

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Guilherme Soares de Araújo

**O CONSENTIMENTO NA
REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM***

Belo Horizonte
2024

Guilherme Soares de Araújo

O CONSENTIMENTO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

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.

Área de Concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação.

Linha de pesquisa: Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos.

Orientadora: Profa. Maria de Fátima Freire de Sá

Belo Horizonte
2024

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

A663c Araújo, Guilherme Soares de
O consentimento na reprodução assistida *post mortem* / Guilherme Soares de Araújo. Belo Horizonte, 2024.
118 f.

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

1. Reprodução assistida - Aspectos jurídicos - Brasil. 2. Fertilização in vitro – Regulamentação - Brasil. 3. Reprodução humana - Ética. 4. Consentimento livre e esclarecido. 5. Falecimento de responsável - Aspectos jurídicos. 6. Princípio da autonomia privada. I. Sá, Maria de Fátima Freire de. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.65

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

Guilherme Soares de Araújo

O CONSENTIMENTO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

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.

Área de Concentração: Democracia, Autonomia Privada e Regulação.

Linha de pesquisa: Novos Paradigmas, Sujeitos e Direitos.

Profa. Dra. Maria de Fatima Freire de Sá (Orientadora)

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima - PUC Minas (Banca Examinadora)

Profa. Dra. Iara Antunes de Souza - UFOP (Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 09 de dezembro de 2024.

Dedico este trabalho às pessoas que de alguma forma me incentivaram e apoiaram.

AGRADECIMENTOS

Aos professores com os quais tive o prazer de ter tido aula no PPGD PUC Minas nesta trajetória no mestrado, especialmente a minha orientadora Profa. Maria de Fátima Freira de Sá, pelo apoio, compreensão e dedicação.

RESUMO

O objetivo é analisar a questão do consentimento na reprodução humana assistida *post mortem*, buscando obter esclarecimentos por meio da pesquisa na doutrina, na legislação e na jurisprudência, sobre a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do titular acerca do uso do material genético *post mortem*, e por qual meio deve se dar esta manifestação. Portanto, o objetivo principal deste estudo será analisar a necessidade, a importância e a relevância do consentimento, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, que conste a manifestação expressa da vontade procriativa para a realização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Como marco teórico e base de referência utilizada para construção deste trabalho estão as obras das autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Juliane Fernandes Queiroz. O estudo será elaborado e desenvolvido a partir da pesquisa bibliográfica, da consulta à norma deontológica vigente, e por meio da análise de algumas decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro sobre reprodução *post mortem* e a utilização do material genético para procriação, com a pretensão de encontrar respostas sobre os questionamentos acima, diante da lacuna de lei ordinária sobre o tema. O assunto não é disciplinado por lei ordinária específica, mas por um conjunto de instrumentos normativos em sentido amplo, como a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2320/2022 (CFM). A falta de legislação sobre reprodução humana pode gerar insegurança jurídica aos interessados em utilizar a técnica de reprodução assistida, além do fato de que a ausência de legislação sobre reprodução assistida poderá culminar em restrição indevida ao direito fundamental de procriação. Concluiu-se que, o termo de consentimento livre e esclarecido deve ser disponibilizado e preenchido por todos os interessados em criopreservar material genético para a finalidade de reprodução assistida, onde deve ser definida a destinação do material congelado quanto a possibilidade de utilização para fertilização *post mortem*, de forma a não deixar dúvida sobre a manifestação de vontade do falecido ou falecida.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Manifestação de vontade. Consentimento. Reprodução *post mortem*.

ABSTRACT

The objective is to analyze the issue of consent in post-mortem assisted human reproduction, seeking to obtain clarifications through research into doctrine, legislation and jurisprudence, on the (un)need for express manifestation during the holder's lifetime regarding the use of genetic material. post mortem, and by what means this manifestation should take place. Therefore, the main objective of this study will be to analyze the need, importance and relevance of consent, through the free and informed consent form, which contains the express manifestation of the procreative will to carry out post-mortem assisted reproduction techniques. As a theoretical framework and reference base used to construct this work are the works of authors Maria de Fátima Freire de Sá and Juliane Fernandes Queiroz. The study will be designed and developed based on bibliographical research, consultation of the current deontological standard, and through the analysis of some decisions made by the Brazilian Judiciary on post-mortem reproduction and the use of genetic material for procreation, with the aim of finding answers on the questions above, given the gap in ordinary law on the subject. The subject is not regulated by specific ordinary law, but by a set of normative instruments in a broad sense, such as the current Resolution of the Federal Council of Medicine nº 2320/2022 (CFM). The lack of legislation on human reproduction can generate legal uncertainty for those interested in using the assisted reproduction technique, in addition to the fact that the absence of legislation on assisted reproduction may result in undue restrictions on the fundamental right to procreation. It was concluded that the free and informed consent form must be made available and completed by all those interested in cryopreserving genetic material for the purpose of assisted reproduction, where the destination of the frozen material must be defined regarding the possibility of use for post-mortem fertilization, so as to leave no doubt about the manifestation of the will of the deceased.

Keywords: Assisted human reproduction. Manifestation of will. Consent. Postmortem reproduction.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CC/02	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CFM	Conselho Federal de Medicina
CJF	Conselho da Justiça Federal
CMR	Centro de Medicina Reprodutiva
Dec.	Decisão
D.O.U.	Diário Oficial da União
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
HLA	Antígeno Leucocitário Humano
ICSI	Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides
IU	Inseminação Artificial Intrauterina
Inc.	Inciso
j.	Julgado
Min.	Ministro
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
RE	Recurso Extraordinário
SBRA	Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Súm.	Súmula
TCLE	Termo de consentimento livre e esclarecido

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRINCÍPIOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.	13
2.1	Princípio da dignidade da pessoa humana	14
2.2	Princípio da autonomia privada em procriação	17
2.3	Princípio do livre planejamento familiar e da pluralidade das entidades familiares	21
2.4	Princípio do melhor interesse da criança e da paternidade/maternidade responsável	28
3	REGULAÇÃO SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL	33
3.1	Resolução do Conselho Federal de Medicina.....	36
3.1.1	<i>Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida post mortem.....</i>	<i>39</i>
3.2	Código Civil de 2002.....	40
3.3	Lei de Biossegurança nº 11.105, de 24 de março de 2005.....	43
3.4	Provimento do CNJ n. 149, de 30 de agosto de 2023.....	44
3.5	Projetos de Lei sobre reprodução humana assistida.....	45
3.6	Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil.....	50
4	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....	51
4.1	O consentimento na reprodução assistida <i>post mortem</i>	56
4.2	A (des)necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido em projetos parentais <i>post mortem</i>	64
4.3	A manifestação de vontade para procriação <i>post mortem</i>	68
4.3.1	<i>Manifestação de vontade expressa x presumida.....</i>	<i>70</i>
4.3.2	<i>Limite temporal para a manifestação da vontade procriativa.....</i>	<i>73</i>
5	JUDICIALIZAÇÃO DO CONSENTIMENTO E RECONSTRUÇÃO JUDICIAL DA VONTADE EM REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....	76
5.1	Estudo de casos sobre utilização do material genético <i>post mortem</i> e a reconstrução judicial da vontade na jurisprudência brasileira.....	80
5.1.1	<i>Estudo de Caso 1: pedido da esposa para utilização do material genético do marido post mortem.....</i>	<i>81</i>
5.1.2	<i>Estudo de Caso 2: pedido dos pais para utilização do material genético do filho post mortem.....</i>	<i>84</i>
5.1.3	<i>Estudo de Caso 3: pedido dos pais para utilização post mortem dos óvulos congelados da filha.....</i>	<i>88</i>
5.1.4	<i>Estudo de Caso 4: pedido da esposa para utilização post mortem do material genético coletado após o óbito do marido.....</i>	<i>92</i>
5.1.5	<i>Estudo de Caso 5: pedido da esposa para utilização do material genético do marido post mortem.....</i>	<i>93</i>
5.1.6	<i>Estudo de Caso 6: pedido da mãe para utilização post mortem de material genético da filha, diante da existência de dois TCLE.....</i>	<i>95</i>

5.1.7 Estudo de Caso 7: pedido da esposa para utilização do material genético do marido post mortem, onde os filhos do “de cujus” foram contrários ao pedido.....	98
6 CONCLUSÃO	105
REFERÊNCIAS.....	112

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços na área da medicina e da biotecnologia, com a implementação de novas tecnologias reprodutivas, que permite auxiliar nos processos de reprodução humana, com a criopreservação de material genético, se faz necessário ter instrumentos normativos para acompanhar estes avanços, para tratar e regular temas importantes como a reprodução humana assistida e a possibilidade de utilização do material genético para procriação *post mortem*.

O cenário regulatório atual sobre reprodução humana assistida no Brasil apresenta uma ausência de legislação específica que trate sobre o tema, sendo a norma deontológica, prevista na Resolução do Conselho Federal de Medicina, o principal instrumento que traz informações sobre o assunto.

O direito à reprodução humana assistida merece esclarecimentos quanto aos seus limites éticos e jurídicos, que devem estar previstos em legislação específica, e interligado à bioética, ao biodireito, e aos princípios e valores previstos na Constituição Federal.

Os procedimentos e técnicas de reprodução assistida encontram respaldo na concretização dos direitos constitucionais e fundamentais, como o livre planejamento familiar, juntamente com o princípio da autonomia privada e o princípio da dignidade da pessoa humana.

O assunto não é disciplinado por lei ordinária específica, mas por um conjunto de instrumentos normativos em sentido amplo, como a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2320/2022 (CFM).

A falta de legislação sobre reprodução humana pode gerar insegurança jurídica aos interessados em utilizar a técnica de reprodução assistida, além do fato de que a ausência de legislação sobre reprodução assistida poderá culminar em restrição indevida ao direito fundamental de procriação.

Diante da lacuna legislativa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema de reprodução assistida, faz-se necessário a criação de uma lei própria ou alteração do Código Civil para acompanhar os avanços tecnológicos da bioética e do biodireito nos campos da medicina e da biotecnologia, para apresentar critérios e parâmetros para solução de conflitos e controvérsias em casos envolvendo a reprodução assistida *post mortem*.

É necessário que haja uma discussão sobre a regulamentação da reprodução humana assistida *post mortem*, visto que a Resolução do Conselho Federal de Medicina é apenas um dispositivo deontológico, que apresenta uma normatização da reprodução humana assistida.

O marco teórico desta pesquisa foi definido principalmente a partir de conceitos e teorias elencados em obras sobre reprodução humana assistida. Como marco teórico e base de referência utilizada para construção deste trabalho estão as obras das autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Juliane Fernandes Queiroz.

O presente estudo tem por objetivo analisar a questão do consentimento na reprodução humana assistida *post mortem*, buscando obter respostas na doutrina e na jurisprudência, sobre a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do titular acerca do uso do material genético em caso de falecimento, e como deve se dá esta manifestação.

O problema que se propõe a responder com a pesquisa da doutrina e a análise de decisões do judiciário brasileiro, é, como tem sido a interpretação sobre o consentimento na reprodução assistida humana *post mortem*, diante do cenário atual de inexistência de lei para regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida. Se a manifestação de vontade procriativa deve ser expressa, ou poderia ser presumida, e se poderia ser suprida pela reconstrução judicial da vontade procriativa.

A estruturação do trabalho se deu da seguinte forma, na parte inicial do estudo são apresentados os princípios relacionados à reprodução humana, que possuem relação com a técnica de fertilização *post mortem*, e servem como base normativa a ser aplicada à técnica de reprodução humana assistida.

Entre os princípios que regem a reprodução humana assistida estão elencados os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar, do melhor interesse da criança, da autonomia privada, sendo tais princípios fundamentais para a compreensão e tratamento a ser adotado na reprodução assistida *post mortem*, diante do cenário de ausência de legislação específica sobre o tema.

No capítulo seguinte é apresentado o panorama da regulamentação atual sobre reprodução humana assistida no Brasil, trazendo as normas deontológicas e a legislação civil sobre o tema, e, desta forma, abordando os principais dispositivos

regulatórios que tratam sobre o assunto, como o Código Civil e a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

O capítulo quatro trata da reprodução humana assistida *post mortem*, tendo como principal enfoque tratar do consentimento e da manifestação de vontade procriativa na reprodução *post mortem*, realizando um estudo de casos, na tentativa de verificar o posicionamento do judiciário quanto a (des)necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido para a utilização da técnica de reprodução humana assistida, com a utilização do material genético do titular, após a sua morte.

Para a fertilização *post mortem* é necessário analisar as consequências da utilização do material criopreservado após a morte de seu titular, e a importância do consentimento livre e esclarecido, como garantia da segurança jurídica para a realização da técnica de reprodução humana assistida.

A importância do estudo sobre o tema deste trabalho encontra justificativa diante dos questionamentos judiciais sobre o consentimento na reprodução assistida *post mortem*, que tem gerado a busca pela reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, diante da ausência da manifestação de vontade procriativa expressa em vida, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Diante do cenário atual onde se apresentam novas situações jurídicas existenciais, no âmbito do biodireito e da bioética sobre reprodução humana, surge a necessidade de regulação para a proteção jurídica para casos relacionados a reprodução humana assistida *post mortem*, como garantia da autodeterminação das pessoas envolvidas, para a efetiva proteção e concretude deste direito, que é necessário para resguardar a autonomia privada dos envolvidos.

Portanto, o objetivo principal deste estudo será analisar a necessidade, a importância e a relevância do consentimento, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, que conste a manifestação expressa da vontade procriativa para a realização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, apresentando questionamento sobre a forma que se deve ocorrer esta manifestação, se de forma expressa, ou se poderia ser presumida, se poderia ser comprovada por outros meios de demonstração, e sobre a existência ou não de um limite temporal para exercer tal manifestação, visando garantir a segurança jurídica do procedimento procriativo.

Considera-se a importância da manifestação expressa e específica dos titulares do material genético congelado, quanto a destinação do material *post mortem*, pois se houver o registro da manifestação expressa, permitindo a

procriação póstuma, com o material criopreservado do falecido(a), tal registro poderá limitar manifestação contrária ao projeto parental *post mortem*, definido em vida pelo casal.

A pretensão desta pesquisa é encontrar respostas na doutrina e juridicamente fundamentadas em decisões do judiciário para os questionamentos acima, diante da lacuna no ordenamento brasileiro, sobre as técnicas de reprodução humana assistida.

Não há a pretensão de esgotar os questionamentos sobre o tema em discussão, mas apenas levantar o debate sobre estas questões que envolvem a proteção da autonomia da vontade procriativa e o direito ao livre planejamento familiar.

O presente estudo será elaborado e desenvolvido a partir da pesquisa bibliográfica, da consulta à legislação vigente, por meio da análise das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, e análise de algumas decisões judiciais da jurisprudência brasileira.

2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS À REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Conjuntamente com as normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina, são aplicados alguns princípios constitucionais, que servem como norteadores para utilização das técnicas de reprodução assistida, e que também são concernentes à projetos parentais *post mortem*.

Cabe salientar que o Conselho Federal de Medicina também prevê princípios gerais inerentes as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, conforme previsto em sua Resolução.

Princípio, de acordo com Sá e Naves, é “uma norma jurídica imperativa que atua como diretriz para outras normas e como solucionadora direta de problemas jurídicos, com aplicação imediata a um caso concreto, que determinará seu conteúdo” (Sá; Naves, 2023, p.66)

Entre os princípios que regem a reprodução humana assistida, conforme elencados por Sá e Araújo, estão os princípios constitucionais da “dignidade da pessoa humana, da autonomia privada em procriação, do livre planejamento familiar e da pluralidade das entidades familiares, do melhor interesse da criança e da paternidade/maternidade responsável”. (Sá; Araújo, 2024, p. 76)

Conforme entendimento de Juliane Queiroz “o direito reprodutivo é construído sobre a base de uma interpretação dos princípios fundamentais do ordenamento brasileiro”. (Queiroz, 2015, p.67)

De forma que “a configuração de tal direito deve ser subtraída de um direito mais amplo, constitucionalmente garantido e protegido de manifestação do desenvolvimento da personalidade do ser humano”. (Queiroz, 2015, p.67)

No âmbito das famílias, “as transformações ocasionadas em razão dos avanços da biotecnologia, especialmente no que diz respeito à procriação, ganham destaque na efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos”. (Schettini; *et al.*, 2024, p. 19)

Conforme explanação de Juliane Fernandes Queiroz:

a questão intrínseca da reprodução humana se desenvolve, então, nas indagações acerca dos fundamentos, das razões, da extensão do direito de procriar, assim como de ser levar em consideração interesses, a fim de se definir se esses devam ser valorados e até que ponto deve ser essa garantia. O foco da discussão também abrange a esfera natural e assistida da procriação, com seus desdobramentos principiológicos e suas na estrutura social. (Queiroz, 2015, p.71)

Os princípios “assumem nuance protetiva, de particular importância para a existência da procriação *post mortem* como realidade social integrada ao ordenamento jurídico”. (Queiroz, 2015, p.197).

Conforme entendimento de Juliane Queiroz:

Depois de asseverar a existência de um direito subjetivo à procriação, objeto de uma garantia constitucional e internacional, e de haver definido a titularidade do direito, premente se faz distinguir os limites externos a este direito, que o ordenamento estabelece para proteger o concebido. Isso significa não considerar o desenvolvimento da personalidade do indivíduo como valor absoluto, mas implica a necessidade de respeitar alguns limites impostos pelos princípios gerais do ordenamento. (Queiroz, 2015, p.81)

Na ausência de lei específica ordinária, os princípios, como norma jurídica imperativa, podem ser aplicados como solucionadores de problemas jurídicos para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

2.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto na Constituição Federal, no título que trata sobre os princípios fundamentais, no art. 1º, inciso III, sendo considerado um dos principais preceitos norteadores da Constituição brasileira.

De acordo com Sá e Araújo, ao inaugurar o Estado Democrático de Direito, a Constituição de 1988 instituiu, “como fundamento da república, a dignidade da pessoa humana, (art. 1º, inc. III), fazendo com que o ordenamento jurídico deva proteger e fomentar o livre exercício da personalidade, o que inclui decisões quanto à formação de projetos parentais”. (Sá; Araújo, 2024, p. 76)

O direito reprodutivo “é assegurado pela Constituição a todo indivíduo, encontrando-se amplamente consagrado e tutelado no campo da dignidade da pessoa humana”. (Queiroz, 2015, p.163)

Nos dizeres de Juliane Fernandes Queiroz:

No momento em que a pessoa exerce o controle do próprio processo reprodutivo, valendo-se de sua autodeterminação, configura-se a prevalência do exercício de tal direito fundamental. A procriação entendida como um direito integrante da personalidade e existente em si mesmo, impõe a sua integral tutela, uma vez situada a procriação na órbita dos direitos ligados ao ente humano. (Queiroz, 2015, p.163)

Para Sá e Lima “a dignificação do ser humano é um processo e não um simples reconhecimento da lei, mesmo a Lei Constitucional”. (Sá; Lima. 2019, p. 6)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos principais fundamentos para os atos de autodeterminação e autonomia existencial.

Sobre a dignidade da pessoa humana, conforme Zanini:

na dignidade encontramos, em um primeiro momento, a vida e a liberdade do ser humano, a inclusão da vida no espectro da dignidade dispensa qualquer esclarecimento, é na dignidade da pessoa humana que encontramos a referência unificadora dos direitos fundamentais. (Zanini, 2011, p. 80)

Para Sá e Naves, “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”. (Sá; Naves, 2023, p.31)

Conforme entendimento de Juliane Queiroz:

A aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana nas situações subjetivas oriundas da procriação *post mortem* deve ser visualizada em duplo ângulo de sujeitos: tanto da parte dos genitores, quanto da parte dos concebidos por meio de tal técnica, sendo a tutela conferida a todos os envolvidos, indistintamente. (Queiroz, 2015, p.163)

Desta forma a procriação é assumida como um direito da pessoa humana à sua dignidade, a sua autonomia, e também ao respeito a sua autodeterminação.

Conforme entendimento de Alice Kramer Iorra Schmidt:

Sob a ótica do Direito de Família, a Dignidade da Pessoa Humana também é o vetor fundamental, eis que garantir o respeito às famílias (em todas as suas configurações), permite o livre exercício do planejamento familiar, e assegurar um sistema normativo e interpretativo que efetivamente os proteja integralmente de violências e abusos é tudo que se espera dentro do direito familista (Schmidt *et al.*, 2024, p. 275)

Para Juliane Queiroz “ante ao princípio da autonomia, atrela-se o próprio conceito de dignidade humana, a expressão genérica dignidade da pessoa humana preenche várias formas específicas que a sociedade atual entende que devam ser tuteladas”. (Queiroz, 2015, p.162)

Tal proteção constitucional tem como fundamento a própria dignidade da pessoa humana e o princípio da parentalidade responsável.

No âmbito da reprodução humana assistida, para Juliane Queiroz:

o princípio da dignidade da pessoa humana também atua na salvaguarda do embrião que ainda virá a se converter em pessoa, visto que, o valor desse princípio alcança amplitude tal na ordem social que se concretiza no interesse juridicamente protegido daquele que carrega em si o potencial de ser humano. (Queiroz, 2015, p.167)

Desta forma, o “princípio da dignidade da pessoa humana estabelece um espectro de proteção ao embrião, conferindo-lhe um direito ao nascimento, consonante com a vontade de seus genitores em ter filhos”. (Queiroz, 2015, p.166)

Na reprodução humana assistida é necessário tutelar a dignidade da pessoa humana, para se assegurar a autodeterminação e a liberdade para a procriação, diante de um direito à procriação garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido “deve-se atentar para o referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da proteção integral à inviolabilidade da vida privada e da intimidade”. (Queiroz, 2015, p.44)

Com a atuação do princípio da dignidade da pessoa humana, “espera-se que se atente para a consolidação das tutelas conferidas a todos os envolvidos na prática da reprodução assistida *post mortem*, de forma que ao embrião e seus interesses, conceda-se o seu valor histórico-social na íntegra”. (Queiroz, 2015, p.167)

O princípio da dignidade da pessoa humana, que está expresso no artigo 1º, III, da Constituição Federal, conforme Sá e Naves, “é a garantia de pleno desenvolvimento dos vários aspectos da pessoa, protege-se todo o arcabouço de manifestações do ser humano, em sua vertente física, psíquica e espiritual” (Sá; Naves, 2023, p.31)

De acordo com Sá e Naves, “todavia, essa proteção só é possível se tal garantia puder estender-se a outros, garantindo uma sociedade plural, pois, qualquer decisão que privilegie a liberdade de um em detrimento da do outro, afronta a igualdade” (Sá; Naves, 2023, p.31)

Conforme entendimento de Alexandre de Moraes:

outorga o princípio da dignidade da pessoa humana não somente vida e liberdade aos seres humanos, mas também exige um verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário, de maneira que o indivíduo, além de ter sua dignidade respeitada, deve igualmente respeitar a dignidade de seu semelhante”. (Moraes, 2003 p. 60-61)

Diante disto, a dignidade da pessoa humana deve ter sua aplicabilidade garantida e protegida pela Constituição Federal e por todo o ordenamento jurídico brasileiro, de forma a proporcionar uma efetiva liberdade e igualdade de direitos fundamentais a todas as pessoas.

2.2 Princípio da autonomia privada em procriação

O princípio da autonomia privada é atrelado ao direito de liberdade garantido na Constituição Federal, e também é um princípio geral consagrado na bioética, tendo como base o respeito à autodeterminação.

De acordo com Sá e Lima, tratando sobre a autonomia privada e autonomia da vontade, orientam que:

a autonomia privada é decorrência da transformação da clássica autonomia da vontade e uma superação da visão voluntarista do Direito. Hoje, não mais se defende que é a vontade a força motriz do surgimento de situações subjetivas, mas que os sujeitos jurídicos, dentro de um espaço de liberdade, podem compor as suas relações de vida. (Sá; Lima, 2019. p. 23)

A autonomia privada “requer que não haja condicionadores externos diretos à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser livre, não podendo comportar quaisquer vícios, sejam sociais ou do consentimento”. (Sá; Naves, 2023, p. 68)

Para Juliane Queiroz “o sistema jurídico garante um direito à procriação, desde que consciente e responsável, não admitindo, contudo, uma excessiva liberdade reprodutiva”. (Queiroz, 2015, p.81)

Conforme entendimento de Sá e Araújo, “em não havendo um modelo predeterminado de família, abre-se espaço importante para a autonomia privada, alicerce do livre desenvolvimento da personalidade e fundamento legitimador dos processos assistidos de reprodução”. (Sá; Araújo, 2024, p. 76)

Segundo os ensinamentos de Juliane Queiroz:

o direito de procriação existe e, como tal, deve ser assegurado pela ordem jurídica. Se a Constituição Federal protege a família e esta é constituída pelos genitores e seus descendentes, a proteção deve ser estendida à procriação, um dos recursos por meio do qual a família será constituída. (Queiroz, 2001, p.123)

Conforme entendimento de Teixeira e Rettore:

é a escolha autônoma o que gera o vínculo de filiação, pois havendo ou não vínculo genético, e antes mesmo da formação de qualquer relação socioafetiva, já que se trata de escolha feita, por óbvio, antes de qualquer convivência com o filho que está por nascer, a formação do vínculo já é fato certo a partir do momento em que é feita a opção pelo autor do projeto de parentalidade. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

O direito à procriação é garantido pela Constituição Federal, pois também está atrelado a dignidade da pessoa humana. O princípio da autonomia privada está relacionado ao consentimento livre e esclarecido, na prática das técnicas de reprodução assistida.

O direito de constituir família, é previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no artigo 16, e serve de base para a garantia de um direito reprodutivo, pois prevê que “o homem e a mulher têm o direito de casar e de

constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais”. (ONU, 1948)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também prevê que “família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado”. (ONU, 1948)

O direito de fundar uma família “comporta a obrigação do Estado de conceder meios para a sua realização, em particular o planejamento familiar, como modo de assegurar às pessoas a determinação da dimensão familiar, como escolha autônoma”. (Queiroz, 2015, p.66)

Para Juliane Queiroz “o direito reprodutivo se perfaz em uma projeção do direito de fundar uma família, considerando-se que a procriação é o meio por intermédio do qual se pode formar uma prole e, via de consequência, propriamente formar a família.” (Queiroz, 2015, p.67)

Segundo o entendimento de Juliane Queiroz:

Busca-se, no canal da autonomia privada, o equilíbrio entre relevância jurídica e escolha individual que permita o exercício da autorresponsabilidade sem incidir em um modelo de família com padrões e contornos preestabelecidos. A família, nas suas relações internas, é fundada na autonomia, no respeito à dignidade, à igualdade, à reciprocidade e à livre expressão da personalidade individual. (Queiroz, 2015, p.44)

Desta forma, respeitar o indivíduo como pessoa humana significa respeitar sua autonomia, sendo o fundamento para a realização do consentimento livre e esclarecido em práticas médicas em geral, por meio da concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a informação e explicação sobre os procedimentos médicos indicados.

Quanto à autonomia existencial, Bernardo Gonçalves Fernandes, apresenta o seguinte entendimento:

cada pessoa deve ter o direito de fazer suas escolhas essenciais de vida e agir de acordo com suas escolhas, desde que elas não sejam práticas ilícitas (ou não prejudiquem de forma indevida direitos de terceiros). Essa dimensão nos garante a liberdade existencial, ou seja, a possibilidade dos mais variados projetos de vida, concepções de vida digna em meio ao pluralismo razoável em que vivemos. (Fernandes, 2023, p. 241)

Assim, em defesa da integridade, “que é sempre inspirada pela garantia da pessoa, encontra-se o direito à procriação. Simplificando, o direito à procriação constitui-se no direito de um casal a ter filhos. A reprodução humana encontra-se na esfera íntima de decisão do casal”. (Queiroz, 2001, p.121)

Discorrendo sobre os requisitos de validade da autonomia privada, Sá e Naves entendem que:

o exercício da autonomia privada, como manifestação humana que pretende produzir efeitos jurídicos, exige requisitos de validade especiais, que excepcionam ou apenas complementam os requisitos dos atos jurídicos em geral, determinados no artigo 104 do Código Civil, são eles: informação, discernimento e ausência de condicionadores externos diretos. (Sá; Naves, 2023, p.67)

Sobre o direito reprodutivo, Juliane Queiroz informa que, “a configuração de tal direito deve ser subtraída de um direito mais amplo, constitucionalmente garantido e protegido de manifestação do desenvolvimento da personalidade do ser humano” (Queiroz, 2015, p.67)

O termo de consentimento livre e esclarecido tem por finalidade garantir a autonomia do paciente para a melhor escolha acerca do procedimento ao qual será submetido, recebendo do médico os esclarecimentos sobre os riscos e consequências.

Sobre autonomia da pessoa, Juliane Queiroz entende que:

Autonomia diz respeito à capacidade do indivíduo de se autodeterminar, de se posicionar como parte integrante nas diversas relações, de acordo com a sua vontade livremente expressa. Nesse sentido, autonomia contempla a liberdade reconhecida para todos os indivíduos de regularem os seus próprios interesses (Queiroz, 2015, p.168)

Nessa concepção, o respeito a autonomia privada implica em tratar as pessoas de forma a capacitá-las para agir de forma autônoma, de forma a não ignorar sua capacidade de decisão, que pode ser expressa pelo termo de consentimento livre e esclarecido, para a realização das técnicas de reprodução humana assistida.

No entendimento de Sá e Lima “as possibilidades de atuar e de decidir, conferidas pelo ordenamento jurídico aos titulares do poder familiar não se

encontram no campo da autonomia privada. A autonomia se dá quando a ação é livre”. (Sá, Lima. 2019, p. 19)

Quanto ao direito à procriação, “a titularidade desse direito deve ser reconhecida aos dois sujeitos, pois a maternidade e a paternidade constituem uma parte importante ao desenvolvimento da personalidade individual”. (Queiroz, 2015, p.67)

Juliane Queiroz observa que, “a afirmação da existência de um direito reprodutivo agrega seu fundamento no respeito à vida privada e, por isso, na autonomia das escolhas individuais, bem como no direito de se constituir uma família e no direito à saúde” (Queiroz, 2015, p.67)

Assim, “é legítimo e constitucional o direito à procriação, inclusive a artificial, que será utilizada em caso de necessidade efetiva”. (Queiroz, 2001, p.124)

No que se refere à autonomia, a Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe no seu artigo 5º, inciso X, referência a intimidade e a vida privada como direitos fundamentais, e que também abrangem os direitos de personalidade.

Referente à reprodução humana, “a liberdade de escolha do indivíduo, diz respeito ao como, ao quanto e ao quando exercitar tal função, um direito pessoal que prescinde dos instrumentos ou das formas utilizadas para a sua efetiva realização” (Queiroz, 2015, p.76)

Conforme Juliane Queiroz “se a procriação é um bem consagrado à tutela, não pode haver discriminação entre a natural e a artificial. Se o direito à procriação é protegido, não se podem diferenciar os meios empregados para sua consecução”. (Queiroz, 2001, p.123)

Nesse sentido “o direito à intimidade e à vida privada se traduz na própria autonomia que a pessoa tem de gerir a sua vida como lhe aprouver, sem que se admitam interferências externas”. (Queiroz, 2015, p.44)

O direito à procriação “envolve a decisão de planejamento familiar, única e exclusiva do casal, sem que o Estado possa interferir. Se esse direito é protegido em suas duas formas (natural e artificial), as maneiras através das quais ele será realizado terão que ser garantidas”. (Queiroz, 2001, p.130)

Para Juliane Queiroz, “em defesa da vida privada e da intimidade, culminando na própria tutela de integridade, sempre inspirada pela garantia da pessoa, é conferida liberdade familiar para se autodeterminar na busca de seus interesses”. (Queiroz, 2015, p.47)

2.3 Princípio do livre planejamento familiar e da pluralidade das entidades familiares

O direito ao livre planejamento familiar está previsto na Constituição Federal no artigo 226, § 7º, que consagra a livre decisão do casal, assegurando o direito ao planejamento familiar, que por meio da sua autonomia privada, permite que o casal e o indivíduo, de forma consciente, possam escolher entre ter ou não filhos, e quanto a quantidade de filhos desejam ter.

Sobre o planejamento familiar a Constituição Federal dispõe que:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º 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, 1988)

A norma constitucional que proclama o planejamento familiar como livre decisão do casal, por extensão, também consagra o livre direito à procriação, seja natural ou artificial.

Sobre a vontade procriativa “deve ser respeitada a escolha individual atribuída ao casal, pois somente ele pode avaliar quais são seus interesses relevantes”. (Queiroz, 2001, p.123)

O direito ao planejamento familiar inclui a possibilidade de utilização de técnicas de inseminação artificial, “desde que a procriação não possa ser realizada de forma natural. O Estado não pode interferir na decisão do casal, pois estaria invadindo sua privacidade, interferindo na vida sexual e reprodutiva da pessoa”. (Queiroz, 2001, p.124)

Conforme entendimento de Sá e Araújo, “a pluralidade de entidades familiares encontra guarida no *caput* e incisos do artigo 226 da Constituição da República, e deve-se entender que se trata de rol exemplificativo e não taxativo de formas de constituição de família”. (Sá; Araújo, 2024, p. 76)

Tal afirmativa é também tratada, conforme disposto no artigo 1565 § 2º do Código Civil Brasileiro:

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (Brasil, 2002)

O planejamento familiar está relacionado ao ato consciente de escolha do casal, entre ter ou não filhos, de acordo com seus planos e expectativas. O princípio constitucional de liberdade para o planejamento familiar tem como pressuposto o exercício da autodeterminação.

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 634), o planejamento familiar “de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e por garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.

Para Juliane Queiroz “o nexo existente entre saúde reprodutiva e planejamento familiar faz com que ambos estejam protegidos como direitos humanos, dentro da mesma formatação do direito reprodutivo” (Queiroz, 2015, p.66)

A Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, e que por meio dos seus dispositivos estabelece:

Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.

Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção;

Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Art. 6º As ações de planejamento familiar serão exercidas pelas instituições públicas e privadas, filantrópicas ou não, nos termos desta Lei e das normas de funcionamento e mecanismos de fiscalização estabelecidos pelas instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde.

Parágrafo único - Compete à direção nacional do Sistema Único de Saúde definir as normas gerais de planejamento familiar.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. (Brasil, 1996)

Nos dizeres de Juliane Queiroz “o planejamento familiar pode ser entendido como um confronto entre a liberdade de escolha individual, a liberdade de ação, e a consciência das responsabilidades”. (Queiroz, 2015, p.82)

Assim, “as consequências que aquela escolha, aquela ação leva a assumir é um dos limites impostos ao direito de procriar” (Queiroz, 2015, p.82)

Conforme observado por Beatriz Schettini, “cabe destacar que a decisão sobre o planejamento familiar é pessoal, cabendo ao Estado apenas orientar, com a fomentação de recursos e esclarecimentos, quanto aos riscos e benefícios de cada escolha” (Schettini, *et al.*, 2024, p. 23)

O planejamento familiar está relacionado aos avanços científicos e tecnológicos da medicina reprodutiva, que por meio destes avanços criou novas possibilidades de procriação.

Sobre o planejamento familiar, Maria Berenice Dias (2016, p. 634), apresenta o seguinte entendimento:

Falando em filiação, cabe lembrar que o planejamento familiar é livre (CF 226 § 7.º), não podendo nem o Estado nem a sociedade estabelecer limites ou condições. O acesso aos modernos métodos de reprodução assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa realização do sonho da filiação. O tema da inseminação artificial e da engenharia genética encontra embasamento nesse preceito. Todas as pessoas têm direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. Assim, distúrbios da função procriativa constituem problema de saúde pública, devendo o Estado garantir acesso a tratamento de esterilidade e reprodução. (Dias, 2016, p. 634)

A responsabilidade na formulação do planejamento familiar “diz respeito à decisão de gerar um filho, que deve ser cercada da convicção acerca da genitorialidade” (Queiroz, 2015, p.184)

O planejamento familiar é individual e de livre escolha do casal, que abarca o projeto parental, de forma que não cabe ao Estado interferir na decisão responsável e legal da pessoa em gerar uma criança.

Conforme previsto na Constituição Federal, o planejamento reprodutivo é tratado no § 7º, do art. 226, onde prevê que se trata de uma decisão do ente familiar, que é amparada na autodeterminação e na autonomia existencial da pessoa, do qual cabe ao Estado propiciar os recursos e meios educacionais e científicos necessários ao seu exercício.

Sobre o planejamento familiar, Juliane Queiroz apresenta que:

O planejamento familiar é livre decisão do casal e sua proteção está fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como dispõe o parágrafo 7º, do artigo 226 da Constituição Federal Brasileira: o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio fundamental, consagrador da pessoa como o valor máximo do ordenamento jurídico. A expressão paternidade responsável se consubstancia no princípio da responsabilidade que detém várias formas de atuação específica. (Queiroz, 2015, p.183)

Conforme discorre Flaviana Rampazzo Soares, sobre a dimensão do planejamento familiar:

Além de ser considerada uma deliberação de um núcleo familiar sob o enfoque reprodutivo, o planejamento familiar significa a dimensão programada que cada família terá, a qual poderá ser menor ou maior, conforme o legítimo interesse das pessoas nela diretamente envolvidas e que diz respeito ao projeto de vida que é construído e reconstruído continuamente, voluntária ou involuntariamente. (Soares *et al.*, 2024, p. 183)

Defender o planejamento familiar “não só é garantir o pleno exercício dos direitos reprodutivos, mas também, uma forma de limitá-los, uma vez que tal ação implica a tomada de escolhas e decisões estritamente justificadas dentro de um contexto principiológico” (Queiroz, 2015, p.85)

O Planejamento Familiar é constitucionalmente previsto e possui natureza promocional, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário à informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade.

Conforme entendimento de Juliane Queiroz, sobre o direito reprodutivo e a importância do projeto parental:

As linhas gerais do direito reprodutivo delineiam a importância do projeto parental efetivado entre os interessados. É através desse projeto que se pode elucidar o interesse dos cônjuges em fundar uma prole e é a partir daí que o princípio da dignidade da pessoa humana irá exercer a sua tutela. (Queiroz, 2015, p.165)

Para Sá e Lima “as possibilidades de atuar e de decidir decorrentes da autoridade parental são muito amplas, e essa amplitude justifica-se para viabilizar a criação, a educação e a proteção dos filhos menores”. (Sá; Lima. 2019, p. 40)

A Constituição Federal prevê a liberdade de escolha nas relações afetivas e existenciais, visto que no cenário atual são muitas as famílias formadas apenas pelo pai e filho(a), ou pela mãe e filho(a). Desta forma, percebe-se pelo art. 226, no § 4º, da Constituição Federal, que também se entende como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Conforme ensinamentos de Maria Berenice Dias (2016, p. 654):

Apesar da ideologia da família patriarcal, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe. Não se pode fechar os olhos e acreditar que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não têm filhos. Essas uniões, que passaram a ser chamadas de homoafetivas, constituem-se da mesma forma que as uniões heteroafetivas. (Dias, 2016, p. 654)

De acordo com Juliane Queiroz “reconhecer a nova instituição da família não significa apenas admitir seu espaço nas constituições e nos códigos, e, sub-repticiamente, sujeitá-la a regras de organização e funcionamento”. (Queiroz, 2015, p. 40)

Conforme observado por Maria Berenice Dias (2016, p. 655), “é cada vez mais comum homossexuais fazerem uso das técnicas de reprodução assistida. Nesta hipótese, mais uma pessoa vai participar do processo procriativo, seja fornecendo material genético, seja cedendo o útero, na gestação por substituição”.

O Conselho Federal de Medicina expressamente autoriza o uso das técnicas de reprodução assistida aos casais homoafetivos. Como a decisão de ter filhos é do casal, “é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao registro dos filhos no nome de ambos. A justiça tem determinado que conste na Declaração de Nascido Vivo o nome dos dois pais e não o nome da gestante”. (Dias, 2016, p. 655)

Sobre o tema pluriparental ou multiparental, Maria Berenice Dias (2016, p. 656), apresenta o seguinte entendimento:

O afeto, elemento identificador das entidades familiares, passou a servir de parâmetro para a definição dos vínculos parentais. Se de um lado existe a verdade biológica, de outro lado há uma verdade que não mais pode ser desprezada: a filiação socioafetiva, que decorre da estabilidade dos laços familiares.

Para o reconhecimento da filiação pluriparental, basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. A pluriparentalidade é reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e

biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito à afetividade. (Dias, 2016, p. 656)

Conforme apontado por Maria Berenice Dias, sobre o direito a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental:

Já sinalizou o STJ que não pode passar despercebida pelo direito a coexistência de relações filiais ou a denominada multiplicidade parental, compreendida como expressão da realidade social. Esta é a tendência da Justiça que vem admitindo o estabelecimento da filiação pluriparental quando o filho desfruta da posse de estado, mesmo quando não há a concordância da genitora. Também na hipótese da adoção unilateral é possível o reconhecimento da multiparentalidade. (Dias, 2016, p. 656/657)

Sobre as possibilidades de concepção geneticamente assistidas, Maria Berenice Dias (2016), observa que:

as possibilidades de concepção geneticamente assistidas contam com a participação de mais pessoas no processo reprodutivo. Quer os doadores de material genético, quer quem gesta em substituição e acaba por dar à luz, todos podem gerar vínculos com a criança que nasce com sua interferência. Assim, não mais se pode dizer que alguém só pode ter um pai e uma mãe. É possível que pessoas tenham vários pais. Identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de vários vínculos de filiação. (Dias, 2016, p. 657/658)

Desta forma, “a ideia de uma paternidade responsável instiga à função da entidade familiar como necessária e imprescindível ao desenvolvimento das pessoas” (Queiroz, 2015, p.87)

A reprodução humana assistida é uma técnica que possibilita a concretização do projeto parental, pois possibilita outras formas de procriação, viabilizando a construção do planejamento familiar,

O projeto parental reprodutivo é previsto pela Constituição Federal, quando abarca o planejamento familiar como um direito, e, desta forma, possibilitando a utilização de técnicas de reprodução com o auxílio da ciência.

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresenta alguns dispositivos que remetem a pluralidade de entidades familiares, conforme se pode observar na referida lei.

Sobre a família natural, o Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 25, dispõe que:

Art. 25 Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único: Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Brasil, 1990)

O Estatuto da Criança e do Adolescente também prevê que:

Art. 27 O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (Brasil, 1990)

Conforme previsto na Constituição Federal, no artigo 226, § 7º, o planejamento familiar é livre, e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo o Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o livre exercício desse direito.

A Constituição Federal ao prevê o planejamento familiar, estabelece que é liberdade do casal a decisão para a construção do projeto parental, não cabendo interferência, nesta livre decisão do casal de exercer a vontade de procriação, desde que responsável, respeitando os parâmetros legais e o melhor interesse da criança.

2.4 Princípio do melhor interesse da criança e da paternidade/maternidade responsável

Pelo Princípio do melhor interesse da criança busca-se observar e adotar o que for melhor para a criança diante de cada situação que envolva decisão a ser tomada em prol do menor.

A Constituição Federal apresenta normas gerais de proteção à criança, ao adolescente e ao jovem, como dever de todas as pessoas, que devem ser observadas pela família, pela sociedade e pelo Estado, e estão elencadas no art. 227 da CF.

O disposto na Constituição deve se refletir na interpretação das normas que estão em vigor e na elaboração de leis infraconstitucionais, em prol da multiparentalidade e o princípio da proteção integral da criança e do adolescente.

Conforme prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a coloca a família como a base da sociedade:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Brasil, 1988)

Conforme exposto por Sá e Araújo, “no campo normativo, as declarações internacionais de direitos humanos foram as grandes responsáveis pela propagação do instituto do melhor interesse e sua consequente incorporação em diversos ordenamentos jurídicos. (Sá; Araújo, 2024, p. 78)

A garantia de que os interesses da criança, do adolescente e do jovem deverão ser prioritariamente atendidos está consagrada no artigo 227 da Constituição Federal Brasileira, que dispõe que é dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar tais prerrogativas.

No âmbito infraconstitucional, como garantia de proteção à criança, tem-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e o Estatuto da Primeira Infância Lei n.13.257, de 8 de março de 2016, que disciplinam os direitos das crianças e dos adolescentes e das crianças em primeira infância, abarcando normas de direito civil, penal, processual civil e processual penal, e também normas de direito administrativo.

As necessidades existenciais e essenciais da criança é protegida pelo princípio do melhor interesse da criança. Para Maria Berenice Dias (2016, p. 648), “a paternidade constitui-se desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável”.

Quanto à paternidade responsável, “esta requer uma convivência familiar na integração da criança, com absoluta prioridade ao seu salutar desenvolvimento. O estado de filho, imprescindível à formação da personalidade humana, deriva de um vínculo estabelecido em os pais” (Queiroz, 2001, p.127)

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, e apresenta alguns dispositivos que remetem ao melhor interesse da criança, conforme se expõe:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as

oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (Brasil, 1990)

O princípio do melhor interesse da criança, conforme observado por Juliane Queiroz, “é internacionalmente reconhecido desde 1989 pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana que impõe a sua aplicação setorial infantojuvenil”. (Queiroz, 2015, p.189)

A Lei nº 8.069 trata sobre o dever da família, da comunidade, da sociedade em geral, e do poder público:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (Brasil, 1990)

Sobre os Direitos Fundamentais, como o direito à vida e à saúde, a Lei nº 8.069 traz as seguintes disposições:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. (Brasil, 1990)

Conforme prevê o ECA, no art. 15, “a criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis”. (Brasil, 1990)

Também é previsto à criança o direito à convivência familiar e comunitária nos termos do art. 19, “é direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a

convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral”. (Brasil, 1990)

Para Sá e Araújo, “a construção do projeto parental, seja por meio de material genético próprio ou doado ou de útero de substituição, deve levar em consideração que a essência da paternidade/maternidade é o cuidado e o afeto”. (Sá; Araújo, 2024, p. 79)

Sobre as regras jurídicas e a paternidade responsável, Juliane Queiroz entende que:

as regras jurídicas devem resguardar os perfis da fecundação assistida que traduzem contornos da proteção aos direitos personalíssimos no tocante à utilização do material genético, em respeito ao próprio direito reprodutivo, que deve ser realizado com os limites impostos pela paternidade responsável. (Queiroz, 2015, p.135)

O melhor interesse da criança e do adolescente deve ser uma diretriz obrigatoriamente buscada por toda a sociedade, seja nas relações entre particulares e pelo Poder Judiciário.

Conforme dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente no art. 70. “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. (Brasil, 1990)

Pelo princípio do melhor interesse da criança “a disposição alcançada é a de que, em todas as situações que envolvam crianças, os interesses concernentes a elas serão merecedores de reconhecimento especial”. (Queiroz, 2015, p.189)

Ao analisar o melhor interesse da criança no caso da procriação *post mortem*, Juliane Queiroz salienta que, “não diz respeito somente ao âmbito parental ou patrimonial, significa avaliar as condições em que o menor será inserido na sociedade e na família, em uma projeção de dados em caráter de caso abstrato, mas de conteúdo específico”. (Queiroz, 2015, p.191)

Neste sentido, tratando sobre a procriação *post mortem*, Juliane Queiroz observa que:

Partindo-se de tais premissas, não se pode admitir a usurpação de material genético de um indivíduo que não tenha mais capacidade jurídica para emitir o seu consenso para um ato que carrega em si a finalidade precípua de configurar um liame de filiação. O material genético não poderá servir para o nascimento de uma criança, cuja paternidade lhe será atribuída, não tendo sido expressamente declarada a vontade do falecido em instituir a sua descendência genética, mesmo após a sua morte. As regras jurídicas,

portanto, devem resguardar os perfis da fecundação assistida que traduzem contornos da proteção aos direitos personalíssimos no tocante à utilização do material genético, em respeito ao próprio direito reprodutivo, que deve ser realizado com os limites impostos pela paternidade responsável. (Queiroz, 2015, p.135)

Para Sá e Araújo “o exercício legítimo da autoridade parental não colide com o princípio do melhor interesse da criança, ao contrário, almejam o mesmo fim”. (Sá; Araújo, 2024, p. 79)

Percebe-se que, “o estado de filho e, portanto, o vínculo da paternidade, decorre diretamente do fato da procriação. O filho, biologicamente considerado, tem direito ao reconhecimento da paternidade, sendo esta, um vínculo jurídico com natureza própria”. (Queiroz, 2001, p.128)

No entanto, “não se pode considerar somente o vínculo biológico para o estabelecimento da paternidade. A paternidade envolve a função de pai, que vai muito além do dimensionamento do vínculo biológico”. (Queiroz, 2001, p.128)

O aspecto da paternidade “não se limita meramente à concepção, mais importante é o acompanhamento de todo o desenvolvimento após o nascimento, tomando para si a responsabilidade na criação, manutenção e educação do filho” (Queiroz, 2001, p.128)

Para Juliane Queiroz, sendo assim, é de primordial importância:

fixar-se que o direito à paternidade não é referente ao estabelecimento do vínculo biológico, mas sim, o direito à verdadeira paternidade, entendida como aquela que, independentemente do liame, sustenta a formação da pessoa, por entender seu filho. (Queiroz, 2001, p.128)

Sobre a maternidade e a paternidade responsável, no âmbito da reprodução humana assistida, em suas muitas técnicas que possibilitam projetos parentais, Sá e Araújo, entendem que “não é diferente do feixe de poderes e deveres que têm os pais na procriação natural, os genitores devem exercer esse múnus sempre tendo em vista o melhor interesse da criança”. (Sá; Araújo, 2024, p. 79)

A titularidade do direito reprodutivo “deve ser reconhecida aos dois sujeitos, pois a maternidade e a paternidade constituem uma parte importante ao desenvolvimento da personalidade individual” (Queiroz, 2015, p.67)

O projeto parental, ou seja, o desejo de ter filhos, “não pode ser reduzido ao simples ato de procriação deferindo-se a paternidade. O projeto vincula também a

intenção de fundar uma família, resguardando a criação dos filhos”. (Queiroz, 2001, p.128)

Nos dizeres de Juliane Queiroz, “não importa, pois, de que forma se estabeleça o vínculo (biológica, socioafetiva ou jurídica), mas sim como a função será exercida, para que a verdadeira paternidade seja estabelecida”. (Queiroz, 2001, p.129)

Conforme entendimento de Juliane Fernandes Queiroz, “diante das inúmeras transformações ocorridas na sociedade, a paternidade passou a se considerar, em sua essência, desbiologizada e vista como função”. (Queiroz, 2001, p.56)

3 REGULAÇÃO SOBRE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO BRASIL

No Brasil ainda não existe uma legislação específica para regulamentar os procedimentos das técnicas de reprodução humana assistida.

A realização de técnicas de reprodução assistida, proporcionado pelo avanço da medicina reprodutiva, tem possibilitado as pessoas a realização do desejo da maternidade e/ou paternidade biológica. Apesar da legislação brasileira ainda não apresentar mecanismos suficientes para regular de forma adequada e ampla as técnicas de reprodução humana assistida, que diante disso, pode gerar insegurança jurídica aos interessados em utilizar a técnica de reprodução assistida para realizar e concretizar o projeto parental, visando a procriação.

O conjunto regulatório existente é composto por disposições normativas gerais, previstas no regulamento deontológico do Conselho Federal de Medicina, no Código Civil, na Lei de Biossegurança, e em outros instrumentos normativos em sentido amplo.

A respeito do panorama das normas de biossegurança, as autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, apresentam as seguintes considerações sobre o tema:

Os fundamentos e os desdobramentos das técnicas assistidas de procriação estão, ainda que não diretamente disciplinados, aportados em conteúdo relacionados a direitos fundamentais, a direitos da personalidade, a regras sobre obrigações e contratos, a responsabilidades civil e penal (considerando a relação com a previsão dos tipos penais), bem como a regras do direito de família e das sucessões. (Sá; Araújo, 2024, p. 39)

Estes dispositivos apresentam normalização de grande relevância para o tratamento sobre reprodução humana assistida, porém, não são suficientes, pois não contemplam de forma ampla e completa todas as situações inerentes a técnica de procriação assistida e a fertilização *post mortem*.

Para Sá e Naves (2023, p. 137), “a ausência de uma legislação específica não proíbe o acesso e a prática da técnica, criando uma esfera de liberdade, que a Resolução tentou limitar”.

Sobre o estado regulatório da reprodução humana assistida, as autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, apresentam as seguintes considerações:

O assunto não é disciplinado por lei ordinária específica, mas por um conjunto de instrumentos normativos em sentido amplo, como a atual Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), as Resoluções de Diretoria Colegiada (RDC) e Notas Técnicas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), além dos documentos “Relatórios do Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio)”, “Relatórios de Importação – Reprodução Assistida” e “Relatório de Avaliação sanitária em Centros de Reprodução Humana Assistida (BTCG)”, que revelam conteúdos de biossegurança e informações estatísticas importantes ao assunto. (Sá; Araújo, 2024, p. 39)

O estado regulatório da reprodução humana assistida no Brasil apresenta uma ausência de legislação ordinária que trate sobre o tema, sendo o regulamento deontológico do Conselho Federal de Medicina o principal instrumento que traz regras e procedimentos sobre o assunto, e também por meio de recomendações administrativas.

Conforme apontado por Sá e Naves (2023, p. 137), “o Conselho Federal de Medicina tomou a dianteira do legislador na regulação da reprodução humana assistida no Brasil”.

A resolução do Conselho Federal de Medicina vigente é a de n. 2.320, de 1º de setembro de 2022. “É claro que nem todo o conteúdo da Resolução pode ser considerado o melhor, do ponto de vista da Bioética, ou válido, do ponto de vista do Biodireito”. (Sá; Naves 2023, p. 137)

Assim, “por vezes, tal regulação esprou-se por caminhos de validade jurídica questionável, mas a necessidade prática de médicos e profissionais da reprodução humana assistida acabaram por impor a exigência de normatização”. (Sá; Naves 2023, p. 137)

Sobre a norma deontológica do CFM, para Sá e Naves (2023, p. 138), “um passo importante foi dado, ainda que incompleta e questionável, a resolução permite, ao menos, ampliar a discussão para além dos limites do Conselho Federal de Medicina e do próprio Poder Legislativo”.

Para Sá e Naves (2023, p. 138), “novas famílias, com o auxílio das técnicas de RA, podem ser formadas em contextos de monoparentalidade, homoafetividade, heteroafetividade, simultaneidade e o que mais vier”.

Conforme entendimento de Sá e Araújo, “pode-se afirmar que, diante da carência de lei por processo legislativo ordinário, abriu-se espaço importante para o protagonismo da regulamentação de natureza deontológica, que se multiplicou, de forma expressiva, nos últimos vinte anos”. (Sá; Araújo, 2024, p. 63)

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme previsto no artigo 1.597 do Código Civil, a reprodução humana assistida *post mortem* é tratada, conforme a redação do dispositivo, que presume-se concebido “na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, bem como os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. (Brasil, 2002)

A respeito do panorama do estado regulatório sobre reprodução humana assistida, as autoras Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, apresentam as seguintes considerações sobre o assunto:

A compreensão sobre o estado regulatório do tema, no direito brasileiro, perpassa pelo fato de que tanto a Constituição da República quanto os Códigos Civil e Penal, além de outras legislações ordinárias vigentes, como a Lei de Biossegurança, trazem previsões normativas diretamente relacionadas ao assunto. (Sá; Araújo, 2024, p. 39)

Existem diversos projetos de lei que tratam sobre o tema da reprodução humana assistida, que estão em tramitação no Congresso Nacional, mas, até a presente data nenhum destes projetos teve conclusão e aprovação.

Conforme exposto por Sá e Naves:

Os métodos alternativos de reprodução humana têm alargado o direito à liberdade de procriação. No entanto, as tentativas de regulamentação não passam de diversos projetos de lei ainda em lenta tramitação, e a prática jurídica continua se apoiando na doutrina, em legislações esparsas e nas resoluções do Conselho Federal de Medicina, que estabelecem critérios para o uso da técnica (Sá; Naves, 2023, p.115)

A realização das técnicas de reprodução assistida é condicionada as regras e requisitos estabelecidos pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, diante da falta de regulamentação, pela inércia do Poder Legislativo.

Conforme entendimento de Beatriz Schettini, “problematiza o fato de que a ausência de legislação sobre reprodução assistida no país, poderá culminar em restrição indevida ao direito fundamental de procriar”. (Schettini *et al.*, 2024, p. 22)

O Conselho Federal de Medicina permite a reprodução humana assistida *post mortem*, “desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”. (Brasil, CFM, 2022)

Para Sá e Naves (2023, p. 138), “mudanças e evoluções são constantes, a cada dia alargam-se os sujeitos aptos à reprodução assistida, todo o leque de projetos parentais pode ser repensado em outras especificidades biojurídicas”.

Constata-se que, mesmo que a norma do Conselho Federal de Medicina seja de natureza deontológica, quando conjugada com o artigo 1.597 do Código Civil, torna-se possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não veda a reprodução humana assistida *post mortem*, já que, pelo contrário, admite-se, quando há autorização específica daquele que deixou o material genético criopreservado para esta finalidade.

3.1 Resolução do Conselho Federal de Medicina

A Resolução do Conselho Federal de Medicina é o principal instrumento que estabelece normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida no Brasil.

A resolução do Conselho Federal de Medicina vigente é a de n. 2.320, de 1º de setembro de 2022. É uma normativa que trata o tema de maneira específica, mas de forma deontológica.

De acordo com o disposto no preâmbulo da norma deontológica, a Resolução CFM nº 2.320/2022:

Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando - se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros. (CFM, 2022)

Conforme entendimento de Beatriz Schettini “a realização das técnicas de reprodução assistida, resta condicionada a inúmeros requisitos estabelecidos pelas Resoluções médicas, que, em face da inércia do Poder Legislativo brasileiro, acabaram por regulamentar a matéria”. (Schettini *et al.*, 2024, p. 24)

No Brasil, “a reprodução humana assistida é regulamentada sobretudo pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina, apesar destas terem, como destinatários diretos, apenas os médicos”. (Sá; Naves, 2023, p.116)

Sobre os destinatários das técnicas de reprodução assistida, a Resolução vigente do Conselho Federal de Medicina nº 2.320/2022, dispõe que:

os pacientes das técnicas de reprodução assistida são todas as pessoas capazes que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites da resolução, podendo ser receptoras das técnicas de reprodução assistida, e desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente orientados e esclarecidos. (CFM, 2022)

Conforme apontado por Sá e Naves “o Código de Ética é um conjunto de normas jurídicas, assim como o são portarias e instruções normativas emitidas por órgãos da administração pública” (Sá; Naves, 2023, p.19)

Na Resolução CFM é considerado que o avanço do conhecimento científico permite auxiliar nos processos de reprodução humana a todas as pessoas que deles necessitem.

Na Exposição de Motivos da Resolução CFM nº 2.320/2022, é apresentado que:

O Conselho Federal de Medicina (CFM) age sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da obediência aos princípios éticos e bioéticos, que ajudam a conferir maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica que regule a reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos sobre o assunto, mas nenhum deles chegou a termo. Às famílias monoparentais e aos casais unidos ou não pelo matrimônio, fica garantida a igualdade de direitos para dispor das técnicas de reprodução assistida com o papel de auxiliar no processo de procriação. (CFM, 2022)

Sá e Naves (2024, p. 137), observam que a Resolução CFM n. 2.230/2022, tem muitos pontos positivos, conforme apontado abaixo:

Considerou a noção ampliada de família; preocupou-se em proteger os doadores de gametas; determinou uma forma de facilitar o acesso à técnica,

com a chamada “doação compartilhada de oócitos”; procurou uma resposta ao problema do grande número de embriões criopreservados e não implantados; enfrentou a questão da “cessão temporária de útero”; e procurou dar maior segurança à reprodução assistida *post mortem*. (Sá; Naves, 2024, p. 137)

As Resoluções do Conselho Federal de Medicina apresentaram contínua evolução sobre a reprodução assistida *post mortem*, conforme abaixo:

- RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992: não trata. (Brasil, CFM, 1992)
- RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010: Item VIII – Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2010)
- RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013: Item VIII – É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2013)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015: Item VIII - É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2015)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017: Item VIII – É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2017)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.294/2021: Item VIII – É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2021)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.320/2022: Item VIII – É permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente. (CFM, 2022)

Apenas a Resolução CFM nº 1.358/1992 não tratou da reprodução assistida *post mortem*, todas as resoluções seguintes consideraram que é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado.

Para Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

A opção brasileira pela ausência de legislação ordinária voltada às questões que envolvem a reprodução humana assistida corroborou, ao longo de muitos anos, para a constante postura do Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio de suas câmaras técnicas especializadas, em regulamentar, de forma sucessiva, a conduta na esfera deontológica, ou seja, pragmaticamente circunscrita aos profissionais que atuam nesse segmento. (Sá; Araújo, 2024, p. 67)

Desta forma, diante do vácuo legal em matéria de reprodução humana assistida, verifica-se que o Brasil adota um sistema permissivo, que é composto por atos normativos sobre a regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, condicionando o uso das técnicas de reprodução assistida ao respeito a princípios deontológicos, éticos e constitucionais.

3.1.1 Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida

A Resolução do Conselho Federal de Medicina dispõe das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, por meio de princípios que devem ser seguidos, dentre os quais, prevê que as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar no processo de procriação.

Dentre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, destaca-se os princípios gerais abaixo:

1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar no processo de procriação.
2. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para doação de gametas e para preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas.
3. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas, desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do(a) paciente ou do possível descendente.
4. O consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser 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 deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.
5. É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana. (CFM, 2022)

A Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina dispõe, no Item VIII, sobre a reprodução assistida *post mortem*, informando que “é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente”. (CFM, 2022)

A Resolução do Conselho Federal de Medicina dispõe “que as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para doação de gametas e para

preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas”. (CFM, 2022)

Entre os princípios gerais, destaca-se, a previsão de que o “consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, e que as informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético”. (CFM, 2022)

A Resolução também prevê que “o documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (CFM, 2022)

As técnicas de reprodução assistida “podem ser utilizadas, desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do(a) paciente ou do possível descendente”. (CFM, 2022).

3.2 Código Civil de 2002

No Brasil, apesar de ainda não ter sido promulgada lei específica disciplinadora da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, o Código Civil de 2002 trata da presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. No ordenamento jurídico brasileiro, a reprodução humana assistida *post mortem* está contemplada no artigo 1.597 do Código Civil.

No Código Civil de 2002, destaca-se os dispositivos abaixo, quando se trata de reprodução assistida póstuma:

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, 2002)

Conforme destacado no Código Civil 2002, em seu artigo 1.597, há a presunção dos filhos concebidos na constância do casamento, e também gerados por meio de inseminação artificial heteróloga, com ênfase na necessidade de haver a prévia autorização do marido. Portanto, o filho nascido com a utilização da

inseminação artificial homóloga *post mortem*, terá direito ao reconhecimento da filiação, mesmo que seu pai biológico já tenha falecido.

Assim, “a regra estabelecida no artigo 1.597 reconhece a licitude e legitimidade da procriação assistida, entreabrindo um amplo espectro de construções doutrinárias acerca do tema”. (Queiroz, 2015, p.122)

Conforme se constata, a reprodução humana *post mortem* é mencionada no Código Civil de 2002, apenas no artigo 1.597, incisos III, IV e V, para estabelecer a presunção de filiação. O tema quanto ao tratamento do direito à procriação póstuma não é abordado em nenhum outro artigo do código Civil.

O artigo 1.597 do código Civil de 2002 traz relevantes situações decorrentes da reprodução assistida humana *post mortem*, como a exigência de autorização expressa do falecido.

Para Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

Antes da interpretação do conteúdo posto pela norma, é válido registrar, novamente, seu importante coeficiente de imprecisão terminológica, estruturado num contexto em que não se contemplou, com adequação, o conhecimento especializado da medicina reprodutiva e as distintas circunstâncias que podem envolver a procriação *post mortem*. (Sá; Araújo, 2024, p. 238)

Sobre o artigo 1.597 do Código Civil, Sá e Araújo apresentam alguns questionamentos sobre o uso do termo “concebidos”, conforme exposto abaixo:

O caput do artigo já deflagra o primeiro problema, que é o uso da palavra “concebidos”. A concepção, à luz do que já descrevemos no capítulo 1, é a fusão do óvulo com o espermatozoide e pode ocorrer de forma corpórea (pela procriação natural ou pelo procedimento de inseminação artificial) ou extracorpórea (possível pelos métodos da FIV clássica e da ICSI). O legislador, ao usar a referida expressão, não considerou a necessidade de atentar para a precisão do termo, já que a palavra abrange tanto a reprodução natural quanto a reprodução assistida. É notório que o Código não mais reflete as especificidades atuais da procriação de forma assistida, partindo de uma nomenclatura generalista, capaz de prejudicar o alcance de uma interpretação. (Sá; Araújo, 2024, p. 238)

Outro ponto observado por Sá e Araújo, referente ao artigo 1.597 do Código Civil, é quanto a presunção de filiação prevista no inciso III:

O inciso III estabelece a presunção de filiação paterna para os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, pecando pelo uso das palavras e pela restrição de gênero. Fecundação (ou concepção) é palavra, na medicina reprodutiva, para designar a fusão do

óvulo com o espermatozoide. Quando associada ao termo “artificial”, a expressão é usada para designar procedimento reprodutivo extracorpóreo (FIV ou ICSI, como visto). Melhor seria se o legislador adotasse a expressão “procriação artificial homóloga”, o que abrangeria tanto a técnica da fecundação artificial quanto a técnica da inseminação artificial. (Sá; Araújo, 2024, p. 238)

Para Sá e Araújo, completando a imprecisão normativa estabelecida pelo artigo 1.597 do CC sobre a amplitude da presunção de filiação:

A presunção estabelecida apenas contemplou a figura masculina, talvez influenciada pela ideia, não mais cabível, de que a maternidade é sempre certa. Tanto a doação de óvulos quanto a gestação por substituição romperam com a presunção de maternidade e são recursos usados a partir da avaliação da demanda reprodutiva e das dificuldades de procriação. Assim, caberia também ao Código Civil disciplinar a procriação *post mortem* nos casos em que o falecimento fosse da mulher que deixou gametas ou embriões congelados. (Sá; Araújo, 2024, p. 238)

Sobre o inciso IV, Sá e Araújo, apresentam as seguintes considerações:

O inciso IV do artigo estabelece a presunção para filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. Da leitura dos incisos III e IV, pode-se depreender a desnecessidade de autorização prévio do titular do gameta congelado ou do embrião. O que parece é que a natureza homóloga da procriação permitiria o uso do gameta ou embrião a qualquer tempo, diferentemente do que dispõe o inciso V do artigo, quando a reprodução tem natureza heteróloga. Disso resulta a evidente necessidade de que o Código tivesse disciplinado o cerne dos questionamentos que envolvem a forma *post mortem* da procriação – a autorização do titular do gameta ou embrião. (Sá; Araújo, 2024, p. 239)

Outro questionamento feito por Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, sobre o disposto no artigo 1.597 do Código Civil, sobre a autorização para uso do gameta ou embrião, é que:

De mais a mais, cabe questionar: A constatação da autorização para uso do gameta ou embrião não deveria anteceder qualquer regramento que estabelece a presunção de filiação? Não caberia ao Código ter disciplinado a manifestação e vontade expressa, em contextos como esse, como condicionante para o estabelecimento de presunção? Essa manifestação de vontade não deveria antes ser disciplinada na parte geral do Código Civil, quando da discussão sobre os planos de existência e validade dos negócios jurídicos, para que, posteriormente, se pudesse falar em presunção? Ao que nos parece, o caminho adequado seria esse. (Sá; Araújo, 2024, p. 239)

Conforme observado por Sá e Araújo, o pré-requisito da autorização “está estampado apenas no inciso V, quando o embrião é formado por material genético

doado. Esse critério sugere perquirir se o vínculo biológico é mais sólido que o vínculo socioafetivo, já que o primeiro, dispensa a necessidade de autorização”. (Sá; Araújo, 2024, p. 239)

3.3 Lei de Biossegurança nº 11.105, de 24 de março de 2005

A Lei da Biossegurança estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados, conforme previsto no artigo 1º da lei:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. (Brasil, 2005)

Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados.

Na Lei da Biossegurança destaca-se o artigo abaixo, que traz alguns conceitos de termos utilizados na medicina:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

I – organismo: toda entidade biológica capaz de reproduzir ou transferir material genético, inclusive vírus e outras classes que venham a ser conhecidas;

II – ácido desoxirribonucléico - ADN, ácido ribonucléico - ARN: material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência;

III – moléculas de ADN/ARN recombinante: as moléculas manipuladas fora das células vivas mediante a modificação de segmentos de ADN/ARN natural ou sintético e que possam multiplicar-se em uma célula viva, ou ainda as moléculas de ADN/ARN resultantes dessa multiplicação; consideram-se também os segmentos de ADN/ARN sintéticos equivalentes aos de ADN/ARN natural;

IV – engenharia genética: atividade de produção e manipulação de moléculas de ADN/ARN recombinante;

V – organismo geneticamente modificado - OGM: organismo cujo material genético – ADN/ARN tenha sido modificado por qualquer técnica de engenharia genética;

VI – derivado de OGM: produto obtido de OGM e que não possua capacidade autônoma de replicação ou que não contenha forma viável de OGM;

- VII – célula germinal humana: célula-mãe responsável pela formação de gametas presentes nas glândulas sexuais femininas e masculinas e suas descendentes diretas em qualquer grau de ploidia;
- VIII – clonagem: processo de reprodução assexuada, produzida artificialmente, baseada em um único patrimônio genético, com ou sem utilização de técnicas de engenharia genética;
- IX – clonagem para fins reprodutivos: clonagem com a finalidade de obtenção de um indivíduo;
- X – clonagem terapêutica: clonagem com a finalidade de produção de células-tronco embrionárias para utilização terapêutica;
- XI – células-tronco embrionárias: células de embrião que apresentam a capacidade de se transformar em células de qualquer tecido de um organismo. (Brasil, 2005)

Outro destaque na Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), é o artigo 5º, que trata da utilização de células-tronco embrionárias:

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)

A Lei da Biossegurança não traz dispositivos específicos e abrangentes sobre as técnicas de reprodução humana assistida, apenas estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização.

3.4 Provimento do CNJ n. 149, de 30 de agosto de 2023

O Provimento 149 do CNJ, de 30 de agosto de 2023, trata sobre a reprodução assistida, nos seguintes termos.

Artigo 513, § 2.º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. (CNJ, 2023)

Anteriormente o Provimento 63 do CNJ, de 14 de novembro de 2017 trazia a seguinte redação:

Da Reprodução Assistida, artigo 17, § 2º: nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado o termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. (CNJ, 2017)

Tanto o Provimento 63/2017, quanto o Provimento 149/2023 do CNJ, tratam sobre a reprodução humana assistida *post mortem*, apenas quando dispõem sobre a exigência da autorização prévia e específica do falecido ou falecida para o uso do seu material genético, que deve ser expressa em instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Sobre as técnicas de reprodução humana assistida, o Provimento do CNJ estabelece que nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, deverá ser apresentado o termo de autorização prévia específica para o procedimento.

O objetivo do Provimento do CNJ nº 149/2023 é facilitar o registro da criança nascida, por meio da regulamentação dos serviços notariais e de registro, dispondo sobre modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, que devem ser adotados pelos cartórios de registro civil das pessoas naturais.

3.5 Projetos de Lei sobre reprodução humana assistida

Não há a pretensão de abordar todos os projetos de lei de forma específica e detalhada, pois são vários, pretende-se apenas apontar para a existência destes projetos de lei, e trazer algumas das propostas e disposições interessantes sobre o consentimento e sobre a reprodução assistida *post mortem*, previstas na redação apresentada nos projetos.

Existem vários Projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional que tratam sobre o tema reprodução humana assistida, que buscam apresentar uma regulamentação das técnicas de reprodução assistida. Todos os projetos de lei encontram-se ainda sem aprovação, pois estão em tramitação, sendo que alguns estão em tramitação a bastante tempo.

O Projeto de Lei nº 2448/2023 de autoria do Deputado Jonas Donizette apresenta a seguinte disposição, conforme ementa:

Ementa: Altera o art. 1597 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002, para presumir concebido na constância do casamento os filhos nascidos com o auxílio de reprodução assistida póstuma, por meio de maternidade de substituição, desde que tenha havido autorização em vida pela esposa ou companheira falecida. Situação: Apensado ao PL 1902/2022. (Donizette, 2023)

Na justificativa do Projeto de Lei nº 2448/2023 é apresentado os seguintes argumentos:

O avanço da medicina reprodutiva tem possibilitado a realização de técnicas de reprodução assistida que permitem a realização do sonho da maternidade e paternidade biológica para muitas pessoas. Contudo, a legislação brasileira ainda é insuficiente para regular adequadamente essas situações, o que tem gerado insegurança jurídica e prejuízos para os filhos concebidos por esses meios.

Essa proposição objetiva deixar expresso no art. 1597 do Código Civil a possibilidade de o viúvo também utilizar o auxílio da reprodução assistida para ter filhos, mesmo após o falecimento da esposa ou da companheira. (Donizette, 2023)

O Projeto de Lei nº 2448/2023, na sua justificação, também deixa expresso que no dispositivo legal:

em qualquer hipótese de reprodução assistida post mortem, a presunção da paternidade dos filhos havidos em decorrência do uso dessa técnica exige a prévia autorização do morto. A proposta dá ao cônjuge da falecida a possibilidade de realizar o sonho da maternidade, que por vezes é retirado de pessoas em tratamentos por doenças como câncer. Por vezes as mulheres antes de começar esse tipo de tratamento guardam seus óvulos para que seu filho possa vir ao mundo. Quando há o falecimento da mulher, caso seja de sua vontade, perante autorização, o companheiro poderá cumprir esse desejo da falecida mãe, e dar a vida a essa criança. (Donizette, 2023)

Sobre o cenário dos projetos de lei, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, apontam que:

O cenário dos projetos de lei que permanecem em tramitação no Brasil aponta para duas questões importantes. A primeira delas é o fato de que versam sobre distintos objetos de regulamentação; alguns são, de fato, sobre a regulamentação jurídica dos procedimentos e suas consequências, mas, outros versam sobre questões específicas que estão no entorno das técnicas, como os limites de cobertura e acesso, o regime de filiação

decorrente e outros pontos que não serão tratados aqui. (Sá; Araújo, 2024, p. 66)

Conforme apontado por Sá e Araújo (2024, p. 66), “uma outra questão importante está no fato de que a evolução normativa da matéria, revelada pela quantidade dos projetos, evidencia quão complexa é a tarefa de legislar sobre a temática”.

Alguns Projetos de Lei apresentam dispositivos visando a legalização da implantação de embriões após a morte de um dos doadores do material genético.

Sobre os Projetos de Lei, Sá e Araújo, observam que:

cada projeto é capaz de revelar a incorporação tanto de novos procedimentos e possibilidades terapêuticas para sanar a infertilidade, quanto das hipóteses que justificam o alargamento do acesso a elas, levando-se em consideração a pluralidade das entidades familiares. (Sá; Araújo, 2024, p. 66)

Há projeto de lei que prevê que quando o casal se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida, o cônjuge ou o companheiro sobrevivente poderá aproveitar os embriões, considerando o consentimento presumido.

O Projeto de Lei nº 1851 de 2022, de autoria da Senadora Mara Gabrilli (PSDB/SP), legaliza a implantação de embriões após a morte de um dos doadores do material genético, pois “altera o art. 1.597 do Código Civil para dispor sobre o consentimento presumido de implantação, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida”. (Gabrilli, 2022)

Conforme previsto no Projeto de Lei nº 1851 de 2022:

Art. 1º O art. 1.597 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

§ 1º A implantação de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida é permitida ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, independentemente da autorização prévia expressa do cônjuge ou companheiro falecido, cabendo disposição em sentido contrário quando da formalização do consentimento no momento em que se submeter às técnicas de reprodução assistida, ou posteriormente, mediante qualquer outro documento formal que explicita essa manifestação de vontade, inclusive no seu testamento. § 2º As clínicas médicas, centros ou serviços responsáveis pela aplicação de técnicas de reprodução assistida deverão indagar ao cônjuge ou companheiro, na oportunidade em que for documentada a sua autorização para participar de técnicas de reprodução assistida, se discorda quanto ao uso desse material para a fecundação artificial ou implantação de embriões após a sua morte,

registrando a sua manifestação de vontade no mesmo documento.” (Gabrilli, 2022)

A respeito do que se pretende com a apresentação do Projeto de Lei nº 1851 de 2022, a Senadora Mara Gabrilli apresenta a seguinte argumentação:

Mediante a aprovação da presente proposição legislativa e da sua conversão em lei, o que pretendemos é dar uma guinada nessa situação, a fim de tornar presumido o consentimento para a utilização post mortem dos embriões, fruto de tratamento realizado de comum acordo entre o casal, de maneira que, caso o cônjuge ou companheiro não deseje a sua utilização post mortem, que a sua negativa seja devidamente documentada.

Acreditamos que essa solução é mais justa e se coaduna com a expectativa que naturalmente existe de que, se o casal, nesses casos, havia manifestado livremente o seu consentimento em participar de reprodução assistida, não há por que deixar de considerar a mudança dessa expectativa após a morte de um deles. (Gabrilli, 2022)

O projeto de lei prevê que o cônjuge (ou companheiro) sobrevivente poderá aproveitar embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida. O disposto no projeto de lei é classificado como consentimento presumido, conforme a se extrai da ementa do projeto.

Na elaboração do Projeto de Lei nº 1851 de 2022, a autora, Senadora Mara Gabrilli, apresentou como justificção “a grande lacuna legislativa no nosso ordenamento jurídico sobre a reprodução assistida não encontra explicação lógica e razoável em debate algum sobre o tema” (Gabrilli, 2022)

Na justificção a Senadora Mara Gabrilli também faz menção ao projeto de lei sobre reprodução humana assistida, em tramitação a mais tempo no Congresso Nacional, conforme abaixo:

Para que se tenha uma ideia da gritante omissão legislativa a respeito, há 23 anos atrás, o então Senador Lúcio Alcântara apresentou o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 90, de 1999, que dispõe sobre a Reprodução Assistida. Essa proposição logrou aprovação em 2003, quando então foi remetida à revisão da Câmara dos Deputados, onde recebeu a identificação de Projeto de Lei (PL) nº 1.184, de 2003, e até hoje dormita nas comissões competentes, sem deliberação, mesmo decorridos quase 20 anos de “tramitação” naquela Casa. (Gabrilli, 2022)

Ainda na justificção do projeto de lei, a Senadora Mara Gabrilli, expressa que:

Independentemente da existência dessa proposição legislativa que se arrasta na Casa revisora sem nenhum motivo razoável para tanta omissão, não podemos deixar de nos sensibilizar com problemas dos mais diversos que essa lacuna vem causando à sociedade brasileira. Um desses problemas diz respeito à questão de se saber se, no caso de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida, seria permitido o seu uso ao cônjuge (ou companheiro) sobrevivente, independentemente da autorização prévia expressa do cônjuge (ou companheiro) falecido, já que se trataria de propriedade de parte destacada de seu corpo. (Gabrilli, 2022)

A respeito da Resolução do Conselho Federal de Medicina, vigente à época da apresentação do projeto de lei, a Senadora Mara Gabrilli, apresenta o entendimento de que:

É possível dizer que a Resolução nº 2.294, de 27 de maio de 20211, do Conselho Federal de Medicina (CFM) é o único instrumento normativo que disciplina matéria. Não obstante, esse instrumento se mostra inadequado para impor uma solução para esses e outros casos envolvendo essa matéria, uma vez que ele não tem a estatura de lei em sentido formal e foi concebido apenas para regular a conduta ética da classe médica. Mesmo assim, deve ser notado que, em seu Capítulo VIII, assim dispõe: “É permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.” (Gabrilli, 2022)

Sobre a manifestação do consentimento para a técnica de reprodução assistida, a Senadora Mara Gabrilli, explica que:

Note-se que o projeto prevê, por outro lado, que, ao manifestar o seu consentimento em participar de procedimento de reprodução assistida, na própria clínica médica o cônjuge ou companheiro seja indagado sobre se discorda quanto ao uso do material biológico ou embriões após a sua morte, ficando assim registrada a sua vontade, independentemente de poder fazê-lo também por testamento ou qualquer outro documento idôneo. (Gabrilli, 2022)

A situação atual dos Projetos de Lei, é que se encontram em tramitação, e sem previsão de conclusão e aprovação pelo Congresso Nacional.

Entre os projetos de lei relacionados à reprodução assistida, que estão em trâmite no Brasil, verifica-se que é apresentado normas regulatórias acerca reprodução *post mortem*, tratando do consentimento, com considerações sobre a necessidade ou não da manifestação de vontade expressa, por qual forma, e sobre a existência de algum prazo de validade.

3.6 Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil

A redação do Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil prevê dispositivos que tratam da reprodução assistida *post mortem*, conforme se extrai do texto:

Art. 1.629-Q. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa após a sua morte, seja óvulo, espermatozoide ou embrião, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando o seu uso e indicando:

I – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção;

II – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião. Parágrafo único. Em caso de filiação *post mortem*, o vínculo entre o filho concebido e o genitor falecido se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos de uma relação paterno-filial.

Art. 1.629-R. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação de seus familiares em sentido contrário. (Brasil, 2024)

O artigo 1629-Q (Brasil, 2024) traz relevantes avanços para o tratamento das técnicas de reprodução humana assistida, dispondo que é permitido o uso de material genético de qualquer pessoa após a sua morte, mas registrando que, desde que haja expressa manifestação, em documento escrito, autorizando o seu uso e indicando a destinação.

Conforme previsto na redação do Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil, há a presunção de filhos, quando havidos pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida expressamente autorizadas, de acordo com o disposto no artigo 1.598-A:

Art. 1.598-A. Presumem-se filhos dos cônjuges ou conviventes os havidos, a qualquer tempo, pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida por eles expressamente autorizadas. Parágrafo único. A autorização para o uso, após a morte, do próprio material genético, em técnica de reprodução humana assistida, dar-se-á por manifestação inequívoca de vontade, por instrumento particular, escritura pública ou qualquer das formas de testamento, respeitado o disposto no artigo 1.629-L deste Código. (Brasil, 2024)

O consentimento informado também é tratado na redação do Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil, conforme dispositivos abaixo:

Art. 1.629-S. Para a realização do procedimento de reprodução assistida, todos os envolvidos terão de firmar o termo de consentimento informado.

Art. 1.629-T. A assinatura será precedida de todas as informações necessárias para propiciar o esclarecimento indispensável de modo a garantir a liberdade de escolha e adesão ao tratamento e às técnicas indicadas. Parágrafo único. As informações quanto aos riscos conhecidos do procedimento escolhido serão fornecidas por escrito, juntamente com implicações suas éticas, sociais e jurídicas.

Art. 1.629-U. No termo de consentimento informado, se os pacientes forem casados ou viverem em união estável, é necessária a manifestação do cônjuge ou convivente, concordando expressamente com o procedimento indicado e com o uso ou não de material genético de doador. Parágrafo único. Em caso de vício de consentimento quanto ao uso de qualquer uma das técnicas de reprodução assistida heteróloga, será admitida ação negatória de parentalidade, mas subsistirá a relação parental se comprovada a socioafetividade.

Art. 1.629-V. No termo de consentimento deve, ainda, constar o destino a ser dado ao material genético criopreservado em caso de rompimento da sociedade conjugal ou convivencial, de doença grave ou de falecimento de um ou de ambos os autores do projeto parental, bem como em caso de desistência do tratamento proposto. Parágrafo único. Os embriões criopreservados poderão ser destinados à pesquisa ou entregues para outros pessoas que busquem tratamento e precisem de material genético de terceiros; e não poderão ser descartados. (Brasil, 2024)

A redação proposta para o Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil apresenta uma abordagem bastante ampla sobre a reprodução humana assistida, de forma a regulamentar o procedimento para a utilização da técnica de procriação assistida.

Conforme observado por Sá e Araújo, “é o momento em que vários fóruns de discussão enfrentam temas atuais e controversos do direito civil, inclusive sobre quais matérias devem integrar o conteúdo da nova codificação”. (Sá; Araújo, 2024, p. 239)

Uma observação que também deve ser considerada para aplicação no Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil, conforme entendimento de Sá e Araújo, é que “qualquer mudança no artigo 1.597 do Código Civil deve ser procedida em harmonia com as regras do direito sucessório, tendo em vista que o reconhecimento de filiação leva ao reconhecimento da capacidade sucessória passiva”. (Sá; Araújo, 2024, p. 239)

4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

A Resolução do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, dispondo que “as técnicas de reprodução assistida têm o papel de auxiliar no processo de procriação,

e podem ser utilizadas para doação de gametas e para preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas”. (CFM, 2022)

A reprodução humana assistida “decorre do emprego de técnicas médicas de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, viabilizando a fecundação e a gravidez”, conforme previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina. (CFM, 2022)

Os tratamentos atuais de Reprodução Assistida (RA) são recomendados para solucionar a maioria dos problemas de Infertilidade. Alguns deles podem ser tratados por meio de procedimentos mais simples, como a Inseminação Intrauterina (IIU); outros exigem procedimentos de alta complexidade, como a Fertilização *In Vitro* (FIV). (Associação Brasileira de Reprodução Assistida)

Para Juliane Queiroz “a procriação artificial, ou melhor, assistida medicamente, apresenta-se como a reposta biomédica ao desejo de ter filho, manifestado e não consumado por aqueles casais que convivem com o problema da infertilidade”. (Queiroz, 2015, p.25)

No momento em que se legitima o direito à reprodução, “a tutela deve abranger inclusive aquela medicamente assistida, que é vista como um meio, ou seja, a utilização dos instrumentos biotecnológicos colocados à disposição dos indivíduos para satisfação dos seus desejos e necessidades”. (Queiroz, 2015, p.79)

A Lei nº 9.263/1996 estabelece que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em riscos a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”. (Brasil, 1996)

Sobre a reprodução após a morte, a Associação Brasileira de Reprodução Assistida (2018, p.08), dispõe que:

É possível que se proceda à chamada ‘Reprodução Assistida post-mortem’, situação em que é utilizado material genético (gametas/embriões) de pessoa já falecida, desde que haja autorização prévia por escrito para o uso do material biológico criopreservado. (Associação Brasileira de Reprodução Assistida, 2018, p.08)

Sobre a reprodução assistida, Maria Berenice Dias (2016, p. 643), observa que:

A enorme evolução - verdadeira revolução - ocorrida no campo da biotecnologia acabou produzindo reflexos nas estruturas familiares, especialmente em face do surgimento de variadas técnicas de reprodução medicamente assistidas. Os avanços tecnológicos na área da reprodução humana emprestaram significativo relevo à vontade, fazendo ruir todo o sistema de presunções da paternidade, da maternidade e da filiação. (Dias, 2016, p. 643)

O termo “reprodução assistida” diz respeito as diversas técnicas de interferência no processo natural de reprodução, como a procriação humana assistida.

A reprodução humana assistida é apresentada por Maria Helena Diniz “como os atos que objetivam unir os gametas feminino e masculino, seja por meio da inseminação *in vitro* ou *in vivo*”. (Diniz, 2011, p.610)

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 644):

as expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" nada mais são do que técnicas de reprodução assistida. São utilizadas em substituição à concepção natural, quando há dificuldade ou impossibilidade de um ou de ambos de gerar um filho. (Dias, 2016, p. 644)

Conforme Maria Berenice Dias (2016, p. 644) “são técnicas de interferência no processo natural, daí o nome de reprodução assistida. Permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico”.

A reprodução *in vivo* ou artificial é apontada como “técnica simples de reprodução assistida que processa os espermatozoides (sêmen) em laboratório previamente à introdução no trato genital feminino”. (Associação Brasileira de Reprodução Assistida, 2018, p.03)

A fertilização *in vitro* é apontada como “técnica mais complexa da reprodução assistida que promove a união, em ambiente laboratorial, do óvulo ao espermatozoide. Os embriões formados são cultivados e selecionados.”. (Associação Brasileira de Reprodução Assistida, 2018, p.03)

Segundo Juliane Queiroz, “se a reprodução humana é um direito, erigido como um bem consagrado à tutela, não pode haver discriminação quanto à forma de se atingir os objetivos, ou seja, entre natural e a assistida”. (Queiroz, 2015, p.76)

Assim, se o direito é protegido, “não se podem diferenciar os meios empregados para sua consecução. Não se torna necessário definir o direito à

reprodução humana medicamente assistida como um direito humano para resguardá-lo como tal”. (Queiroz, 2015, p.76)

Desta forma, “deve ser respeitada a escolha autônoma atribuída ao casal, dado que somente ele pode avaliar quais são seus interesses relevantes, dentro das possibilidades conferidas no âmbito social”. (Queiroz, 2015, p.76)

A reprodução humana assistida “consiste no uso de técnicas que favorecem a fecundação, a partir da manipulação de gametas e embriões, de modo a proporcionar o nascimento de uma nova vida humana” (Sá; Naves, 2023, p.112)

A reprodução assistida *post mortem* é realizada após a morte de um dos doadores de material genético, sendo permitida “desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida”, conforme previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina. (CFM, 2022).

A procriação assistida comporta a técnica de criopreservação de material genético e de embriões, “tais materiais, tecnicamente, podem ser utilizados tanto durante a vida de seus titulares, quanto após a sua morte, essa última possibilidade gera campo diverso da primeira no que concerne à atuação das relações jurídicas daí oriundas”. (Queiroz, 2015, p.121)

Para a reprodução humana artificial existem a fecundação homóloga e a heteróloga como opções disponíveis para os pacientes das técnicas de reprodução assistida.

A técnica que emprega material genético dos próprios genitores para a concepção, é a reprodução homóloga. A reprodução assistida homóloga pode ser realizada *post mortem*, com a utilização do material genético criopreservado.

Já a técnica que utiliza o material genético de pelo menos um terceiro, seja óvulo ou espermatozoide, é denominada reprodução heteróloga.

Procriação assistida *in vivo* e *in vitro*, “as duas técnicas *in vivo* ou *in vitro* podem assumir duas formas: homóloga, quando os gametas são provenientes do casal solicitante, ou heteróloga, quando ao menos um gameta é proveniente de um terceiro doador, estranho ao casal” (Queiroz, 2005, p.92)

Sobre os métodos usados em reprodução assistida, Sá e Naves, apresentam os seguintes esclarecimentos:

Os métodos usados em reprodução assistida são: a inseminação *intrauterina*; a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide, ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*); e a Fertilização *in vitro*, FIV. O primeiro

apresenta baixa complexidade e os dois outros são procedimentos de alta complexidade.

A inseminação *intrauterina* consiste na introdução de cateter com espermatozoide na cavidade uterina.

Na ICSI, o espermatozoide é introduzido diretamente no óvulo por meio de uma agulha.

A FIV – fertilização *in vitro* – é o método promovido em laboratório, onde ocorrida a fertilização, procede-se à transferência do embrião para o útero. Essa técnica será utilizada uma vez esgotadas as possibilidades em relação ao uso das demais. Ela deve ser vista como uma possibilidade secundária se outras técnicas, menos invasivas, puderem ser utilizadas com sucesso. (Sá; Naves, 2023, p.112)

Sobre a criopreservação de gametas ou embriões, a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320/2022, dispõe que:

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonadais.
2. O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes viáveis devem ser criopreservados.
3. Antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los. (CFM, 2022)

Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que “poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados”. (Brasil, 2005)

A criopreservação, portanto, consiste no congelamento de material que será utilizado na procriação assistida e, “é entendida como técnica complementar, podendo ser realizada tanto em material genético, espermatozoides e óvulos, quanto em embriões, oriundo da fusão dos gametas”. (Queiroz, 2015, p.92)

Conforme entendimento de Maria Berenice Dias (2016, p. 644):

Os embriões concebidos por manipulação genética, e que não foram implantados, são chamados de embriões excedentários. De modo geral, no procedimento de fertilização são gerados vários embriões, e levadas a efeito diversas tentativas de concepção. Os embriões descartados e não utilizados permanecem armazenados na clínica que realiza o procedimento. As questões referentes aos embriões excedentários podem gerar delicados problemas sobre direito de personalidade, havendo o risco de serem reconhecidos como nascituros e sujeitos de direitos. Persiste acirrada a polêmica no âmbito da bioética e do biodireito. As controvérsias continuam, mesmo com a aprovação da Lei de Biossegurança (L 11.105/05). Ainda que seja permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas no prazo de

três anos depois do congelamento, é necessário o consentimento dos genitores, que nem sempre é colhida. (Dias, 2016, p. 644)

Quanto ao projeto parental assistido *post mortem*, ele pode se referir à implantação tanto dos gametas (espermatozoides e óvulos), como do embrião, criopreservado do cônjuge ou companheiro falecido.

4.1 O consentimento na reprodução assistida *post mortem*

Conforme previsto na Resolução CFM nº 2.320/2022, em normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dentre os princípios gerais, “o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida” (CFM, 2022), acrescentando que:

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser 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 deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (CFM, 2022)

Conforme previsto na Resolução do CFM, o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os interessados em se submeter às técnicas de reprodução assistida, que devem expressar o seu consentimento por meio da declaração, que deve ser própria às disposições para procedimentos *post mortem*.

A Recomendação do CFM nº 1/2016 esclarece o que é consentimento livre e esclarecido, dispondo que:

O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados. (CFM, 2016)

O consentimento deve ser tratado como a questão central para a utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*, diante da importância da disponibilização do material genético criopreservado do falecido(a) para utilização após a sua morte.

Para Sá e Araujo (2024, p. 228), “frisamos que não devem ser tratados como sinônimos os termos “consentimento livre e esclarecido”, “consentimento informado” e “consentimento livre e informado”.

Conforme dizeres de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

O exercício da autonomia bioética ou da autonomia privada biojurídica demanda não apenas a manifestação de vontade, mas também, a existência de uma vontade discernida e consciente, originada da competência da pessoa em receber e compreender informações completas e adequadas e, somente a partir disso, se autodeterminar, livre de condicionantes externos. (Sá; Araujo, 2024, p. 228)

Assim, “justifica-se que a nomenclatura “consentimento livre e esclarecido”, usada atualmente, é a mais adequada”. (Sá; Araujo, 2024, p. 228)

O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão por meio do qual o paciente ou seu representante legal deve expressar sua concordância e aprovação, após as informações e explicações sobre os procedimentos que serão realizados, sobre os riscos e outras informações necessárias para esclarecimentos médicos e sobre a responsabilidade do profissional.

Conforme entendimento de Sá e Araujo (2024, p. 231), “firmamos o entendimento de que cabe ao titular do gameta (genitor) e aos titulares do embrião (genitores) a decisão quanto ao uso destes”.

No mesmo sentido, em se tratando de gametas, Sá e Araujo observam que, “certamente a decisão é menos conflituosa, porquanto não há maiores impasses em se entender que as células reprodutivas são biologicamente vinculadas àquele ou àquela que lhe deu origem (o patrimônio genético é individual)”. (Sá; Araujo, 2024, p. 231)

No caso de embriões, para Sá e Araujo “a situação é mais complexa, já que este é formado por material genético duplo, deixando de ser vinculado biologicamente a apenas uma pessoa”. (Sá; Araujo, 2024, p. 231)

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

a vontade daqueles que demandaram o uso da técnica para a satisfação de um projeto parental deve ser expressamente manifestada no termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), consoante a recomendação de elaboração contida em resolução cidadã do CFM. (Sá; Araujo, 2024, p. 231)

Sobre a autonomia privada e o consentimento livre e esclarecido, “no campo biológico, o poder de autodeterminação do paciente pode ser sintetizado na expressão consentimento livre e esclarecido” (Sá; Naves, 2023, p.65)

Conforme observado por Teixeira e Rettore “o ideal é que esse consentimento seja colhido da forma mais segura possível, tendo em vista as consequências dele derivadas”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259)

Para Ana Luiza Maia Nevares “em relação à reprodução humana assistida *post mortem*, a conjugação dos princípios indicados está presente no consentimento informado daquele que deixa o material genético congelado sobre o seu uso após a morte”. (Nevares *et al.*, 2024, p. 204)

Sobre o consentimento em projetos parentais *post mortem*, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, salientam que:

o consentimento é pressuposto a todo procedimento assistido procriativo e é concretizado pelo termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), garantidor da manifestação da autonomia do paciente e instrumento que proporciona o gerenciamento dos possíveis riscos da relação. (Sá; Araújo, 2024, p. 227)

Os aspectos médicos que envolvem as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida devem ser minuciosamente detalhados e expostos aos participantes interessados no procedimento. As informações devem atingir inclusive dados de caráter biológico, jurídico e ético.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore:

Não é demais dizer que na reprodução *post mortem* a questão deve se ater à identificação do consentimento, porque o respeito à vontade é o respeito à autonomia e à própria personalidade (sendo que mesmo o sujeito falecido permanece como centro de interesses a serem tutelados): assim, a questão não deve ser tratada sob a perspectiva de que o material genético deixado seria uma propriedade ou um bem sujeito à herança, pois corresponde não apenas a uma parte do corpo da pessoa com potencial de gerar vidas humanas.(Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

A Recomendação do CFM nº 1/2016 dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica:

O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração,

cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. (CFM, 2016)

Conforme a Recomendação do Conselho Federal de Medicina, o esclarecimento deve ser claro, pertinente e suficiente, e deve abordar questões sobre as justificativas, os objetivos esperados, os benefícios, os riscos, os efeitos colaterais, as complicações, a duração, os cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução, tendo como objetivo obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização dos procedimentos médicos que serão realizados.

Ainda sobre o consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016 esclarece que:

Em situações normais, somente após devidamente esclarecido o paciente poderá manifestar sua anuência, ou não, decidindo por si, de forma autônoma e livre de influência ou de qualquer intervenção de elementos de erro, simulação, coação, fraude, mentira, astúcia ou outra forma de restrição. (Brasil, CFM, 2016)

Conforme entendimento de Flaviana Rampazzo Soares, sobre a Recomendação CFM 1/2016:

A Recomendação CFM 1/2016 apresenta-se como uma importante ferramenta de *soft law* indicativa dos elementos a se considerar na fase informativa, a reforçar a necessidade de “esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, o qual tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos (Soares *et al.*, 2024, p. 189)

Quanto as informações e os esclarecimentos fornecidos pelo médico, na apresentação do termo de consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016 dispõe que:

As informações e os esclarecimentos dados pelo médico têm de ser substancialmente adequados, ou seja, em quantidade e qualidade suficientes para que o paciente possa tomar sua decisão, ciente do que ocorre e das consequências que dela possam decorrer. O paciente deve ter condições de confrontar as informações e os esclarecimentos recebidos com seus valores, projetos, crenças e experiências, para poder decidir e comunicar essa decisão, de maneira coerente e justificada. (CFM, 2016)

De acordo com o Conselho de Federal de Medicina, a reprodução humana assistida *post mortem* é admitida desde que haja prévia autorização específica da pessoa falecida para o uso do material genético congelado.

Quanto ao consentimento nos procedimentos médicos, normalmente é utilizada a forma verbal para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, sendo realizado o registro apenas em prontuário hospitalar. Mas a recomendação é que seja elaborado por escrito, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Sobre a possibilidade de retirada do consentimento, de acordo com a Recomendação do CFM nº 1/2016:

O paciente pode retirar seu consentimento a qualquer tempo, sem que daí resulte a ele qualquer desvantagem ou prejuízo, exceto se a retirada do consentimento, quando já iniciado o procedimento médico, implicar possibilidade de dano, risco ou qualquer tipo de prejuízo ao paciente. (CFM, 2016)

Para Rosângela Viana Zuza Medeiros, tratando sobre a importância do esclarecimento para a autodeterminação:

O esclarecimento para a autodeterminação é oriundo do instituto do consentimento informado e visa permitir a autodeterminação da pessoa para consentir ou negar consentimento para a realização de intervenções médicas, este esclarecimento configura-se, portanto, como um pressuposto, também, da liberdade individual. (Medeiros *et al.*, 2024, p. 235)

Os Enunciados da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal tratam do Consentimento para realização de técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

O Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe sobre a paternidade presumida, nos seguintes termos:

Enunciado n. 106 (I Jornada de Direito Civil) 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 assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (CJF, 2002)

O Enunciado nº 106 apresenta a possibilidade da paternidade presumida do falecido, sendo necessário a autorização expressa para a utilização do material genético.

O Enunciado nº 633 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe sobre a reprodução assistida após a morte:

Enunciado n. 633 (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expreso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

Art. 1.597: É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expreso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira. (CJF, 2018)

Foi apresentada a seguinte justificativa para o Enunciado nº 633 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

Justificativa: Nos casos de reprodução assistida homóloga, inclusive após o falecimento de um dos dois, apesar do silêncio da norma codificada (CC, art. 1.597, III), deve haver manifestação de consentimento expreso do casal de modo a conferir segurança ao procedimento de reprodução assistida que poderá ser realizado mesmo após o falecimento do marido. Da mesma forma, ainda que a pessoa falecida seja a esposa, será possível que o viúvo venha a ter acesso à reprodução assistida póstuma desde que obviamente através da maternidade de substituição com outra mulher emprestando gratuitamente seu corpo para a gestação. Com base no princípio da igualdade entre os cônjuges (marido e esposa) em direitos e deveres (CF, art. 226, § 5º), o que também se aplica aos companheiros, a mulher pode expressamente autorizar que seu material fecundante congelado possa ser utilizado mesmo após a sua morte, permitindo que seu marido (ou companheiro) venha a concretizar o projeto parental do casal. Conclui-se, portanto, que também nos casos de reprodução assistida homóloga é indispensável o consentimento do casal, o que se reforça em matéria de reprodução póstuma quanto ao uso do material fecundante congelado. (CJF, 2018)

Conforme apontado pelo participantes da VIII jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, apesar do silêncio do inciso III do artigo 1.597 a respeito do assunto, deve-se exigir o consentimento expreso da mulher falecida para que o marido ou companheiro realize o sonho do casal de ter um filho, por meio do uso de material fecundante congelado e da maternidade de substituição, e na conclusão foi levado em conta o princípio da igualdade entre os cônjuges.

A Recomendação do CFM nº 1/2016 também trata do “assentimento livre e esclarecido”, para garantir o direito de informação do paciente legalmente incapaz, do qual dispõe que:

O assentimento livre e esclarecido consiste no exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar. Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado. (CFM, 2016)

A função do consentimento livre e esclarecido é explicada na Recomendação do CFM nº 1/2016:

O consentimento livre e esclarecido, direito do paciente e dever do médico, tem tripla função: a) Cumprir o papel primordial de respeitar os princípios da autonomia, da liberdade de escolha, da dignidade e do respeito ao paciente e da igualdade, na medida em que, previamente a qualquer procedimento diagnóstico e/ou terapêutica que lhe seja indicado, o paciente será cientificado do que se trata, o porquê da recomendação ou como será realizado. A informação deve ser suficiente, clara, ampla e esclarecedora, de forma que o paciente tenha condições de decidir se consentirá ou não; b) Efetivar estreita relação de colaboração e de participação entre médico e paciente; c) Definir os parâmetros de atuação do médico. (CFM, 2016)

Existem alguns questionamentos em torno do consentimento, como, se seria possível o consentimento tácito, ou presumido, ou se o consentimento deve ser claro e expresso, se é possível considerar o consentimento implícito por estar subentendido a manifestação de vontade. Também se questiona se a manifestação de vontade pode se dá por meio do testamento para a fertilização *post mortem*.

Sobre a importância da informação ao paciente, a Recomendação do CFM nº 1/2016, apresenta a seguinte observação:

Assim, a informação ao paciente não é ato meramente burocrático, desumano e único, mas uma etapa da relação médico-paciente que leva em consideração os aspectos humanísticos envolvidos no processo. A informação gradual contribui para evitar danos ao paciente na comunicação da verdade sobre sua doença. Em determinadas situações, nem tudo deve ser dito imediatamente, mas somente aquilo que o paciente está em condições de suportar. (CFM, 2016)

Conforme disposto na Recomendação do CFM “são elementos do consentimento livre e esclarecido, os iniciais, os informativos, a compreensão da informação e a capacidade para consentir”. (CFM, 2016)

Como elementos do consentimento livre e esclarecido, são apresentados os conceitos de elementos iniciais, elementos informativos e compreensão da informação, pela Recomendação do CFM nº 1/2016:

Os critérios para obtenção do consentimento livre e esclarecido são expressos em três fases: **a) Elementos iniciais:** são as condições prévias que tornam possível o consentimento livre e esclarecido, quais sejam: efetivação das condições para que o paciente possa entender e decidir e a voluntariedade ao decidir, ou seja, a liberdade do paciente para adotar uma decisão. **b) Elementos informativos,** ou seja, a exposição da informação material, com a explicação da situação, recomendações e indicações diagnósticas e terapêuticas. A informação material inclui dados sobre diagnóstico, natureza e objetivos da intervenção diagnóstica ou terapêutica necessária e indicada, alternativas, riscos, benefícios, recomendações e duração. Os elementos informativos devem ser esclarecedores, a fim de propiciar uma decisão autônoma. A autonomia de decidir depende da compreensão da informação, o que não significa informação de detalhes técnicos desnecessários. **c) Compreensão da informação:** apenas ocorre se os dois primeiros elementos estiverem consolidados. O ato do consentimento, em si, compreende a decisão a favor, ou contra, do plano diagnóstico-terapêutico proposto e/ou a escolha entre as alternativas propostas. (CFM, 2016)

Assim, os pacientes estarão aptos a tomar uma decisão livre e autônoma, “se tiverem condições para entender a informação material, julgá-la em relação a seus valores, pretender certo resultado e comunicar, livre e coerentemente, seus desejos ao médico, manifestando sua voluntariedade”. (CFM, 2016)

Sobre a obtenção do consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016, esclarece que:

O consentimento é um processo, e não um ato isolado. Como processo, o consentimento esclarecido incorpora a participação ativa do paciente nas tomadas de decisão, o que é essencial na relação médico-paciente. O consentimento é mais do que um acordo, é um processo contínuo que envolve trocas de informações e um diálogo que permite, igualmente, explorar emoções, crenças e sentimentos, além de dados técnicos. (CFM, 2016)

Desta forma, “o consentimento do paciente deve ser obtido após o médico ou a pessoa capacitada por ele indicada esclarecê-lo, suficientemente, sobre o procedimento médico a que será submetido”. (CFM, 2016)

A Resolução do Conselho Federal de Medicina e a Recomendação do CFM nº 1/2016, juntas, abordam a obrigatoriedade, e apresentam esclarecimentos sobre o consentimento livre e esclarecido, para a realização de procedimentos médicos em geral.

4.2 A (des)necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido em projetos parentais *post mortem*

Para a realização das técnicas de reprodução humana assistida a Resolução do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre a necessidade de preenchimento do termo de consentimento livre e esclarecido.

A Resolução CFM nº 2.320/2022, prevê que “o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida”. (CFM, 2022)

Conforme estabelece o item VIII, da Resolução 2.320/2022 do CFM, “é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente”. (CFM, 2022)

Conforme previsto pela Associação Brasileira de Reprodução Assistida (2018, p.05), sobre o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido:

Os pacientes que buscam se submeter aos procedimentos de Reprodução Assistida devem ser informados sobre os riscos e benefícios das técnicas que lhe serão aplicadas. Bem como receber orientações pré e pós procedimento, direitos que lhe são garantidos, e demais informações. Considerando que se tratam de procedimentos complexos, os pacientes deverão ser muito bem informados para que possam dar o seu consentimento para aplicação das técnicas em questão. Para tanto, deve ser disponibilizado o devido Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: documento hábil, cabível e indispensável (trata-se de uma obrigação do profissional de saúde). (Associação Brasileira de Reprodução Assistida, 2018, p.05)

A manifestação de vontade do falecido para fertilização *post mortem* deve ser expressa por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, conforme determinado pela Resolução do CFM, que informa que “o documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (CFM, 2022)

A Recomendação do CFM nº 1/2016 esclarece que, para os procedimentos médicos “que envolvem maior ou grande complexidade, como exames invasivos, cirurgias, transplantes e outros, a critério médico, recomenda-se consentimento livre e esclarecido escrito, que recebe o nome de termo de consentimento livre e esclarecido”. (CFM, 2016)

A Resolução do CFM também trata sobre a criopreservação de gametas ou embriões, no item V, nº 3, determinando que, antes da geração dos embriões, “os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los”. (CFM, 2022)

A questão central à reprodução assistida *post mortem* diz respeito ao consentimento, e a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do cônjuge acerca do uso do material genético congelado, em caso de falecimento.

Neste sentido, é necessário analisar qual a relevância do TCLE no direcionamento do material genético deixado por alguém que faleceu, e por quais meios poderiam ser manifestado o consentimento específico da pessoa que deixou o material genético congelado para a realização da reprodução humana assistida *post mortem*.

Para Teixeira e Rettore “a parentalidade oriunda de um procedimento de reprodução assistida está intrinsecamente vinculada à manifestação de vontade em prol do projeto parental”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 257)

Sobre a importância do termo de consentimento livre e esclarecido, Juliane Queiroz tem o seguinte entendimento:

No que se refere às técnicas de reprodução assistida, o Termo de Consentimento Informado assume importância singular. Além de estabelecer a observância ao Princípio da Autonomia do paciente na relação com o médico, ele permite delimitar os campos de atuação de todas as pessoas envolvidas, prevendo as consequências e atribuindo vínculos e responsabilidades jurídicas. (Queiroz, 2015, p.173)

O Provimento nº 149 do Conselho Nacional de Justiça, determina a apresentação de termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, nos seguintes termos:

Artigo 513, § 2.º Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o

caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. (CNJ, 2023)

O Provimento nº 149 do CNJ estabelece a necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido, diante da relevância da procriação *post mortem*, no caso de filho(s) nascidos com a utilização da técnica de reprodução humana assistida.

Sobre a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do cônjuge acerca do uso do material genético em caso de falecimento, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, expõem que:

O desafio sobre o tratamento da matéria fica ainda mais pungente quando se trata de reprodução humana assistida *post mortem*, diante da ausência de normas sobre o tema pois, no debate sobre o planejamento familiar, faz-se relevante perquirir sobre a formalização da autonomia privada projetada sobre a filiação que pode se concretizar após a morte. Nesse contexto, o escopo desse estudo é verificar como pode se dar o consentimento no caso da reprodução assistida *post mortem*, qual a forma de externá-lo? Ele pressupõe um prazo de validade? (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 251)

Conforme observado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, nota-se, portanto, que ambas as regulações, “preenchendo a laguna deixada pela legislação que, como visto, não traz disposição a esse respeito, apontam como indispensável a existência de consentimento do falecido, prévio, exposto e específico, para fins de reprodução *post mortem*” (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 257)

Sobre o termo de consentimento livre e esclarecido, com relação a tomada de decisão entre a clínica e o cônjuge sobrevivente, sobre a utilização do material genético criopreservado, após da morte de um dos doadores, deve observar que apesar de ser permitida a reprodução assistida *post mortem*, é necessário que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Conforme entendimento de Teixeira e Rettore “por se tratar de um tipo de filiação cujas raízes estão na manifestação de vontade, a identificação do consentimento torna-se questão central à prática da reprodução humana assistida”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

O termo de consentimento informado, nos casos de procriação *post mortem*, “serve como dimensionador da vontade do titular do material genético no sentido de

autorizar a realização da técnica, insistindo na genitorialidade mesmo com a sua morte” (Queiroz, 2015, p.173)

Desta forma, o termo de consentimento livre e esclarecido deve ser disponibilizado aos titulares do material genético que será deixado sob a guarda da clínica, pois, é por meio deste termo que o casal, cônjuges ou companheiros, deverão expressar por escrito sua pretensão quanto ao destino que deverá se dado ao material genético criopreservado, principalmente para a técnica de reprodução assistida, nas hipóteses, como de falecimento de um ou ambos doadores, e também de separação do casal.

A procriação assistida *post mortem* “suscita, dentre diversas e complexas problematizações, a definição da titularidade do material genético criopreservado, após a morte do seu titular originário”. (Queiroz, 2015, p.128)

Sobre o TCLE, Juliane Queiroz observa que “a ampliação do valor do Termo de Consentimento Informado ocorre pelo fato de que a decisão de se reproduzir depende da vontade comum ou da conciliação volitiva que determina o projeto parental do casal”. (Queiroz, 2015, p.173)

Sobre o problema da atualidade da manifestação decisória, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo entendem que a “construção adequada do TCLE no âmbito dos processos assistidos procriativos perpassa pela análise da sua validade jurídica, na medida em que revela a celebração de um negócio jurídico (ou contrato) que envolve a vontade dos sujeitos da relação” (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Diante disto, para Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “submete-se o TCLE aos requisitos de validade do negócio jurídico, quais sejam os previstos no artigo 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

O termo de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e deve conter a concordância por escrito, e obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Sobre o termo de consentimento livre e esclarecido, orienta-se elaborar um texto específico para cada procedimento, conforme previsto na Recomendação do CFM nº 1/2016:

O documento Consentimento Livre e Esclarecido precisa conter, em seu teor, informações particulares específicas do procedimento que será realizado, seus objetivos, riscos, benefícios, sua duração e suas alternativas, entre outras. Dessa forma, recomendase a redação de um documento para cada procedimento, contendo o teor específico das informações a serem oferecidas. (CFM, 2016)

O termo de consentimento livre e esclarecido tem uma importância ainda maior no caso de utilização do material genético ou de embrião excedentário após a morte de um dos doadores do material genético. Por isso que há a necessidade de autorização prévia por meio do consentimento livre e esclarecido dos envolvidos, dispondo sobre o destino que será dado ao material genético.

4.3 A manifestação de vontade para procriação *post mortem*

Quanto à manifestação de vontade para procriação humana assistida *post mortem*, há de se discutir a possibilidade do genitor ou genitora biológica manifestar “tal vontade procriativa futura muito antes à execução da procriação, e se a vontade, para ser legítima e/ou legal, precisaria ser atual, e se deve ser considerada por manifestação expressa ou caberia aferi-la por outros vetores de demonstração”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Em matéria de procriação medicamente assistida “pode-se propor vários interesses tuteláveis, divididos em categorias: a) interesses das pessoas que desejam procriar; b) interesses dos procriados; c) interesses do Estado”. (Queiroz, 2015, p.77)

Entre os primeiros, interesses do desejantes, conforme apontamentos de Juliane Queiroz:

podem-se distinguir interesses-fim, tais como: criar uma família; transmitir os próprios genes; ter herdeiros; viver a experiência da gestação, do parto e da maternidade; viver a experiência da paternidade; e, possuir o “normal atributo da fertilidade. Como os interesses-meios, o de ser tratado com respeito e atenção durante o processo reprodutivo, gozar da discricção e ser informado sobre os riscos e vantagens dos serviços médicos com fins de controle da reprodução. (Queiroz, 2015, p.77)

Para a reprodução assistida *post mortem* é necessário que o cônjuge falecido tenha deixado em vida a sua manifestação, por escrito, permitindo a utilização do

seu material genético em caso de falecimento, e este consentimento deve ser registrado por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

O projeto parental deve ser elaborado em vida, entre o casal, e de forma conjunta, onde os cônjuges ou companheiros deverão expressar por escrito sua pretensão quanto ao destino que será dado ao material biológico criopreservado, para reprodução assistida, no caso de projetos parentais assistidos *post mortem*.

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, a análise da validade do termo deve observar também:

a manifestação de vontade, que precisa ser fruto, como já apontado, de um processo de esclarecimento e informação, para que encontre legitimidade real, além de não se revelar submissa a qualquer vício de negócio jurídico (como a coação, o erro, a lesão, o dolo ou o estado de perigo). Há consenso em se pensar que a análise da validade dessa manifestação de vontade tenha que passar pela aferição da presença de vícios que possam a contaminar. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

A manifestação de ambos os cônjuges se faz necessária no sentido de afirmar a associação do casal no desejo de procriar (Queiroz, 2015, p.173)

Para Araújo e Sá, a autonomia na construção da procriação medicamente assistida tem papel relevantíssimo e, em se “tratando de vontade prospectiva, como é o caso da procriação *post mortem*, é ainda mais relevante a clareza da decisão manifestada pelo consentimento ou dissentimento acerca do uso do gameta congelado ou do embrião criopreservado”. (Sá; Araújo, 2024, p. 230)

Nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore “o meio mais seguro e eficaz de estabelecimento da filiação deva ser através de um termo de consentimento livre e esclarecido específico e devidamente assinado”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259)

De acordo com Sá e Naves, “a autonomia privada requer que não haja condicionadores externos diretos à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser livre, não podendo comportar quaisquer vícios, sejam sociais ou do consentimento”. (Sá; Naves, 2023, p.68)

A vontade daqueles que demandaram o uso da técnica para a satisfação de um projeto parental, conforme entendimento de Sá e Araújo, “deve ser expressamente manifestada no termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), consoante a recomendação de elaboração contida em resolução citada do CFM”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Nesse sentido, para Sá e Araújo, o termo também “pode prever manifestações individuais distintas, ou seja, um/uma demandante determina que, em caso de sua morte, o embrião deve ser descartado e o/a outro/outra entenda pela transferência (no próprio útero ou em útero de substituição)”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

De toda maneira, “o uso de embriões para fins de filiação somente deve ocorrer se as vontades não forem discordantes, não cabendo a decisão a apenas um dos genitores.” (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Para os procedimentos de reprodução assistida, a vontade dos participantes deve se expressa, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de dissolução da sociedade conjugal, ou da união estável, em caso de doença grave ou em caso de falecimento de um ou ambos os doadores do material genético, ou também no caso de desistência do procedimento, seja por qualquer motivo, do tratamento que se pretendia realizar.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “podemos vislumbrar várias situações que, de forma alguma, são taxativas, é possível que o demandante determine a utilização do gameta para a confirmação do projeto parental; a doação para terceiros; ou mesmo o seu descarte”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

No Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, os proponentes devem expressar sua manifestação quanto ao destino que será dado aos gametas congelados e embriões criopreservados em caso de morte de um deles ou de ambos.

4.3.1 Manifestação de vontade expressa x presumida

Outro tema de grande relevância que deve ser discutido na análise sobre a manifestação de vontade do falecido(a), e sobre o consentimento livre e esclarecido, é se a manifestação de vontade procriativa deve ser expressa, ou se poderia ser presumida por meios de outros vetores.

As normas deontológicas preveem que há a necessidade de autorização prévia, de forma escrita e expressa por meio do consentimento livre e esclarecido, para todos os envolvidos e interessados na utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Conforme as normas deontológicas “o documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (CFM, 2022)

Para Sá e Araújo, “embora não haja obrigatoriedade de que o TCLE seja feito por escrito, elaborá-lo de outra forma pode contribuir para implicações que levem à responsabilidade civil do médico, para além das múltiplas situações biojurídicas”, diante à possibilidade de problemas decorrentes do uso das técnicas de procriação assistida. (Sá; Araújo, 2024, p. 230)

Sobre o consentimento livre e esclarecido verbal e consentimento livre e esclarecido escrito, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016, esclarece que:

Sob o ponto de vista da comprovação da concordância do paciente, assim como sobre se o consentimento foi obtido com respeito à autonomia, se foi obtido de forma suficiente ao perfeito esclarecimento do paciente, não há dúvidas de que o consentimento escrito é o que melhor se presta a tal. (CFM, 2016)

Quanto ao consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016, dispõe que o consentimento escrito é a melhor forma, para comprovar a concordância das partes envolvidas.

Conforme os dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore “a parentalidade oriunda de um procedimento de reprodução assistida está intrinsecamente vinculada à manifestação de vontade em prol do projeto parental”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

O Projeto parental assistido *post mortem* deve fazer referência expressa sobre a implantação do material genético criopreservado, por meio do consentimento, conforme previsto na Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe que “é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente”. (CFM, 2022)

Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, acrescentam que, “por se tratar de um tipo de filiação cujas as raízes estão na manifestação de vontade, a identificação do consentimento torna-se questão central a prática da reprodução humana assistida”. (Teixeira; Rettore., 2024, p. 258)

Pois, sem o consentimento manifestado previamente, numa eventual discussão judicial, será necessário comprovar a manifestação de vontade para utilização do material genético, por outros meios de prova que apontem para a comprovação da vontade para a fertilização *post mortem*.

Na reprodução *post mortem*, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, entendem que “a questão deve se ater à identificação do consentimento, porque o respeito à vontade é o respeito à autonomia e a própria personalidade, sendo que mesmo o sujeito falecido permanece como centro de interesses a serem tutelados. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

Em se tratando de embriões criopreservados, “a procriação *post mortem* deve ser garantida se houver manifestação expressa dos demandantes para que o/a sobrevivente execute o projeto parental por meio da transferência embrionária ou através da gestação por substituição”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

O Enunciado nº 106 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe que “ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, [...] sendo obrigatória, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”. (CJF, 2002)

O Enunciado nº 106 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, faz menção a autorização por escrito do falecido para utilização do material genético congelado.

Para Sá e Araújo, como premissa da discussão, “há que se ressaltar que toda pessoa que decide congelar gametas ou embriões precisa expressar sua vontade, com clareza, quanto a destinação deles, de modo a evitar conjecturas acerca do propósito da criopreservação”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Nesse sentido, “o projeto parental, definidor da paternidade, só pode ser decidido pela própria pessoa em vida, ou por ato de disposição de última vontade”. (Queiroz, 2015, p.164)

De acordo com Juliane Queiroz, “configura-se, pois, de primordial importância, a determinação da disponibilidade do material genético após a morte do seu titular, é necessário definir de que maneira, para qual finalidade e para qual indivíduo pode ser transferida tal titularidade”. (Queiroz, 2015, p.129)

O Provimento CNJ n. 63 no seu art. 17, § 2º estabelece que, na reprodução assistida *post mortem*, “além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso

do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”. (CNJ, 2017)

O Enunciado n. 633 do CJF da VIII Jornada de Direito Civil prevê “a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira”. (CJF, 2018)

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

Diante da complexidade da questão que pode envolver, inclusive, direitos de terceiros, firmamos o entendimento de que a manifestação de vontade deve ser expressa, podendo ser revelada por meio da escrita ou por meios digitais inequívocos, trazendo, com clareza, quais alternativas a pessoa ou o casal admite no que concerne ao material criopreservado (gametas ou embriões) (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Diante do que foi apresentado acima, constata-se que a manifestação de vontade deve ser expressa, por se tratar de assunto de grande relevância, que pode gerar variadas implicações, discussões e consequências, pois de outra forma, poderia gerar insegurança quanto a manifestação de vontade e o consentimento livre e esclarecido.

4.3.2 Limite temporal para a manifestação da vontade procriativa

Sobre o momento temporal para a manifestação de vontade procriativa, o questionamento que pode ser feito é, se poderia o genitor ou genitora biológica manifestar tal vontade procriativa, mesmo que futura, muito antes à execução da procriação, ou se, a vontade procriativa póstuma, precisaria ser atual, para ser válida e legítima. Se existe um limite temporal para que esta vontade de procriação possa ser manifestada pelas partes.

Quanto a manifestação de vontade procriativa, questiona-se, se existiria um limite temporal que deve ser observado. Sobre a validade do consentimento, indaga-se, se há limitação de prazo para os casos de reprodução póstuma, dada a impossibilidade de renovação do consentimento.

Desta forma, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, apresentam tal questionamento, se, “poderia o genitor ou genitora biológica

manifestar essa vontade procriativa futura muito antes à execução da procriação? A vontade, para ser considerada legítima e/ou legal, precisaria ser atual?” (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Conforme observado por Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, o problema da vontade “se concentra na temporalidade dela, ou seja, em avaliar se essa manifestação de vontade para ter filhos careceria de expressão atualizada ou poderia ser feita em contexto diferente e muito anterior à realização do projeto procriativo”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Sobre a necessidade de existir um prazo de validade para o consentimento, conforme entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore “o prazo de validade do consentimento tem o propósito de garantir a atualidade da manifestação de vontade do dono do material genético, exigindo a confirmação da manutenção de seu propósito ou, em caso de mudança, o cancelamento da autorização”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 266)

Conforme observado por Sá e Araújo, “em caso de congelamento de embriões, originados por doação de gametas, está-se diante de uma procriação de natureza heteróloga, em que o(a) falecido(a) manifestou previamente sua vontade de integrar o projeto parental”. (Sá; Araújo, 2024, p. 237)

A respeito do prazo de validade do consentimento, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, tem o seguinte entendimento:

Entende-se compreensível e até mesmo proveitosa a fixação de prazo de validade do consentimento enquanto vivo o titular do material, a fim de garantir sua contemporaneidade e conferindo-lhe maior segurança (o que também condiz com a previsão de possibilidade de revogação do consentimento, que se entende acertada, já que se trata de um direito da personalidade), no caso de óbito, a questão ganha maior complexidade. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 266)

Em complementação ao raciocínio acima, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, observam que:

Por um lado, pode-se entender desarrazoada essa exigência, por não mais haver que se falar na possibilidade de mudança de vontade daquele que veio a falecer; porém, por outro, surgem problemas da perspectiva sucessória, na medida em que um herdeiro poderá ser concebido muitos anos após o falecimento, gerando uma insegurança patrimonial, a partir da possibilidade de se suscitar questões sobre se a herança deverá ou não ficar reservada, por exemplo. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 266)

Conforme se observa no ordenamento brasileiro, em relação a filiação *post mortem*, não há previsão na lei sobre a existência de um limite temporal, para a manifestação de vontade para a procriação.

Portanto, “o Código Civil deverá determinar qual o prazo para uso e transferência do material congelado, porquanto isso repercute na capacidade de herdar”. (Sá; Araújo, 2024, p. 239)

O entendimento de Sá e Araújo, é no sentido de que “o Código Civil deve contemplar, primeiro, as alterações quanto à filiação nos casos de procriação *post mortem*, para ato contínuo, definir as regras sucessórias”. (Sá; Araújo, 2024, p. 240)

Para Maria Berenice Dias, o consentimento não admite retratação, conforme se expõe:

Depois da implantação do óvulo, o consentimento não admite retratação, pois já se encontra em andamento a gestação. No entanto, a autorização não pode ter duração infinita, cabendo figurar a hipótese de divórcio ou fim da união estável. Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher. (Dias, 2016, p. 648)

Nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

Uma vez esclarecido o fim a ser dado ao material biológico congelado, o momento em que a decisão foi tomada só tem relevância quanto a possibilidade de incidência de vícios. Não importa há quanto tempo essa vontade foi manifestada; se não houve alteração, ela deve ser cumprida. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Sobre a presunção dos filhos, na reprodução humana assistida, o Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil prevê no art. 1.598-A, que “Presumem-se filhos dos cônjuges ou conviventes os havidos, a qualquer tempo, pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida por eles expressamente autorizadas.”. (Brasil, 2024)

O parágrafo único, do art. 1.598-A dispõe que “a autorização para o uso, após a morte, do próprio material genético, em técnica de reprodução humana assistida, dar-se-á por manifestação inequívoca de vontade, por instrumento particular, escritura pública ou qualquer das formas de testamento”. (Brasil, 2024)

Conforme disposto no Anteprojeto do Código Civil, há a presunção de filhos, para os havidos, a qualquer tempo, pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida, com menção, por eles expressamente autorizadas.

Conforme cenário atual de regulação da reprodução humana assistida no ordenamento brasileiro, em relação a filiação *post mortem*, não há previsão na lei sobre a existência de um limite temporal, para a manifestação de vontade para a procriação. A norma deontológica do Conselho Federal de Medicina também não trata de um limite temporal.

Desta forma, não encontra óbice a realização da técnica de reprodução assistida *post mortem* pelo decurso temporal da manifestação de vontade para realizado de projeto parental póstumo.

5 JUDICIALIZAÇÃO DO CONSENTIMENTO E RECONSTRUÇÃO JUDICIAL DA VONTADE EM REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A importância do estudo sobre este tema encontra justificativa diante dos questionamentos judiciais sobre o consentimento na reprodução assistida *post mortem*, o que tem gerado a busca pela reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, diante da ausência da manifestação de vontade procriativa, expressa, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Sobre a utilização do material genético congelado, após o falecimento do titular, a discussão gira em torno da possibilidade de utilização *post mortem* do material criopreservado, quando não existe o consentimento expresso deixado em vida por um de seus titulares, ou quando o consentimento deixado gera dúvidas quanto a sua validade e/ou autenticidade, por não ter sido expresso no momento da discussão do projeto parental.

Diante disto, “surge a dúvida, se a manifestação de vontade procriativa futura deve ser considerada por manifestação expressa ou caberia aferi-la por outros vetores de demonstração?” (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

A busca da reconstrução da vontade por meio judicial também tem ocorrido quando há dúvida sobre a manifestação da vontade para a reprodução *post mortem*, e sobre a autorização específica para a utilização do material genético para a finalidade de procriação.

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “na ausência de manifestação sobre o destino de embriões congelados, em princípio, não haverá a possibilidade de implantação, ressalvando-se situações em que a reconstrução da vontade possa ser procedida por meios robustos de prova”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, conquanto o meio mais seguro e eficaz de estabelecimento da filiação “deva ser um termo de consentimento livre e esclarecido específico e devidamente assinado, nem sempre terá existido alguma autorização expressa em vida, tornando necessário se estabelecer, por outros meios, qual seria a vontade daquele que faleceu”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259)

A tomada de decisão entre o cônjuge sobrevivente e a clínica deve observar os parâmetros legais, além de seguir os princípios vetores das práticas de reprodução assistida, pois se trata de um assunto que facilmente pode acabar tendo que ser resolvido na esfera do Poder Judiciário, diante da relevância e das implicações advindas da utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore:

O ideal é que o consentimento seja colhido da forma mais segura possível, tendo em vista as consequências dele derivadas, “no entanto, argumenta-se ser possível, também, a reconstrução judicial de vontade do falecido, suprindo sua manifestação de vontade, o problema que emerge centra-se agora, na forma dessa autorização”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259)

Diante da falta do termo de consentimento livre e esclarecido para reprodução assistida *post mortem*, verifica-se a ocorrência de demandas judiciais com o objetivo de buscar a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida para permitir a utilização do material genético criopreservado.

Sobre a admissibilidade de outros meios de prova da decisão procriativa, para Sá e Araújo (2024, p. 233), “inexistindo manifestação escrita, uma possibilidade de buscar a satisfação da vontade do(a) morto(a) é por meio de sua reconstrução judicial”.

Para se buscar através do Poder Judiciário a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, para permitir a reprodução assistida *post mortem*, é necessário que se tenha uma robustez de provas que comprove a manifestação da vontade, apresentando clareza na argumentação.

Sobre a reconstrução judicial de vontade para procriação *post mortem*, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, apresentam a seguinte explicação:

A reconstrução judicial de vontade do falecido, procedimento pelo qual são judicialmente ouvidas pessoas próximas ao falecido para conhecer tanto o que chegou a ser por ele expressado em vida quanto, caso não tenha sido expressado, quais eram suas crenças e opiniões para assim compreender qual seria sua provável decisão, decidindo-se (e assim “suprindo” sua manifestação de vontade) a partir dessas informações. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259)

Por meio da reconstrução judicial da vontade busca-se tentar demonstrar a manifestação clara de vontade do(a) falecido(a) para a procriação póstuma, pois mesmo que o material genético tenha sido fornecido, não há uma presunção que o consentimento tenha sido concedido para uma fertilização *post mortem*.

Conforme exposto por Sá e Araújo, “quando não há manifestação expressa, é possível que familiares busquem dar voz a/ao falecida(o) para cumprir o desejo procriativo, também é possível que outros familiares legitimados busquem interesses próprios, forjando a vontade da pessoa”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Algumas hipóteses são apresentadas por Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, conforme abaixo:

Hipoteticamente, pensamos na vontade de uma mãe que perdeu um(a) filho(a) querer ser avó a partir do uso de material biológico criopreservado. E, ainda, que o marido que perdeu a esposa queira transferir o embrião congelado (ou o óvulo) a um útero de substituição para ser pai. Essas são apenas algumas conjecturas, dentre outras, que levam à reivindicação dos gametas ou embriões deixados pelo(a) falecido(a) sem que houvesse manifestação expressa. (Sá; Araújo, 2024, p. 232/233)

Conforme exposto por Sá e Araújo, reafirmando o entendimento acerca da necessidade de manifestação expressa sobre os possíveis destinos de gametas e embriões congelados, “enquanto não houver disciplina legal sobre o assunto, não há como rechaçar, de plano, a possibilidade de reconstrução judicial da vontade”. (Sá; Araújo, 2024, p. 237)

Pois, “o caso concreto vai apontar as peculiaridades de cada situação e a robustez das provas fundamentais à comprovação do projeto parental”. (Sá; Araújo, 2024, p. 237)

Juliane Queiroz, apresenta o seguinte entendimento, sobre a utilização do material genético do(a) falecido(a):

Partindo-se de tais premissas, não se pode admitir a usurpação de material genético de um indivíduo que não tenha mais capacidade jurídica para emitir o seu consenso para um ato que carrega em si a finalidade precípua de configurar um liame de filiação, o material genético não poderá servir para o nascimento de uma criança, cuja paternidade lhe será atribuída, não tendo sido expressamente declarada a vontade do falecido em instituir a sua descendência genética, mesmo após a sua morte. (Queiroz, 2015, p.135)

Abordando sobre a filiação e questões sucessórias, Sá e Araújo, apresentam os seguintes esclarecimentos:

Feitas as abordagens que envolvem a aferição da vontade do *de cuius*, expressamente ou por meio da reconstrução judicial (já que não há a obrigatoriedade de forma), é necessário incorrer nas consequências que disso emergem. A primeira delas é o fato de que, uma vez reconhecida a vontade e o direito de implantação de gametas e embriões *post mortem*, há que se falar em filiação. O vínculo que determina a filiação, em regra, nessa circunstância, não é outro senão o biológico, já que o projeto parental foi construído com base na alegação de que o(a) falecido(a) tinha essa vontade. (Sá; Araújo, 2024, p. 237)

Desta forma, “a manifestação de vontade deve ser expressa por ambos, para se ter a clareza e concordância dos genitores, para, desta forma, não ser necessária a reconstrução da vontade por meio do judiciário”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Por isso, “o uso de embriões para fins de filiação somente deve ocorrer se as vontades não forem discordantes, não cabendo a decisão a apenas um dos genitores”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Sobre a utilização do material congelado *post mortem*, Juliane Queiroz aponta o problema que pode ser gerado, na falta do consentimento, autorizando a utilização deste material:

assim, 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 desta; 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.

O problema é particularmente considerado nos casos de solicitação do material genético, após a morte do seu titular, por parte do cônjuge supérstite, pois pode ocorrer que o titular tenha deixado o seu consentimento anterior, mas também pode ocorrer que tal eventualidade, a morte de um deles, sequer tenha sido considerada pelo casal, é, de fato,

notório que na fecundação homóloga a questão mais controversa seja a procriação *post mortem*. (Queiroz, 2015, p.121)

Conclui-se que, a possibilidade de reconstrução judicial da vontade em reprodução assistida *post mortem* deve ser analisada mediante a robustez das provas apresentadas, que demonstrem a clareza na argumentação, na tentativa de demonstrar a manifestação clara e inequívoca de vontade do(a) falecido(a). As implicações inerentes às questões sucessórias e patrimoniais também devem ser consideradas na análise do caso pelo juiz, nos casos de não haver uma autorização expressa do falecido(a), pois a decisão poderá afetar possíveis herdeiros e interessados numa possível herança.

5.1. Estudo de casos sobre utilização do material genético *post mortem* e a reconstrução judicial da vontade na jurisprudência brasileira

Neste tópico, pretende-se realizar a análise de alguns casos na jurisprudência brasileira que tratam sobre o desejo de procriação após a morte de um dos titulares do material genético, com enfoque no consentimento para reprodução assistida *post mortem*. Desta forma, foi realizada a abordagem de algumas decisões relacionadas a casos em que há discussão quanto a autorização para reprodução *post mortem*, com o objetivo de trazer os debates em torno do tema sobre a manifestação da vontade do falecido(a) para a reprodução póstuma.

Os casos tratados neste capítulo foram selecionados através de pesquisa na jurisprudência brasileira, em todos os Tribunais de Justiça do país, no Superior Tribunal de Justiça, e no Supremo Tribunal Federal.

A escolha dos julgados se deu por meio da pesquisa jurisprudencial nos referidos tribunais, na qual foi possível encontrar os julgados apresentados neste tópico, que são relacionados ao tema proposto na metodologia da pesquisa da dissertação, que é o consentimento na reprodução assistida *post mortem*.

Em consulta a jurisprudência brasileira foram encontrados poucos julgados que tratasse sobre a temática da pesquisa, “reprodução assistida *post mortem*” e “o consentimento/autorização na reprodução assistida *post mortem*”, diante da ausência de outros casos semelhantes julgados na jurisprudência brasileira.

Para a pesquisa foram utilizados como parâmetros os temas “reprodução assistida *post mortem*”, “fertilização *post mortem*”, “procriação humana *post mortem*”,

“utilização material genético *post mortem*”, “autorização para reprodução humana *post mortem*”, e “consentimento para a reprodução assistida *post mortem*”.

Alguns dos casos tratados nesse capítulo foram analisados nos livros “Bioética e biodireito” (Sá; Naves, 2023) e “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, serão abordados neste tópico.

O que se propõe verificar com a análise destas decisões é o posicionamento do judiciário nos casos de reprodução assistida *post mortem*, quanto ao consentimento para realização da técnica de reprodução assistida póstuma, quando não há a manifestação expressa por parte do falecido(a) para a utilização do material genético para fins de procriação.

Pretende-se verificar, por meio dos julgados analisados, se diante do cenário atual de inexistência de lei para regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, seria possível construir uma interpretação sobre a (des)necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido na reprodução humana *post mortem*.

Também pretende-se verificar por meio das decisões, se é possível obter o entendimento do judiciário quanto a autorização para procriação *post mortem*, se a manifestação de vontade procriativa deve ser expressa, ou poderia ser presumida, se essa vontade procriativa futura poderia ser manifestada muito antes à execução da procriação, ou se a vontade precisaria ser atual, ou seja, se há um limite temporal que deve ser observado.

Destaca-se, que a pretensão neste trabalho é realizar a pesquisa apenas no âmbito jurídico brasileiro, visto que já possui casos interessantes que geram questionamentos relevantes sobre o assunto.

5.1.1 Estudo de Caso 1: pedido da esposa para utilização do material genético do marido *post mortem*

O caso tratado nesse capítulo foi analisado no livro “Bioética e Biodireito” (Sá; Naves, 2023) e no livro “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, será abordado aqui.

Este primeiro caso trata sobre a utilização de sêmen após a morte, “onde o casal decidiu armazenar o sêmen do marido em uma Clínica e Laboratório de

reprodução humana, em 2009, por causa de um tratamento de melanoma do marido”. (Sá; Araújo, 2024, p. 233)

No caso em questão, foi descoberto um melanoma em estágio avançado e, em decorrência da probabilidade de esterilidade ocasionada pelo tratamento, o marido optou pelo armazenamento do sêmen em uma Clínica. (Paraná, Autos n. 27862/2010).

A fecundação acabou não ocorrendo durante o tratamento, quando o marido veio a óbito em fevereiro de 2010 e não deixou o TCLE manifestando seu interesse na inseminação *post mortem*. “A viúva procurou a clínica para realizar o procedimento, sem êxito, porquanto a Clínica não disponibilizou o material genético sob a alegação de que não havia autorização por escrito do titular”. (Sá; Araújo, 2024, p. 233)

Diante disto, “a esposa ajuizou ação de execução de obrigação de fazer junto à 13ª Vara Cível de Curitiba (Autos n. 27862/2010), com pedido de liminar para obter acesso ao sêmen congelado de seu falecido marido”. (Sá; Araújo, 2024, p. 233)

O juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, concedeu liminar, autorizando à autora da ação, a esposa, a realizar a inseminação artificial com o sêmen congelado do marido falecido. (Paraná, Autos n. 27862/2010)

A liminar foi concedida em janeiro de 2011, sem ouvir a parte contrária, nos seguintes termos:

[...] não se pode senão entender que os sucessores do doador estejam legitimados a dispor do material genético, coletado em vida como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura do esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores pretender utilizar o esperma congelado para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, ante o que prescrevem os arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, sendo a pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo o que estabelecem os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, caput, do mesmo Código. (Paraná, Autos n. 27862/2010).

Na decisão, também é afirmado que o sêmen não pode ser entendido como herança, mas que:

Prefere-se entrever nesse tratamento da matéria simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão do direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais forte e desligado do que posse lhe ter sido transferido por sucessão. (Paraná, Autos n. 27862/2010).

Na contestação a clínica afirma não ter se recusado ao procedimento, mas que não poderia entregar o sêmen de pessoa falecida sem autorização judicial.

A sentença prolatada em março de 2012 seguiu a mesma linha de justificativa da liminar, com a seguinte alteração:

[...] embora o juízo tenha liminarmente determinado à clínica que procedesse à inseminação, fê-lo porque a ação foi instaurada sob uma perspectiva de recusa. [...] Não será, portanto, imposto à ré a obrigação de realizar a inseminação, no que a pretensão, portanto, improcede. Será a ré autorizada a realizar o procedimento conforme o desejo da demandante, apesar da ausência de manifestação por escrito do marido falecido, que se entende suprida judicialmente. (Paraná, Autos n. 27862/2010).

Na conclusão, o juiz entendeu que havia “manifestação expressa” de vontade do marido quanto à paternidade, e que não houve lide, pois, a clínica não se negou a realizar o procedimento de inseminação, houve apenas a necessidade de suprimento judicial da vontade, já que não teve a manifestação por escrito. (Paraná, Autos n. 27862/2010)

Conforme Sá e Araújo, “firmamos o entendimento de que a conduta da clínica não poderia ser diferente, cabendo ao judiciário, uma vez inexistindo manifestação escrita ou qualquer outro meio expresso, o suprimento da vontade do falecido”. (Sá; Araújo, 2024, p. 234)

Para Sá e Araújo, “não disponibilizar prontamente o material biológico é ato de prudência, já que tal circunstância não é abarcada pelas regras de filiação e sucessão, consoante previsões do Código Civil”. (Sá; Araújo, 2024, p. 234)

Na sentença “há destaque ao Código de Ética Médica, que também contempla, por extensão, a regulação sobre a reprodução humana assistida, disposta na Resolução do Conselho Federal de Medicina” (Sá; Naves, 2023, p. 136), onde, o juiz expressa, “que tal normatização interna não supre a falta de regulamentação legal da matéria, nem corresponde a ela, pretendendo simplesmente regular a ética, não a legalidade da conduta do profissional da medicina ou dos procedimentos que realiza”. (Paraná, autos n. 27862/2010)

Sobre as normas deontológicas, Sá e Naves (2023, p. 137), afirmam que “servem de parâmetro para as condutas dos profissionais da Medicina, e, é claro que ocorrerão situações que fogem à previsão das resoluções, nesses casos, os médicos poderão, em primeiro lugar, recorrer aos respectivos conselhos de classe”.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina, embora tenham natureza de norma jurídica, e deontológica, é de vinculação restrita aos médicos, não podendo, desta forma, criar ou restringir direitos aos pacientes.

De acordo com Sá e Naves (2023, p. 136), “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 artigo 1.597 do Código Civil, o que explica a tentativa de reconstrução judicial da vontade do falecido”.

Segundo Sá e Naves (2023, p. 137), “os avanços do uso das técnicas ditarão as novas possibilidades e o Judiciário certamente será acionado quando, da omissão de tais regras, houver a restrição ao exercício de direitos fundamentais”.

Neste sentido, ressalta-se os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2016), acerca da temática em questão:

A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la. Nesta hipótese o filho será registrado como seu e terá direito sucessório. (Dias, 2016, p. 645)

Neste caso, mesmo que o marido tenha falecido sem deixar um termo de consentimento prévio, em que manifestasse seu interesse na inseminação *post mortem*, o juiz entendeu que havia uma “manifestação expressa” de vontade do marido quanto à paternidade, dispondo que “não se pode senão entender que os sucessores do doador estejam legitimados a dispor do material genético, coletado em vida como garantia do propósito frustrado, em vida”. (Paraná, autos n. 27862/2010)

5.1.2 Estudo de Caso 2: pedido dos pais para utilização do material genético do filho *post mortem*

Neste caso os pais pretendiam utilizar o material genético deixado pelo filho falecido, de modo a terem um neto, com o material genético congelado do filho. Segundo os proponentes, o nascimento de uma criança, com o material genético do filho morto, traria alegria e ânimo para os pais enlutados.

Trata-se de pedido de alvará judicial para suprimento da vontade do filho dos autores, já falecido, para utilização de material genético (sêmen criopreservado) armazenado junto à empresa “Reproduction Clínica Urológica e Centro de Reprodução Humana Assistida”, com o fim de geração de um filho, *post mortem*.

Sobreveio sentença de improcedência, ao fundamento de que:

[...] os autores não fizeram prova da existência de prévia autorização do de cujus; pelo contrário, o documento de fls. 08/09, consistente no contrato celebrado entre Joaquim dos Reis Neves Júnior (obviamente, em vida) com a clínica urológica, há expressa autorização dele para o descarte da amostra de material genético em caso de falecimento (e não para a utilização do sêmen). Sobremais, constou do contrato que, com eventual falecimento, a amostra de material genético 'não poderá ser utilizada para quaisquer fins. (São Paulo, Autos nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Os autores interpuseram o recurso de apelação, pugnando pela reforma da decisão, insistindo na autorização judicial para a inseminação pretendida. Apelação interposta contra a sentença que julgou improcedente o pedido de alvará judicial para suprimento da vontade do filho dos autores, já falecido, para utilização do seu material genético armazenado junto à empresa “Reproduction Clínica Urológica e Centro de Reprodução Humana Assistida”, para o fim de fertilização *post mortem*. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Conforme se extrai da ementa do Acórdão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: Apelação nº: 1000705-26.2019.8.26.0483 - Comarca: Presidente Venceslau 3ª Vara. 1ª Instância: EMENTA. Apelação. Alvará. Suprimento de vontade para fecundação *post mortem*. Pedido de autorização para uso de material genético deixado pelo filho falecido dos autores em clínica de reprodução humana assistida. Improcedência. Inconformismo dos autores. Descabimento. Contrato celebrado entre o dono do sêmen e a clínica que guarda o material criopreservado que previu o descarte da amostra em caso de falecimento negando sua utilização independentemente da finalidade. Contrato válido firmado por parte capaz em vida, sem qualquer vício de consentimento. Concessão do alvará, desconsiderando a vontade em vida do falecido, significaria desrespeito a seus direitos de personalidade. Sentença mantida. Recurso improvido. A autorização pretendida encontra óbice na vontade do detentor do material genético, que expressamente proibiu a utilização do sêmen criopreservado no caso de seu falecimento, independentemente da finalidade. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Conforme decisão prolatada, o inconformismo dos autores não foi acolhido, pois “a autorização pretendida encontra óbice na vontade do detentor do material genético, que expressamente proibiu a utilização do sêmen criopreservado no caso

de seu falecimento, independentemente da finalidade”. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Conforme decisão, “não se desconhece o sofrimento dos autores pela perda do filho e a esperança renovada pelo nascimento futuro de um neto, conforme bem ponderou a Procuradoria Geral de Justiça em seu Parecer”. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Além da falta de amparo legal para o acolhimento do pedido, a situação implicaria desconsiderar contrato válido firmado por parte capaz em vida, conforme decisão:

[...] implicaria desconsiderar os termos de contrato válido firmado por parte capaz em vida, sem qualquer vício de consentimento. Portanto a concessão do referido alvará, desconsiderando a vontade em vida do falecido, significa desrespeito a seus direitos de personalidade. (São Paulo. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Desta forma, “prepondera a sentença por seus próprios fundamentos, pois, ainda que adotemos a posição menos restritiva, ou seja, que defende a admissibilidade da fecundação *post mortem*, a pretensão dos autores não colhe foros de prosperidade”. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

O Magistrado explicou que, “como já mencionado, o procedimento almejado pelos autores não possui regulamentação no Brasil, seja no âmbito constitucional, seja na seara infraconstitucional”. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

O Magistrado cita que “entretanto, para viabilizar a fecundação *post mortem*, poder-se-ia cogitar da aplicação do art. 1.597, inciso V, do Código Civil, que trata da presunção de paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga”. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Conforme a redação do art. 1.597 do Código Civil, citado pelo magistrado:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 (...) V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.
 No entanto, o referido dispositivo legal não trata da fecundação *post mortem*, o que já afasta a sua aplicação. Além disso, o texto induz, indubitavelmente, que seria necessária a existência de casamento ou, no mínimo, união estável, uma vez que fala em 'marido'.

Outrossim, como se não bastasse, a disposição legal ainda faz referência à prévia autorização. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Conforme apontado pelo magistrado, o art. 1.597 não trata da fecundação *post mortem*, e além disso, ainda faz referência à prévia autorização do falecido para utilização do material genético.

Da decisão se extrai que os requerentes pretendem a liberação de material genético congelado do filho falecido com a pretensão de utilização para a técnica de inseminação artificial *post mortem*:

Na hipótese sub judice, os requerentes pretendem a liberação de material genético crioconservado do falecido filho para utilizar a técnica de inseminação artificial póstuma. Assim, ante a possibilidade física do emprego do procedimento médico almejado, os autores pretendem, em verdade, uma fecundação artificial heteróloga, sendo que o falecido sequer mantinha relacionamento amoroso com a mulher em quem seria implantado o embrião fecundado. Como se não bastasse, os autores não fizeram prova da existência de prévia autorização do de cujus; pelo contrário, o documento de fls. 08/09, consistente no contrato celebrado entre Joaquim dos Reis Neves Júnior (obviamente, em vida) com a clínica urológica, há expressa autorização dele para o descarte da amostra de material genético em caso de falecimento (e não para a utilização do sêmen). Sobremais, constou do contrato que, com eventual falecimento, a amostra de material genético 'não poderá ser utilizada para quaisquer fins'. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Desta forma, na decisão, foi considerada absolutamente improcedente a pretensão dos autores.

Para fins de prequestionamento, o Magistrado registrou a seguinte observação:

observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes, despicienda a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso. Relator Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483)

Neste caso, os autores não fizeram prova da existência de prévia autorização do falecido, pelo contrário, pois existia um documento consistente no contrato celebrado entre o falecido, em vida, com a clínica urológica, onde há expressa

autorização do falecido para o descarte da amostra de material genético em caso de falecimento, e não para a utilização do sêmen.

Ainda constou do contrato que, com eventual falecimento, a amostra de material genético “não poderá ser utilizada para quaisquer fins”.

Diante disto, a sentença foi prolatada no sentido de que a autorização pretendida encontra óbice na vontade do titular do material genético, que expressamente proibiu a utilização do sêmen criopreservado, independentemente da finalidade, no caso de seu falecimento.

Neste caso, havia a manifestação do titular do material genético criopreservado, mas a manifestação de vontade foi no sentido de não utilização do material congelado *post mortem*, optando pelo descarte do material genético, e assim, impossibilitando a sua utilização para fins de procriação *post mortem*, conforme pretendido pelos pais.

A decisão proferida pelo juiz neste caso não poderia ser diferente, diante da manifestação do titular quanto à destinação do material genético, pois, caso a decisão fosse no sentido de permitir a utilização *post mortem* para procriação, seria contrária à vontade expressa do falecido, e neste sentido, configuraria uma ofensa ao seu direito de personalidade, constitucionalmente protegido.

5.1.3 Estudo de Caso 3: pedido dos pais para utilização *post mortem* dos óvulos congelados da filha

O caso tratado nesse capítulo foi analisado no livro “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, será abordado aqui.

Pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, “foi julgado um caso no qual o pedido feito pelos pais, foi para a utilização de óvulos congelados da filha falecida, e posterior fecundação com sêmen de doador”. (Sá; Araújo, 2024, p. 234)

Na ação também constava o pedido de transferência de embrião para o útero de uma amiga próxima da falecida, que concordou em ser a gestante por substituição. (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

No pedido, entre as premissas, foi alegado, ser vontade da filha ter filhos e isso era óbvio pela submissão aos incômodos, pelo os quais a filha passou, como

hiperestimulação ovariana, da coleta de material biológico para congelamento. (Sá; Araújo, 2024, p. 234)

Quanto a questão sucessória e patrimonial, a falecida deixou um irmão, que não se opôs ao intento dos pais em ter um(a) neto(a). Quanto a autorização, verificou-se que o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) fornecido pela clínica continha apenas a hipótese de utilização posterior dos óvulos pela própria paciente, nada sendo mencionado sobre doação, utilização ou destruição após a morte. (São Paulo. Tribunal de Justiça. AC 1114911-38.2019.8.26.0100).

Na sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente. “Está claro que não houve manifestação escrita de vontade da falecida quanto ao uso dos seus óvulos *post mortem*, cabendo, portanto, a reconstrução judicial da sua vontade”. (Sá; Araújo, 2024, p. 234)

Conforme a ementa do Acórdão do referido caso:

Apelação. Alvará judicial. Reprodução humana. Sentença de improcedência. Autores que buscam autorização judicial para utilização de óvulos deixados pela filha falecida, para fertilização com espermatozoide de doador anônimo e gestado por uma amiga próxima da “de cujus” – inexistência de herdeiros, que não os próprios autores – ausência de prejuízo a qualquer interessado – inequívoca vontade da “de cujus” de gerar prole, impossibilitada em razão de sua morte – ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação *post mortem* – autorização para utilização dos oócitos – gestação em substituição que deve ser autorizada previamente pelo CRM, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/2017 – ordem judicial que não pode substituir a autorização do Conselho, que sequer se manifestou sobre o caso concreto – prévia autorização de adoção da criança pelos avós inviabilidade – adoção que deve ser oportunamente decidida, pelo juízo competente, segundo o melhor interesse da criança – Sentença parcialmente reformada – Recurso Parcialmente Provido (São Paulo. Tribunal de Justiça. AC 1114911-38.2019.8.26.0100).

Conforme observado (Sá; Araújo, 2024, p. 234), “ficou claro para o juízo, pelos documentos que instruíram a inicial, que demonstraram de forma inequívoca que a falecida tinha o firme propósito de ter um filho”.

E que, apesar da resolução deontológica vigente, à época, n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, exigir que a autorização fosse prévia e específica, observou-se que não se trata de comando legal ordinário, de modo a impedir o pedido judicial, conforme entendimento posto na sentença, de que “foi suficientemente demonstrada a anuência da falecida quanto à destinação a ser dada a seus óvulos preservados, cabendo suprimir o seu consentimento para autorizar os

autores a utilizar o material genético para fecundação *in vitro*”, de modo que os embriões obtidos fossem gestados por meio de gestação por substituição. (São Paulo. Tribunal de Justiça. AC 1114911-38.2019.8.26.0100)

Conforme observado por Sá e Araújo, embora a decisão tenha entendido “não ser necessária autorização judicial para a manifestação de vontade da gestante substituta, acabou por avaliar o mérito do pedido ao apontar que não havia qualquer indício de má-fé ou pretensão remuneratória por parte da amiga da falecida”. (Sá; Araújo, 2024, p. 234)

Na decisão consta o entendimento de não existir norma que imponha a utilização de útero solidário somente entre parentes, até o 4º grau, da falecida.

Conforme apontado por Sá e Araújo:

Por outro lado, de maneira contraditória, a decisão afirma que a utilização da gestação em substituição não prescinde da autorização do Conselho Regional de Medicina, como expressamente previsto na Resolução 2.168/17, não cabendo ao juízo a substituição do Conselho quanto à avaliação de viabilidade da gestação. (Sá; Araújo, 2024, p. 234)

Para Sá e Araújo (2024, p. 235), “se por um lado a sentença caminha bem ao afirmar a inexistência de lei *stricto sensu* que impeça a realização da gestação por útero de substituição sem parentesco, de outro lado, remete a decisão ao órgão de classe”.

Conforme entendimento de Sá e Araújo (2024, p. 235):

firmamos a posição de que cabe à clínica e à equipe de saúde a responsabilidade pela aferição das condições clínicas e psicológicas da possível gestante substituta, mas consignamos não ser de competência de nenhum conselho de classe condicionar a gestação ao pré-requisito do parentesco. (Sá; Araújo, 2024, p. 235)

Os autores da ação, os pais da falecida, “também fizeram outro pedido, que foi para que a criança nascida fosse registrada em nome da mãe biológica e adotada por eles. A decisão judicial reconheceu o direito de registro em nome da falecida, mas entendeu não caber a adoção pleiteada”. (Sá; Araújo, 2024, p. 235)

Neste ponto, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo (2024, p. 235), apresentam a seguinte reflexão:

se o objetivo dos avós era fazer valer a vontade da filha em ser mãe, por que pleitear a adoção do(a) neto(a)? A guarda não seria medida suficiente

para garantir o melhor interesse da criança, onde, uma vez ausentes os genitores, os avós seriam os guardiões de seus interesses? Querem eles ser genitores, ou de fato e de direito, ser avós? De todo modo, essas questões não foram enfrentadas pela decisão, que entendeu não ser possível adoção de criança que ainda não nasceu e ser o juízo incompetente para a apreciação da matéria. (Sá; Araújo, 2024, p. 235)

Neste caso, o magistrado ao analisar os fatos e provas, e considerando a inexistência de herdeiros, a ausência de prejuízo a qualquer interessado, a ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação *post mortem*, e entendendo que houve a inequívoca vontade da “*de cujus*” de gerar prole, impossibilitada em razão de sua morte, proferiu decisão favorável, diante de vários fatores que o fizeram ter convicção da vontade da falecida.

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “na ausência de manifestação sobre o destino de embriões congelados, em princípio, não haverá a possibilidade de implantação, ressaltando-se situações em que a reconstrução da vontade possa ser procedida por meios robustos de prova”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Não havendo a expressa autorização em vida, para utilização do material genético, após o falecimento, será necessário apresentar provas robustas e argumentos jurídicos convincentes, que possam propiciar uma decisão favorável, caso contrário, possivelmente a sentença não será procedente para permitir o uso do material genético para procriação *post mortem*.

5.1.4 Estudo de Caso 4: pedido da esposa para utilização *post mortem* do material genético coletado após o óbito do marido

O caso tratado nesse capítulo foi analisado no livro “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, será abordado aqui.

Outro caso referente a utilização de material biológico *post mortem* foi julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, “em uma situação em que o sêmen foi coletado após o óbito do titular, sem sua autorização prévia por escrito”. (Sá; Araújo, 2024, 236)

A Ação foi ajuizada em 2020 pela esposa que desejava a inseminação *post mortem* com o sêmen do marido falecido, que não tinha deixado o material genético congelado, e muito menos uma autorização para procriação *post mortem*.

Conforme decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou o pedido com o fundamento do material ter sido coletado após o óbito, e também pela ausência de documento probatório da vontade expressa do falecido para a procriação póstuma.

Sobre a pretensão da parte solicitante, “vale o esclarecimento de que o pedido judicial não foi para que fosse feita a coleta do material genético, mas, para que, uma vez já colhido, pudesse ser inseminado na demandante”. (Sá; Araújo, 2024, p. 236)

Para Sá e Araújo, é curioso imaginar “as circunstâncias nas quais essa coleta foi realizada. O envolvimento do hospital e de profissionais de saúde sem a premissa da autorização prévia, torna a questão ainda mais complexa, já que a conduta importa em violação corporal”. (Sá; Araújo, 2024, p. 236)

O juiz de primeira instância julgou improcedente o pedido, cuja decisão foi mantida em grau de recurso, sob a alegação de que “o material genético não foi fornecido pelo falecido marido da recorrente, mas sim recolhido após o óbito”, evidenciando a ausência de prévia autorização expressa por escrito. (Sá; Araújo, 2024, p. 236)

Conforme síntese do Acórdão, no qual a pretensão autoral era para a autorização judicial visando a realização do procedimento de inseminação artificial homóloga *post mortem*:

APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Pretensão de autorização judicial para realização do procedimento de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Inviabilidade. Hipótese em que o material genético não foi fornecido pelo falecido marido da recorrente, mas sim recolhido após o óbito. Ausência de prévia autorização expressa por escrito. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento. (São Paulo, Tribunal de Justiça, AC: 10005864720208260510)

A complexidade deste caso vai além do consentimento para a fertilização *post mortem*, pois além de não haver a autorização expressa do falecido para a utilização do seu material genético para a finalidade de procriação, o material genético não se encontrava sequer já extraído e congelado, mas, foi retirado já após a morte, e sem o consentimento do titular.

Considerando o exposto nos casos apresentados até aqui, a falta do consentimento para procriação póstuma, gera controvérsias que precisam ser discutidas no âmbito jurídico, diante da ausência de lei específica que trate sobre o tema.

5.1.5 Estudo de Caso 5: pedido da esposa para utilização do material genético do marido post mortem

Processo em segredo de justiça, conforme portaria conjunta 42 de 17 de abril de 2024, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

Este julgado também trata da utilização de material genético criopreservado *post mortem*, sem autorização expressa do doador. E como está em segredo de justiça não foi possível ter acesso ao inteiro teor do Acórdão.

A Juíza de primeiro grau reconheceu o direito da autora sobre o material genético de seu falecido companheiro, mas a empresa responsável pela coleta e armazenagem do sêmen alegou a inexistência de autorização expressa do doador nesse sentido.

Em sede de 2º grau de jurisdição, os Desembargadores, por maioria, entenderam que o fato de o *de cuius* ter guardado material genético, ao saber que poderia ter sua capacidade reprodutiva afetada pelo tratamento ao qual se submeteria, não significa que o mesmo estaria de acordo com a inseminação *post mortem*. (Distrito Federal, Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC)

Conforme Ementa do Acórdão, a utilização de sêmen armazenado para inseminação artificial *post mortem* está condicionada à manifestação expressa de vontade do doador:

ACÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.
2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cuius em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.

3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
 4. Recurso conhecido e provido. (Distrito Federal, Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC)

Dessa forma, o voto majoritário foi no sentido de que, diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização do material genético, presumir o consentimento do falecido, caracteriza violação ao princípio da autonomia da vontade. (Distrito Federal, Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC)

Por outro lado, no voto minoritário, vencida a Relatora Desembargadora Nídia Corrêa Lima, ficou consignado que se houve a celebração de contrato para a realização de coleta e armazenagem de sêmen é porque o casal pretendia ter filhos mediante inseminação artificial, o que caracteriza a autorização implícita do *de cujus*.

Em sede de julgamento de Recurso de Embargos Infringentes, também foi apontado que não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, sem a manifestação expressa de vontade, e que os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, conforme ementa do julgamento:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.

2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina)

3. Recurso conhecido e desprovido. Embargos infringentes conhecidos e não providos à unanimidade (Distrito Federal, 20080111493002EIC - (0100722-92.2008.8.07.0001)

Conforme destacado na decisão, na falta de manifestação expressa da vontade, não é possível presumir o consentimento para fertilização *post mortem*, mesmo que não exista disposição legal contrária. Pois a utilização do material genético *post mortem*, configuraria violação ao princípio da autonomia da vontade.

A decisão proferida neste julgado seguiu a mesma linha de raciocínio da maioria dos casos analisados nesta pesquisa, considerando necessário a autorização expressa do falecido(a) para a utilização do material genético *post mortem*.

5.1.6 Estudo de Caso 6: pedido da mãe para utilização post mortem de material genético da filha, diante da existência de dois TCLE

Caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001), no qual a falecida tinha assinado um termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para congelamento de embriões com uma clínica de reprodução assistida em 2018, no qual restou consignado que, em caso de doença grave ou morte, o destino dos pré-embriões congelados seria decidido pelos herdeiros. Todavia, em 2019, a titular do material genético firmou termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para técnicas de manipulação laboratorial de gametas e embriões com outra clínica, ora requerida, no qual autorizou, em caso de morte ou doença debilitante da paciente, o descarte dos embriões.

Conforme relatado pela parte autora, em síntese que consta nos autos do processo:

A falecida NIAMIEM NZI KRA ANNE SANDINE, enquanto viva, firmou em 24/08/2018 com a Clínica GENESIS, sito a SHLS 716, Conjunto "L", Centro Clínico Sul, Ala Leste, salas 328/331 – Brasília/DF, Termo de Autorização e Consentimento Livre e Esclarecido para Congelamento de Embriões, com a finalidade de tratamento de reprodução assistida. Alega que a paciente NIAMIEM NZI KRA ANNE SANDINE, ora falecida, designou sua genitora, ora requerente LAGOU ADJOUA HENRIETTE, quanto da decisão para o destino dos pré-embriões em caso de sua morte. Afirma que a paciente veio a falecer em 17/01/2022, sem conseguir realizar seu sonho que era ter ao menos um filho(a) e formar família. Informa que o material coletado (óvulos) em Brasília, no total de 6 (seis), foi transferido pela Clínica GENESIS de Brasília para a Clínica HUNTINGTON de São Paulo, onde se encontram armazenado até a presente data. Aduz, ainda, que a ré não se nega a entregar ou prosseguir na fertilização, mas apenas requer a apresentação

de autorização judicial pela requerente, a fim de se resguardar de qualquer demanda ou questionamento futuro. (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

Em sede de tutela de urgência, a autora requereu o prosseguimento à reprodução assistida na clínica onde se encontram os mencionados óvulos ou em outra clínica habilitada para esse tipo de reprodução, permitindo-se, inclusive, que tal material seja transferido para a Costa do Marfim, país de origem da de cujus.

A ré (clínica) apresentou contestação alegando, em síntese, que de acordo com termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para técnicas de manipulação laboratorial de gametas e embriões, a Sra. Niamien N Zi Kra Anne Sandrine fez a opção de descarte do material no caso de seu falecimento.

A síntese do julgado, apresentada por meio do relatório da sentença dispõe o seguinte:

Trata-se de Apelação Cível interposta por Espólio de Niamien N Zi Kra Anne Sandrine, representado pela genitora/herdeira Lagou Adjoua Henriette, em face da r. sentença (ID 51384247) que, nos autos da Ação proposta em desfavor da Apelada, Huntington Centro de Medicina Reprodutiva S.A., julgou improcedente o pedido inicial, que pretendia a autorização para que seja concedido à herdeira o direito sobre os embriões congelados e armazenados na clínica Ré, deixados pela filha falecida, e para que seja dado prosseguimento à reprodução assistida no estabelecimento onde se encontram os mencionados embriões ou em outra clínica habilitada para esse tipo de reprodução, permitindo-se, inclusive, que tal material seja transferido para a Costa do Marfim, país de origem da de cujus. (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

Para o Tribunal, “diante da incompatibilidade entre a derradeira manifestação e a primeira, ressoa evidente a revogação tácita da determinação prévia de que o destino dos embriões, em caso de morte da paciente, seria decidido pela genitora dela”. (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

Conforme Ementa do Acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. ÓBITO DA PACIENTE. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. IMPLANTAÇÃO POST MORTEM. CUSTÓDIA PELA GENITORA/HERDEIRA. RENÚNCIA TÁCITA. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. INEXISTÊNCIA. AUTORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

O entendimento foi de que a manifestação posterior no qual autoriza, em caso de morte ou doença debilitante da paciente, o descarte dos embriões, revogou a primeira manifestação, na qual foi consignado que, em caso de doença grave ou morte de ambos os pacientes, o destino dos pré-embriões congelados seria decidido pelos herdeiros.

O Tribunal também cita referência do STJ, da qual, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a implantação de embriões *post mortem* depende da existência de autorização prévia específica, por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Desta forma, a decisão prolatada foi no sentido de que, “inexistente consentimento expresso e formal da falecida, por instrumento público ou particular com firma reconhecida, para a implantação de embriões *post mortem*, inviável a concessão de autorização ao espólio para a realização do procedimento”. (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

A decisão levou em consideração a manifestação de vontade mais recente da falecida, optando para o descarte dos embriões em caso de morte ou doença debilitante da paciente.

Conforme o voto do Relator Desembargador Robson Teixeira de Freitas:

Em que pese Niamiem Nzi Kra Anne Sandine ter indicado à Clínica Gênese, em 24/08/2018, que os embriões congelados e eventualmente não utilizados no prazo de 3 anos deveriam ser mantidos congelados mediante renovação anual do contrato e que, em caso de doença grave ou morte, o destino dos pré-embriões congelados seria decidido pela autora, quando da celebração do contrato com a CLÍNICA HUNTINGTON, em 30/11/2019, decidiu que “em caso de morte ou doença debilitante de um do(s) Paciente(s), a equipe da HUNTINGTON está autorizada a descartar os embriões respeitando o prazo determinado pela legislação vigente” (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

De acordo com o entendimento do magistrado, “não há dúvidas de que houve a revogação tácita do consentimento dado anteriormente à autora quanto à decisão do destino dos embriões”. (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

Conforme decisão proferida pelo Acórdão do julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROBSON TEIXEIRA DE

FREITAS - Relator, JOSE FIRMO REIS SOUB - 1º Vogal e CARMEN BITTENCOURT - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS, em proferir a seguinte decisão: Apelação conhecida e não provida. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas. (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001)

Decisão Unânime, negando a possibilidade de utilização do material genético da falecida para fertilização *post mortem*, com o Desembargador Jose Firmo Reis Soub - 1º Vogal e a Desembargadora Carmen Bittencourt - 2º Vogal, votando com o relator.

Em resumo do caso, a falecida assinou termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para congelamento de embriões com a Clínica Genesis em 24/08/2018, no qual restou consignado que, “Em caso de doença grave ou morte, o destino dos pré-embriões congelados será decidido pelos herdeiros”. Em 30/11/2019, pouco mais de um ano depois, a falecida firmou termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para técnicas de manipulação laboratorial de gametas e embriões com outra clínica, a Huntington Centro de Medicina Reprodutiva S.A., no qual autorizou, em caso de morte ou doença debilitante da paciente, a clínica a “descartar os embriões respeitando o prazo determinado pela legislação vigente”. Essa é a última declaração de vontade da falecida noticiada nos autos, e que serviu de base para a decisão proferida pelo TJDFT.

5.1.7 Estudo de Caso 7: pedido da esposa para utilização do material genético do marido post mortem, onde os filhos do “de cujus” foram contrários ao pedido

Este caso trata de uma ação movida pelos filhos do “*de cujus*” contra seu cônjuge e o hospital, para obstar a implantação de embriões contendo material genético do falecido, que se encontram sob custódia do segundo réu (a clínica).

Na decisão de primeiro grau o juiz julgou procedente o pedido dos autores (herdeiros), confirmando a tutela de urgência antecedente, e no mérito proibiu a realização da implantação dos embriões. O juiz entendeu ausente a autorização expressa do falecido para utilização dos embriões, anotando a presença tão somente de opção que autoriza a custódia dos embriões. (São Paulo, Autos nº 1082747-88.2017.8.26.0100)

Irresignados, os demandados (cônjuge e Clínica) interpuseram apelação, a qual foi provida pelo Tribunal Paulista.

O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu turno, modificou a sentença e denegou a pretensão autoral (herdeiros), nos seguintes termos:

Já no caso de morte de um dos cônjuges, o que efetivamente aconteceu, tem-se que o casal concordou em “manter todos os embriões congelados sob custódia do cônjuge sobrevivente”. Podiam ter escolhido descarte ou doação destes, o que representariam nítida vontade de interrupção do procedimento se falecido um deles. Não o fizeram. Escolheram que permaneceria com o outro a custódia dos embriões, a entregar-lhe plena disposição destes, o que, de todo, expressamente autoriza continuidade do procedimento.

Destarte, deve ser garantido a T. C. R. Z. o direito de dispor dos embriões a ela confiados, implantando-os em seu ventre, medida que concretiza, também, vontade de seu falecido marido. (São Paulo, Tribunal de Justiça. Autos nº 1082747-88.2017.8.26.0100)

O Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu que havia autorização para o procedimento de reprodução humana assistida *post mortem*, por presumir que não faria sentido que o casal tivesse decidido que os embriões congelados restassem sob custódia do cônjuge sobrevivente, se não fosse para que o referido procedimento fosse concluído com a implantação.

Os herdeiros interpuseram Recurso Especial, em desafio a acórdão proferido em sede de apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Conforme ementa do Recurso Especial nº 1.918.421 no Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6) RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO.

EMENTA RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Marco Buzzi conheceu em parte dos recursos especiais dos herdeiros e, na extensão, a eles negou provimento, confirmando o entendimento do TJSP, seguido pela ministra Maria Isabel Gallotti, e reconhecendo a possibilidade de implantação do material genético do falecido, pela ora recorrida, do acórdão recorrido. Sendo a divergência instaurada pelo ministro Luis Felipe Salomão, que foi acompanhada pelos ministros Raul Araújo e Antônio Carlos Ferreira.

Na fundamentação da decisão do Ministro Relator Marco Buzzi, foi abordada a omissão do Código Civil, em determinar de que maneira deve ser expressa tal vontade, e considerou necessário que o documento utilizado para a autorização seja formalmente hábil. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

Conforme o julgado do STJ (Autos REsp. 1.918.421), o Ministro Relator Marco Buzzi apresentou como fundamentação que, os contratantes que acordaram que, em caso de morte de um deles, todos os embriões congelados seriam mantidos sob custódia do outro, ao invés de descartados ou doados, confiando-os ao parceiro viúvo que representa autorização para a continuidade do procedimento, a critério do sobrevivente, sendo embriões criopreservados inservíveis a outra finalidade que não implantação em útero materno para desenvolvimento.

Outro ponto que o Relator Ministro Marco Buzzi salientou é que o “contrato celebrado com o hospital com múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento para os contratantes”. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

Conforme observado no julgado pelo Ministro Marco Buzzi, “há ausência, outrossim, de lei que preveja forma específica para manifestação da vontade, Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, que ostenta caráter infralegal e é, ademais, flexível quanto à forma da manifestação de vontade”, permitindo que se dê por instrumento privado, no caso dos autos. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

O voto vencido, do Relator Ministro Marco Buzzi, que foi favorável às pretensões do cônjuge e da Clínica, foi proferido conforme apontamentos abaixo, extraídos do voto:

(VOTO VENCIDO) (MIN. MARCO BUZZI)

"[...] o Código Civil se limitou a fixar o momento no qual a autorização deveria ser prestada - prévia e antecedente ao procedimento -, porém não

estabeleceu a forma para que tal aquiescência fosse concedida. Em análise ao ordenamento jurídico pátrio, verifica-se inexistir imposição legal atinente à forma que a autorização do marido/companheiro deva ser realizada.

Ademais, frente à ordem jurídica contemporânea, é cediço que o formalismo cedeu passagem ao consensualismo ou liberalidade das formas, motivo pelo qual os negócios jurídicos não são, salvo disposição em contrário, solenes ou formais, podendo se realizar sob qualquer modalidade". "[...] não havendo forma prescrita em lei, evidencia-se a ocorrência de atos ou negócios jurídicos consensuais, os quais independem de solenidade ou formato especial, nos termos do disposto no artigo 107 do Código Civil". "Se pelo ordenamento jurídico admite-se a manifestação por quaisquer meios, é fato que quando essa declaração se dá por documento escrito, tal aquiescência afigura-se verdadeiramente sofisticada a denotar a perfectibilização do requisito atinente à prévia e expressa declaração de vontade.

No caso específico dos autos, a Corte local, com amparo nas provas colacionadas afirmou categoricamente que o consentimento do falecido para a procriação '*post mortem*' foi expressamente concedido em documento escrito por ele assinado, sob o qual não paira qualquer discussão de falsidade". (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

No Acórdão, o voto do relator Ministro Marco Buzzi, mantendo seu voto anterior, foi acompanhado pelo voto da Ministra Maria Isabel Gallotti. O Ministro Luis Felipe Salomão, foi quem apresentou voto divergente, ao voto do relator, dando provimento aos recursos especiais, com o voto do Ministro Raul Araújo e do Ministro Antonio Carlos Ferreira, acompanhando a divergência.

A decisão final do Superior Tribunal de Justiça foi, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de primeiro grau, e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico do falecido, nos termos do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

Segue a íntegra do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando provimento aos recursos especiais, divergindo do relator, e a manifestação do relator mantendo seu voto anterior, e o voto do Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico de J L Z, falecido, nos termos do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão. Vencidos o relator e a Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira. Brasília (DF), 08 de junho de 2021(Data do Julgamento) (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

No voto vencido do Ministro Marco Buzzi, o entendimento foi de que, como não há uma previsão no ordenamento sobre a forma de como a autorização deverá ser prestada, verifica-se inexistir imposição legal atinente à forma que a autorização do marido/companheiro deva ser realizada.

O voto vencedor foi do Ministro Luis Felipe Salomão, conforme apontamentos abaixo, conforme extraído do voto:

Por todo o exposto, dou provimento aos recursos especiais para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico.

■ Inexistência de autorização expressa para que a implantação dos embriões ocorresse após a morte.

■ Sendo assim, ressalte-se, uma vez mais, houve autorização pelo falecido, para que T DA C R Z custodiasse o material genético após a sua morte, providência diversa da autorização para implantação dos embriões, após sua morte. Como custodiante, a ora recorrida poderá ceder o material para pesquisa, doação, descartar, ou deixar que o tempo o consuma, mas nunca implantá-lo em si, porque aí necessitaria de autorização prévia e expressa do titular do gameta que originou o embrião.

■ Noutro ponto, ainda concluo que, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada.

■ No mais, destaco a lição certa de Maria Berenice Dias: A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la. Nesta hipótese o filho será registrado como seu e terá direito sucessório. Sem autorização expressa, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. É necessário respeitar o princípio da autonomia da vontade. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

Do voto vencedor, do Exmo. Min. Luis Felipe Salomão, constata-se a distinção entre a autorização de custódia dos embriões após a morte do paciente e a autorização para implantação póstuma.

Na decisão no Ministro Luis Felipe Salomão foram abordadas várias questões pertinentes e relevantes, como considerar imprescindível que a manifestação de vontade se dê de maneira inequívoca, e de forma expressa e formal, conforme se extrai do voto:

Nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

O Ministro Luis Felipe Salomão também aborda sobre a utilização do contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana, como forma de legitimar a autorização para utilização do material genético, conforme se extrai do voto:

A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, deve ser efetivada por testamento ou por documento análogo, por tratar de disposição de cunho existencial, com efeito a geração de vida humana. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

Em outro ponto o Ministro Luis Felipe Salomão, cita Maria Berenice Dias, para discorrer sobre a presunção do consentimento, conforme se extrai do voto:

Nas palavras de Maria Berenice Dias: "(...) A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

No Acórdão ainda tem o registro da seguinte observação emitida pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

Neste caso, prevaleceu o entendimento de que a inexistência de autorização expressa e específica para que a implantação dos embriões ocorresse após a morte, impede a utilização do material genético do falecido para realização da procriação *post mortem*.

Conforme apontado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, “imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada”. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

No acórdão é abordada a necessidade da autorização expressa, por meio do consentimento, para a utilização *post mortem* do material genético, como foi citado abaixo:

- Especificamente quanto à reprodução assistida *post mortem*, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.
- Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida *post mortem*, além de outros documentos que específica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.
- O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida *póstuma* por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expreso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.
- O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético *post mortem*. (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP)

Neste caso, a norma deontológica existente, a Resolução 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, exige uma forma especial, qual seja, autorização específica daquele que deixou o material congelado, o que significa que a autorização deve ser clara, inequívoca e evidente, não passível de mera presunção ou deduções. Mesmo que o artigo 107 do Código Civil conste a previsão de que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão, quando a lei expressamente a exigir.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, julgou procedente recurso dos herdeiros que contestaram pedido de procriação *post mortem*, utilizando o material genético do marido falecido, formulado pela viúva. O

juízo foi concluído com três votos favoráveis aos herdeiros, e dois votos contrários.

Conforme o voto vencedor divergente, o Ministro Luis Felipe Salomão, afirmou que a decisão deferindo o pedido traria consequências para além da vida de uma pessoa falecida, com efeitos existenciais e patrimoniais, sendo necessário que a sua manifestação fosse inequívoca, expressa e formal.

Neste julgamento o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o pedido sobre a implantação de embriões congelados após a morte de um dos genitores, conforme decisão proferida, entendeu pela necessidade de que a vontade seja expressa e específica, tendo em vista as repercussões patrimoniais e sucessórias, e conforme entendimento do STJ, o meio a ser utilizado deve ser o testamento ou documento equivalente.

Neste caso, prevaleceu o entendimento de que a inexistência de autorização expressa e específica para que a implantação dos embriões ocorresse após a morte, impede a utilização do material genético do falecido para realização da procriação *post mortem*.

Desta forma, deve-se reafirmar o entendimento da necessidade de manifestação expressa, específica e inequívoca, sobre o destino a ser dado ao material genético criopreservado, após o falecimento do titular, principalmente quanto a possibilidade de procriação *post mortem*.

Diante das repercussões sucessórias e patrimoniais na procriação *post mortem*, deve-se manter o entendimento acerca da necessidade de manifestação expressa sobre o possível destino do material genético (gametas e embriões) congelado. Pois, enquanto não houver disciplina legal sobre o assunto, e diante de manifestação contrária à utilização do material genético para fins de fertilização após o falecimento do titular, o impasse terá que ser tratado no judiciário, através da análise da possibilidade de reconstrução judicial da vontade.

6 CONCLUSÃO

Para acompanhar os constantes avanços no campo da reprodução medicamente assistida, diante das atualizações na área da medicina e da biotecnologia, se torna necessário criar uma lei específica, ou alterar o Código Civil, para contemplar a regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida,

apresentando parâmetros para solução de controvérsias em casos de procriação humana assistida, principalmente para os casos de reprodução *post mortem*.

Conforme apurado neste trabalho, por meio das normas atuais que regulamentam as técnicas de reprodução assistida, pela pesquisa na doutrina, e através da análise de decisões judiciais, é possível constatar que a questão central à reprodução assistida *post mortem*, diz respeito ao consentimento, e a discussão diz respeito a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do titular, acerca do uso do material genético, em caso de falecimento.

Entende-se que o projeto parental deve ser elaborado em vida, entre o casal, e de forma conjunta, onde os cônjuges ou companheiros deverão expressar por escrito sua pretensão, quanto ao destino que será dado ao material biológico criopreservado para reprodução assistida, no caso de projetos parentais assistidos *post mortem*.

É necessário que haja discussão sobre os projetos procriativos *post mortem* e suas implicações patrimoniais, pois, no campo das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, o tema é bastante discutível no que tange às relações de parentesco, principalmente quanto as consequências relacionadas à questão sucessória e patrimonial.

Diante da falta do termo de consentimento livre e esclarecido, ou outro documento que comprove a autorização do falecido para reprodução assistida *post mortem*, verifica-se a possibilidade de ocorrências de demandas judiciais com o objetivo de buscar a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida para permitir a utilização do material genético criopreservado.

No caso de inexistir a manifestação escrita, uma possibilidade de buscar a satisfação da vontade do(a) falecido(a), seria por meio da reconstrução judicial da vontade, considerando a admissibilidade de outros meios de prova da decisão procriativa *post mortem*.

Para se buscar através do Poder Judiciário a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, para permitir a reprodução assistida *post mortem*, é necessário que se tenha uma robustez de prova que comprove a manifestação inequívoca a vontade, apresentando clareza na argumentação, e se utilizando também de argumentos axiológicos e jurídicos convincentes.

Por meio da reconstrução judicial da vontade busca-se tentar demonstrar a manifestação clara de vontade do(a) falecido(a), pois mesmo que o material

genético tenha sido fornecido, não há uma presunção que o consentimento e autorização tenha sido concedido para a uma fertilização *post mortem*.

Pois, enquanto não houver previsão legal que trate sobre o assunto, não há como impedir aos interessados, que busquem por meio do judiciário, a possibilidade de reconstrução judicial da vontade de procriação póstuma. Já que, apenas com a análise do caso concreto, será possível apontar e avaliar as peculiaridades de cada situação, e avaliar a robustez das provas fundamentais à comprovação do projeto parental *post mortem*.

Foi possível constatar nos julgados analisados que um dos pontos principais na análise de admissibilidade dos projetos procriativos *post mortem* são as implicações patrimoniais, pois, em todos os casos, não havia a autorização expressa do falecido(a) para a utilização do material genético para fins de procriação *post mortem*.

Verificou-se que em um dos julgados não havia terceiros manifestamente contrários a pretensão de procriação póstuma, pois os possíveis interessados, considerando a questão sucessória e patrimonial, não se manifestaram de forma contrária ao pedido autoral. Em outro julgado, os herdeiros manifestaram contrariamente à pretensão do cônjuge do falecido, para o projeto assistido *post mortem*.

No julgado em que não havia terceiros, que se manifestassem contrariamente ao pedido, a decisão foi favorável, pois além de não haver interessados contrários a pretensão dos autores, o magistrado também se convenceu da vontade procriativa da falecida, por meio das provas e argumentação apresentada.

Já no caso em que os herdeiros manifestaram contrários ao projeto assistido *post mortem*, pois, envolvia filiação e questões sucessória e patrimonial, a decisão final foi pela improcedência do pedido da autora, pois além dos herdeiros terem se pronunciado contrariamente, também não havia a autorização expressa do falecido que permitia a procriação *post mortem*.

Em um dos casos, ao analisar o pedido sobre a implantação de embriões congelados após a morte de um dos genitores, conforme decisão proferida, o STJ entendeu pela necessidade de que a vontade seja expressa e específica, tendo em vista as repercussões patrimoniais e sucessórias. Conforme entendimento do STJ, o meio a ser utilizado deve ser o testamento ou documento equivalente.

Conforme o voto vencedor divergente, o Ministro Luis Felipe Salomão, afirmou que a decisão deferindo o pedido traria consequências para além da vida de uma pessoa falecida, com efeitos existenciais e patrimoniais, sendo necessário que a sua manifestação fosse inequívoca, expressa e formal.

Na análise dos julgados foi possível verificar posições divergentes entre os magistrados quanto a comprovação da manifestação da vontade para a fertilização póstuma, sendo que alguns magistrados entenderam pela manifestação presumida em alguns casos, e, em outros casos, o entendimento foi pela obrigatoriedade da autorização por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Por isso, diante das incertezas e divergências, conforme observado nos julgados, faz-se necessário a definição, por meio de lei específica, para tratar da manifestação de vontade, do termo de consentimento livre esclarecido, sobre um limite temporal para tal manifestação de vontade para os casos de procriação *post mortem*.

Para se ter a clareza do procedimento e concordância dos genitores, a manifestação de vontade deve ser expressa, e por ambos titulares, para se evitar a necessidade de se buscar a reconstrução da vontade por meio do judiciário.

A utilização do material genético para a finalidade de procriação, somente deve ocorrer com a concordância do casal, pois a decisão do projeto parental procriativo, cabe aos genitores, por meio da manifestação de vontade conjunta.

Para abarcar possíveis demandas, como as tratadas nos julgados, para os procedimentos de reprodução assistida, a vontade dos participantes deve ser expressa, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de dissolução da sociedade conjugal, ou da união estável, em caso de doença grave ou em caso de falecimento de um ou ambos os doadores do material genético, ou também no caso de desistência do procedimento, seja por qualquer motivo, do tratamento que se pretendia realizar.

Conforme previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina, o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os interessados em se submeter às técnicas de reprodução assistida, que devem expressar o seu consentimento por meio da declaração, que deve ser própria às disposições para procedimentos *post mortem*.

Diante disto, observa-se, a relevância e necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido, que deve ser elaborado, preenchido e assinados, na discussão do projeto parental procriativo *post mortem*.

O consentimento deve ser tratado como a questão central para a utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*, diante da importância da disponibilização do material genético criopreservado do falecido(a) para utilização após a sua morte.

O problema que pode ser gerado na falta do consentimento prévio, é quanto a autorização para a utilização do material genético, podendo assim, abrir margem para questionamentos pertinentes, quanto à licitude da técnica de fertilização *post mortem*.

Desta forma, nota-se a relevância do TCLE no direcionamento do material genético deixado por alguém que faleceu, como o meio de manifestar o consentimento prévio, expresso e específico, para a realização da técnica de reprodução humana assistida *post mortem*, com o material genético congelado.

Para os casos de procriação *post mortem* o termo de consentimento livre, esclarecido e informado, serve como dimensionador da vontade do titular do material genético congelado, de forma a autorizar a realização da técnica de reprodução assistida, no sentido de insistir no desejo de filiação, mesmo após o falecimento.

Pois é por meio do TCLE que o casal, cônjuges ou companheiros, deverão expressar por escrito sua pretensão quanto ao destino que deverá se dado ao material genético criopreservado, para a técnica de reprodução assistida, nas hipóteses, como de falecimento de um ou ambos doadores, e também de separação do casal. A parentalidade oriunda de um procedimento de reprodução assistida está intrinsecamente vinculada à manifestação de vontade em prol do projeto parental.

O termo de consentimento livre e esclarecido tem uma importância ainda maior no caso de utilização do material genético ou de embrião excedentário após a morte de um dos doadores do material genético. Por isso que há a necessidade de autorização prévia e específica, por meio do consentimento livre e esclarecido dos envolvidos.

As normas deontológicas preveem que há a necessidade de autorização prévia, de forma escrita e expressa por meio do consentimento livre e esclarecido, para todos os envolvidos e interessados nas técnicas de reprodução assistida.

O Projeto parental assistido *post mortem* deve fazer referência expressa sobre a implantação do material genético criopreservado, por meio do consentimento, conforme previsto na Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina.

É de grande importância que seja dada a determinação da disponibilidade do material genético, após a morte do seu titular, sendo necessário definir de que maneira, para qual finalidade e para qual indivíduo pode ser transferida a titularidade.

Pois, sem o consentimento manifestado previamente, numa eventual discussão judicial, será necessário comprovar a manifestação de vontade para utilização do material genético, por outros meios de prova que apontem para a comprovação da vontade para a fertilização *post mortem*.

Diante do que foi apresentado neste trabalho, constata-se que a manifestação de vontade deve ser expressa, e deve conter a especificação da destinação do material genético, após o falecimento do titular, por se tratar de assunto de grande relevância, que pode gerar variadas implicações e discussões, pois de outra forma, poderia gerar insegurança quanto a manifestação de vontade e do consentimento.

Conforme se observa no ordenamento brasileiro, em relação a filiação *post mortem*, não há previsão na lei sobre a existência de um limite temporal, para a manifestação de vontade procriativa. A norma deontológica também não trata de um limite temporal.

A existência de um limite temporal seria relevante para definir um prazo no qual o material genético possa ser utilizado após o falecimento do titular, para a finalidade de procriação *post mortem*, pois, diante da sucessão hereditária, seria gerada uma insegurança jurídica quanto ao direito sucessório, na falta de um limite temporal para que o material genético congelado pudesse ser utilizado para procriação póstuma.

Caso contrário, o Código Civil ou Lei específica deverá determinar qual o prazo para uso e transferência do material congelado, considerando possíveis implicações e repercussões sucessórias.

A posição que o judiciário tende adotar na ausência de manifestação expressa e inequívoca do falecido(a), sobre o destino do material genético congelado, é, de que, em princípio, não haverá a possibilidade de implantação. Com ressalva para situações em que a reconstrução da vontade, possa ser procedida por

meios de provas robustas, suficiente para se concluir com precisão e clareza, a legítima vontade procriativa póstuma.

As implicações inerentes as questões sucessórias e patrimoniais também devem ser consideradas na análise do caso concreto, pelo juízo, nos casos de não haver uma autorização expressa do falecido(a), pois a decisão poderá acarretar repercussões existenciais e patrimoniais, e afetar possíveis herdeiros e interessados.

Conclui-se que, o termo de consentimento livre e esclarecido deve ser disponibilizado e preenchido por todos os interessados em criopreservar material genético para a finalidade de reprodução assistida, onde deve ser definida a destinação do material congelado em caso de dissolução da sociedade conjugal, e principalmente sobre a possibilidade de utilização para fertilização *post mortem*, não deixando dúvida sobre a manifestação de vontade, que deve ser clara e inequívoca.

A possibilidade de reconstrução judicial da vontade em reprodução assistida *post mortem* deve ser analisada mediante a robustez das provas apresentadas, que demonstrem a clareza na argumentação, por meio de argumentos axiológicos e jurídicos convincentes, de forma a demonstrar a manifestação clara e inequívoca de vontade do(a) falecido(a), quanto a destinação do material genético.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Reprodução Assistida. **Um guia fácil e descomplicado de Saúde e Direito**. 1ª Edição, 2018. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>; Acesso em: 25 set. 2024.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. **Inseminação Intrauterina. Como funciona a Inseminação Intrauterina ?**. Disponível em: <https://sbra.com.br/como-funciona-a-inseminacao-intrauterina/>; Acesso em 25 set. 2024.

AUGUSTO, Daniela Moreira. **A inseminação artificial homologa *post mortem* e questões sucessórias decorrentes**. 1º ed. – Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em: 15 set. 2024.

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, [2022]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9263.htm. Acesso em: 19 set. 2024.

BRASIL. Código Civil, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 set. 2024.

BRASIL. Lei de Biossegurança. **Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2007]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11105.htm. Acesso em: 18 set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional, **Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, que institui o Código Civil. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação

correlata. Minuta de texto final ao anteprojeto apresentada em 26/02/2024. Brasília: Congresso Nacional, 01 de jul. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893>. Acesso em: 10 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial. REsp 1.918.421-SP**, 4º Turma. Rel. Min. Marco Buzzi, R.P/ACÓRDÃO: Ministro Luis Felipe Salomão. ementa recurso especial. inexistência de negativa de prestação jurisdicional. impossibilidade de análise de ofensa a atos normativos interna corporis. reprodução humana assistida. regulamentação. atos normativos e administrativos. prevalência da transparência e consentimento expresso acerca dos procedimentos. embriões excedentários. possibilidade de implantação, doação, descarte e pesquisa. lei de biossegurança. reprodução assistida post mortem. possibilidade. autorização expressa e formal. testamento ou documento análogo. planejamento familiar. autonomia e liberdade pessoal. Julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021. Brasília: STJ. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1270115923/inteiro-teor-1270115925>. Acesso em: 01 out. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em 26 set. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>. Acesso em 25 set. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **I Jornada de Direito Civil**. CJF, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345>. Acesso em: 22 ago. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **VIII Jornada de Direito Civil**. CJF, Brasília, DF, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa>. Acesso em: 22 ago. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Recomendação CFM nº 1/2016, de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. Brasília, DF, 2016. Disponível: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016. Acesso em 10 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM n. 1.992, de 19 de novembro de 1992**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM n. 1.957, de 06 de janeiro de 2011**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução

assistida. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM n. 2.013, de 09 de maio de 2013**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM n. 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM n. 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM n. 2.294, de 15 de junho de 2021**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (Brasil). **Resolução CFM n. 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Brasília, DF. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Provimento n. 63 do CNJ, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. (Brasil). Brasília, DF, 2017. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em 19 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Provimento n. 149 do CNJ, de 30 de agosto de 2023**. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. (Brasil). Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em 19 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4º edição. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ceaf.mpac.mp.br/wp-content/uploads/2-Manual-de-Direito-das-Familias-Maria-Berenice-Dias.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 8.ed. São Paulo; Saraiva, 2011.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF. **Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC** - (0100722-92.2008.8.07.0001 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça, Ementa: ação de conhecimento - utilização de material genético criopreservado post mortem sem autorização expressa do doador - agravo retido não conhecido - preliminar de litisconsórcio necessário afastada - mérito - ausência de disposição legal expressa sobre a matéria - impossibilidade de se presumir o consentimento do de cujus para a utilização da inseminação artificial homóloga post mortem. Relatora: Nídia Corrêa Lima, Relator Designado: Getúlio De Moraes Oliveira, Revisor: Getúlio De Moraes Oliveira, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, publicado no DJE: 23/09/2014. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaold=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=820873>. Acesso em 18 set. 2024.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF. **Acórdão n.º 1800425, APELAÇÃO CÍVEL 0710180-59.2023.8.07.0001**. Ementa: apelação cível. reprodução humana assistida. óbito da paciente. embriões excedentários. implantação post mortem. custódia pela genitora/herdeira. renúncia tácita. autorização expressa e formal. inexistência. autorização do procedimento de transferência. impossibilidade. sentença mantida. Relator: Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS. Órgão Julgado: 8ª Turma Cível. Data do Julgamento: 18 de dezembro de 2023, Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 17 set. 2024

DONIZETTE, Jonas. **Projeto de Lei nº 2448/2023, de 10 de maio de 2023**. Altera o art. 1597 do Código Civil, Lei nº 10.406, de 2002, para presumir concebido na constância do casamento os filhos nascidos com o auxílio de reprodução assistida póstuma, por meio de maternidade de substituição, desde que tenha havido autorização em vida pela esposa ou companheira falecida. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 10 de mai. 2023. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao/?idProposicao=2361327>. Acesso em 15 set. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 15º Edição, rev., atual e ampliada. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

GABRILLI, Mara. **Projeto de Lei nº 1851/2022, de 01 de julho de 2022**. Altera o art. 1.597 do Código Civil para dispor sobre o consentimento presumido de implantação,

pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida. Brasília: Senado Federal, 01 de jul. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893>. Acesso em 13 set. 2024.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. v.5. SRV Editora LTDA, 2023. E-book. ISBN 9786553628250. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553628250/>. Acesso em: 21 set. 2024.

MEDEIROS, Rosângela Viana Zuza. O Conhecimento da Origem Genética: uma breve análise para além do vínculo parental na reprodução humana medicamente assistida. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP. Editora Foco, 1º ed. 2024. p. 233-250.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVARES, Ana Luiza Maia. Impactos na Sucessão do Filho Concebido Via Reprodução Humana Assistida *Pós-Mortem*. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP. Editora Foco, 1º ed. 2024. p. 201-214.

ONU – Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso 30 set. 2024.

PARANÁ. 13º Vara Cível de Curitiba. **Autos n. 27862/2010**. Ação de execução de obrigação de fazer, com pedido de liminar para obter acesso ao sêmen congelado do falecido marido. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Sentença prolatada em 6 mar. 2012. Acesso 25 set. 2024.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

SÁ, Maria de Fátima Freire; LIMA, Taísa Maria Macena de. **ENSAIOS SOBRE A INFÂNCIA E A ADOLESCÊNCIA**. Belo Horizonte. Editora Arraes, 2019.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 6ª. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. **Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

SÃO PAULO, 42ª Vara Cível. Foro Central Cível. Comarca de São Paulo. **Autos n. 1082747-88.2017.8.26.0100**. Juiz Marcello do Amaral Perino. Sentença prolatada: “segredo de Justiça”. Acesso 25 set. 2024.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Autos nº 1082747-88.2017.8.26.0100**. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Angela Moreno Pacheco De Rezende Lopes. Rejeitaram as preliminares e deram provimento aos recursos. V. U. Os 2º e 3º Juízes Declaram Votos Concordantes. Data Julgamento: 19/11/2019. Acesso 25 set. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1000586-47.2020.8.26.0510**. Apelação: Ação de obrigação de fazer. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Pretensão de autorização judicial para realização do procedimento de inseminação artificial homóloga post mortem. Inviabilidade. Hipótese em que o material genético não foi fornecido pelo falecido marido da recorrente, mas sim recolhido após o óbito. Ausência de prévia autorização expressa por escrito. Relator José Rubens Queiroz Gomes. Órgão Julgador: 7º Câmara de Direito Privado. Foro de Rio Claro – 2º Vara Cível. Data do julgamento: 11.02.2021. Data de Registro: 12.02.2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1166993827/apelacao-civel-ac-10005864720208260510-sp-1000586-4720208260510>. Acesso 25 set. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (3º Vara Cível de Presidente Venceslau). **Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483**. Alvará. Suprimento de vontade para fecundação post mortem. Pedido de autorização para uso de material genético deixado pelo filho falecido dos autores em clínica de reprodução humana assistida. Improcedência. 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. Des. Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Sentença prolatada em 29 de novembro de 2019. São Paulo: TJSP, 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso 21 ago. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 1114911-38.2019.8.26.0100**. Apelação. Alvará judicial. Reprodução humana. Sentença de improcedência. Autores que buscam autorização judicial para utilização de óvulos deixados pela filha falecida, para fertilização com espermatozoide de doador anônimo e gestado por uma amiga próxima da “de cuius” – inexistência de herdeiros, que não os próprios autores – ausência de prejuízo a qualquer interessado – inequívoca vontade da “de cuius” de gerar prole, impossibilitada em razão de sua morte – ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação *post mortem* – autorização para utilização dos oócitos – gestação em substituição que deve ser autorizada previamente pelo CRM, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/2017 – ordem judicial que não pode substituir a autorização do Conselho, que sequer se manifestou sobre o caso concreto – prévia autorização de adoção da criança pelos avós inviabilidade – adoção que deve ser oportunamente decidida, pelo juízo competente, segundo o melhor interesse da criança. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso 25 set. 2024.

SCHNEIDER, Caroline; SARTORI, Ellen Carina Mattias. Das consequências sucessórias da concepção post mortem: o direito fundamental à herança e o

princípio da segurança jurídica. Minas Gerais: **Revista de Direito de Família e Sucessão**, 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0227/2015.v1i1.258>. Acesso em: 07 out. 2024.

SCHETTINI, Beatriz. Vácuo Legal em Matéria de Reprodução Humana Assistida. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP. Editora Foco, 1º ed. 2024. p. 17-36.

SCHMIDT, Alice Kramer Iorra. Assimetria Informacional no Processo de Doação de Material Genético. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**. Indaiatuba, SP. Editora Foco, 1º ed. 2024. p. 271-282.

SOARES, Flaviana Rampazzo. Concepção após o Procedimento de Esterilização Voluntária: consentimento, termo de consentimento e processo de escolha esclarecida, sob o enfoque jurisprudencial. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP. Editora Foco, 1º ed. 2024. p. 183-200.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RETTORE, Anna Cristina de Carvalho. A (des)necessidade de manifestação expressa em vida do cônjuge acerca do uso do material genético em caso de falecimento. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP. Editora Foco, 1º ed. 2024. p. 251-270.

Zanini. Leonardo Estevam de Assis. **Direitos da Personalidade: aspectos essenciais**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2011.