que se originasse uma fertilização heteróloga *a matre*.

Porém, ao analisarmos logicamente a questão, é possível concluir que o objetivo do legislador era somente destacar a necessidade de consentimento prévio do marido nos casos de reprodução heteróloga *a patre* (o que não é necessário na reprodução homóloga, em razão da identidade genética), e não de excluir a possibilidade de uma reprodução heteróloga *a matre*. Na realidade, em razão do preceito “*mater semper certa est*” à época em que fora redigido o texto do artigo o legislador, muito provavelmente, sequer considerou a hipótese de uma doação de óvulos ou de gestação por substituição, já que são temas bem mais recentes na medicina reprodutiva do que a doação de sêmen, como visto no primeiro capítulo.

O Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil com a seguinte redação. *In verbis*:

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 46).

Conseqüentemente, ao invés de apenas focar na necessidade de consentimento do marido para a (presunção de paternidade) na reprodução heteróloga (que é o que neste trabalho acredita-se que tenha sido a intenção do legislador), a diretriz interpretativa do enunciado 257 acabou por excluir a possibilidade de fertilização heteróloga *a matre* pré e pós morte da tutela do ordenamento jurídico.

O art. 1.597 do CC foi alvo de críticas em sua totalidade nas jornadas de direito civil. Na I Jornada, inclusive, foram apresentadas interessantes propostas de modificação do artigo em questão, uma delas a fim de incluir a possibilidade de reprodução humana assistida heteróloga *a matre* e também a gestação por substituição no texto do artigo.

A proposta de alteração feita através do enunciado 128 da I Jornada de Direito Civil assevera a necessidade de permissão da gestação por substituição para que o marido tenha também o direito de gerar embriões excedentários formados de seu material genético e de sua esposa, em caso de falecimento desta, como a ela é garantido esse direito no inciso IV do artigo em questão. Eis o texto de parte da proposta, com apontamentos interessantes:

A título de exemplo, se a mulher ficar viúva, poderá, “a qualquer tempo”, gestar o embrião excedentário, assegurado o reconhecimento da paternidade, com as conseqüências legais pertinentes; **porém o marido não poderá valer-se dos mesmos embriões, para cuja formação contribuiu com o seu material genético, e gestá-lo em útero sub-rogado.** Como o dispositivo é vago e diz respeito apenas ao estabelecimento da paternidade, sendo o novo Código Civil omissivo quanto à maternidade, poder-se-ia indagar: se esse embrião vier a germinar um ser humano após a morte da mãe, ele terá a paternidade estabelecida e não a maternidade? Caso se pretenda afirmar que a maternidade será estabelecida pelo nascimento, como ocorre atualmente, a mãe será aquela que dará à luz, porém, neste caso, tampouco a paternidade poderá ser estabelecida, uma vez que a reprodução não seria homóloga. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2002, p.31, grifo nosso).

Baseado também na necessidade de observância do princípio da igualdade, o enunciado 129 também apresentou interessante proposta de alteração para acrescentar o art. 1.597 A. ao Código Civil com o seguinte texto e pela seguinte justificativa:

Art. 1.597-A. - “A maternidade será presumida pela gestação. Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de Reprodução Humana Assistida heteróloga”.

Justificativa: No momento em que o art. 1.597 autoriza que o homem infértil ou estéril se valha das técnicas de Reprodução Humana Assistida para suplantiar sua deficiência reprodutiva, não poderá o Código Civil deixar de prever idêntico tratamento às mulheres. O dispositivo dará guarida às mulheres que podem gestar, abrangendo quase todas as situações imagináveis, como as técnicas de Reprodução Humana Assistida homólogas e heterólogas, nas quais a gestação será levada a efeito pela mulher que será a mãe socioevolutiva da criança que vier a nascer. Pretende-se, também, assegurar à mulher que produz seus óvulos regularmente, mas não pode levar a termo uma gestação, o direito à maternidade, uma vez que apenas a gestação caberá à mãe sub-rogada. Contempla-se, igualmente, a mulher estéril que não pode levar a termo uma gestação. Essa mulher terá declarada sua maternidade em relação à criança nascida de gestação sub-rogada na qual o material genético feminino não provém de seu corpo. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 32).

Assim, percebe-se que mesmo após críticas e notado desrespeito ao princípio da igualdade, a interpretação final do artigo foi aquela que acabou por excluir a possibilidade de a mulher utilizar de doação de óvulos e estar sob a presunção que o artigo concede de concepção durante o casamento, além de tirar do marido a possibilidade de utilizar de embriões excedentários gerados através da junção de seu material genético e de sua esposa, após a morte desta, em razão da exclusão da cessão temporária de útero da interpretação do artigo.

Outro ponto interessante é que o inciso V do art. 1.597 apenas exige a autorização do marido para a realização de reprodução heteróloga, sem mencionar as expressões “a qualquer tempo” e “mesmo que falecido o marido” utilizadas nos incisos anteriores, que servem de abertura para a possibilidade de fertilização heteróloga *post mortem* do marido.

Assim, considerando que o marido tenha falecido e deixado seu consentimento, é possível argumentar pela permissão da reprodução heteróloga *post mortem*? Qual seria o intuito de se realizar reprodução heteróloga *a patre post mortem* sendo que, nesse caso, a presunção de paternidade faria com que o

falecido marido se tornasse “pai” de uma criança com a qual não possui nem identidade genética, nem relação socioafetiva? O questionamento direciona-se especificamente ao caso de falecimento do marido, pois é onde se aplica a presunção de paternidade do inciso V do art. 1.597 no Código Civil.

Questiona-se porque a paternidade, atualmente, é definida apenas por essas duas possibilidades: identidade genética (paternidade biológica) ou relação afetiva (paternidade socioafetiva). O único sentido de conceder essa paternidade que não será nem genética nem afetiva à criança seria com a finalidade de não deixá-la sem paternidade definida, em nome do melhor interesse da criança. A atenção a determinados princípios do direito se demonstra essencial para ponderar sobre questões da reprodução humana assistida *post mortem*, diante da escassa legislação sobre o tema.

Atrelado ao princípio do melhor interesse da criança é possível argumentar pela possibilidade jurídica da fertilização heteróloga *post mortem* através do art. 1609 do Código Civil que autoriza o reconhecimento de filhos por escritura pública ou particular arquivada em cartório, ou por testamento.

Enfim, se a parte da fertilização *post mortem* que é legislada já possui tantos questionamentos em aberto, é possível imaginar a imensidão de questionamentos que existem em consequência daquelas possibilidades científicas não regulamentadas por lei. Assim, com o intuito de levantar e analisar detalhadamente os entraves oriundos de cada desdobramento da fertilização *post mortem*, interessante que seja realizada uma análise de cada possibilidade de sua realização.

## **4.2 A Fertilização *Post Mortem* pela Morte do Marido**

A Fertilização *post mortem* pela morte do marido é o único tipo tutelado pelo ordenamento jurídico, no art. 1.597 do Código Civil, como fora apresentado no início deste capítulo. Ocorre que o tema foi legislado de maneira bem sucinta e superficial, fazendo com que pairassem muitas dúvidas a respeito do comando legal.

Além da problemática terminológica abordada no tópico anterior, o texto do referido artigo deixa dúvidas quanto a questões temporais. O inciso III estabelece a presunção de paternidade em caso de fecundação artificial homóloga mesmo após o

falecimento do marido. Nesse caso, o esperma encontrava-se congelado e fora utilizado *post mortem*.

Já o inciso IV aduz a presunção de paternidade “a qualquer tempo” para o caso de fertilização com embrião excedentário criopreservado decorrente de concepção artificial homóloga, ou seja, com material genético do marido e da mulher, após a morte do marido.

Afora as controversas consequências sucessórias em razão da possibilidade da fecundação *post mortem*, o não estabelecimento de um prazo para utilização do material genético criopreservado gerou inquietação doutrinária. Mais uma vez, através do enunciado 106 aprovado também na I Jornada de Direito Civil restou-se pacificado o seguinte entendimento:

106 – Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de Reprodução Humana 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. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2012, p. 27).

Portanto, se a mulher se casar novamente não poderá mais utilizar do material genético do falecido marido para reprodução humana assistida. A necessidade de autorização do marido falecido para a utilização do material genético *post mortem* está em harmonia com as exigências estabelecidas pelo CFM, já que as clínicas de reprodução humana assistida “são obrigadas a manter termos de consentimento livre e esclarecido, devendo ali estar contida a vontade expressa dos usuários para qualquer tomada de decisão, em vida ou *post mortem*.” (SÁ; NAVES, 2018, p. 166).

Alguns doutrinadores defendem que, para uma maior limitação desse tempo, a fim de reduzir a espera do direito para a regularização da situação da concepção *post mortem* e para reduzir os impactos da prática deve-se considerar, por analogia, o prazo de dois anos do parágrafo 4º do art. 1.800 do CC/2002<sup>14</sup> ou o prazo de três anos estabelecido pelo artigo 5º da Lei de Biossegurança<sup>15</sup>.

Em relação ao inciso V do art. 1.597 do CC/2002, não há menção de qualquer prazo que seja para a inseminação heteróloga, apenas exigindo-se prévia

---

<sup>14</sup> O prazo de dois anos desse artigo refere-se ao tempo que se esperará para que o filho ainda não concebido de pessoa indicada em testamento seja concebido.

<sup>15</sup> A lei de biossegurança possibilita que, desde que passados três anos do congelamento, possa-se utilizar de células tronco embrionárias de embriões criopreservados para fins de pesquisa e terapia.

autorização do marido para realização do procedimento para que haja a presunção da paternidade. Porém, questiona-se: é possível a realização de inseminação heteróloga *post mortem*?

Para melhor analisar a questão, importante voltar aos tipos de inseminação heteróloga: em se tratando de inseminação heteróloga *a matre* a esposa gestaria a criança que foi gerada com o material genético do marido e de terceira doadora, assim, haveria identidade genética entre o marido e a criança; na inseminação heteróloga *a patre* o material genético seria da esposa e de terceiro doador, nesse caso, o marido não possuiria identidade genética com a criança; e no caso de reprodução heteróloga bilateral nem o marido, nem a esposa, teriam identidade genética com a criança.

Através da análise dessa hipótese, retorna-se ao questionamento do tópico anterior, já que não haveria identidade genética, nem mesmo relação socioafetiva entre a criança nascida e o ex-marido da mãe. Porém, considerando-se o princípio do melhor interesse da criança o ideal é que seja garantido a ela o direito de ser registrada por aquele que, enquanto vivo, manifestou o interesse de assumir sua paternidade a qualquer tempo.

Assim, para a reprodução heteróloga *a patre post mortem*, havendo manifestação de vontade expressa do falecido marido, considera-se a possibilidade de que haja um terceiro modelo de paternidade abarcado pelo Código Civil: sem vinculação genética e nem mesmo convivência capaz de gerar relação socioafetiva (em razão da pré-morte do “pai”), apenas com o interesse de conceder à criança os direitos patrimoniais (tema que será abordado mais adiante) e o direito ao nome do pai.

No Brasil, no dia 20 de junho de 2011 nasceu Luiza Roberta, filha de Kátia e Roberto, gerada através de FIV realizada após a morte de Roberto. Roberto faleceu em decorrência de um melanoma grave no dia 12 de fevereiro de 2010 e após descobrir a doença resolveu realizar a criopreservação de seu sêmen em razão do risco de esterilidade provado pela quimioterapia.

Após a morte do marido Kátia procurou a clínica onde o material de seu falecido marido encontrava-se preservado e foi surpreendida com a notícia de que não tinha permissão para utilizar, de qualquer maneira que fosse, o sêmen de Roberto. A partir daí iniciou uma batalha judicial requerendo o direito de utilizar o material para gerar uma filha do casal. Kátia dizia que o marido tinha o desejo de lhe

dar um filho e que durante o tratamento do câncer se queixava constantemente de não ter tido essa oportunidade.

Com decisão judicial favorável Kátia realizou primeiro a inseminação artificial e sem sucesso procedeu à FIV, obtendo sucesso na segunda tentativa. A justificativa dada por ela para decidir ter um filho do seu ex-marido após a morte dele era a incrível conexão que os dois tinham e a felicidade que compartilhavam no relacionamento. Kátia alega que antes do marido falecer prometeu à ele que ainda teria um filho fruto do amor deles. Em entrevista, ela conta com suas próprias palavras:

Exatamente um ano após a descoberta da doença, no dia 12 de fevereiro de 2010, o Beto morreu. Perdi meu chão, minha base... tudo. A única força que eu tinha era aquele sêmen guardado na clínica de fertilização e foi naquilo que eu me agarrei para seguir em frente e continuar a viver. [...]  
A Luiza mudou minha vida em todos os aspectos. Minha cabeça é totalmente voltada para ela. Acredito que os filhos são a continuação da gente, da nossa genética, da nossa alma, Estou até escrevendo um livro contando toda a nossa história que se chamará Luiza, Uma Promessa de Vida. (EU, 2018).

Percebe-se, portanto, que embora poucas pessoas tenham ciência, a prática da fertilização após a morte do marido é uma realidade na sociedade. A necessidade de se recorrer à justiça mesmo havendo permissão pelo Código Civil para a realização da técnica justifica-se pela controvérsia existente com relação à propriedade do material genético criopreservado, bem como pela ausência de manifestação de vontade específica de seu proprietário a respeito do destino do material após a sua morte. Tais questões serão tratadas em capítulos específicos.

#### **4.3 Fertilização *Post Mortem* pela Morte da Esposa**

Como já mencionado, de acordo com as diretrizes do enunciado 258 da I Jornada De Direito Civil a prática de gestação por substituição pós-morte não fora abarcada pelo texto do art. 1.597, pois o artigo trata apenas da presunção de paternidade, já que o Código Civil foi escrito com base no princípio do direito romano de que “*mater semper certa est*” que fazia todo o sentido antes de a gestação por substituição se tornar cientificamente possível.

Além disso, na época em que o Código Civil estava sendo produzido pouco se falava em gestação de substituição. Na época de sua promulgação a Resolução

do CFM que tratava da questão da gestação por substituição em vigor era a 1358/92 que, como visto, em apenas dois parágrafos mal regulamentava a prática. Acrescente-se ainda a possibilidade de que o legislador não se prestou ao desgaste de encarar uma questão tão polêmica e ainda tão pouco solicitada pela população, limitando-se a mencionar na lei somente a reprodução humana assistida em caso de falecimento do marido, considerando que a esposa viva ainda poderia gerar.

Voltando à questão, em se tratando da possibilidade do falecimento da mulher e, a partir disso, o marido buscar a realização do planejamento familiar que tinha com a esposa através da reprodução humana assistida, seja através da reprodução homóloga ou heteróloga, ou mesmo em caso de casal homossexual masculino, ou feminino sendo que a parceira sobrevivente não seja capaz de gerar, seria necessário uma mulher disposta a gerar a criança, através da prática da gestação por substituição.

Nesse caso, se a pessoa escolhida para gerar estiver dentro dos padrões pré-determinados pelo CFM - ou seja, ser parente até o 4º grau de um dos membros do casal (que é o principal ponto das limitações impostas), ou que, mesmo não sendo parente, aceite gerar a criança sem ser remunerada por isso (mediante autorização do CRM) – a problemática giraria apenas em torno da possibilidade da realização dessa prática *post mortem*.

Porém, caso não exista nenhuma mulher que se enquadre nas limitações estabelecidas pelo CFM para gerar, será necessário enfrentar tanto a problemática das barreiras imposta pela Resolução 2168/2017 para a contratação de uma gestante de substituição que exija remuneração, bem como o impasse da utilização do material genético da falecida parceira, ou mesmo de embrião criopreservado, cuja fertilização tenha sido realizada com os materiais genéticos do casal.

Aqui é possível que se levante ainda uma terceira questão problemática para a gestação por substituição *post mortem*: o caso da fertilização ser heteróloga a *matre*. Trata-se da mesma questão levantada no tópico anterior, no caso de falecimento do marido. Porém, diferentemente do caso anterior, aqui não há legislação ou enunciado capaz de direcionar o entendimento da questão.

Desta forma, como nem mesmo a prática de fertilização *post mortem* pelo falecimento da esposa é legislada e o entendimento do enunciado 258 da I jornada de direito civil veda à analogia ao caso de falecimento do marido em razão das

diferenças de cada caso, o que ocorre é um amontoado de questionamentos que vão surgindo um a um, sobre de cada questão em aberto.

Importante observar que o enunciado 258 foi publicado em 2003, na mesma época em que o Código Civil entrou em vigor e portando, nas mesmas circunstâncias do código. Naquela época a gestação por substituição não era tão viável e procurada como é atualmente. Nos moldes atuais da prática o impedimento à equiparação às possibilidades de fertilização *post mortem* pela morte do marido (nos termos do art. 1.597 do CC) pode ser considerado afronta ao princípio da igualdade.

Conforme demonstrado no tópico 3.1, tal afronta ao princípio da igualdade fora questionada na Jornada de Direito Civil cujo entendimento apontou para a necessidade de retirada ou de reforma do art. 1597, ou mesmo pelo acréscimo do art. 1.597 A. cujo texto indicaria a permissão da prática de cessão temporária de útero como forma de viabilizar a fertilização após a morte da esposa.

Nesse sentido, entende-se que o maior impedimento para a tratativa da questão por parte do legislador do Código Civil fora a necessidade de uma anterior regulamentação da gestão por substituição. Porém, considerando que a realização da prática se daria dentro dos moldes da Resolução 2168/2018 do CFM, não há razão jurídica para que se proíba a prática da fertilização *post mortem* pela morte da esposa, sob argumento de equiparação ao caso de morte do marido e atenção ao princípio da igualdade.

#### **4.4 Fertilização *Post Mortem* pela Morte do Casal ou de Pessoa Solteira**

As fertilizações *post mortem* com material genético de casal falecido ou de pessoa solteira falecida normalmente são requeridas pelos ascendentes (pai, mãe, avó ou avô) que buscam na medicina reprodutiva uma maneira de prolongar a existência dos filhos através da descendência genética.

No ano de 2013, em Israel, duas histórias se cruzaram: de um lado Liat, uma mulher de 35 anos com o desejo de ser mãe e de outro Julia e Vlad, um casal que havia perdido o filho em 2008 e buscavam uma chance de inseminar o sêmen criopreservado de seu filho e realizarem o desejo de ter um neto.

Liat desejava ser mãe e em razão de sua idade preocupava-se que a espera por um parceiro ideal fizesse do seu sonho algo impossível. Um dia, lendo notícias

sobre pais que procuravam mulheres dispostas a gerarem um neto com material de seus falecidos filhos. Ihe ocorreu a ideia de que assim poderia realizar seu sonho de ser mãe e ainda dar ao seu filho a chance de conviver com a família do pai, além de ajudá-los a realizar o sonho de terem um neto. Percebeu que parecia uma oportunidade melhor do que optar por utilizar de material genético de doador, caso em que a criança não teria conhecimento de sua origem paterna.

Liat resolveu procurar o advogado de Julia e Vlad, o que proporcionou o encontro dos três. O filho do casal, chamado Baruch faleceu aos 25 anos em decorrência de um câncer. Como sempre sonhou em ser pai, antes de realizar o tratamento procedeu ao congelamento de seu sêmen em razão do risco de esterilidade provocado pela quimioterapia. O advogado de Baruch elaborou um testamento biológico no qual ele manifestava a vontade de ser pai mesmo após a sua morte, o que deu aos seus pais amparo legal para a utilização de seu material genético.

Os três celebraram contrato dando à Liat o direito de utilizar o sêmen de Baruch, bem como resguardando o direito de Julia e Vlad de conhecerem e terem contato com o futuro neto. A relação não envolvia nenhuma contraprestação financeira.

Após duas tentativas de fertilização *in vitro* Liat engravidou de uma menina que em 01 de dezembro de 2015 nasceu saudável e muito parecida com o pai, falecido sete anos antes de seu nascimento e foi chamada de Shira. Liat alegou que em determinados momentos se sentiu insegura com o fato de a filha não ter pai, mas refletiu no sentido de que existem diversos tipos de famílias e que a delas é mais uma entre tantas. (MCDERMOTT, 2019).

No caso acima retratado não houve a necessidade de gestação por substituição, nem ficou caracterizada a doação sigilosa de gametas, embora envolvesse a utilização do material genético de pessoa solteira falecida, em razão das peculiaridades do caso.

Já em outro caso na Índia uma mulher de 49 anos conseguiu permissão para fertilizar *in vitro* sêmen criopreservado de seu filho falecido em decorrência de câncer em óvulos de doadora anônima e realizar a implantação do embrião em um gestante de substituição. Da técnica nasceram duas crianças gêmeas, um menino e uma menina, no dia 12 de fevereiro de 2019, três anos após o falecimento do pai biológico.

A avó das crianças, responsável por requerer o procedimento alegou que “se recusou a prolongar o luto e, em vez disso, usou o sêmen do filho para “revivê-lo” em um neto - no caso, vieram dois.” (MULHER..., 2018).

Na China, uma criança nasceu através de barriga de aluguel quatro anos após o falecimento de seus pais. O casal havia congelado embriões para posterior implantação, porém, faleceram em um acidente de carro antes de conseguirem realizar seu planejamento familiar.

Os avós da criança conseguiram na justiça o direito de utilizar os embriões em uma barriga de aluguel e realizaram o procedimento no Laos, onde a barriga de aluguel é permitida por lei. Da prática nasceu um menino chama Tiantian, em dezembro de 2017. (BEBÊ..., 2018).

Até aqui foi possível constatar que a prática de fertilização após a morte de casal ou de pessoa solteira demanda uma combinação de técnicas de reprodução humana assistida e, com exceção do primeiro caso, todos necessitam da combinação da fertilização *in vitro* com a gestação por substituição. Além disso, sempre surge o questionamento a respeito da manifestação de vontade do falecido dono do material genético no sentido de conceder a terceiros o direito de utilizar deste material após a sua morte.

Diferentemente da fertilização após o falecimento do marido ou da esposa, aqui não se questiona o direito do cônjuge sobrevivente ao uso do material genético do(a) companheiro(a) a fim de concretizar o planejamento familiar por eles realizado. Nos casos expostos acima ficou claro que o intuito dos avós em requerer o direito de utilizar o material genético do filho falecido é uma forma de perpetuar a existência do filho através de sua descendência genética. Podem ainda ser apontados como causa desses pedidos o interesse em garantir herdeiros do patrimônio familiar.

No caso do jovem Baruch, toda a utilização *post mortem* de seu material genético fora realizada não somente com base na vontade dos pais dele, mas também – e principalmente - levando em consideração o desejo do jovem manifesto em vida. Já no caso das gêmeas nascidas de fertilização *post mortem* realizada com material genético do filho da mulher indiana não houve, em nenhum momento, informação a respeito da vontade do titular dos gametas, enquanto em vida, sobre o destino a ser dado a tais elementos. De acordo com os fatos constantes na notícia a utilização deste material foi motivada pelo desejo da mãe de perpetuar a existência de seu filho.

Porém, convém mencionar que tendo por base a fundamentação constante nesta pesquisa a respeito do consentimento da pessoa falecida sobre o uso de seus gametas após sua morte, tal utilização baseada exclusivamente na vontade dos pais da pessoa falecida (avós da criança a ser gerada) pode ser considerada pode ser considerada ilegítima, conforme será demonstrado no capítulo 6.

Ademais, para os casos de fertilização *post mortem* de casal ou de pessoa solteira, com garantia da proteção dos direitos e interesses da criança que irá nascer e que certamente será criada pelos avós - embora carreguem os genes e o nome do pai e/ou da mãe falecida - desde que haja manifestação de vontade da pessoa falecida, a questão pode ser argumentada com base no princípio da autonomia privada, defendendo o cumprimento da manifestação de vontade daquele que faleceu e em razão do interesse dos sobreviventes interessados em cumprir essa vontade póstuma.

No momento da decisão de utilizar o material genético de pessoa solteira ou casal falecido para fertilização *post mortem* é importante que seja providenciado documento que especifique que embora a paternidade ou maternidade genética conste como da pessoa falecida o requerente deve se comprometer a criação da criança que irá nascer, fazendo o papel de pai/mãe com todos os deveres inerentes à autoridade familiar, sendo uma espécie de tutor, mas que na realidade acabará sendo identificado pela criança como uma figura paterna ou materna.

#### **4.5 Reflexos Patrimoniais da Fertilização *Post Mortem***

Com o advento do Código Civil de 2002 e a sua entrada em vigor, diversos questionamentos surgiram a respeito do conteúdo do art. 1597. Além dos questionamentos que já foram aqui levantados, outra questão gerou inquietação aos juristas e doutrinadores do Direito: os efeitos patrimoniais de uma fertilização *post mortem*.

Um herdeiro nascido e gerado após a morte do autor da herança levanta o seguinte questionamento: como e quando deverá ser feita a partilha da herança no caso de a pessoa falecida ter deixado material genético criopreservado? Ou ainda, tendo a criança sido gerada após a partilha dos bens do espólio, quais seriam as consequências ao patrimônio já partilhado?

Na III Jornada de Direito Civil (2005) a questão foi enfrentada sob diversas perspectivas, tendo havido, inclusive, apresentação de vários enunciados para aprovação. Em uma proposta de enunciado apresentada por Gustavo Tepedino e Heloiza Helena Barbosa a sugestão foi uma “aplicação do prazo prescricional geral para a eventual petição de herança, a ser suspenso na forma da lei, até que venha a ser editada legislação específica sobre o assunto.” (TEPEDINO; BARBOSA, 2005, p. 359). Nessa proposta, o prazo prescricional seria de 10 anos, de acordo com o que vinha decidindo o STJ à época nos casos de petição de herança. O prazo seria interrompido com o nascimento com vida da criança.

Não fora mencionado sobre como deveria ser realizada a partilha no caso de o falecido haver deixado embrião ou material genético criopreservado. Nesse caso, ou deveria a partilha ser realizada normalmente para que depois, em caso de nascimento da criança, os bens e os frutos fossem novamente partilhados ou se o quinhão que pertenceria ao futuro herdeiro deveria ficar resguardado no período do prazo prescricional para que depois, não havendo nascimento do novo herdeiro, fosse realizada sobrepartilha. Na primeira hipótese haveria o risco de perda dos bens com o decurso do tempo, de maneira que até o nascimento da criança não houvesse mais o que dividir com ela.

Já a proposta de enunciado apresentada por Renato Luís Benucci defendia que a previsão do art 1.798 do CC de legitimação “estende-se também aos filhos ainda não concebidos quando da morte do autor da herança em caso de inseminação artificial homóloga, devendo a hipótese ser tratada como prole eventual de terceiro.”. (BENUCCI, 2005, p. 392). O doutrinador acrescentou na justificativa do enunciado que, desta forma, haveria cumulação dos art. 1.798, I e 1.800, parágrafo quarto, de maneira que ficaria resguardada a possibilidade de contemplar um futuro filho, a ser concebido *post mortem*, em testamento, ficando resguardado seu direito de receber a herança caso a concepção ocorresse até dois anos após a morte do autor da herança.

Nessa proposta, portanto, o filho concebido *post mortem* só teria seu direito de herdar assegurado nos dois anos subsequentes à morte do autor da herança e ainda caso ele deixasse testamento atestando essa possibilidade, com consequente necessidade de especificação do quinhão ou dos bens a serem herdados.

Em contraposição, Mário Luiz Delgado Régis defendeu o entendimento de que o art. 1.798 excluiu os embriões criopreservados e os filhos havidos após a

morte do autor da herança através de inseminação artificial do rol daqueles que são legitimados a suceder, não havendo possibilidade de questionamento de violação ao princípio da igualdade dos filhos dada a diversidade de situações. (RÉGIS, 2005, p. 393). Para o jurista, não se pode equiparar um embrião criopreservado a um nascituro. Na justificativa da proposta ele enfatiza o seguinte:

O legislador estabeleceu, assim, que só teriam legitimação para suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. O herdeiro, até por imperativo lógico, precisa existir quando morre o hereditando, tem de sobreviver ao falecido. Trata-se de princípio adotado na generalidade das legislações (cf. Código Civil francês, art. 906; Código Civil italiano, art. 462, al. 1; Código Civil português, art. 2.033.1). [...]

No caso, a solução que propugnamos parte do pressuposto de que o embrião só pode ser tratado como vida humana, a merecer a adequada proteção do Estado, depois de fixado no útero materno. Antes disso, teremos apenas uma célula fora do corpo da mulher, que jamais pode ser equiparada ao conceptus referido no Código Civil. Com muito mais razão em se tratando de material fecundante mantido em congelamento.

O art. 1.798 só pode ser interpretado em consonância com o art. 2º e, ao se referir às pessoas já concebidas, está fazendo alusão ao nascituro, como ressalva o Prof. Eduardo de Oliveira Leite: A nova disposição não abre espaço a qualquer dúvida: os nascituros e os nascidos no momento da abertura da sucessão podem ser chamados a ambas as espécies de sucessão (...). No mesmo sentido a doutrina de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem, na condição de pessoas concebidas, estão apenas duas classes médicolegais: o feto e o feto nascente.

Ora, nascituro é aquele que está por nascer, sua existência é intra-uterina (pars viscerum matris), no ventre materno (no uterus), adstrita a esta contingência até que dele separe.

O conceito de nascituro não pode ser estendido ao embrião in vitro, conforme se depreende das abalizadas lições de Silmara J. A. Chinelato e Almeida: (...) na fecundação in vitro, não se poderá falar em nascituro enquanto o ovo (óvulo fertilizado in vitro) não tiver sido implantado na futura mãe, impondo-se, pois, o conceito de nascituro sempre e apenas quando haja gravidez, seja ela resultado de fecundação in anima nobile (obtida naturalmente ou por inseminação artificial), seja de fecundação in vitro. Pela mesma razão não se poderá reputar nascituro o embrião congelado, com finalidade de implantação futura no útero materno, conforme técnicas de Reprodução Humana Assistida. (RÉGIS, 2005, p. 393-396).

De acordo com a proposta desse enunciado, portanto, não haveria possibilidade de que o filho concebido *post mortem* fosse legitimado a herdar bens do pai falecido, não podendo ser proposta petição de herança, nem mesmo ser contemplado em testamento, como defendia a proposta anterior. O autor deste enunciado acrescentou ainda que o mesmo entendimento se estenderia ao caso de reprodução *post mortem* da mãe, caso em que seria necessário barriga de aluguel para viabilizar o feito.

O doutrinador Guilherme Calmon Nogueira da Gama segue pela mesma linha de pensamento ao afirmar que em se tratando de reprodução humana assistida *post mortem* com a utilização de material genético do marido ou companheiro que tenha falecido, “deve-se considerar o estabelecimento da paternidade com atribuição do nome de família à criança, mas sem qualquer efeito patrimonial relativamente ao espólio ou aos herdeiros do de cujus.” (GAMA, 2003, p.1.015).

Á propósito, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 1.000) argumenta pela impossibilidade de se permitir a reprodução humana assistida *post mortem* no estado atual do direito brasileiro, levando em consideração o princípio da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, entendimento contrário ao deste trabalho, o qual fora extraído da interpretação destes mesmos princípios.

Embora assim entenda o autor, considerando que o Código Civil reconheceu a admissibilidade da reprodução humana assistida *post mortem* no art. 1.597, afirma que a questão sucessória da criança gerada a partir dessa técnica deve ser enfrentada e através de uma proposta de enunciado apresentada na III Jornada de Direito Civil defendeu que:

A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões já formados e àqueles a se formar, devendo abranger, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer, cuja pretensão inerente à petição de herança será deduzida no prazo prescricional de dez anos, a contar do falecimento do autor da sucessão. (GAMA, 2005, p. 399).

Assim, por equiparação, tratou da questão da mesma forma que o Código Civil trata da necessidade de reconhecimento de filiação posterior à morte daquele que seria o pai (ou a mãe) e da partilha dos bens, na qual há a necessidade de petição de herança, amparada por lei, sujeita ao prazo prescricional de 10 anos, a contar da data do falecimento do autor da herança.

Por fim, a última proposta de enunciado tratando do assunto defendeu que a interpretação normativa adequada a respeito da capacidade sucessória do descendente concebido após a morte do autor da herança é a de que “o art. 1.799, I, do Código Civil não permite ao testador indicar futuros ou atuais embriões, formados a partir do seu material fecundante, como possíveis herdeiros testamentários ou legatários.” (GAMA, 2005, p. 401). Tal proposta de enunciado foi justificada sob o seguinte argumento:

A hipótese em tela – relativa aos filhos de pessoa determinada e existente à época da abertura da sucessão – não autoriza ao testador indicar futuros ou atuais embriões formados a partir de seu material fecundante como possíveis herdeiros testamentários ou legatários. Em outras palavras: não pode o testador indicar sua própria prole eventual no contexto do art. 1.799, inc. I, do Código Civil em vigor, considerando a imposição legal a respeito da existência da pessoa indicada no momento da abertura da sucessão. (GAMA, 2005a, p. 402).

Assim sendo, a argumentação baseia-se no fato de que o art. 1.799, inciso I, contempla a possibilidade de o testador beneficiar prole eventual de determinada pessoa, sendo, portanto, a pessoa que poderá gerar o herdeiro aquela a quem o testador deve se referir e não ao embrião em si.

Após apresentação de todas as propostas, o texto final do enunciado referente à diretriz interpretativa do art. 1.798 foi o de n.º 267, com a seguinte redação:

267 – Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2005, p. 47).

Mesmo após tantas propostas, a diretriz interpretativa ainda não foi clara com relação ao seu objetivo final. Ao mencionar que a regra do art. 1.798 deve ser estendida aos “embriões” formados mediante o uso das técnicas de reprodução assistida, acaba por excluir as RHA realizadas através de inseminação artificial.

Além disso, em uma das propostas de enunciado apresentada fora levantada questão a respeito da expressão “nascidos ou já concebidos” constante no art. 1.798, tendo sido argumentado que em razão desta expressão apenas os embriões já formados no momento da abertura da sucessão estariam legitimados à suceder, excluindo da sucessão, portanto, os embriões gerados por FIV após o falecimento do dono do material genético que fora deixado em estado de criopreservação.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> “Eduardo de Oliveira Leite, a seu turno, distingue duas situações: a) a do embrião concebido in vitro, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (atualmente, pode-se acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante. Para o autor, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária, pois já houve concepção, ao passo que, na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão.” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2005, p. 400).

Considerando que o enunciado 267 guarde, de fato, tal diretriz interpretativa, caso o marido, a mulher, o casal ou mesmo a pessoa solteira (nesse caso, utilizando material de doador) deixe embrião criopreservado que seja utilizado em reprodução humana assistida *post mortem*, o direito á herança do descendente gerado ficará resguardado pelo prazo prescricional legal.

O problema que surge a partir desse entendimento é a exclusão do descendente gerado *post mortem* através de FIV ou inseminação artificial que utilize sêmen ou óvulo criopreservado do autor da herança.

De fato, uma interpretação não-extensiva do texto do art. 1.798 do Código Civil exclui da sucessão legítima os filhos nascidos *post mortem* através da utilização de sêmen ou óvulo criopreservado, já que não se identificam com a característica de ser “nascido ou concebido antes da abertura da sucessão”. Porém, o art. 1.799 permite que sejam chamados à suceder na sucessão testamentária “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão” (BRASIL, 2019b).

Uma das propostas de enunciado apresentada na III Jornada de Direito Civil sugeria a aplicação desse mesmo entendimento ao caso da reprodução *post mortem* de filho do testador, de maneira que se abriria a prerrogativa de que, ao decidir criopreservar seu material genético a pessoa poderia também providenciar testamento contemplando sua prole eventual *post mortem*, resguardando o direito do provável futuro herdeiro pelo prazo de dois anos, conforme inteligência do parágrafo 4º do art. 1.800, podendo, ainda, decidir o destino dos bens caso a concepção *post mortem* não ocorra dentro do prazo legal.

Outra proposta de enunciado criticava a possibilidade de que, por analogia, se estendesse o entendimento do inciso I do art. 1.798 a futuros ou atuais embriões gerados com o material genético do testador, sob a justificativa de que a permissão de tal artigo recai sob a pessoa que gerará a prole e não sob a prole em si. De fato a intenção do legislador era permitir que o testador contemplasse com a herança o filho de determinada pessoa. Assim sendo, por qual razão o testador não poderia contemplar seu próprio filho com sua herança? Desta forma, estaria mantido o objetivo da norma: beneficiar determinada pessoa em razão de ser filho daquele a quem o testador nomeou.

A partir de tal raciocínio entende-se perfeitamente possível a aplicação da permissão de tal norma ao caso da RHA *post mortem* realizada através da utilização de gametas criopreservados.

## 5 A NATUREZA JURÍDICA E A “PROPRIEDADE” DO MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO

A separação de determinadas partes do corpo humano vivo é prática comum na medicina. Diversas são as causas que levam a tal consequência. Muitas vezes a necessidade de retirada de determinado órgão ou tecido representa, paradoxalmente, a própria proteção do indivíduo. Outras vezes, representa a proteção da vida de outro indivíduo, como no caso da doação.

O direito à integridade física é um direito da personalidade tutelado pelo ordenamento jurídico, diretamente atrelado à dignidade humana. Deste modo, qualquer intervenção na constituição física do ser humano deve ser realizada de modo a não causar danos irreversíveis, ou, se o dano for inevitável, que seja feito em prol da preservação da vida. Para tanto, a Lei n.º 10.211 de 2001, atrelada aos princípios da Bioética<sup>17</sup>, apresentam condições para a retirada de órgãos e tecidos humanos.

Dentre as condições impostas para a disposição de parte do corpo em vida está a de que os fins sejam terapêuticos ou de transplante e que se tratem de:

[...] órgãos duplos, parte de órgão, tecidos ou parte do corpo cuja retirada não impeça o organismo doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não apresente graves comprometimentos de suas aptidões vitais não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora. (BRASIL, 1997).

Diante de tal imposição, entende-se proibida no Brasil a comercialização de órgãos e tecidos, o que inclui gametas masculinos e femininos. Por essa razão, a Resolução 2168/2017 do CFM veda a comercialização de gametas ou embriões.

Inobstante previsão legal de retirada de órgãos e tecidos em vida, seja para doação e transplante, seja para proteção do próprio indivíduo, a legislação não define o tratamento e proteção das partes destacadas do corpo humano. A título de

---

<sup>17</sup> São princípios da Bioética a beneficência, não-maleficência, autonomia, justiça e responsabilidade. A beneficência é o dever do profissional de saúde de beneficiar o ser pesquisado. A não-maleficência diz respeito ao dever do profissional de não prejudicar, abster-se de procedimentos duvidosos. A autonomia representa o dever de respeitar a capacidade de decisão do outro; aceitar o autogoverno do ser humano. A justiça significa o dever médico de alcançar o melhor fim através dos meios menos “sacrificantes”, tanto no sentido financeiro, quanto no sentido social, emocional e físico. Por fim, o princípio da responsabilidade refere-se à consciência ética e à cautela no desenvolvimento da biotecnologia e a responsabilização por abusos e desrespeito aos limites da pesquisa. (NAVES; SÁ, 2018).

ilustração, o caso Moore, nos Estados Unidos e o caso Glória Trevi, no Brasil, representam algumas das consequências da ausência de proteção jurídica das partes destacadas do corpo humano vivo em relação ao seu titular.

### 5.1 O Caso Jhon Moore

Em 1989, nos Estados Unidos, no estado da Califórnia, emergiu um caso que levou à justiça americana uma discussão a respeito do direito de propriedade sobre tecidos e partes do corpo humano. O caso passou pela Corte da Califórnia, foi revisado pela California Court of Appeals (Corte de Apelações, em tradução literal) e chegou até a Suprema Corte da Califórnia.

Em 1976 o americano John Moore foi diagnosticado com um tipo raro de leucemia. Procurou o UCLA Medical Center, um hospital localizado no campus da Universidade da Califórnia, onde foi atendido pelo Dr. David W. Golde que recomendou que Moore deveria retirar o baço e que esse era o único tratamento conhecido para essa doença. Moore concordou, assinou termo de consentimento sobre a retirada de seu órgão e foi submetido à cirurgia. Após a recuperação da cirurgia, percebeu-se que seu estado clínico estava estabilizado.

Porém, a pedido do Dr. Golde, nos sete anos seguintes, Moore viajava para o UCLA Medical Center para colher amostra de sangue, pele, medula óssea e esperma com base na justificativa de que “tais visitas eram necessárias e requisitadas pela saúde e bem estar do paciente e baseadas na confiança inerente à relação médico-paciente.”<sup>18</sup> (SUPREMA CORTE DA CALIFÓRNIA, 1990, tradução nossa).

Numa dessas visitas ao centro médico da Universidade da Califórnia, Moore recebeu outro formulário de consentimento para assinar, com o pedido de utilização de seu sangue para fins de pesquisas. No texto do termo de consentimento havia a opção de “conceder” ou “não conceder” voluntariamente “... para a Universidade da Califórnia todo e qualquer direito que eu, ou meus herdeiros, possamos vir a ter em

---

<sup>18</sup> “such visits were necessary and required for his health and well-being, and based upon the trust inherent in and by virtue of the physician-patient relationship.”

qualquer célula ou potencial produto que possam ser desenvolvidos através de meu sangue e/ou medula óssea.”<sup>19</sup> (DORNEY, 1990, p. 340, tradução nossa).

Estranhando a situação, Moore marcou a opção “não conceder” e procurou um advogado para solucionar a questão. Moore descobriu que desde o diagnóstico de seu câncer o Dr. Golde estava ciente de que seu sangue possuía componentes de grande valor comercial e científico e que o acesso a esse tipo de paciente traria para ele grandes vantagens comerciais e científicas.<sup>20</sup> (SUPREMA CORTE DA CALIFÓRNIA, 1990).

Além disso, Moore descobriu que após a retirada de seu baço Dr. Golde ordenou a retirada de amostras do tecido para estudo das células antes de sua destruição. A partir dessas células, Dr. Golde e sua assistente pesquisadora, Shirley Quan, receberam a patente da “linhagem de células Mo” e dessa patente foram desenvolvidos diversos produtos da “linhagem celular de Mo”. A patente proporcionou para Dr. Golde ações do Instituto de Genética, serviços de consultoria e um pagamento de salário advindo do dinheiro que a universidade arrecadou com a patente.

Indignado com a situação, Moore alegou juridicamente que o Dr. Golde realizou apropriação indébita do tecido extraído de seu baço, que era de sua propriedade e, portanto, não poderia ter sido utilizado por Golde sem sua permissão. Moore perdeu em primeira instância, recorreu e ganhou na segunda instância, nos seguintes termos:

Em primeira instância, a Justiça norte-americana deu razão a UCLA, entendendo que não havia qualquer ressalva no consentimento dado por Moore, baseando-se sua decisão nos documentos assinados pelo paciente e que permitiam a realização de intervenções médicas num hospital universitário de pesquisa. Assim, numa interpretação ultra-extensiva, entenderam que as autorizações genéricas teriam o condão de autorizar qualquer procedimento. Ainda, destacaram que Moore teria se beneficiado com o tratamento gratuito e auxiliado nas pesquisas.

No segundo nível, um Tribunal de Apelações, por maioria, inverteu a decisão, dando razão a Moore. A opinião majoritária foi a de que o tecido humano, removido cirurgicamente, era propriedade privada corpórea do

---

<sup>19</sup> “...to the University of California any and all rights I, or my heirs, may have in any cell-line or any other potential product which might be developed from the blood and/or bone marrow obtained from me.”

<sup>20</sup> After hospitalizing Moore and “withdr[awing] extensive amounts of blood, bone marrow aspirate, and other bodily substances,” Golde confirmed that diagnosis. At this time all defendants, including Golde, were aware that “certain blood products and blood components were of great value in a number of commercial and scientific efforts” and that access to a patient whose blood contained these substances would provide “competitive, commercial, and scientific advantages.” (SUPREMA CORTE DA CALIFÓRNIA, 1990).

paciente. Deste modo, para que o médico pudesse utilizar-se do material genético, teria de obter o consentimento expresso de Moore. Concluíram que a utilização de seu tecido pela Universidade constituía uma apropriação indébita. (MYSZCZUK; MEIRELLES, 2008, p. 346-347).

Na Suprema Corte da Califórnia o caso teve uma reviravolta. Na opinião da Suprema Corte o ponto fundamental a ser discutido no caso Moore era sobre se a pessoa de quem o material genético é retirado tem ou não o direito de ser informada sobre qual será a utilidade dada ao tecido ou se serão descartados<sup>21</sup>. Porém, a mudança de foco na fundamentação da decisão tinha um objetivo específico.

O Direito de Propriedade sobre os tecidos garantidos na decisão da Corte de Apelações geraria impacto sobre as pesquisas em razão da restrição das matérias-primas utilizadas nas pesquisas, fazendo com que o cientista tivesse que buscar a origem de cada material utilizado nas pesquisas. “o Tribunal entendeu que Moore não era titular do material genético utilizado pelo médico, pois este havia sido retirado do paciente e descartado, vale dizer, tornou-se *res nullius*.” (MYSZCZUK; MEIRELLES, 2008, p. 345).

Além dessa problemática, a Suprema Corte temia que conceder o direito de propriedade de células e tecidos àquele de quem fora retirada abriria questões de difíceis respostas a respeito da responsabilidade do “dono” do tecido por danos causados àqueles que foram lesados pela sua utilização<sup>22</sup>. A Suprema Corte acrescentou que Moore poderia acionar o Dr. Golde juridicamente pelo dever de tê-lo informado que suas intenções com a cirurgia de retirada de seu baço eram mais do que medicinais, mas também pessoais.

Diante de toda a situação do caso Moore é possível tirar algumas conclusões. Enquanto parte do todo, os tecidos humanos são protegidos pelo direito à integridade física em razão da proteção que se dá a pessoa em si e pela impossível desvinculação à pessoa do corpo humano com vida. Fora da unidade do corpo humano, tais tecidos encontram-se carentes de proteção e definição jurídica de sua natureza.

Considerar que o baço de Moore era “coisa”, “bem” de sua propriedade geraria grandes impactos no mercado farmacêutico e nas pesquisas que são

---

<sup>21</sup> “The opinion of the Supreme Court demonstrates, however, that the fundamental issue in the Moore case is whether a person has the right to be informed of how tissues that are removed from his or her body will be used and disposed of.” (DORNEY, 1990, p. 342).

<sup>22</sup> Finally, treating the human body as property opens up difficult and largely unanswered questions regarding the nature of the liability of the “owner” of tissue to individuals who are injured by defects in that tissue. (DORNEY, 1990, p. 349).

responsáveis por descobrir medicamentos capazes de salvar vidas ou promover uma vida com maior dignidade aos necessitados.

Por fim, a não consideração da propriedade do material genético de Moore para si mesmo fez com que se sentisse claramente lesado pela utilização de algo que, ao seu ver, lhe pertencia, por terceiro que através desse material, obteve vantagem financeira.

## **5.2 O Caso Glória Trevi**

A cantora e compositora mexicana Glória de Los Angeles Treviño Ruiz, conhecida como Glória Trevi, foi protagonista de um embate jurídico no qual colidiam-se diversas garantias constitucionais.

No ano de 2002 o STF julgou uma ação que determinava a realização compulsória de exame de DNA na placenta de Glória Trevi para apurar denúncia de estupro sofrido pela cantora e supostamente cometido por agentes da Polícia Federal enquanto ela estava encarcerada na penitenciária da Papuda, em Brasília.

Tudo começou quando Glória foi acusada, no México, de abuso e corrupção de menores. Após as acusações, Glória, seu empresário Sérgio Andrade Sanches, com quem tinha um caso na época e sua produtora Mary Boquitas fugiram do país. Em janeiro de 2000, a cantora e seus assessores foram presos no Rio de Janeiro e ficaram detidos até que o processo de extradição ficasse decidido pelo STF.

Glória engravidou enquanto estava detida sob custódia do STF. Na época ela não tinha autorização para receber visitas íntimas e fora divulgado em rede nacional que a cantora havia sido vítima de estupro dentro da penitenciária. A própria cantora alegou em seu processo de extradição que havia sido abusada na prisão, porém, recusava-se a realizar exame de DNA ou a dizer quem era o pai da criança e nem quis registrar boletim de ocorrência sobre o fato.

A partir de então, todos os funcionários da Polícia Federal e presos que tiveram qualquer contato com Glória passaram a ser hostilizados e acusados pelo estupro da cantora. Ao todo, sessenta e um homens ofereceram, voluntariamente, material genético para que fosse apurado quem era o pai da criança que Glória carregava. Entretanto, com a negativa de Glória em fornecer material genético para a realização do exame, o caso, que estava sendo investigado pela polícia, foi parar na

justiça, a fim de conseguir autorização judicial para a retirada de material genético da placenta de Glória, após o parto.

O caso chegou ao STF e no momento do parto o caso ainda não havia sido julgado, razão pela qual a placenta da cantora fora congelada para que fosse possível aguardar a decisão sem que os meios de prova ficassem indisponíveis. Os advogados de Glória alegaram que, como mãe, apenas ela tem o direito de permitir ou não a utilização de material genético dela e de seu filho para realização de exame de DNA e que se for do interesse de seu filho, no futuro, ele mesmo poderia proceder ao exame para conhecimento de suas origens. Alegou amparo constitucional dos incisos X e XLIX da Constituição que determinam a inviolabilidade da intimidade e da vida privada das pessoas. (BRASIL, 2019b).

Já o Delegado que guiava a investigação e os policiais afetados pelas acusações alegaram, como amparo ao pedido de exame de DNA, necessidade de proteção ao direito à imagem e à honra, também tutelados pelo inciso X da constituição. Os peritos chamados a manifestar no processo trataram da placenta de Glória como sendo “lixo biológico”, razão pela qual entendiam não haver procedimento invasivo, não se configurando lesão à integridade física da cantora para realização do exame de DNA (BRASIL, 2019b). O STF decidiu pela imposição do uso de líquido da placenta de Glória para realização do exame de DNA nos seguintes termos:

Ora, no caso concreto, opõe a reclamante seu direito à intimidade À justa proteção do direito à honra buscado por policiais federais atingidos, de forma grave, pela acusação da extraditanda, ora requerente, de haver sido vítima de “estupro carcerário”, no interior da Superintendência da Polícia Federal, onde recolhida, à disposição desta Corte. A acusação, tornada pública, porque veiculada nos meios de comunicação, com referência a “violação” sofrida, não só atingiu a honra e dignidade dos policiais federais, alguns referidos nominalmente na imprensa, como acabou por alcançar, também, o Departamento de Polícia Federal, a instituição em si, notadamente, com as repercussões no âmbito do noticiário internacional, ferindo, sem dúvida, a própria imagem do País no Exterior.

Esses bens e valores, por sua quantidade significativa, atingidos, autorizam se adote solução realmente consistente para o esclarecimento da verdade, quanto à participação eventual dos servidores públicos em apreço no ato de alegada violência sexual aludido pela reclamante, a quem não caberá, agora, escudar-se na invocação do direito à intimidade, para impedir se possam averiguar os fatos em sua plenitude [...]. (BRASIL, 2019b).

Através do exame de DNA restou comprovado que o pai do filho de Glória era Sérgio Andrade Sanches, seu empresário, com quem mantinha relacionamento. A Polícia não soube explicar como e quando ocorrera o encontro dos dois.

Embora a questão da propriedade da placenta de Glória não tenha sido aventada à época na disputa judicial, é possível questionar a natureza jurídica da placenta de Glória como sendo parte de seu corpo. Tal questionamento levaria a decisão à outros argumentos e não apenas a simples tratativa do material como “lixo biológico”, como fora feito na decisão.

Portanto, a partir do exposto, fica clara a insuficiência da tratativa dada pelo Código Civil para lidar com questões referentes à separação das partes do corpo humano vivo.

### **5.3 O Material Genético e a Dualidade Sujeito x Objeto de Direito**

Até este ponto do estudo diversos casos que representam controvérsias em torno da utilização de diversos tipos de material genético e tecidos humanos foram apresentados e todos eles possuem um ponto em comum: o questionamento a respeito do direito de utilização, pela própria pessoa ou por terceiros, de partes ou tecidos separados do corpo humano em vida ou *post mortem*.

Portanto, indispensável se faz um estudo sobre a possibilidade de classificar tecidos humanos dentro de uma das categorias legais, a fim de concedê-los a proteção necessária durante e após a vida daquele de quem fora retirado. Tal discussão é o ponto central desta pesquisa, que se dedica a examinar a viabilidade jurídica e os desdobramentos da utilização, por terceiros, de material genético criopreservado de determinada pessoa, para criar situação de fertilização *post mortem*.

A natureza jurídica de material criopreservado é controversa na doutrina jurídica, especialmente quando se trata de embrião. Isso porque o Código Civil 2012 faz uma divisão binária, separando os elementos sob proteção jurídica em Pessoas e Coisas – ou Bem.

Na realidade, a dicotomia pessoa/coisa é forma antiga de se conceder tratamento a tudo que se encontra protegido por lei. No direito romano, de onde se originou o direito brasileiro, a palavra latina *persona* era termo genérico utilizado para tratar todos os seres humanos. Porém, alguns seres humanos naquele período

eram considerados “coisas” (*res*) e por essa razão poderiam ser escravizados, já que, em razão de sua condição de “coisa”, era possível que se tornassem propriedade de alguém que fosse sujeito de direito (ALVES, 2009).

No ordenamento jurídico atual no Brasil, considera-se que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres” (BRASIL, 2019b). Como visto, no direito romano nem todas as pessoas eram capazes de direitos e deveres. A condição de “coisa” servia para rebaixar determinados seres humanos a uma condição inferior à de outros. Para ser sujeito de direito era necessário que se reunisse duas qualidades: a Natural, que era o nascimento perfeito; e a Civil, que se tratava da reunião de alguns *status*: o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*.<sup>23</sup> (CRETELLA JUNIOR, 2009).

Com as mudanças sociais obtidas através de guerras, os efeitos das conquistas periódicas e locais relacionadas aos direitos humanos como, por exemplo, a Magna Carta em 1215, Bill of Rights em 1791, a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão em 1789 e, especialmente, com o fim da escravidão, os ordenamentos jurídicos se adaptaram para conceder às pessoas a proteção legal que era necessária.

O primeiro Código Civil brasileiro foi promulgado em 1916 e já trazia a separação entre pessoas e bens. O livro I era dedicado às pessoas e o livro II aos bens. Concedia à todos os homens (como sinônimo de seres humanos) a capacidade de direitos.

O Código Civil de 2002 entrou em vigor mudando a nomenclatura “homem” para “pessoa”, concedendo a todas elas a capacidade de direitos na ordem civil. Entende-se por pessoa todo e qualquer ser humano, pois, diferentemente do direito romano, o direito atual não faz acepções quanto a cor ou a classe social para se conceder todos os direitos e proteção a um ser humano. Melhor explicando, em relação à acepção jurídica de pessoa, é possível dizer que “pessoa é o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações. Nesse sentido, pessoa é sinônimo de

---

<sup>23</sup> *Nascimento perfeito* é o nascimento idôneo para gerar consequências jurídicas, devendo reunir 3 requisitos: nascimento com vida, revestir forma humana, e apresentar viabilidade fetal, isto é, perfeição orgânica suficiente para continuar a viver.

*Status* é a qualidade em virtude da qual o romano tem direito: é a condição civil de *capacidade*. [...] Os elementos do *status civilis* ou *caput* são a liberdade, a cidade e a família. Quem reúne estes três elementos tem a plena *capacidade “de direito”* o que não quer dizer que tenha a *capacidade “de fato”*, porque, em razão da *idade*, do *sexo* ou da *mente* pode fazer valer seus direitos em juízo tão-somente através do *tutor* ou de *curador*. (CRETELLA JÚNIOR, 2009, p. 62).

sujeito de direito ou sujeito de relação jurídica. No direito moderno, todo ser humano é pessoa no sentido jurídico.” (MONTEIRO, 2012, p. 73).

O Código Civil 2002 trás ainda as expressões “personalidade” “sujeito de direito” e “capacidade” e todas elas possuem estrita relação com o termo “pessoa”. O termo “personalidade” refere-se ao um “atributo jurídico que dá a um ser o status de pessoa” (FUIZA, 2013, p.125). A “capacidade” é a “aptidão para adquirir direitos e exercer, por si só ou por outrem, atos da vida civil” (MONTEIRO, 2012, p. 74). Por fim, “sujeito de direito” são os sujeitos à quem a lei confere determinados direitos. Melhor explicando:

Como regra, os sujeitos de direitos têm como característica fundamental a personalidade. Mas nem sempre é assim. Há alguns sujeitos de direito despidos de personalidade. Em outras palavras, há certos entes que, embora não sejam pessoas, são sujeitos de direitos e deveres por expressa força de lei, isto é, porque dotados de direito e deveres pelo ordenamento. (FUIZA, 2013, p. 125).

Portanto, pessoa e personalidade são termos necessariamente interligados. De acordo com o Código Civil, “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” (BRASIL, 2019b). Essa personalidade civil acompanha a pessoa por toda a vida. A possibilidade de que determinada pessoa exerça seus direitos e obrigações em nome próprio é a capacidade. E, como já visto, todas as pessoas são sujeitos de direitos.

Ocorre que nem todos os sujeitos de direito são pessoas, como é o caso do nascituro. O nascituro não é pessoa porque não possui personalidade, já que esse atributo só é conferido no nascimento com vida. Porém, por disposição legal (art. 2<sup>a</sup> CC/2002) os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção. Só são sujeitos de direito aqueles a quem a lei confere, expressamente, essa qualidade, já que é a lei que concede direitos e deveres ao titular. Não lhes sendo legalmente concedidos, não se trata de sujeito de direitos.

A constituição jurídica de pessoa é separada em duas espécies, quais sejam, pessoa física e pessoa jurídica. Como o próprio nome demonstra, pessoa física é o próprio ser humano, fisicamente identificado, e pessoa jurídica é uma construção jurídica que visa dar personalidade (característica da pessoa) a uma entidade jurídica. Para o conteúdo desse trabalho interessa apenas o que diz respeito à pessoa física.

Observa-se, portanto, um cuidado do legislador em amparar a todos com a proteção legal necessária para se evitar os abusos que no passado foram cometidos com seres humanos em razão da não-separação de alguns deles (em razão, especialmente, de determinadas características físicas e/ou sociais) dos objetos de direito. Sacralizou-se de tal forma a vida humana que nada mais pode obter proteção similar àquela que é concedida, legalmente, às pessoas.

Assim sendo, pessoas não são, de forma alguma, objeto de direito, mas sempre sujeito de direito. Nessas condições, “presente determinado direito, há de existir forçosamente um sujeito que lhe detenha a titularidade”. (MONTEIRO, 2012, p. 73). Os objetos de direitos são os bens juridicamente relevantes existentes no mundo. Dessa forma, para ser alvo de proteção do direito é necessário que o elemento de que se trata seja considerado Sujeito ou Objeto de direito. Como já mencionado, são sujeitos de direitos as pessoas e aqueles a quem a lei confere tal titularidade; enquanto que são objetos de direito os bens e as coisas.

Caio Mário acrescenta ainda que a importância dada pelo direito aos bens não reside em sua própria importância, mas sim em atenção e proteção ao próprio indivíduo que desfruta de tal bem. *In verbis*:

Se a toda pessoa, e aos entes morais por ela criados, a ordem jurídica concede personalidade, não confere, porém, a outros seres vivos. É certo que a lei protege as coisas inanimadas, porém em atenção ao indivíduo que delas desfruta. [...] Construído o direito por causa do ser humano, centraliza este todos os cuidados do ordenamento jurídico e requer a atenção do pensamento contemporâneo. (PEREIRA, 2012. p. 181).

Toda essa explanação se faz necessária para que seja possível analisar a natureza jurídica dos tecidos humanos e qual a proteção legal pode ser à eles concedida. Quando se fala sobre material genético criopreservado, especialmente sobre gametas e embriões, estamos falando sobre partes do corpo humano. Cada parte do corpo humano é uma unidade que compõe o todo. Esse todo unitário e em vida é a representação física daquilo que chamamos de pessoa. Não existe pessoa física sem a existência de um corpo, da mesma forma que não existe pessoa em um corpo sem vida.

Nesse sentido, é possível dizer que, por ser parte do todo que compõe a existência da pessoa o material genético criopreservado é, também, pessoa? Claramente, não. “O mais alto grau de proteção constitucional é conferido à pessoa

humana, considerada como valor principal do ordenamento jurídico brasileiro.” (QUEIROZ, 2015, P. 124). Conferir essa mesma proteção às partes destacadas do corpo humano seria desvalorizar essa suprema proteção constitucional dada à pessoa humana.

A proteção que se concede ao corpo humano advém da necessidade de proteção à pessoa. Não há como desvincular a pessoa do corpo humano, obviamente, mas o que se visa proteger não é a matéria em si, mas a unidade que forma o ser humano. O corpo humano é protegido por ser parte do todo unitário que compõe a formação da pessoa. Em contrapartida, não significa que a parte que pode ser destacada do corpo humano sem ameaçar sua existência não mereça proteção jurídica. Como visto no caso Moore e no caso Glória Trevis, até mesmo tais partes podem gerar impacto na vida dos indivíduos.

Portanto, é possível perceber que o material genético criopreservado, como sendo parte do corpo humano em separado não se constitui pessoa. Também não é possível considerá-lo sujeito de direito, já que são sujeitos de direito apenas as pessoas e aqueles que, embora não sejam pessoas, a lei atribui-lhe direitos, como o é o caso do nascituro.

Como já mencionado, o corpo humano é o todo unitário de formação da pessoa. É impossível a separação da pessoa e do corpo para tratar o corpo como “coisa” em vida. Não são grupos distintos (QUEIROZ, 2015).

Ocorre que, após a morte, ou após a separação de determinadas partes do corpo (sangue, gametas, órgãos e etc.) houve a dissociação do todo unitário classificado como pessoa. Após a morte, o corpo não é mais pessoa e, após a separação, a unidade retirada do conjunto “pessoa” deixa de sê-lo. Nesse ínterim, Caio Mario leciona que

Depois da morte, porém, o cadáver é uma coisa, da mesma forma que são coisas as partes destacadas do corpo sem vida, como os ossos, as peças anatômicas preparadas, as quais, por isto mesmo, podem ser objeto de alguma relação jurídica, ou ser objeto de negócios jurídicos restritos. (PEREIRA, 2012, p. 336).

Ao mencionar a possibilidade de que partes destacadas do corpo podem ser objeto de relações jurídicas específicas, Caio Mario refere-se à possibilidade de disposição de partes específicas do próprio corpo dentro dos parâmetros da Lei n.º 10.211/2001 (art. 9º, parágrafo 3º) e do art. 13 do Código Civil, quais sejam, as

doações de sangue, órgão e gametas. A lei permite, com algumas especificações, a doação de determinados tecidos. O que não se permite é a comercialização dessas partes.

Embora Caio Mário tenha mencionado apenas as partes destacadas do corpo sem vida, como citado anteriormente, dentro do parâmetro da Lei n.º 10.211/2001, é possível a retirada de partes específicas do corpo humano com vida e essas partes também assumem características específicas, tornando possível que sejam objeto de relações jurídicas.

Nesse sentido, Juliane Fernandes afirma que isso é possível

Porque a integridade física do titular das partes corporais destacadas é protegida, determinando a lei, ainda, que a transação seja efetivada somente em atos de disposição a título gratuito, como no caso do sangue, do rim e do sêmen. (QUEIROZ, 2015, p. 123).

A partir desse ponto é possível perceber que as partes destacadas do corpo humano enquadram-se na tratativa dada pelo ordenamento jurídico aos objetos de direito. As partes destacadas do corpo humano são, portanto, objetos de direito e relações jurídicas cuja pessoa que “habita” no corpo do qual fora retirado é a titular.

Seria, então, o material genético criopreservado um bem jurídico? A definição de “bens” no contexto jurídico é variada, visto que o termo tem origem no vocábulo “res” do direito romano, que traduz-se como “coisa”. Há uma divergência doutrinária a respeito da relação e diferenciação entre o que se denomina bem e o que se denomina coisa.

Os bens se constituem como objeto de direito na relação jurídica<sup>24</sup>. O alvo sobre o qual recai o direito de determinado titular (sujeito de direito). Para Maria Helena Diniz (2011)

[...] os bens são coisas, porém nem todas as coisas são bens. As coisas abrangem tudo quanto existe na natureza, exceto a pessoa, mas como “bens” só se consideram as coisas que proporcionam ao homem uma utilidade, sendo suscetíveis de apropriação, constituindo, então, o seu patrimônio. Compreendem não só os bens corpóreos como os incorpóreos,

---

<sup>24</sup> Convém mencionar que os bens não são os únicos objetos do direito. O objeto do direito pode ser também uma prestação, que, nesse caso, se traduz como o resultado da atividade humana. (DINIZ, 2011). Caio Mario (2014) acrescenta que é o resultado da energia humana empregada na confecção de algo, que se torna o objeto do direito e não o ser humano em si mesmo. Seja o resultado uma produção de ordem física ou intelectual, este resultado (a prestação) é que será o objeto do direito, desde que a atividade seja lícita, possível, determinável ou determinada.

como as criações intelectuais (propriedade literária, científica e artística) [...]. (DINIZ, 2011, p. 357-358).

Portanto, para a autora, todas as coisas que são apropriáveis tornam-se objeto de direito, sendo consideradas, a partir de então, como “bens”. A autora estabelece ainda três requisitos para que o bem se constitua como objeto de uma relação jurídica, que são: idoneidade para satisfazer um interesse econômico; gestão econômica autônoma; subordinação jurídica ao seu titular. É nesse ponto que a definição se torna confusa, pois acaba por excluir os bens não econômicos, por exemplo, a moral, a honra e o nome. Esses bens, corriqueiramente, são objetos de relações jurídicas privadas. Entende-se, portanto, como uma definição excessivamente patrimonialista<sup>25</sup>.

Silvio de Salvo Venosa também defende a definição de coisas como gênero e bens como espécie, no sentido de que tudo o que existe no mundo (exceto a pessoa) é coisa, mas somente se identificam como bens aquelas coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. O Doutrinador trata da honra, da liberdade (e demais direitos da personalidade) apenas como objeto de direito, assim como faz com a atividade humana, sem classificá-las como sendo coisa ou bens. (VENOSA, 2010, 291-292).

Para Caio Mario “os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas em razão da materialidade destas: as coisas são materiais ou concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome de bens, em sentido estrito.” (PEREIRA, 2014, p. 338). Para o autor, quando se fala em “bem jurídico” já está inserido no contexto que se trata de bens importantes o suficiente para serem amparados pela ordem jurídica. Trata-se, portanto, de bens que se prestam à satisfação de nossos desejos e que estejam amparados pela ordem jurídica, pois é somente a esses que interessa o direito.

Orlando Gomes faz uma interessante distinção entre coisas e bens: ao mesmo tempo em que as distingue, as relaciona. Para ele “bem compreende o que pode ser objeto do direito sem valor econômico, enquanto coisa restringe-se às utilidades patrimoniais, isto é, as que possuem valor pecuniário.” (GOMES, 2003, p.

---

<sup>25</sup> É possível inferir do raciocínio explanado pela autora que ela cria uma relação necessária entre relações jurídicas e patrimônio, quando, na verdade, é perfeitamente possível que um objeto sem expressão econômica constitua uma relação jurídica, sem fazer parte do âmbito patrimonial. (FARIAS; ROSENVALD, 2014, p.457).

200). Diz que há coisas que não são bens, conquanto não interessam ao direito (como o ar, a água) e há bens que não são coisas.

Farias e Rosenthal (2014) apresentam uma classificação bastante didática e completa em relação aos bens e as coisas, utilizando dos conceitos criados por Caio Mário e Orlando Gomes. Para eles “os bens jurídicos podem ser dotados, ou não, de economicidade, bem como podem ter existência material ou não.” (FARIAS; ROSENTHAL, 2014, p. 456). Incluem na categoria de bens tanto as joias, os imóveis, quanto a honra e a imagem. Esclarece que o imóvel seria objeto de um direito de propriedade dentro da relação jurídica, enquanto a imagem seria objeto do direito da personalidade.

Farias e Rosenthal (2014) fazem uma junção das definições de Caio Mário e de Orlando Gomes, defendendo que os bens se constituem gênero do qual coisa se faz espécie, sendo estas somente coisas materiais, e aquelas tanto os elementos de existência material quanto os de existência imaterial.

A partir da definição de bens e coisas feita por Farias e Rosenthal (2014) a parte separada do corpo humano - o que inclui o material genético criopreservado - encaixa-se na definição jurídica de “coisa” em razão de sua materialidade. Porém, uma mera definição das partes do corpo humano como “coisa” é problemática em razão da tratativa dada àquilo que recebe tal classificação legal.

Com toda certeza, o tratamento legal dado às coisas não foi pensando de forma a abarcar partes do corpo humano, especialmente quando se trata de partes capazes de gerar uma outra vida. O Código Civil foi escrito em uma época em que não se vislumbrava tal possibilidade.

Os órgãos, tecidos, partes do corpo humano em geral (especialmente o material genético criopreservado) são, indubitavelmente, materiais, corpóreos. A disposição em vida ou *post mortem* de órgãos e partes do corpo humano é permitida, desde que realizada de forma gratuita. Assim sendo, as partes do corpo humano encaixam-se na classificação de coisas *extra commercium*, sem economicidade, portanto. No tocante ao sangue, espermatozóide e o óvulo, especificamente, o parágrafo único do art. 1º da referida lei exclui-os da tratativa desta lei.

A Lei n.º 9.434/97 trata da remoção de órgãos e tecidos para fins de transplante. Os óvulos e os espermatozóides não são passíveis de serem transplantados,

razão pela qual não se encaixam nas diretrizes desta lei. A doação de sangue é regulamentada pela Lei n.º 1.075/2001. (QUEIROZ, 2015, p. 126).

O parágrafo 4º do art. 199 da constituição define que a “remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fim de transplantes, pesquisas e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados” será regulamentada por lei e deve ser feita sempre na forma de doação, pois vedada a sua comercialização (BRASIL, 1998). O conselho Federal de Medicina, mais uma vez, saiu na frente do legislativo e se posicionou pela não permissão da disposição de gametas masculinos e femininos com finalidade lucrativa.

Assim sendo, as partes separadas do corpo humano e o material genético criopreservado caracterizam-se como corpóreos, *extra commercium*. Utilizando como marco teórico o conceito de Farias e Rosenvald (2014), configuraram-se como bens jurídicos tanto as partes separadas do corpo humano, quanto o material genético criopreservado. Ocorre que, como já mencionado, a doutrina jurídica não é uníssona a respeito da definição de coisas e bens.

Outro impasse advindo da mera classificação de órgão, tecidos e material genéticos em separado do corpo humano como bem – no sentido jurídico - reside na questão sucessória. Isso porque, se tratando de bem, sua titularidade deve recair sobre alguém. Enquanto aquele de quem foi retirado estiver vivo, sem sombra de dúvidas a essa pessoa pertence o material genético e a ela compete decidir sobre seu destino.

Juliane Queiroz (2015) enfatiza que após a morte de seu titular “é necessário definir de que maneira, para qual finalidade e para qual indivíduo pode ser transferida tal titularidade.” (QUEIROZ, 2015, p. 129). Sendo classificado como um bem o material genético faria parte do patrimônio de seu titular. Após a sua morte, porém, tal patrimônio seria repassado aos herdeiros, na linha sucessória estabelecida pelo Código Civil. Partindo de tal pressuposto, um novo problema precisa ser enfrentado: a questão da concorrência sucessória. Corroborando com esta afirmação, tem-se o seguinte entendimento:

[...] A nova ordem no Direito das Sucessões, definida pelo Código Civil Brasileiro, de 2002, prevê o cônjuge sobrevivente como integrante da primeira e da segunda classe de vocação, como herdeiro concorrente dos descendentes e ascendentes do falecido. Diante da discordância de opiniões, a propriedade do material genético tornar-se-á uma copropriedade de difícil dissolução. Vontades divergentes dos herdeiros necessários levariam a três

possibilidades de destino do sêmen: doação (para reprodução humana ou pesquisa), destruição, ou utilização em inseminação artificial própria, pela viúva. (QUEIROZ, 2015, p. 132).

Além da problemática da concorrência na vocação hereditária, acrescenta-se a possibilidade de que o titular do gameta ou embrião em estado de crioconservação faleça sem deixar herdeiros necessários, fazendo com que a titularidade desse material seja transferida a algum parente distante que muito provavelmente sequer mantinha algum laço de intimidade com a pessoa falecida o que a torna impossibilitada de tomar a decisão adequada a respeito do destino desse material.

Desta forma, é possível perceber que a categoria de “pessoas e bens” estabelecida pelo ordenamento jurídico está se tornando insuficiente para abarcar todas as possibilidades da vida. A ausência de classificação de partes destacadas do corpo humano como “bem” ou “coisa”, no sentido jurídico, pode ocasionar prejuízo aos sujeitos de direito, como foi demonstrado no caso Glória Trevi e no caso Jhon Moore (que embora não tenha ocorrido no Brasil serviu de exemplo por enfrentar a mesma problemática), assim como a própria classificação em uma das categorias de objeto de direito trás conflitos importantes, justamente porque tais classificações não foram criadas objetivando abarcar tais elementos.

Outra situação que representa a insuficiência da atual estrutura é que ela concedia aos animais não humanos a natureza jurídica de coisa, ou bem móvel – à depender da conceituação doutrinária adotada – sendo equiparados no contexto jurídico a um mero objeto, dificultando o desenvolvimento de argumentação jurídica capaz de conceder a proteção adequada aos animais.

Diante de tal situação, tramita no congresso nacional o Projeto de Lei da Câmara (PLC) n.º 27 de 2018, de iniciativa do deputado federal Ricardo Izar (PSD/SP) cujo objetivo é conceder aos animais natureza jurídica *sui generis*, considerando-os sujeitos de direitos despersonalizados em razão de sua natureza biológica de seres sencientes, passíveis de sofrimento, razão pela qual necessitam de proteção jurídica e afirmação de seus direitos. (IZAR, 2018). O Projeto de Lei foi aprovado pelo Senado, com algumas alterações, tendo, portanto, retornado à Câmara dos Deputados no mês de agosto de 2019.

Antes mesmo do PLC n.º 27 de 2018 começar a tramitar, doutrina e jurisprudência já se posicionavam pela mudança de natureza jurídica dos animais não humanos, para que fosse possível lidar com as novas situações que surgiram

em razão da mudança na forma das pessoas se relacionarem com seus animais de estimação. Muitos foram os pedidos de guarda e pensão alimentícia propostos perante o Judiciário por casais que se separavam, mas buscavam regularizar a situação do animal de estimação que pertencia ao casal.<sup>26</sup>

Voltando ao tema deste capítulo, embora pelas suas características as partes separadas do corpo humano, incluindo material genético, encaixem-se na definição de “bens móveis” que se encontra no conceito estabelecido por Farias e Rosendal (2014), tal instituto jurídico apresenta-se incapaz de regulamentar, de maneira satisfatória, as consequências jurídicas advindas desta classificação, conforme demonstrado anteriormente.

---

<sup>26</sup> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (BRASIL, Resp 1713167/SP, 2018).

No caso do material genético criopreservado, para que a titularidade desse material biológico de pessoa falecida seja transferida a outrem, se faz necessário que haja manifestação de vontade em razão das consequências advindas da sua utilização. Melhor dizendo, na doação de um órgão, a única consequência é que a vida de outra pessoa será salva, ou seja, não há grandes impactos na esfera patrimonial ou existencial do próprio falecido<sup>27</sup> ou de terceiros. As especificidades a respeito dessa manifestação de vontade serão avaliadas no próximo capítulo.

Para chegar à conclusão do raciocínio importante, primeiramente, fazer uma distinção: sobre quando os materiais genéticos criopreservados deixados por pessoa falecida forem gameta (óvulos ou sêmen) e sobre quando forem embriões.

No primeiro caso, tratando-se de gametas, percebe-se que o ideal é que enquanto o titular deste material genético criopreservado estiver vivo, sejam estes tratados como sua propriedade, objeto de seu direito da personalidade (direito ao próprio corpo) de maneira que compete apenas a ele – desde que dentro dos limites legais - a decisão sobre o destino que dará a esses elementos biológicos, sendo qualquer forma de utilização por terceiros depende do consentimento do titular.

Caso haja embrião criopreservado, há duas hipóteses: se o embrião tiver sido formado mediante combinação de gametas da pessoa falecida e de doador, é possível que o seu titular deixe manifestação de vontade concedendo autorização para que terceiros (familiares ou amigo próximo) procedam à fertilização *post mortem* deste material; porém, caso o embrião tenha sido gerado através de combinação de material genético da pessoa falecida com um parceiro sobrevivente, não há possibilidade de que este material seja destinado à terceira pessoa, ou seja, ou se procederá a destruição (ou doação para fins de pesquisa) desse material, ou será entregue a parceiro sobrevivente.

Convém destacar que é cientificamente possível a retirada de óvulos e sêmen de pessoa falecida, dentro de um período de mais ou menos 24 horas após o falecimento. Em Israel, a família de uma adolescente de 17 anos morta em um acidente conseguiu na justiça o direito de retirar os óvulos da menina. Agora recorrem na justiça de uma decisão que impediu a fertilização e implantação dos

---

<sup>27</sup> Conforme já mencionado anteriormente, embora a personalidade termine com a morte, é fato que diversas são as prolongações da existência de uma pessoa após sua morte. “Note-se que podem existir interesses que são tutelados pelo ordenamento, apesar de ainda não disporem de um titular, pois ‘o interesse pode continuar a viver sem a existência do sujeito ou na espera de um sujeito destinado a ser seu titular’. Isso pelo fato de que a tutela jurídica é concedida não meramente porque atende ao interesse do titular, mas também àquela da sociedade.”

óvulos em outra pessoa sobre o argumento de que os pais não conseguiram provar que a menina tinha o desejo de ser mãe. (FAMÍLIA DE ADOLESCENTE...; 2011).

A retirada de gametas após a morte de uma pessoa, considerando que não haja documento de manifestação de última vontade da pessoa falecida permitindo o procedimento, somente pode ser realizada mediante autorização judicial. Após a retirada, será necessária outra decisão judicial para permitir a fertilização *post mortem* do material colhido.

A argumentação por trás do pedido de fertilização *post mortem* consiste em provar o desejo da pessoa falecida de que essa fertilização acontecesse. É necessário, portanto, que haja uma reconstrução judicial da vontade da pessoa falecida, tema que será abordado capítulo seguinte.

Conclui-se, portanto, que os materiais genéticos criopreservados, sejam gametas ou embriões, possuem natureza jurídica diversa das possibilidades trazidas pelo atual Código Civil (2002), sendo adequado que se aplique, no que couber, o regime de proteção aos bens móveis estabelecido no código e, naquilo que não couber (como no caso do tratamento *post mortem* do titular) sejam aplicados os princípios de direito, especialmente a autonomia privada, para que seja respeitada a manifestação de vontade da pessoa falecida a respeito do destino de tal material biológico.

## 6 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE PARA FERTILIZAÇÃO *POST MORTEM*

Conforme fora mencionado nos capítulos anteriores, a possibilidade de utilização do material genético de pessoa falecida para criar situação de fertilização *post mortem* depende da comprovação de que o titular deste material genético possuía esse desejo em vida.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é um documento de preenchimento e assinatura obrigatória a todos os pacientes que se submetem a algum procedimento de RHA. Nele deve haver um tópico destinado à manifestação clara de vontade do paciente a respeito do que deseja fazer com seu material em caso de falecimento ou de divórcio (tratando-se de procedimento realizado por casal).

Além deste termo, é possível falar na elaboração de um “testamento biológico”. O “Testamento Biológico” é um documento com finalidade similar às chamadas “Diretivas Antecipadas de Vontade”, também chamados de “Testamento Vital”. As Diretivas Antecipadas de Vontade têm a função de dar a um paciente (maior e capaz) “o poder de recusar tratamentos e, também, de escolher, dentre aqueles possíveis, o tratamento que lhe convém [...]”. (SÁ; NAVES, 2018, p. 395).

Tais diretivas são elaboradas com o objetivo de direcionar os responsáveis pelo paciente a respeito de submetê-lo a algum tratamento enquanto ele não estiver mais em condições de manifestar sua vontade livre e esclarecidamente. O Testamento Biológico define quem será o responsável pelo material genético do autor do testamento após seu falecimento, bem como o destino a ser dado a este material.

Ausente qualquer tipo de documento comprobatório do consentimento do falecido titular do material genético, é necessário recorrer à justiça para haja o suprimento judicial deste consentimento.

Nos tópicos a seguir serão melhor detalhados cada uma destas formas de consentimento para a fertilização *post mortem*.

### 6.1 O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, O Precedente Judicial Israelense e o Surgimento dos “Testamentos Biológicos”

No capítulo 4 deste trabalho foi relatada a história de um jovem chamado Baruch Pozniansky, filho de Vlad e Julia Pozniansky, falecido em decorrência de

câncer, em Israel, no ano de 2008. Durante o tratamento contra o câncer, em razão do risco de esterilidade provocado pelo tratamento, o jovem procedeu à criopreservação de seu sêmen, a fim de utilizá-lo futuramente, caso fosse necessário.

Antes de falecer, porém, o jovem Baruch elaborou, juntamente com sua advogada Irit Rosenblum, uma espécie de testamento biológico, no qual manifestava sua vontade de que seu material genético permanecesse criopreservado para propósitos reprodutivos mesmo após sua morte. Foi exatamente esse documento que viabilizou a utilização de seu material genético, sete anos após sua morte, para procedimento de FIV com os óvulos da jovem Liat, para posterior implantação do embrião.

Liat era uma jovem que, em razão de sua vontade de engravidar somada a falta de um parceiro para viabilizar seu projeto familiar, resolveu buscar ajuda da medicina através da reprodução humana assistida. Percebeu que se sentiria melhor caso a filha pudesse, ao menos, ter contato com a família paterna e conhecer suas origens, razão pela qual decidiu utilizar material genético de pessoa já falecida, de maneira que ajudaria a família do homem falecido na realização do desejo de serem avós, bem como possibilitaria à sua filha o contato com a família paterna.

Vlad e Julia Pozniansky, pais do jovem Baruch, aceitaram a proposta de Liat e recorreram à justiça para que a manifestação de vontade expressa pudesse ser cumprida. Vlad e Julia recorreram à justiça pedindo que, com base no testamento biológico do filho, a clínica onde o material genético dele encontrava-se criopreservado entregasse a eles o material para que pudesse ser implantado em uma mulher que geraria tão sonhado neto do casal.

A decisão da justiça israelense foi favorável ao pedido do casal que permitiu a utilização do sêmen do filho pela jovem Liat, que engravidou e deu à luz uma menina chama Shira. Segundo reportagem do site BBC, o caso do jovem Baruch tornou-se precedente, fazendo com que mais de 13 testamentos biológicos fossem aprovados em diversas cortes em Israel e que até o ano de 2014 existiam mais de 100 famílias de pessoas falecidas já possuíam testamentos biológicos a respeito de material genético criopreservado. (FLINT, 2014).

Embora o caso acima relatado tenha ocorrido em Israel, no Brasil as clínicas de RHA devem, conforme determina a Resolução 2168/2017 (item 4 do tópico “Princípios Gerais”) providenciar o “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido”.

De acordo com o texto da resolução, o documento deve conter as seguintes informações:

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, p.3).

No item destinado às normas relacionadas à criopreservação de gametas e embriões, o tópico três determina que no momento da criopreservação os pacientes devem assinar documento onde manifestem, por escrito, a sua vontade em relação “ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017, p. 7). Embora mencione expressamente apenas os embriões, necessário que se preencha a mesma documentação no caso de criopreservação de gametas.

O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido é um documento de extrema importância, especialmente para a clínica, que através dele atesta que o paciente estava ciente de todos os riscos e consequências inerentes ao procedimento de RHA. Por ser tratar de manifestação de vontade, caso o paciente mude de ideia a respeito do que declarou no Termo de Consentimento, é possível modificar a declaração a qualquer tempo. Além disso, o documento é passível de questionamento mediante judicialização.

A atitude do titular do material genético mudar de ideia a respeito do que será feito com seu material genético em caso de divórcio ou falecimento impacta, especialmente, os embriões criopreservados. Como os embriões são gerados através de uma combinação de material genético, este material é de propriedade da mulher de quem o óvulo foi retirado e do homem a quem o sêmen pertencia – exceto nos casos em que o embrião tenha sido gerado com óvulo ou sêmen doado, situação em que o titular do embrião será exclusivamente aquele que se beneficiou da doação.

Há, portanto, uma relação de co-propriedade em que é impossível a restauração do *status quo* do embrião. Se os membros do casal divergirem a

respeito do destino a ser dado ao embrião, certamente o interesse de um deles não será atendido. Imagine a seguinte situação: antes de se submeter a tratamento de câncer a esposa e seu marido decidem congelar embriões diante da possibilidade de a esposa perder a fertilidade em decorrência da quimioterapia. Ao invés de apenas criopreservar os óvulos da mulher, o casal decide pela criopreservação de embriões.

Anos depois, recuperada do câncer, porém estéril, a mulher decide que deseja utilizar os embriões que ela e seu esposo haviam criopreservado no passado. Em conversa com o marido, este lhe revela que não quer mais ter um filho com ela e, inclusive, pede o divórcio. Diante de tal situação, a utilização do embrião por parte da mulher geraria, para o homem, um filho indesejado e o descarte do embrião faria com que a esposa perdesse sua única chance de ter um filho biológico.

A título de exemplo, em Minas Gerais o Tribunal de Justiça condenou um homem a indenizar sua ex-parceira por ter voltado atrás na decisão de permitir a implantação de embrião gerado com seu material genético e óvulo de doadora pela sua ex-parceira, após ela ter arcado com mais de 15 mil reais em despesas para o procedimento. Convém mencionar que entre a data do procedimento de fertilização *in vitro* e criopreservação dos embriões e a data em que o homem notificou à clínica sobre sua decisão de não dar prosseguimento ao procedimento passaram-se apenas 10 dias. (MINAS GERAIS, 2020)

A mulher ajuizou ação pleiteando a utilização do embrião, alegando que por estar em idade avançada gostaria que fosse declarada como proprietária do embrião criopreservado e que o réu passasse a figurar apenas como doador do material genético, de maneira que não exerceria direitos de paternidade sobre a criança gerada. Pleiteou, ainda, o ressarcimento dos valores pagos por ela para o tratamento na clínica de reprodução assistida (cerca de 15 mil reais), além da condenação do réu ao pagamento de indenização danos morais.

Em primeira instância, o juiz condenou o réu apenas ao pagamento de indenização pelos danos materiais, em razão de ter voltado atrás com a permissão de utilização de seu material genético que anteriormente fora concedida, levando a autora a arcar com os custos financeiros da técnica sem usufruir do resultado. O juiz julgou improcedentes os pedidos de indenização por danos morais, bem como a possibilidade de declaração de propriedade do embrião em favor da autora, visto que tal decisão acarretaria dano ao direito ao patrimônio genético do réu, além de

ser impossível retirar a presunção de paternidade considerando-o mero doador, tendo em vista o conhecimento acerca de sua identidade. (BELO HORIZONTE, 2019).

Considerando a decisão do Tribunal de Justiça, a mulher terá apenas o direito de receber de volta o valor que gastou no procedimento, não sendo possível implantar os embriões, que provavelmente serão descartados.

Diante de tal fato é possível perceber que um instrumento de manifestação de que as pessoas estão assinando o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido sem sequer ter a real consciência do que isto significa, sem ter acesso ao aconselhamento jurídico de um advogado especializado no assunto, visando diminuir as chances de um litígio no futuro.

Além disso, é possível que as clínicas não deem atenção suficiente ao documento. É o que mostrou reportagem do programa de televisão “Fantástico”, exibido pela Rede Globo de Televisões no caso de Samille, viúva de Cleberton (VIÚVA..., 2019). Com dificuldades para engravidar, o casal procedeu à FIV, a qual resultou na criação de seis embriões. Destes, três foram implantados em Samille e os demais, criopreservados.

Uma semana após o procedimento de implantação dos embriões o casal sofreu um acidente de carro e Samille teve um sangramento que impossibilitou o sucesso do procedimento. Algum tempo depois, Cleberton foi diagnosticado com câncer e, ao mesmo tempo, Samille descobriu que estava grávida. Porém, Cleberton faleceu antes do nascimento do filho. (VIÚVA..., 2019).

Oito anos depois do falecimento do marido, Samille buscou a clínica onde os embriões do casal estavam criopreservados com o objetivo de obter os embriões para implantação, a fim de realizar o desejo do filho de ter um irmão e o seu próprio desejo de ter mais um filho de seu falecido marido. Porém, o Conselho Regional de Medicina negou o pedido de Samille com a justificativa de que o campo em que deveria constar a manifestação de vontade do casal no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido a respeito do destino dos embriões em caso de divórcio ou falecimento de um ou ambos os cônjuges estava em branco. (VIÚVA..., 2019).

Para o CFM, a fertilização *post mortem* só pode ser realizada mediante autorização expressa dos donos do material genético. Ela afirma que em uma conversa com o marido antes de seu falecimento, ele pediu à esposa que implantasse os embriões criopreservados para que gerasse mais filhos do casal.

Samille, então, está recorrendo na justiça sob a alegação de que o casal não foi devidamente informado pela clínica sobre tal necessidade indispensável de manifestar sua vontade a respeito do destino dos embriões. (VIÚVA..., 2019).

Diante das situações elencadas nesse tópico, é possível perceber que as declarações de vontade a respeito do destino de material genético criopreservada devem ser tratadas com mais seriedade, razão pela qual se faz necessário um detalhamento sobre cada um deles, individualmente.

### *6.1.1 O Termo de Consentimento Livre e Esclarecido*

Conforme mencionado anteriormente, o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido (TCLE) é uma exigência do CFM para os procedimentos de reprodução humana assistida.

No âmbito legal, tal documento nada mais é do que o instrumento de um negócio jurídico firmado pela clínica e os pacientes, no qual devem ser relatados todos os riscos e consequências inerentes aos procedimentos realizados.

Em se tratando de criopreservação de material genético, ou de procedimento cuja criopreservação seja parte fundamental, é necessário que as partes declarem expressamente o destino que desejam dar ao material genético criopreservado em caso de falecimento do(s) titular(es), ou, tratando-se de pessoas casadas, o destino do embrião fertilizado em caso de divórcio.

Como o próprio nome já diz, o paciente deve manifestar seu consentimento de forma livre e esclarecida e, para tanto, todo o conteúdo do termo deve ser minuciosamente explicado aos pacientes com o objetivo de evitar confusões futuras, conforme às que foram relatadas no tópico anterior.

De acordo com a Teoria da Escada Ponteano, um negócio jurídico perfeito é aquele que preenche todos os requisitos de existência, validade e eficácia. São, portanto, três degraus, sendo o primeiro o da existência, o segundo o da validade e o terceiro o da eficácia. (PONTES DE MIRANDA; 1974).

Para um negócio jurídico existir é necessário que hajam os agentes (no caso do TCLE, o médico – clínica - e os pacientes), o objeto (a reprodução humana assistida) a forma do instrumento (maneira como se estabelecerá o acordo) e a vontade de negociar. Presentes todos os requisitos o negócio jurídico passa a existir, sendo necessário agora que se preencham os requisitos de validade.

Para um contrato ser válido, os requisitos de existência devem possuir algumas características específicas: os agentes devem ser capazes, nos moldes do art. 5º do CC, ou, sendo incapaz (art. 3º e 4º do CC), deverá ser assistida ou representada; o objeto do contrato deve ser lícito, possível e determinado (ou determinável); a vontade de contratar deve ser livre, consciente e voluntária e a forma de se estabelecer o negócio jurídico deve ser aquela determinada pela lei. (PONTES DE MIRANDA; 1974).

Preenchidos os requisitos de existência e validade, o último degrau para que o negócio jurídico se torne perfeito é o da eficácia. A eficácia nada mais é do que fazer valer o negócio jurídico. Porém, dentro do próprio negócio podem ser estabelecidas condições, termos, ou encargos para a sua realização. Condição é “a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.” (BRASIL, 2019b).

O termo condiciona os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e certo. Pode ser um termo inicial, que determina a partir de quando o negócio jurídico começará a ter eficácia; pode também ser um termo final, que determina até que momento o negócio jurídico terá efeito; ou pode ainda ser incerto, que determina apenas evento futuro e certo de acontecer, mas sem data definida. (GOMES, 2009, p. 312-313).

O Encargo é próprio dos negócios jurídicos gratuitos. Tal instituto determina uma imposição junto à concessão de determinado direito, imposição essa relativa ao uso do próprio objeto do negócio jurídico. (GOMES, 2009).

Desta forma, para que um Termo de Consentimento Livre e Esclarecido seja eficaz, ele deve, primeiramente preencher os requisitos legais de existência e validade do negócio jurídico. Ausentes os requisitos de validade, o TCLE pode ser considerado nulo ou anulável.

Considerando-se a peculiaridade do negócio jurídico estabelecido entre pacientes e uma clínica de reprodução assistida para a implantação de embrião ou material genético criopreservado, é possível que a vontade dos contratantes (paciente) seja modificada até o momento da implantação do material genético criopreservado (embrião ou gameta) na pessoa que irá gerar a criança. Havendo a fecundação, não há mais como voltar atrás na decisão tomada, porém, antes disso, é perfeitamente possível que os pacientes decidam mudar de ideia sobre o negócio jurídico, de maneira que se não mais desejarem ter uma criança através da RHA

não é razoável que se obriguem a efetivar o negócio jurídico em razão da vontade anteriormente manifesta.

Apesar disso, quando se tratar de negócio jurídico estabelecido por um casal é de extrema importância o esclarecimento das consequências, por parte da clínica, de se preterir criopreservar um embrião ao invés dos gametas, separadamente, para que caso um dos membros do casal não mais queira prosseguir com o procedimento o outro não reste prejudicado e perca seu material genético. A ausência de esclarecimento desses fatores por parte da clínica pode ensejar a nulidade do negócio jurídico em razão de erro quanto a manifestação de vontade.

Se um casal criopreservar o embrião e ambos, ou um deles, declarar que após a morte o material genético não poderá ser utilizado pelo parceiro sobrevivente, não há que se falar em reprodução assistida *post mortem*, ante a ausência de consentimento de um dos titulares. Nesse caso, o evento morte configura-se como termo final do negócio jurídico estabelecido entre os pacientes e a clínica.

Convém mencionar que o código civil não determina expressamente a forma que se deve realizar esse tipo de negócio jurídico. A determinação de que o TCLE deve ser documentado advém do CFM. Ocorre artigo 107 do código civil aduz que “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” (BRASIL, 2019b). Apesar disso, é prudente defender que, de fato, a manifestação de vontade para os fins que se discute neste trabalho deve ser realizada de maneira formal e escrita, para que seja possível provar a vontade do titular em caso de falecimento, tendo em vista que a mera declaração verbal de vontade não serve como prova suficiente para a realização de uma reprodução assistido *post mortem*.

Portanto, conclui-se que a validade e a eficácia do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido dependem da orientação dos médicos e de advogados especializados aos pacientes a respeito das disposições constantes no termo bem como sobre as possíveis consequências da técnica escolhida a fim de que os pacientes possam, de fato formarem um consentimento sem vícios,.

### 6.1.2 O Testamento Biológico

Uma declaração de vontade expressa, documentada, cuja elaboração tenha sido feita com a participação de um advogado torna muito mais provável a entrega do material genético a quem tal documento determina como destinatário.

A transferência da titularidade de determinado bem de pessoa falecida a outra realizada através de documento com efeitos *post mortem* nada mais é do que uma herança, recebida através de sucessão testamentária. Como mencionado no capítulo anterior, dentro do conceito de Faria e Rosenvald é possível classificar o material genético criopreservado como bem, com o objetivo de aplicar-lhe às normas legais que lhe couberem.

Isso significa dizer que em razão das peculiaridades do material genético criopreservado, nem todas as tratativas legais dadas aos bens lhe serão adequadas, já que a categoria de “bens” do Código Civil de 2002 não foi elaborada de maneira a regulamentar a utilização desses elementos biológicos, sendo possível que a aplicação de algumas normas da lei civil a esses casos afronte algum princípio do direito, o que torna a norma inadequada para a situação em questão. No caso do material genético criopreservado, em vida, aplica-se a ele as determinações e proteções legais conferidas à propriedade de um bem em relação ao seu titular, naquilo que for cabível de maneira coerente a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

Desta maneira, não é coerente argumentar que após a morte de seu titular a propriedade de seu material genético criopreservado seja transmitida imediatamente aos seus herdeiros, como demanda o princípio da *saisine* nas sucessões. Também convém mencionar que esse material genético não deve ser considerado parte da legítima, de maneira que seria obrigatoriamente resguardado aos herdeiros necessários. Para que terceiros possam utilizar esse material genético é necessário que haja manifestação de vontade expressa de seu titular, providenciada em vida, especificando o destino desse material.

Ainda que no Termo de Consentimento Livre e Esclarecido a pessoa falecida tenha especificado o destino desse material, um Testamento Biológico pode ser providenciado com o objetivo de reforçar essa vontade e determinar detalhes específicos sobre sua a reprodução *post mortem*. O Código Civil de 2002 preceitua,

em seu art. 1.857 que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.” (BRASIL, 2019b).

O parágrafo 2º do art. 1.857 do CC/2002 permite “disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.” (BRASIL, 2019b). Tal preceito legal serve como fundamento jurídico para a elaboração do “testamento biológico”. Ademais, é também possível sustentar como fundamento legal para a elaboração dessa espécie de “testamento biológico” são os princípios mencionados no capítulo 2 deste estudo, especialmente o princípio da autonomia privada ante a ausência de proibição legal para tal feito.

Assim como em qualquer outro negócio jurídico, para a validade do testamento devem ser cumpridos os requisitos legais básicos (agente maior e capaz, ou menor e representado/assistido; objeto lícito, possível, determinado ou determinável, forma prescrita ou não defesa em lei), além dos requisitos específicos do testamento.

A legislação civil exige, para o caso de testamento particular, a presença de três testemunhas que o subscrevam. Porém, em circunstâncias excepcionais, caso o testamento tenha sido assinado somente pelo testador o juiz poderá confirmá-lo. Este é o entendimento dos artigos 1.876 e 1.879 do CC/2002. (BRASIL, 2019b).

Portanto, mesmo que preenchido o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, os “testamentos biológicos” são uma forma de reforçar o desejo de um paciente a respeito do destino a ser dado, em caso de seu falecimento, ao seu material genético criopreservado.

Caso o testamento biológico e o TCLE apresentem vontades divergentes do titular do material genético, por analogia ao parágrafo 1º, art. 2º<sup>28</sup> da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, é coerente considerar como válida a declaração de vontade cuja data seja mais recente.

---

<sup>28</sup> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. (BRASIL, 2018).

## 6.2 A Teoria da Reconstrução Judicial da Vontade

Não raro surgem notícias a respeito da negativa de clínicas de reprodução assistida em entregar a esposas e pais de pessoas falecidas material genético que estas deixaram em estado de crioconservação nessas clínicas.

A negativa se dá em razão do cumprimento de exigências do Conselho Federal de Medicina que só permite a entrega do material biológico de pessoa falecida à terceiros quando há manifestação de vontade expressa do falecido nesse sentido. Ausente tal manifestação, a entrega só deve ser feita mediante autorização judicial. Como as atividades dessas clínicas são regulamentadas pelas normas do CFM, o descumprimento pode acarretar a retirada de alvará de funcionamento destas clínicas.

A Reconstrução Judicial da Vontade faz-se necessária também nos casos em que o material genético é colhido após o falecimento da pessoa, conforme mencionado no tópico anterior, já que em tais casos, dificilmente haverá documento que comprove o consentimento da pessoa falecida para utilização de seus gametas em fertilização *post mortem*, considerando que a pessoa sequer realizou o congelamento de seus gametas em vida.

No Brasil, até a presente data, ainda não há notícias de pessoas que tenham recorrido à justiça para solicitar a retirada de gametas de pessoa já falecida. Na Austrália, porém, uma mulher obteve decisão liminar favorável à retirada de esperma de seu marido falecido. A liminar permitia apenas a intervenção médica para a retirada do gameta de seu falecido esposo em tempo hábil; a autorização para fertilização, porém, ainda não fora proferida pela justiça australiana. (MARIDO, 2019).

O caso de Kátia, relatado no tópico 3.2 deste capítulo foi levado à justiça, já que o marido apenas criopreservou seu material genético em vida, sendo necessário recorrer ao judiciário para o suprimento do consentimento de seu marido. A decisão favorável à entrega do material à Katia foi proferida pela 13<sup>o</sup> Vara Cível da comarca de Curitiba, em 2012.

Maria de Fátima e Bruno Torquato (2015, p. 170) ao tratarem da reconstrução judicial da vontade no caso acima mencionado afirmam que “agiu bem a Clínica em não disponibilizar o material genético do falecido sem o suprimento judicial conferido. O caso não é abarcado pelo disposto no art. 1.597 do Código Civil, o que

explica a tentativa de reconstrução judicial da vontade do falecido”. De fato, o art. 1.597 apenas concede a presunção de paternidade da filha de Kátia que nasceu através de procedimento de FIV realizado após o falecimento de seu marido. Não é possível depreender da norma interpretação diversa.

O caso de Samille e Cleberton, relatado no tópico anterior, também necessitará que seja realizada a reconstrução judicial da vontade de Cleberton para a fertilização *post mortem* com os embriões criopreservados do casal. Para comprovar que esta era a vontade de seu falecido marido, Samille poderá utilizar de provas documentais, testemunhais, bem como depoimento pessoal, para formar o convencimento do juiz que analisa o caso.

Convém mencionar que um pedido judicial de reconstrução da vontade de pessoa falecida a respeito da utilização de material genético *post mortem* não deve ser baseado simplesmente na comprovação de que, enquanto em vida, o titular do material genético tinha um planejamento familiar e o desejo de ter filhos, até porque o simples fato de congelar seus gametas já poderia ser prova suficiente de que, em algum momento da vida, o seu titular planejava utilizá-lo. É necessária também, e principalmente, a comprovação de que a pessoa falecida consentia, enquanto em vida, com a possibilidade de utilização, por terceiros, desse material genético após sua morte com o objetivo de criar situação de fertilização *post mortem* através das técnicas de reprodução assistida.

Tal diferenciação é primordial, pois nem sempre uma pessoa que enquanto viva tinha o desejo de ser pai ou mãe consentiria com a utilização de seus gametas após a sua morte já que se tratam de duas formas diferentes de se realizar o planejamento familiar. Desta forma e diante das análises realizadas nesta pesquisa é possível concluir que o ideal é que as provas e a argumentação constante de uma ação de Reconstrução Judicial da Vontade sejam baseadas tanto no planejamento familiar realizado pelo titular do material genético em vida quanto na vontade e no consentimento de que esse planejamento familiar fosse realizado mesmo após o seu falecimento.

Destarte, ausente manifestação expressa de vontade da pessoa falecida a respeito da utilização de seu material genético, seja por Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, seja por “Testamento” Biológico e sendo impossível comprovar que era seu desejo através da reconstrução judicial da vontade entende-se, por tudo

que fora exposto até aqui, inadequada a autorização para criar situação de fertilização *post mortem*.

## 7 CONCLUSÃO

A reprodução humana assistida, além de funcionar como método viabilizador do planejamento familiar, reforçou a importância do princípio da pluralidade de entidades familiares. Tal princípio é reflexo das mudanças sociais que fizeram com que a família, tradicionalmente formada pelos pais e seus filhos, cuja formação era realizada com vistas ao acúmulo e desenvolvimento patrimonial familiar, se transformasse no que hoje é o principal alvo da realização pessoal daqueles que escolhem formar uma nova família.

A instituição “família” está ligada ao conceito de eudemonismo, é o centro de desenvolvimento pessoal dos sujeitos. Ocorre que diante da imprevisibilidade da vida não raras vezes o planejamento familiar é interrompido em razão do fim da existência de um dos integrantes da família.

Trazendo esperança e acalento para ~~o coração~~ daqueles que ficam e têm que lidar com o luto, a medicina reprodutiva tornou possível a continuação da realização do planejamento familiar mesmo após o falecimento do marido, da esposa ou do filho. Assim, esposas vislumbram a possibilidade de ter um filho de seu falecido marido, o marido encontra esperança de ter um filho de sua falecida esposa, os pais encontram a chance de terem um neto de seu falecido filho.

Embora viável cientificamente, a fertilização *post mortem* encontra barreiras jurídicas para que seja realizada. Nesta pesquisa foi possível identificar algumas dessas barreiras para realização da prática, bem como controvérsias jurídicas que podem surgir a partir da sua realização. Além da identificação do problema, foram também apresentadas argumentações jurídicas possíveis de solucioná-los.

O primeiro impasse surge com a entrega do material genético ou embrião criopreservado à esposa, marido ou aos pais da pessoa falecida. Conforme argumentado no capítulo quatro, embora possua características de bem móvel, o embrião e o material genético criopreservados não podem ser considerados como parte do espólio do *de cuius*, em razão da peculiaridade de tais elementos, sendo, portanto, mais adequado que a transferência de sua propriedade para terceiros ocorra apenas mediante manifestação expressa de vontade deixada pela pessoa falecida, ou por suprimento dessa manifestação feito através de decisão judicial capaz de realizar, através de provas, a reconstrução da vontade do sujeito a respeito do destino e utilização a ser dado àquele material genético ou embrião.

O Código Civil apenas trata da possibilidade da (presunção de paternidade na) fertilização após a morte do marido, porém, em atendimento ao princípio da igualdade, é perfeitamente possível estender a permissão da lei civil aos maridos de esposas falecidas.

Convém observar que nos casos em que a fertilização *postem mortem* precise ocorrer através de gestação por substituição, necessário se faz que sejam seguidos todos os procedimentos exigidos pelo CFM, conforme mencionado no trabalho. Caso não exista mulher que se enquadre nos requisitos exigidos pelo conselho capaz de ser a gestante de substituição, será necessário recorrer ao CRM para conseguir autorização para que pessoa diversa seja a gestante. Caso seja necessário contratar gestante de substituição, tal situação esbarra na problemática vedação do CFM de tal prática. Embora viável juridicamente, como fora mencionado, os médicos que realizarem o procedimento tendo ciência da onerosidade estão sujeitos à perda de sua inscrição profissional, razão pela qual o procedimento torna-se praticamente impossível de ser realizado sem clandestinidade no Brasil.

Outro desdobramento importante de ser observado é que caso a fertilização *post mortem* seja realizada por filhos, ou pelos pais da pessoa falecida, ou mesmo por terceiros, é necessário que sejam assinados documentos que estabeleçam os tutores da criança, que serão responsáveis pelo papel jurídico e psicossocial da de pai e mãe, embora no registro de nascimento conste o nome dos falecidos (ou do falecido, em caso de pessoa solteira) como pais.

Superada essa questão, a discussão acerca da atenção ao princípio do melhor interesse da criança, levantada por aqueles que acreditam que seja prejudicial para a formação psíquica da criança a situação de ser filho de um pai, mãe (ou ambos) pré-morto resolve-se pela garantia de que seja concedida à criança a representação da figura paterna e materna através do cumprimento desses papéis por aqueles que ficarem responsáveis pela fertilização *post mortem*. Quando a fertilização for realizada por esposa ou marido de pessoa falecida, a figura detentora da autoridade parental é, obviamente, o pai ou mãe sobrevivente.

Por fim, tratando-se dos reflexos patrimoniais da fertilização *post mortem*, a partir da análise das correntes doutrinárias construídas a fim de solucionar a situação, conclui-se que, embora o art. 1.798 exclua aqueles que não tenham sido concebidos no momento da abertura da sucessão (ou seja, exclui da sucessão os herdeiros nascidos de reprodução *post mortem* que utilize gameta da pessoa

falecida e não embrião) é possível aplicar, nesse caso, a regra do art. 1.799, inciso I, a fim de conceder o direito à sucessão testamentária.

Portanto, caso a fertilização *post mortem* seja realizada com embrião criopreservado de pessoa falecida, a esta resguarda-se o direito à sucessão legítima, nos moldes do art. 1.798, condicionado ao prazo prescricional de 10 anos, por analogia ao prazo prescricional da ação de petição de herança. Caso a pessoa falecida deixe, ao invés de embrião, seu material genético criopreservado, para que o direito da criança nascida através da utilização desse material seja resguardado, necessário se faz que o titular do material genético providencie, junto à manifestação de vontade acerca do destino do gameta criopreservado, testamento que contemple a criança que ainda não foi gerada como seu sucessor testamentário.

Por fim, conclui-se que os questionamentos jurídicos oriundos da prática da fertilização *post mortem* não se limitam à inexistência de legislação específica relativa à reprodução humana assistida, mas também e principalmente pelo confronto com proposições normativas que, antes tomadas como absolutas e inquestionáveis, atualmente, em razão da evolução da ciência, tornaram-se relativas e questionáveis.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. **Direito Civil: Famílias**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o Congelamento de Embriões. *In*: QUEIROZ, Juliane Fernandes; CASABONA, Carlos María Romeo (Coord.). **Biotecnologia e suas Implicações Ético-Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares; VIANA, Iara; PICINATO, Maria Cristina. Fertilização *in vitro* (FIV) e injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI). *In*: AZAMBUJAR, Ricardo Marques de (coord.). **Reprodução Humana Assistida: Técnicas de Laboratório**. Porto Alegre: AGE, 2017. p. 141 a 152.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

BEBÊ nasce quatro anos após morte dos pais na China: Casal tinha congelado embriões antes de morrer em um acidente de carro; avós enfrentaram batalha judicial para 'ganhar a guarda' dos embriões. **Centro de Estudos em Biodireito**, 20 abr. 2018. Disponível em: <<https://cebid.com.br/blog/bebe-nasce-quatro-anos-apos-morte-dos-pais-na-china/>> Acesso em: 26 ago. 2019.

BELO HORIZONTE. Poder Judiciário do Estado de Minas Gerais. Processo n.º: 5013081-60.2016.8.13.0024. Atos Unilaterais, Indenização por Dano Moral, Indenização por Dano Material, Acesso. Juiz de Direito Paulo Rogério de Souza Abrantes, 15 jan. 2019. Belo Horizonte: Justiça de Primeira Instância, 2019.

BENUCCI, Renato Luís. Proposta de Enunciado para o art.1.708 do Código Civil de 2002. *In*: **III Jornada de Direito Civil**. Brasília: AGUIAR JR., Min. Ruy Rosado de.(Org). Brasília: CJF, 2005. p. 392.

BERTI, Natália. Da Autonomia da Vontade À Autonomia Privada: um enfoque sob o paradigma da pós-modernidade. *In*: **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v.15, n.57, p. 69 – 94.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsever, 2004. Disponível em: <[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod\\_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf)>. Acesso em: 14 jul. 2019.

BOWLBY, John. **Cuidados maternos e saúde mental**. São Paulo: Martins Fontes. 1988.

BOWLBY, John. **Formação e Rompimento dos Laços Afetivos**, tradução: Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes. 3. ed. 1997.

BRAND, Vera Beatriz Fehér; MOLINA, Erica; CORREA, Nadeje Regina. Criopreservação de Sêmen. *In*: AZAMBUJA, Ricardo Marques de (coord.).

**Reprodução Humana Assistida:** Técnicas de Laboratório. Porto Alegre: AGE, 2017. p. 194 a 200.

BRASIL. **Código civil de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2019b Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 set. 2019.

BRASIL. **Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/2005).** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados [...]. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/1942).** Lei de Introdução ao Código Civil. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 2018. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm)>. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 9.263 de 12 de Janeiro de 1996.** Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 9.434 de 4 de fevereiro de 1997.** Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm)>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial 1713167-SP. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão, 19 de Junho de 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201702398049&dt\\_publicacao=09/10/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201702398049&dt_publicacao=09/10/2018)>. Acesso em: 26 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2008. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510.** Relator: Min Ayres Britto, 25 de Maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>> Acesso em: 31 maio 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2002. **Reclamação N. 2.040-1 Distrito Federal.** Relator: Min. Neri da Silveira, 21 de Fevereiro de 2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=87540>>. Acesso em: 29 jul. 2019.

CABAR, Fábio Roberto. **Síndrome da Hiperestimulação Ovariana em Gestação Única e Espontânea**. 2015. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/pdf/eins/2016nahead/pt\\_1679-4508-eins-S1679-45082016RC3429.pdf](http://www.scielo.br/pdf/eins/2016nahead/pt_1679-4508-eins-S1679-45082016RC3429.pdf)>. Acesso em: 30 maio 2019.

CÂMARA, Vania Cibele Minguetti; DEGASPERI, Irineu Iester; SARTORI, Mariana de Nadai. Criopreservação de Zigoto, D2/D3. *In*: AZAMBUJA, Ricardo Marques de (coord.). **Reprodução Humana Assistida: Técnicas de Laboratório**. Porto Alegre: AGE, 2017. p. 165 a 178.

EU, Leitora: “Engravidei do meu marido oito meses depois de ele ter morrido”: Depois de lutar na justiça e contra o preconceito, a professora curitibana Kátia Lerner, 46 anos, realizou o sonho de ser mãe um ano após o falecimento do seu marido. **Centro de Estudos em Biodireito**. 12 dez. 2018. Disponível em: <<https://cebid.com.br/blog/eu-leitora-engravidei-do-meu-marido-oito-meses-depois-de-ele-ter-morrido/>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. I Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/Jornada%20de%20Direito%20Civil%201.pdf/view>> Acesso em: 22 ago. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. III Jornada de Direito Civil. Brasília: CJF, 2005. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL.pdf/view>> Acesso em: 22 ago. 2019.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *In*: Jornadas de direito civil I, III, IV e V: Enunciados Aprovados. Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012 Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2019.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DICIO. **Dicionário Online de Português**. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/solidariedade/>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva. V. 1. 28. ed. 2011.

DORNEY, Maureen S. Moore v. the Regents of the University of California: Balancing the Need for Biotechnology Innovation against the Right of Informed Consent. **Berkeley Technology Law Journal**. v. 5. 1990. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1087&context=btlj>>. Acesso em: 17 Jul. 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. Salvador: Editora JusPodivim. v. 1, 12. ed. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. Salvador: Editora JusPodivim. v. 6, 6. ed. 2014.

FIUZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**. 16. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

FLINT, Guila. “Testamento biológico” permite nascimento de filhos de pais mortos em Israel. BBC Brasil, 17 fev. 2014. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140217\\_testamento\\_biologico\\_gf\\_cc](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140217_testamento_biologico_gf_cc)>. Acesso em: 23 set. 2019.

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

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Proposta de Enunciado para o art.1.798 do Código Civil de 2002. *In: III Jornada de Direito Civil*. Brasília: AGUIAR JR., Min. Ruy Rosado de.(Org). Brasília: CJF, 2005. p. 398 - 401.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Proposta de Enunciado para o art.1.798 do Código Civil de 2002. *In: III Jornada de Direito Civil*. Brasília: AGUIAR JR., Min. Ruy Rosado de.(Org). Brasília: CJF, 2005a. p. 401, 402.

GÊNESIS. *In: A Bíblia: Almeida Revisada Impressa (AA)*. Disponível em: <<https://biblia.blog.br/aa/livro/genesis/16/>>. Acesso em: 04 jun. 2019.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Estudo do Direito**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2002.

IZAR, Ricardo. **Projeto de Lei da Câmara n.º 27 de 2018**. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Câmara dos Deputados, abr. 2017. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7729363&ts=1567535458027&disposition=inline>>. Acesso em: 26 set. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva. 20. ed revista, ampliada e atualizada. 2016.

LIMA, Taisa Maria Macena de. **A Nova Contratualidade na reconstrução do Direito Privado Nacional**. Revista VirtuaJus. Belo Horizonte, ano 3, n.1, jul. 2004.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Ensaio Sobre a Infância e a Adolescência**. Menores e Deficiência: Limites da Atuação dos Cuidadores e os Direitos da Personalidade da Criança e do Adolescente. Belo Horizonte: Arraes. 2016. P. 48-56.

LIMA, Taísa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Gestão de Substituição: Entre Autonomia e Vulnerabilidade**. *In: VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 19-36, 1o sem. 2018. Disponível em:

<<http://periodicos.pucminas.br/index.php/virtuajus/issue/view/1015>>. Acesso em: 20 jun. 2019.

MACHADO, Diego Carvalho. **Autonomia Privada, consentimento e corpo humano: para a construção da própria esfera privada na era da tecnologia**. p. 17-52.

MARIDO se suicida e mulher recorre à justiça para conseguir seu sêmen: Uma mulher de 27 anos conquistou na Justiça da Austrália o direito de retirar o esperma de seu marido horas após a morte dele. Apesar da decisão favorável, ela ainda luta para conseguir uma autorização para usá-lo. **Yahoo Notícias**. 21 ago. 2019. Disponível em: <<https://br.noticias.yahoo.com/mulher-justica-colher-semen-marido-morto-193502487.html>>. Acesso em: 29 set. 2019.

MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do Princípio da Igualdade nas Relações Jurídico Privadas. **Revista de Derecho Privado**, Universidad Externado de Colombia, n.º 32, enero-junio de 2017, 109-140. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/5023>>. Acesso em: 24 set. 2019.

MCDERMOTT, Sarah. “Minha filha foi o último desejo de um desconhecido antes de morrer”. BBC Brasil. 24 maio 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48378781>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Proposta de Enunciado para o art.1.597, III, IV e V do Código Civil de 2002. In: **III Jornada de Direito Civil**. Brasília: AGUIAR JR., Min. Ruy Rosado de.(Org). Brasília: CJF, 2005. p. 359, 360.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça (16ª Câmara Cível). Apelação Cível n.º 1.0000.19.073065-5/001. - Ação de Indenização Material e Moral Cumulada com Obrigação de Não Fazer. Contrato para Fertilização In Vitro. Procedimento Contratado por Ambas as Partes . Acordo Verbal Evidente. Justa Recurso de Autorização. Dever de Reparação Material. Justa Medida. Sentença Mantida. Des. Relator: Marcos Henrique Caldeira Brant, 24 jan. 2020. Belo Horizonte: TJMG, 2020. Disponível em: <[https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc\\_complemento2.jsp?listaProcessos=10000190730655001](https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_complemento2.jsp?listaProcessos=10000190730655001)>. Acesso em: 21 jan. 2020.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva. V. 1, 44. ed. 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulos: Atlas S.A. 27. ed. revista e atualizada até a EC n.º 67/10 e súmula vinculante 31. 2011.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MULHER usa sêmen do filho morto e barriga de aluguel para se tornar avó: Uma professora indiana de 49 anos encontrou uma forma improvável de reviver suas

memórias do filho, morto de um câncer de cérebro. BBC Brasil, 24 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-43162469>>. Acesso em: 26 ago. 2019.

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES Jussara Maria Leal de. **Patentes e Genoma Humano: análise a partir da dignidade da pessoa**. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI/UFBA – Salvador. 2008. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ana\\_paula\\_myszczuk.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ana_paula_myszczuk.pdf)>. Acesso em: 17 jul. 2019.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Concorrência de direitos fundamentais em direito de família: conflito entre intimidade genética do menor e interesses familiares e conflitos referentes à liberdade religiosa no seio familiar. **Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais**, v. 14, p. 321-344, 2008. Disponível em: <[http://www.iamg.org.br/revista/Revista\\_%20do\\_%20IAMG14\\_%202008.pdf](http://www.iamg.org.br/revista/Revista_%20do_%20IAMG14_%202008.pdf)>. Acesso em: 14/11/2019

NOGUEIRA FILHO, Luiz Nódgi. Estatuto Ético do Embrião Humano. **Revista Bioethikos. Centro Universitário São Camilo**. São Paulo, SP, Brasil, v. 3, n. 2, dez. 2009. Disponível em: <<https://saocamilo-sp.br/assets/artigo/bioethikos/71/225-234.pdf>>. Acesso em: 31 maio 2019.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense. V. 1, 25 ed. 2012.

PEREIRA, Soraya Alves; CHAVES, Wilson Camilo. A função do pai: uma interlocução entre o direito e a psicanálise, in Revista **aSEPHallus**, Rio de Janeiro, vol. VIII, n. 16, mai. a out. 2013. Disponível em: <[www.isepol.com/asephallus](http://www.isepol.com/asephallus). doi: 10.17852/1809-709x.2019v8n16p37-50>. Acesso em: 28 set. 2019.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução Assistida Post Mortem: Aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Editora UFPR, 2015.

RÉGIS, Mário Luiz Delgado. Proposta de Enunciado para o art.1.798 do Código Civil de 2002. In: **III Jornada de Direito Civil**. Brasília: AGUIAR JR., Min. Ruy Rosado de.(Org). Brasília: CJF, 2005. p. 392 – 398.

REIG, Virgínia; AZAMBUJA, Ricardo Marques de; FLACH, Shana. **Criopreservação de Oócitos** In: AZAMBUJA, Ricardo Marques de (coord.). **Reprodução Humana Assistida: Técnicas de Laboratório**. Porto Alegre: AGE, 2017. p. 158 a 164.

RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. **Gestação de substituição no Brasil: a estrutura de uma negócio jurídico dúplice, existente, válido e eficaz**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Breve Comentário sobre Aspectos Destacados da Reprodução Humana Assistida. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de (Coord.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 4. ed. Belo Horizonte: DelRey, 2018.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direitos da Personalidade**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

SÃO PAULO. Justiça Federal. Mandado de Segurança: **5003638-37.2018.4.03.6100**. Juíza Rosana Ferri. São Paulo, 09 mar. 2018.

SCHETTINI, Beatriz. **A viabilidade jurídica da gestação de substituição onerosa no ordenamento jurídico brasileiro**. 2018. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Direito da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2014.

STACCIARINI, Samantha. Teoria da justiça em Aristóteles. **Revista Eletrônica Direito e Política, Itajaí**, v.2, n.1, 1º quadrimestre de 2007. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7569>>. Acesso em: 23 set. 2019.

SUPREMA CORTE DA CALIFÓRNIA. **Moore vs. Regents of University of Califórnia**. Disponível em: <<https://www.courtlistener.com/opinion/2608931/moore-v-regents-of-university-of-california/>>. Acesso em: 17 Jul. 2019.

SZANIAWSKI, Elimar. O Embrião Humano: Sua Personalidade e a Embrioterapia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, v. 46, dez. 2007. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/14978/10030>>. Acesso em: 31 maio 2019.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOSA, Heloísa Helena. Proposta de Enunciado para o art.1.597, III e IV do Código Civil de 2002. In: **III Jornada de Direito Civil**. Brasília: AGUIAR JR., Min. Ruy Rosado de.(Org). Brasília: CJF, 2005. p. 359.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. São Paulo: Atlas. V. 1, 9. ed. 2009.

VIÚVA tem pedido negado para implantar embriões dela e do marido: Cleberton morreu de câncer há oito anos e Samille, que já tem um filho dele, deseja engravidar novamente. Mas clínica alega que o pai não deixou autorização por escrito. G1, 28 abr. 2019. Fantástico. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2019/04/28/viuva-tem-pedido-negado-para-implantar-embrioes-congelados-dela-e-do-marido.ghtml>>. Acesso em: 24 set. 2019.

WAYNE, Bruno Cunha. **O princípio da Dignidade Humana: uma reflexão a partir da filosofia de Kant**. São Paulo: Saraiva, 2013.