

**FACULDADES INTEGRADAS DE BAURU**  
**DIREITO**

**Thainá Ferreira Ibanhez**

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO**  
**DIREITO SUCESSÓRIO**

**Bauru**  
**2020**

**Thainá Ferreira Ibanhez**

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO  
DIREITO SUCESSÓRIO**

**Monografia apresentada às faculdades  
integradas de Bauru para obtenção do  
título de bacharel em Direito, sob a  
orientação da Professora Ma. Cláudia  
Fernanda de Aguiar Pereira.**

**Bauru  
2020**

Ibanhez, Thainá

Reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório. Thainá Ferreira Ibanhez. Bauru, FIB, 2020.

74f.

Monografia, Bacharel em Direito. Faculdades Integradas de Bauru - Bauru

Orientador: Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira

1. Sucessão. 2. Reprodução Humana Assistida. 3. Post Mortem. I. Título II. Faculdades Integradas de Bauru.

CDD 340

**Thainá Ferreira Ibanhez**

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS NO  
DIREITO SUCESSÓRIO**

**Monografia apresentada às faculdades  
integradas de Bauru para obtenção do  
título de Bacharel em Direito,**

**Bauru, 05 de janeiro de 2021**

**Banca Examinadora:**

**Presidente/Orientador: Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira**

**Professor 1: Ma. Maria Cláudia Zaratini Maia**

**Professor 2: Ms. Camilo Stangherlim Ferraresi**

**Bauru  
2020**

**Dedico as minhas avós, Alda e Tânia.**

## AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me amparar nos dias em que eu queria desistir, por me dar forças para alcançar mais uma vitória na minha vida, por me permitir viver com saúde em um ano em que tantas pessoas perderam suas vidas e por me permitir estudar.

Agradeço às minhas avós, Alda e Tânia por não medirem esforços para me ver feliz e realizada, pela oportunidade de estudo, por toda educação que recebi, pelo amor incondicional depositado em mim e por sempre me ampararem. Minha gratidão eterna.

Agradeço às minhas tias, Patrícia e Vanessa por abdicarem de muitas coisas por mim, por todo o carinho, amor, educação e cuidado.

Agradeço à minha mãe, Milena por sempre estar presente, por me dar seu amor único e incondicional e por simplesmente ser como ela é. E ao meu padrasto Shalen, agradeço pelo suporte para que eu chegasse até aqui.

Agradeço à minha família, por toda confiança, amor, paciência e incentivo. Ao meu noivo, Mateus pelo apoio, paciência, companheirismo e força que sempre me dá.

À minha orientadora, Professora Ma. Cláudia Fernanda de Aguiar Pereira, pelo apoio, suporte, incentivo e por toda confiança depositada em mim.

Agradeço aos meus amigos que me ajudaram em todos os momentos com o seu apoio, ombro amigo e incentivo.

A todo corpo docente do curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru, muito obrigada pelos ensinamentos prestados e por todo o auxílio.

E a todos que, direta ou indiretamente, fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

*“Será que a liberdade é uma bobagem?...”*

*Será que o direito é uma bobagem?...*

*A vida humana é alguma coisa a mais que ciências, artes e profissões.*

*E é nessa vida que a liberdade tem um sentido, e o direito dos homens.*

*A liberdade não é um prêmio, é uma sanção. Que há de vir”.*

***(Mario de Andrade)***

IBANHEZ, Thainá. **Reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório**. 2020 74f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

## RESUMO

O presente trabalho aborda a polêmica questão da reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório. Foi realizado por meio de pesquisa bibliográfica e documental, a interpretação da historicidade e a evolução da reprodução humana, apresentando seus conceitos e técnicas e o procedimento da criopreservação do material genético. O objetivo é esclarecer os possíveis direitos sucessórios do filho advindo da reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório e familiar. Analisando, assim, o biodireito e os princípios informadores da reprodução póstuma e sua instrumentalização no direito brasileiro. Também analisaremos a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/17, o termo de consentimento livre e esclarecido e o Provimento do CNJ 52 de 15/03/2016, da mesma forma a necessidade de uma abordagem maior do assunto para a elaboração de lei específica que regulamente a reprodução humana assistida *post mortem* e seus direitos sucessórios.

**Palavras-chave:** Sucessão. Reprodução Humana Assistida. *Post Mortem*.

IBANHEZ, Thainá. **Reprodução humana assistida *post mortem* e seus reflexos no direito sucessório**. 2020 74f. Monografia apresentada às Faculdades Integradas de Bauru, para obtenção do título de Bacharel em Direito. Bauru, 2020.

### **ABSTRACT**

The present work addresses the controversial issue of post mortem assisted human reproduction and its reflexes on inheritance law. It was carried out through bibliographic and documentary research, the interpretation of historicity and the evolution of human reproduction, presenting its concepts and techniques and the procedure for the cryopreservation of genetic material. The objective is to clarify the possible inheritance rights of the child arising from *post mortem* assisted human reproduction and its reflexes on inheritance and family law. Thus analyzing the bio-law and the informing principles of posthumous reproduction and its instrumentalization in Brazilian law. We will also analyze the Resolution of the Federal Council of Medicine 2168/17, the free and informed consent term and the CNJ Provision 52 of 03/15/2016, in the same way the need for a bigger approach of the subject for the elaboration of specific law that regulates *post mortem* assisted human reproduction and their inheritance rights.

**Keywords:** Succession. Assisted Human Reproduction. *Post Mortem*.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>HISTORICIDADE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....</b>	<b>12</b>
<b>2.1</b>	<b>Esterilidade, Estéril e Infertilidade.....</b>	<b>14</b>
<b>2.2</b>	<b>Reprodução humana assistida: Conceito e Técnicas.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.1</b>	<b>Criopreservação de gametas e embriões.....</b>	<b>20</b>
<b>3</b>	<b>BIODIREITO E OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....</b>	<b>24</b>
<b>3.1</b>	<b>Princípio da Dignidade Humana.....</b>	<b>27</b>
<b>3.2</b>	<b>Princípio da Igualdade na Filiação.....</b>	<b>30</b>
<b>3.3</b>	<b>Princípio da Liberdade do Planejamento Familiar.....</b>	<b>32</b>
<b>3.4</b>	<b>A presunção de paternidade na Inseminação Artificial <i>Post Mortem</i>.....</b>	<b>34</b>
<b>4</b>	<b>A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> E A SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>38</b>
<b>4.1</b>	<b>Resolução do Conselho Federal de Medicina (2168/17).....</b>	<b>41</b>
<b>4.2</b>	<b>Termo de consentimento livre esclarecido e Contrato de criopreservação.....</b>	<b>43</b>
<b>5</b>	<b>DIREITOS SUCESSÓRIOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....</b>	<b>46</b>
<b>5.1</b>	<b>Provimento CNJ nº 52 de 15/03/2016.....</b>	<b>52</b>
<b>5.2</b>	<b>As consequências da Reprodução Humana Assistida <i>Post Mortem</i> no âmbito familiar.....</b>	<b>54</b>
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>58</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>60</b>
	<b>ANEXO I – RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 2168/17.....</b>	<b>63</b>
	<b>ANEXO II – TERMO DE CONSENTIMENTO.....</b>	<b>73</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo estudar o polêmico tema da reprodução humana assistida *post mortem* e, diante da sua utilização, seus efeitos no direito sucessório, bem como, no direito de família.

O tema em questão tem sido motivo de muita dúvida diante das relações jurídicas criadas a partir do desenvolvimento de técnicas científicas que buscam solucionar o problema da infertilidade, pois criou-se uma instabilidade jurídica, principalmente no tocante à técnica da reprodução humana assistida *post mortem*, pois não há, até o presente momento, lei específica para a regulamentação dessa nova realidade que vem sendo utilizada.

Os avanços tecnológicos proporcionaram às famílias a possibilidade de postergar o sonho de se tornarem pais. Esses avanços tecnológicos podem ser usados em casos de doenças graves, congelando os materiais genéticos dos pais para seu uso posterior, como em casos em que um dos lados do casal vem a falecer e seu material genético criopreservado será utilizado após essa morte, chamamos de reprodução humana assistida *post mortem*.

O trabalho foi desenvolvido com base em pesquisas bibliográficas, doutrinas, resoluções, jurisprudências, entre outros. No primeiro momento abordaremos a historicidade da reprodução humana assistida, explicando as diferenças entre os termos técnicos: esterilidade, estéril e infertilidade, bem como, os conceitos e técnicas no tocante à reprodução humana assistida e, por último estudaremos as técnicas de criopreservação do material genético.

Em segundo momento, abordaremos a respeito do biodireito e os princípios constitucionais que regem a reprodução humana assistida *post mortem*, tais como: Princípio da Dignidade Humana; Princípio da Igualdade na Filiação; Princípio da Liberdade do Planejamento Familiar e, por último, abordaremos a respeito da presunção de paternidade na reprodução humana assistida *post mortem*.

Após analisarmos os princípios informadores da reprodução humana assistida, passaremos de fato a estudar a reprodução humana assistida *post mortem* e sua instrumentalização no direito brasileiro, passando pela Resolução do

Conselho Federal de Medicina 2168/17 e pelo indispensável termo de consentimento livre esclarecido.

Abordaremos também a questão do direito sucessório, assunto polêmico quando se diz respeito a técnica *post mortem* pela falta de lei específica, trazendo divergências de pensamentos e de um consenso. Existe, de fato, direito sucessório ao filho advindo da reprodução póstuma?

Ao final, interpretaremos o Provimento do CNJ nº 52 de 15/03/2016 que aborda a respeito do registro da criança nascida através da reprodução humana assistida, bem como, estudaremos as consequências do uso da técnica *post mortem* no âmbito familiar e sucessório.

## 2 HISTORICIDADE DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Observando os relatos históricos que possuímos do mundo, notamos que há muito tempo existe uma grande preocupação do homem com a procriação e a continuidade da existência da espécie humana, pois sem a continuidade da reprodução dos seres humanos não estaríamos aqui hoje. A Bíblia nos traz claramente um exemplo do quanto essa preocupação era grande, quando é relatado no versículo de Gênesis 16, do livro de Gênesis na Bíblia, a esterilidade da mulher de Abraão, Sara, que propõe ao marido tomar a escrava Agar como sua amante, para, através dela, terem filhos, gerando assim Ismael filho da escrava Agar e de Abraão. (BÍBLIA, 2020).

Os povos antigos consideravam a esterilidade como um fator negativo, até porque, a procriação era considerada para os gregos, romanos e hindus como forma de perpetuação da imortalidade. Na Grécia e em Roma a procriação tinha como principal objetivo perpetuar o culto aos mortos.

A mulher impossibilitada de procriar era repudiada pelo marido, além de ser considerada amaldiçoada, merecendo ser banida do convívio social. A esterilidade era motivo de deterioração familiar. A preocupação pela continuidade familiar era tão grande que, se a mulher não procriasse, a consequência seria uma possível anulação do seu casamento. A esterilidade era considerada um defeito inaceitável. Por outro lado, a fecundidade estava associada à notícia de alegria, fartura, dádiva divina. Segundo Leite (1995, p. 22), “[...] as primeiras manifestações de arte que remontam a época primitiva, representavam a mulher fecunda, grávida, capaz de gerar novos seres a exemplo da mãe natureza.”

De acordo com Maria Helena Machado, até o final do século XV não havia cogitação alguma de que pudesse ocorrer a esterilidade masculina, sendo tratada, até então, como um problema exclusivamente das mulheres. A mulher acreditando que a esterilidade decorria somente dela, utilizou-se das descobertas terapêuticas para procurar uma cura, através de chás, ervas, uso de metais e pedras preciosas, rituais religiosos etc. Somente no ano de 1590, após a invenção do primeiro microscópio feita por Leenwenhoek, foi iniciado o estudo científico em busca de respostas para as causas da esterilidade. Em 1677, após muitos anos de pesquisa, foi admitida finalmente a possibilidade de o homem ter o problema da esterilidade,

também quando Johann Ham afirmou que a esterilidade poderia incidir da ausência ou escassez de espermatozoides. Sendo assim, no século XVII a esterilidade começou a ser tratada como um problema conjugal e não mais como um problema exclusivamente feminino. (MACHADO, 2012, p 22).

Com o passar do tempo, foram estudados e criados métodos alternativos para alcançar a continuidade da procriação humana, as técnicas de reprodução assistida tiveram início, primeiramente, com a inseminação artificial em animais e, posteriormente, em seres humanos.

Segundo Deborah Ciocci Alvarez De Oliveira e Edson Borges Jr. (2000), não temos comprovação, mas consta que no século XIV foi utilizado, pelos árabes, meios artificiais para a reprodução de cavalos de raça, contudo, a primeira comprovação de fato do uso das técnicas de reprodução assistida foi em 1780, quando o italiano Lázaro Spallanzani realizou uma fecundação por inseminação artificial em uma cachorra de raça e obteve êxito com o nascimento de três filhotes. Depois de pouco tempo, novamente a experiência foi realizada, dessa vez por Pietro Rossi, alcançando mais uma vez o êxito. O primeiro caso registrado de inseminação artificial em humanos foi realizado pelo médico inglês John Hunter no ano de 1791. Em 1866, Sims realizou a primeira inserção diretamente de sêmen no útero e obteve êxito, entretanto, a gravidez não vingou. Oliveira destaca:

A procriação artificial encontrou obstáculos morais, religiosos e científicos, contados somente 123 casos até 1934, mas com o passar do tempo, especialmente depois das descobertas fundamentais como a criopreservação de sêmen, as técnicas ganharam corpo. (OLIVEIRA, 2000 p. 11).

Oliveira e Borges Jr. (2000) seguem relatando que na década de 1960 a técnica da inseminação artificial foi se aperfeiçoando. O primeiro bebê nascido proveniente de proveta foi em 20 de julho de 1978, na Inglaterra, recebendo o nome de Louise Joy Brown, depois de pelo menos 15 anos de pesquisa de Steptoe e Edwards. Ana Paula, nasceu no Brasil e se tornou o primeiro bebê de proveta, nasceu em 7 de outubro de 1984, após 6 anos de Louise, o médico responsável pelo procedimento foi o Milton Nakamura, médico paulista, pioneiro no procedimento no Brasil. Nesse diapasão:

A tecnologia da inseminação artificial já estava disponível no Brasil desde os anos 80, com o nascimento de Ana Paula. Contudo somente em 1992 foi elaborado pelo Conselho Federal de Medicina uma norma regulamentando a reprodução assistida. Em 11 de novembro daquele ano, foi editada a Resolução 1.358/92, que estabelecia os critérios a serem observados, dentre eles, o limite máximo de quatro embriões a serem implantados na fertilização artificial; a proibição da escolha do sexo do bebê, excepcionalmente permitida nos casos de doenças hereditárias; a obrigatoriedade do consentimento para os procedimentos dos pacientes e de doação de gametas, garantido o anonimato dos doadores; além da proibição da vinculação comercial ou lucrativa, em caso de gestação de substituição casos conhecidos como “barrigas de aluguel”. (BRITO, 2011, p. 33).

Em 1999 Natalie Brown, irmã de Louise Brown, tornou-se a primeira paciente nascida de Fertilização *in vitro* a ser mãe, através de uma gestação natural. (O GLOBO, sd).

Em 2013, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou a Resolução que garante a casais homossexuais o direito de recorrer à reprodução assistida. A norma anterior previa que qualquer pessoa poderia fazer o procedimento, mas deixava margem para diferentes interpretações.

## 2.1 Esterilidade, Estéril e Infertilidade

Para adequada compreensão da pesquisa, precisamos ter conhecimento da diferença entre os termos: esterilidade, estéril e infertilidade. A esterilidade se caracteriza:

[...] pela impossibilidade de ocorrer a fecundação numa situação irreversível. É a incapacidade definitiva para conceber. Estéril se constitui o matrimônio ou casal que, depois de um ano de relacionamento sexual com uma frequência adequada e sem qualquer medida contraceptiva, não consegue a gravidez.” (PESSINI, 1997 p. 217).

Por último, “[...] a infertilidade é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo a hipofertilidade.” (PESSINI, 1997, p. 83).

A partir dessa diferenciação, pode-se identificar que a esterilidade pode se originar no homem e na mulher, ou seja, é possível que ocorra em ambos os sexos

e de causas conhecidas ou desconhecidas. É qualificada como um problema de ordem física ou psicológica.

Segundo Eduardo de Oliveira Leite, defensor da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, a esterilidade não atinge somente o psicológico do indivíduo, ela atinge o casal:

A esterilidade não coloca em cheque só a organização psíquica do indivíduo, mas atinge também o casal. Se a esterilidade é difícil de viver individualmente para o homem solteiro, ela é mais ofensiva para o homem casado que sofre em não conseguir proporcionar a sua mulher o sonho da gravidez e a alegria de ter um filho. Com efeito, a esterilidade priva-a de três sensações insubstituíveis: a gravidez, a criança e o estado de mãe. (LEITE, 1995 p. 22-25).

Nos tempos atuais, muitas mulheres não possuem o sonho de ser mãe, escolhendo não viver a vida materna, todavia a alguns anos atrás conforme destacado por Leite, a esterilidade trazia para a mulher que sonha em ser mãe a privação da realização desse sonho: o de ser mãe no sentido biológico. Para o homem na questão da masculinidade, a esterilidade atinge o seu papel de reprodutor na família, fazendo com que o homem tenha sérios problemas psíquicos.

David Didier nos traz claramente o antigo pensamento de que o homem tinha somente o papel de reprodutor, dando continuidade à família. O autor entende que a esterilidade seria como um rompimento da barreira com os nossos sucessores, quem nos ligaria para a imortalidade:

A esterilidade fere com a morte, esta atinge a vida do corpo, aquela a vida através da descendência. Ela rompe a cadeia do tempo que nos vincula aqueles que nos precedem e aqueles que nos sucederão; é a ruptura da cadeia que nos transcende e nos liga a imortalidade. O homem estéril é um excluído, o tempo lhe está contado, a morte que espere está sempre presente, a vida se abre sobre o nada. Sua rapidez, sua brutalidade, sua enormidade levam o homem, quase sempre, a negá-la, num primeiro momento. (DIDIER, 1984, p. 103).

O índice de infertilidade no mundo tem variado consideravelmente e

[...] conforme informações da Sociedade Americana de Fertilidade, até os anos 60, o índice de infertilidade no mundo variava entre 10% e 15% da

população. Atualmente, o índice de pessoas inférteis atinge entre os 25% e 30%. Na França, a taxa de infertilidade absoluta foi calculada em 3% dos casais e a hipofertilidade em 10%.” (SANTOS, 1993 p. 23).

É notável que a reprodução humana assistida vem quebrando cada vez mais paradigmas, sendo utilizada progressivamente como um método alternativo de procriação devido ao seu avanço na área científica e tecnológica. Esse método também pode ser utilizado após a morte de uma das partes sendo o nome adotado de Reprodução Humana Assistida *Post Mortem*, técnica que focaremos no referido trabalho. Primeiramente precisamos conhecer mais profundamente os métodos utilizados na reprodução humana assistida para um melhor entendimento do tema.

## **2.2 Reprodução humana assistida: Conceito e Técnicas**

Embora o objeto do presente trabalho não seja especificamente na área médica, é importante destacar alguns aspectos desta área, no intuito de demonstrar como se iniciou o desenvolvimento das técnicas de reprodução humana assistida, seu aperfeiçoamento, assim como a sua situação atual. Inicialmente é necessário destacar a definição do termo “Reprodução Assistida” (RA):

Esse termo foi criado no campo da medicina reprodutiva para descrever um conjunto de técnicas para tratamento paliativo da infertilidade. Em sua origem, a aplicação da RA esteve ligada ao impedimento da procriação gerado por quadros medicamente bem definidos, como o da chamada esterilidade tubária (na qual as trompas, local do corpo feminino onde normalmente se dá a fecundação biológica, estão obstruídas impedindo a fecundação por vias naturais. Diz-se tratar-se de um tratamento paliativo, porque a condição de infertilidade da mulher (homem ou casal) que se submete a RA subsiste após o tratamento. (CORRÊA, 2005 p. 130).

Eloy Junior e Ludmila de Souza nos auxiliam no entendimento do funcionamento do processo de execução da reprodução humana.

A reprodução humana, quando executada de forma “natural”, é uma complexa sequência de eventos moleculares. Para tanto é necessário que tanto a mulher quanto o homem tenham um ciclo reprodutivo completo, ou seja, consiga desenvolver todas as fases reprodutivas necessárias para se chegar à fecundação. Em condições normais, a fecundação se dá com o encontro das células germinativas masculina, os espermatozoides, com a célula sexual feminina, o ovócito, nas trompas de falópio, situadas no

aparelho reprodutor feminino. A partir do acesso do espermatozoide ao ovócito, ocorre a combinação do material genético masculino e feminino gerando o zigoto ou óvulo. Após cinco dias da fecundação o óvulo se implanta no útero materno, aderindo-se ao endométrio, realizando o processo denominado nidação, onde continuará a desenvolver-se até que esteja completamente formado. O estado gravídico é considerado com o implante do óvulo no útero, por ser só a partir deste momento que começam a ocorrer às alterações hormonais no corpo feminino, determinando a viabilidade e sobrevivência do embrião. Quando, nesse processo natural surge alguma falha e o ciclo não se completa, surgem os problemas relativos à fertilização. (LEMONS JUNIOR, 2013 p. 12-13).

A reprodução humana assistida até pouco tempo atrás era tida como um método impossível de ser realizado. Foi desenvolvida como um método alternativo para a procriação no qual são excluídos os métodos naturais, ou seja, as relações sexuais em si. Esse método nos trouxe uma oportunidade para sanar o problema da esterilidade e infertilidade, que é uma realidade presente na história da humanidade desde sempre conforme já estudamos:

A tecnologia reprodutiva representa, portanto, muito além de uma alternativa reprodutiva para indivíduos e casais desejosos de procriação, e, por isso, sua aplicação ficou amplamente sujeita a abordagem de análises bioéticas e mesmo da regulamentação pela lei. (CORRÊA, 2005 p. 105).

Em um passado não muito distante, pessoas e casais que eram inférteis ou tinham alguma dificuldade de engravidar estavam condenados a viver sem filhos ligados geneticamente. Com o passar do tempo e devido a evolução dos estudos foram apresentadas diversas opções à sociedade no tocante a ciência, sendo uma delas as técnicas de reprodução humana assistida.

No Brasil, o número de pessoas que recorrem a um especialista em reprodução humana só cresce. Segundo levantamento da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), as clínicas de reprodução assistida por aqui realizaram 43 098 ciclos de fertilização in vitro ao longo de 2018, um aumento de 18,7% em relação ao ano anterior e mais que o dobro do total de 21 074 ciclos registrados apenas seis anos antes, em 2012. A procura também é elevada entre aqueles que não querem um bebê logo, mas buscam preservar a fertilidade para o futuro: havia 88 776 embriões congelados em 2018, 13,5% a mais que no ano anterior, de acordo com o relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. Mais da metade deles está em São Paulo, Minas Gerais e Paraná, são os líderes no ranking. (ORTIZ, BRUM, NAKAMURA E FONTANIVE, 2019).

Os indicadores brasileiros a respeito do índice de infertilidade destacam que

[...] dentre os casais inférteis que procuram ajuda para engravidar, 77% sofrem de depressão, 70% de tristeza, 73% têm raiva e frustração, e 68% sentem-se culpados, sendo que um em cada seis casais apresenta o problema de infertilidade ou dificuldades para engravidar. Entre os casais jovens é hoje maior o índice da taxa de infertilidade, chegando a alcançar os 16%." (PINHEIRO, 1998, p. 1 apud MACHADO, 2012, p. 24).

Quando ouvimos falar em técnicas de reprodução humana assistida basicamente nos vem no pensamento a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, no entanto as técnicas de reprodução humana assistida vão muito além dessas duas. Essas técnicas serão classificadas de acordo com a manipulação e a origem dos gametas, sendo classificadas em: intracorpóreas e extracorpóreas no tocante a manipulação dos gametas, homólogas e heterólogas quando se tratar da origem dos gametas.

Em uma breve síntese podemos dividir as técnicas em duas categorias.

Quanto a forma de procedimento:

- a) **Intracorpóreas:** Conhecida como inseminação artificial, é o método através do qual é inserido o gameta masculino dentro do aparelho genital feminino. Fazendo com que a fecundação aconteça dentro do corpo da mulher, nesse método não acontece nenhum tipo de manipulação externa do óvulo ou do embrião.
- b) **Extracorpóreas:** Conhecida como fertilização *in vitro*, na qual é recolhido o óvulo que será fecundado e o espermatozoide. A fecundação desse óvulo será fora do corpo humano sendo posteriormente transferido para o útero materno o óvulo já fecundado.

Quanto ao material genético utilizado:

- a) **Homólogas:** São consideradas homólogas quando os gametas utilizados no processo são do próprio casal.
- b) **Heterólogas:** São consideradas heterólogas quando o gameta masculino, feminino ou ambos que são utilizados no processo provêm de doadores.

De acordo com a Resolução vigente 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM) a idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para as mulheres e de 50 anos para os homens.

Brito nos auxilia a entender melhor as técnicas de reprodução humana assistida homólogas e heterólogas:

É homóloga quando o material genético pertence ao casal interessado e utilizada quando este casal possui fertilidade, mas não obtém a fecundação através do ato sexual. Já a heteróloga ocorre quando o espermatozoide ou óvulo utilizado provier de um doador estranho ao casal. Esta é utilizada quando o casal não consegue colher o seu próprio material para realizar a fertilização. (BRITO, 2011, p. 33).

Apesar das técnicas de reprodução humana assistida serem explicadas separadamente, elas são utilizadas em conjunto. O procedimento para a realização da reprodução humana assistida será feito unindo duas técnicas, por exemplo: intracorpóreas e heterólogas onde o resultado seria uma inseminação artificial heteróloga conforme explica:

A inseminação artificial heteróloga depende diretamente da ocorrência de um terceiro sujeito, ou seja, do doador. Para doar seu esperma, os CECOS exigem que o doador seja maior, com menos de 50 anos. Recolhido o esperma do doador, o material, é preparado e conservado em azoto líquido a  $-196^{\circ}$ . A coleta do esperma é feita em laboratório, através de masturbação, em recipiente plástico, devidamente esterilizado. (LEITE, 1995 p. 34-36).

As técnicas de reprodução humana assistida que merecem maior atenção são a Inseminação artificial e a Fertilização *in vitro*, tendo em vista que se tratam de técnicas que são utilizadas com mais frequência para a manipulação dos gametas e dos embriões criopreservados, que serão utilizados posteriormente na reprodução humana assistida *post mortem* técnica que iremos tratar mais à frente.

Inseminação artificial trata-se daquela em que o espermatozoide é introduzido através de uma sonda no aparelho reprodutor feminino. A chamada fertilização *in vitro*, é onde ocorre a fecundação em laboratório, sendo juntado o espermatozoide ao óvulo em um tubo de proveta (razão da

expressão bebê de proveta), transplantando-se depois o(s) embrião (embriões) no útero da futura mãe. (BRITO, 2011 p. 33).

Queiroz nos traz a distinção entre essas duas técnicas de reprodução humana assistida:

A primeira distinção traçada nas técnicas de procriação medicamente assistida é aquela entre procriação assistida intracorpóreas ou *in vivo* e procriação assistida extracorpóreas ou *in vitro*. No primeiro caso, a intervenção médica substitui somente a relação sexual, de modo que a fecundação ocorre no corpo da mulher e o embrião permanece na trompa por três a quatro dias antes de entrar no útero e se implantar no sexto dia. No segundo caso, ao contrário, a intervenção médica mostra-se mais ampla, de modo que a fecundação ocorre fora do corpo da mulher; o embrião é formado em uma placa de Petri e é transferido setenta e duas horas depois, quando dispõe de seis a oito células. 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, 2015 p. 91-92).

Essa área da ciência está em constante mudança, com isso sempre há o surgimento de novas técnicas de reprodução humana assistida, dentre essas novas técnicas podemos citar a criação artificial de óvulos, o congelamento do tecido do ovário e o congelamento de ovócitos.

### **2.2.1 Criopreservação de gametas e embriões**

A criopreservação está ligada as técnicas utilizadas na reprodução humana assistida, contudo precisamos de uma atenção especial a ela, pois é com esse método que conseguiríamos atingir uma parte do objeto do nosso estudo, a reprodução humana assistida *post mortem*.

A criopreservação consiste na técnica de congelamento de gametas e embriões, isso significa que com essa técnica é possível congelar sêmen (material genético humano masculino), ovócito (material genético humano feminino) e embriões para serem utilizados posteriormente.

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

Queiroz (2015), relata que a criopreservação começou a ser estudada em 1776, quando Lazzaro Spallanzani utilizou neve para congelamento de espermatozoides, dando início ao primeiro projeto de congelamento de gametas. Contudo somente em 1949 pesquisadores descobriram que o sêmen pode ficar congelado em glicerol, um crioprotetor. Em 1952 após anos de estudos nasceu o primeiro bezerro gerado por sêmen congelado. O primeiro relato trazido a respeito do uso de sêmen congelado para a inseminação artificial humana foi em 1953.

Os estudos acerca do congelamento de embriões tiveram início em 1972, após um ano foi gerado o primeiro bezerro através de um embrião congelado. Contudo só em 1984 é que foi datada a primeira utilização de embriões congelados para o nascimento de um ser humano. O congelamento dos ovócitos tem seu primeiro relato em 1986, todavia, após 18 anos desse acontecido só havia poucas crianças nascidas através do congelamento de ovócitos. (QUEIROZ, 2015).

A criopreservação poderá ser feita com o sêmen, ovócitos e com os embriões. Precisamos analisá-las separadamente, uma vez que há diferenças na coleta dos materiais genéticos, na criopreservação e no seu descongelamento.

Queiroz (2015), expõe em sua obra as etapas antecedentes ao congelamento. Desde a coleta dos materiais genéticos até o seu descongelamento para a posterior utilização em técnicas de reprodução humana assistida:

O sêmen é coletado para o congelamento através de masturbação, por punção epididimária ou por eletroejaculação. Após a coleta, são misturados ao sêmen substâncias crioprotetoras que protegem as características de motilidade e de morfologia dos espermatozoides, em proporções iguais. O material que será congelado é inserido no botijão de nitrogênio líquido e o sêmen ficará armazenado a  $-196^{\circ}\text{C}$ . O seu descongelamento é feito na temperatura ambiente ou em Banho Maria a  $38^{\circ}\text{C}$  e após descongelado, esse material será capacitado e estará pronto para a sua utilização. (QUEIROZ, 2015).

A coleta dos ovócitos exige um pouco mais de trabalho. É necessária uma preparação antes do ciclo ovulatório. Essa preparação é feita de maneira medicamentosa com duração de 10 a 12 dias, essa medicação será utilizada para a indução da hiperestimulação para o crescimento de diversos folículos e não apenas um. Nesse período medicamentoso é feito um acompanhamento ecográfico para

acompanhar o tamanho dos folículos, até que alcancem os 20 mm. Enquanto os folículos estão se desenvolvendo, é injetado o hormônio HCG que ajudará a completar o amadurecimento dos folículos. Após 36 horas da injeção hormonal, os ovócitos são extraídos do interior dos folículos, mediante punção do ovário com uma agulha introduzida pela vagina e guiada até os folículos, esse processo é feito em ambiente ambulatorial, mediante anestesia e tem duração de aproximadamente 30 minutos. A preparação para o congelamento dos ovócitos exige também a utilização do líquido crioprotetor e utilizará a técnica adotada pelo Brasil, na qual, o ovócito permanece inalterado, será inserido em um botijão de nitrogênio líquido e, então, congelado a uma temperatura de  $-198^{\circ}\text{C}$ . Acredita-se que os ovócitos podem permanecer congelados pelo menos por 10 a 12 anos, sem perder a sua “saúde”. O descongelamento acontece em temperatura ambiente, de maneira gradativa passando por meios de cultivo até ocorrer o descongelamento propriamente dito. (QUEIROZ, 2015).

Por último, o congelamento dos embriões é feito de acordo com a técnica escolhida para a reprodução humana assistida. Sendo escolhido o método da Fertilização *in vitro*, cada ovócito é incubado junto com aproximadamente cem mil espermatozoides, quando um espermatozoide penetrar no ovócito o mesmo irá criar uma barreira para que não entrem outros espermatozoides. Logo depois, é iniciado o processo de fecundação no qual haverá uma dissolução dos pronúcleos. O congelamento dos embriões exige cuidados, principalmente no tocante ao equilíbrio entre o embrião e o líquido crioprotetor. Esses embriões serão congelados inicialmente em  $-40^{\circ}\text{C}$  e, logo após, serão inseridos em um botijão de nitrogênio líquido e criopreservados a uma temperatura de  $-196^{\circ}\text{C}$ , só serão escolhidos para a criopreservação os embriões de boa qualidade. O descongelamento desses embriões será feito de maneira gradativa e a taxa de sobrevivência desses embriões seria em torno de 40% a 100%. (QUEIROZ, 2015).

Não existe limite biológico conhecido para o tempo de duração da conservação de um embrião. O embrião congelado poderá permanecer por cinco, dez anos ou séculos em hibernação. Muito embora não exista problema em relação ao tempo de criopreservação, o embrião ainda parece diante dessa prova. De cada quatro embriões humanos um deles não resiste ao congelamento. (MACHADO, 2012 p. 40).

A Resolução 2.168/2017 do CFM (Conselho Federal de Medicina) decide que no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressada pelos pacientes.

A criopreservação é de extrema importância para o tema do nosso trabalho, pois é a partir dela que a vontade do homem ou da mulher de ter filho após a morte de uma das partes será feita.

### **3 BIODIREITO E OS PRINCÍPIOS INFORMADORES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM***

Neste capítulo, primeiramente, abordaremos o surgimento de uma nova área do direito, o biodireito. Logo após, iniciaremos a análise de alguns princípios importantes para o nosso trabalho.

O biodireito está diretamente ligado à bioética, portanto, será necessária sua análise prévia.

A bioética surgiu do cruzamento da ética com as ciências da vida. A biotecnologia provocou uma mudança radical na forma como os profissionais da saúde agem, fazendo com que as formas tradicionais fossem deixadas de lado. Isso gerou a ética médica, uma nova imagem, e possibilitou então o surgimento da bioética.

A bioética, enquanto novo semblante da ética médico-científica, desenvolveu-se, portanto, a partir: dos grandes e avassaladores avanços da biologia molecular e da biotecnologia aplicada à medicina ocorridos nos últimos 30 anos; da denúncia dos abusos cometidos contra o ser humano pelas experiências biomédicas; do perigo das aplicações incorretas da biomedicina e da engenharia genética; da incapacidade dos códigos éticos e deontológicos para guiar a boa prática médica; do pluralismo moral que reina na sociedade atual; da maior aproximação dos filósofos e teólogos com os problemas relacionados com a qualidade da vida humana, assim como com seu início e fim; do posicionamento e das declarações dos organismos internacionais e de instituições não governamentais sobre os temas voltados à nova ética médica e das intervenções do Judiciário, Legislativo e Executivo sobre questões envolvendo os direitos fundamentais do homem relacionados à sua vida, saúde, reprodução e morte. (DINIZ, 2009 p. 5).

A bioética, portanto, surge como uma forma de alertar as pessoas acerca das consequências prejudiciais de um avanço incontrolado da biotecnologia. É uma nova forma de reflexão, que leva em consideração a dignidade do ser humano e as condições éticas para uma vida humana com dignidade, impõe também limites ao avanço da medicina em todas as suas fases, desde o antes de nascer até o morrer.

A bioética é personalista, por analisar o homem como pessoa ou como um “eu”, dando valor fundamental à vida e à dignidade humana, não admitindo qualquer intervenção no corpo humano que não redunde no bem da

pessoa, que sempre será um fim, nunca um meio para a obtenção de outras finalidades. (DINIZ, 2009 p. 6).

Segundo Maria Helena Diniz (2009), existem classificações para a bioética:

Em relação a sua temática:

- a) **Bioética das situações persistentes:** trata-se da área que se ocupa de cuidar dos temas que existem de maneira persistente, como aborto, racismo, dentre outros.
- b) **Bioética das situações emergentes:** trata-se da área que se ocupa em cuidar dos temas que surgem através de conflitos causados pelo progresso biomédico, dos limites da cidadania e dos direitos humanos, como a fecundação humana assistida, manipulação e clonagem genética, dentre outros.

As outras classificações são: a microbioética e a macrobioética. A microbioética se ocupa em cuidar das relações entre paciente e médico, instituições e profissionais de saúde. Já a macrobioética se ocupa em cuidar das questões ecológicas, tendo como principal objetivo a preservação da vida humana.

Com o avanço das ciências biomédicas, surgem difíceis questões ético-jurídicas. Essas questões requerem soluções, momento em que surge o direito como seu auxiliador. Todavia, após a inserção do direito como auxiliador surgem ainda mais questionamentos. Seria possível o Estado questionar a liberdade científica? O Poder Público poderia impor limites intervindo em práticas biomédicas? Diante desses e de outros questionamentos, foi necessário criar um equilíbrio entre a proibição total e a permissão total da atividade biomédica.

A Constituição Federal de 1988 regulamentou em seu art. 5º, IX a liberdade da atividade científica e a classificou como um direito fundamental. Mesmo após a sua regulamentação a liberdade da atividade científica não se tornou absoluta, conforme podemos verificar no texto de Diniz:

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, IX, proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, mas isso não significa que ela seja absoluta e não contenha qualquer limitação, pois há outros valores e bens jurídicos reconhecidos constitucionalmente, como a

vida, a integridade física e psíquica, a privacidade e etc., que poderiam ser gravemente afetadas pelo mau uso da liberdade de pesquisa científica. Havendo conflito entre a livre expressão da atividade científica e outro direito fundamental da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito, previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal. Nenhuma liberdade de investigação científica poderá ser aceita se colocar em perigo a pessoa humana e sua dignidade. (DINIZ, 2009 p. 7).

Sabemos que a ciência e os avanços tecnológicos são essenciais para que, cada vez mais, o ser humano tenha uma vida digna e consiga viver com dignidade, todavia, existem limites e nem tudo que a ciência consegue realizar é ético e juridicamente aceitável.

As questões que englobam os avanços científicos geralmente são envolvidas em grande repercussão social e polêmica, o que acaba causando dificuldade na resolução do problema. Os juristas são desafiados a elaborar normas que regulamentem e tragam a solução desses conflitos de forma satisfatória. Tendo em vista que o direito não pode se ausentar dos desafios que a biomedicina impõe, há o surgimento de uma nova disciplina de estudo: o biodireito.

“A esfera do biodireito compreende o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição de abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana.” (SAUWEN, 2004, p. 49 apud DINIZ, 2009, p. 8).

O biodireito, portanto, tem a função de acompanhar o desenvolvimento científico, proteger a dignidade da pessoa humana diante dos avanços tecnológicos, proteger os direitos e a dignidade das pessoas que participam de pesquisas científicas e aplicar a justiça em casos concretos por meio de normas, leis esparsas e códigos morais. Podemos afirmar com clareza que, o biodireito não admitirá que o avanço tecnológico diminua o ser humano a condição de coisa, pois a sua proteção maior é a dignidade da pessoa humana, princípio fundamentado no Estado Democrático de Direito, cuja sua regulamentação é encontrada no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988.

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. (DINIZ, 2009 p. 19).

Além da bioética e do biodireito estarem ligados, eles são também necessariamente ligados e andam juntos com os direitos humanos. Caso saibam que em algum lugar está sendo realizado ato que fere a dignidade humana, esse ato não será aceito. Isso porque, ferindo a dignidade humana, automaticamente, contraria as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos. Portanto, toda intervenção científica sobre a pessoa humana que atingir sua integridade física e sua vida, fica subordinada a normas éticas.

Existem muitos princípios abordados pela bioética e pelo biodireito. Como, por exemplo, o Princípio da Autonomia que respeita a vontade do paciente, Princípio da Beneficência onde é assegurado que o profissional da saúde só poderá utilizar métodos que ensejem o bem do paciente, nunca o seu mal. Temos também o Princípio da Responsabilidade, onde o causador do dano fica obrigado a repará-lo, entre outros.

No entanto, em nosso trabalho serão abordados os principais princípios informadores da reprodução humana assistida *post mortem*.

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

Os princípios constitucionais são considerados leis das leis. Esses princípios passaram a ter eficácia imediata, deixando de agir somente como auxiliador da justiça tornaram-se imprescindíveis para chegar ao ideal de justiça.

Segundo Dias (2017), os princípios constitucionais são a porta de entrada para a leitura e interpretação do direito, esses princípios não podem ser confundidos com os princípios gerais do direito, pois se isso acontecesse, os princípios constitucionais seriam levados a uma posição inferior à lei, à analogia e aos costumes.

Na opinião de Moraes (2003, p. 128) “[...] a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida”.

Tartuce (2017), em sua obra, traz o conceito de dignidade humana sob os olhos de Ingo Wolfgang Sarlet:

Reconhecendo a submissão de outros preceitos constitucionais à dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet conceitua o princípio em questão como sendo “o reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana” (*A eficácia...*, 2005, p. 124). A partir desse conceito, entendemos que a dignidade humana é algo que se vê nos olhos da pessoa, na sua fala e na sua atuação social, no modo como ela interage com o meio que a cerca. Em suma, a dignidade humana concretiza-se socialmente, pelo contato da pessoa com a sua comunidade. (SARLET, 2005 p. 124 apud TARTUCE, 2017 p. 17).

A dignidade da pessoa humana, portanto, não é um aspecto específico da condição humana, e sim, uma qualidade essencial de todo ser humano. Tem como finalidade proteger a condição humana em todos os aspectos e manifestações. Paulo Lobo (2002), dispõe que tudo aquilo que não tem preço e que não pode ser trocado por semelhante é dotado de dignidade:

A dignidade é tudo que não tem preço, segundo conhecida e sempre atual formulação de Immanuel Kant que procurou distinguir aquilo que tem um preço, seja pecuniário seja estimativo, do que é dotado de dignidade, a saber, do que é inestimável, do que é indisponível, do que não pode ser objeto de troca. No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (LOBO, 2002 p. 354).

O art. 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988 dispõe acerca do Estado Democrático de Direito tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Pela primeira vez uma Constituição Brasileira elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento, levando o constituinte a elevar esse princípio como maior e principal princípio. O fato pelo qual o princípio da dignidade humana é considerado de extrema importância é de que ele coloca a pessoa humana como centro protetor do direito, desta forma, o princípio da dignidade humana ultrapassa os limites éticos e morais e passa a ter valor de norma jurídica.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, afirmaria expressamente que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”. A consagração da dignidade

humana como “fundamento da liberdade” e valor central da ordem jurídica internacional influenciou as Constituições da segunda metade do século XX, que a incorporaram como verdadeira razão de ser do Estado Democrático de Direito. (SCHREIBER, 2020 p. 183).

Notamos que a dignidade humana e o respeito a vida digna está presente no ordenamento jurídico sendo reconhecida internacionalmente, conforme apontado por Diniz (2009):

A Convenção sobre Direito Humanos e Biomedicina, que foi adotada pelo Conselho da Europa em 19 de novembro de 1996, após advertir no Preâmbulo que o mau uso da biologia e da medicina pode conduzir à prática de atos que colocam em risco a dignidade humana, prescreve em seu art. 2º que “os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse isolado da sociedade ou da ciência”. Daí a lição de Maria Garcia, de que há desrespeito à dignidade humana sempre que o homem deixar de corresponder a um fim em si mesmo e for instrumentalizado para fins alheios a ele, ocasionando a “descharacterização da pessoa humana como sujeito de direitos”. (DINIZ, 2009 p. 18).

O princípio da dignidade humana tem muita atuação no ramo de direito privado em direito de Família, especialmente quanto à interação família-dignidade. Desta forma, esse princípio impõe a pesquisadores e médicos sempre agirem de forma respeitosa no tocante ao ser humano, sendo esse, o comportamento a ser adotado também em técnicas de reprodução humana assistida.

As pessoas certamente têm direito a cuidados médicos, portanto, o acesso global ao tratamento da infertilidade deve ser visto como um direito humano fundamental. Pensar diferente vilipendiaria de forma mortal os princípios da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, da cerca de 3,6 milhões de mulheres que dependem do serviço público de saúde para tratar os seus problemas de infertilidade no Brasil (DANTAS, 2017 p. 16).

Em nosso trabalho, a técnica de reprodução humana assistida é parte fundamental, pois essa técnica, pelo fato de ser tratada no direito de família, está diretamente ligada ao Princípio da Dignidade Humana. A utilização dessas técnicas deve sempre ter em vista o bem da pessoa humana, melhorando a sua qualidade de vida e da sua própria existência.

Em última análise, esse princípio tem um grande significado no direito de família porque ele traz dignidade para todas as entidades familiares, sendo totalmente indigno o tratamento diferenciado entre as formas de constituição familiar, formas de filiação, entre outros.

A dignidade da pessoa humana encontra na família o lugar certo para prosperar.

### **3.2 Princípio da Igualdade na Filiação**

Antes da atualização da Constituição Federal de 1988, a ideia que prevalecia segundo Lobo (2002), era de que filhos legítimos eram só os nascidos dentro do casamento o que determinava a validade dos laços de parentesco, os filhos nascidos fora do casamento recebiam a classificação de filhos ilegítimos.

No encaço da Carta Política de 1988, foi, por fim, promulgada a Lei n. 7.841, 3.12. de 17 de outubro de 1989, com o intuito de revogar o odioso artigo 358 do Código Civil de 1916, que vedava o reconhecimento dos filhos incestuosos e adúlteros, negando-lhes identidade, personalidade e dignidade, como se eles fossem responsáveis pelas escolhas afetivas e procriadoras de seus pais. (MADALENO, 2020 p.192).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, esse princípio passou a dispor: todos os filhos são iguais perante a lei. Nascidos ou não durante o casamento, também é enquadrado no dispositivo os filhos adotivos, filhos socioafetivos, e os nascidos por inseminação artificial heteróloga.

Juridicamente, a igualdade na filiação encontra-se regulamentada no art. 1.596º do Código Civil de 2002 e no art. 227º, § 6º da Constituição Federal de 1988. Ambos os artigos trazem a mesma redação: “[...] os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

A igualdade entre todas as pessoas já é regulamentada no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, “[...] todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes”.

Diante desses dispositivos já deveria ter sido deixado pra trás a discriminação e a diferenciação entre os filhos, pelo menos entre os filhos biológicos e adotivos. Uma vez que já são regulamentados e exemplificados no atual Código Civil de 2002 e na atual Constituição Federal de 1988. Os filhos socioafetivos ainda são esquecidos pela lei, porém já são considerados juridicamente iguais tendo em vista o disposto no art. 5º da Constituição Federal que garante a igualdade perante a todos.

O modelo ideal de igualdade de filiação ainda não foi atingido, tendo em vista que algumas desigualdades ainda podem ser encontradas segundo Madaleno (2020), “[...] quando a lei trata de só presumir a paternidade no casamento e não na união estável e também quando outorga apenas ao marido de mulher casada impugnar a paternidade de filho gerado por sua esposa”.

Podemos notar, com a redação do antigo Código Civil de 1916 art. 332º, a discriminação entre filhos gerados dentro e fora do casamento. A título de exemplificação a redação desse artigo era: “[...] o parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”. Na atualidade, possuímos o discernimento para entender que o disposto no Código Civil antigo era totalmente discriminatório, pois trata o filho como se ele fosse responsável pelas escolhas afetuosas e procriadoras de seus pais, o que sabemos que é um erro.

Não se pode mais utilizar as odiosas expressões filho adulterino ou filho incestuoso que são discriminatórias. Igualmente, não podem ser utilizadas, em hipótese alguma, as expressões filho espúrio ou filho bastardo, comuns em passado não tão remoto. Apenas para fins didáticos utiliza-se o termo filho havido fora do casamento, eis que, juridicamente, todos são iguais. Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, desse modo, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional. (TARTUCE, 2017 p. 23).

A respeito da igualdade de filiação na reprodução assistida *post mortem*, a técnica utilizada para tal feito será a reprodução humana assistida homóloga. Vale lembrar, conforme já estudado, homóloga é aquela realizada com o material genético do próprio casal, estabelecendo assim, parentesco entre os pais e o filho gerado de modo consanguíneo.

Tendo em vista, que o processo de realização da reprodução humana assistida *post mortem* só poderá ser realizado mediante o consentimento prévio da parte que faleceu, o fundamento da verdade biológica deve prevalecer para que, assim, possa estabelecer a paternidade daquele que nasce através da técnica de reprodução humana assistida *post mortem*. Desta forma, não há como desconsiderar o vínculo de filiação originado da reprodução humana assistida *post mortem*, o nascimento do filho não pode ser ignorado pelo ordenamento jurídico, uma vez que foi realizado mediante a vontade de ambas as partes. Do falecido, ao extrair seu sêmen para ser criopreservado, assinar o termo de consentimento e deixar autorizado a utilização do seu material genético, mesmo após a sua morte, e da mulher ao proceder com a realização da reprodução humana assistida.

Sendo assim, não podemos tratar com desigualdade os filhos nascidos através da reprodução humana assistida *post mortem*.

### **3.3 Princípio da Liberdade do Planejamento Familiar**

O direito à reprodução é reconhecido como direito fundamental, porém, assim como os demais direitos fundamentais, esse também não é absoluto. No entanto, a respeito do planejamento familiar em relação à sexualidade e à procriação, a decisão é do casal, sendo os pais livres para planejar sua filiação, quando desejarem, da maneira e na quantidade que desejarem, podendo utilizar de origem genética conhecida ou desconhecida, do casamento, da união estável, de entidade monoparental, entre outras.

Segundo Queiroz (2015), antigamente o planejamento familiar era utilizado como controle de natalidade, tendo em vista a queda de fecundidade no mundo, esse direito começou a utilizar uma abordagem diferente que, inclusive, incorpora saúde, os direitos sexuais e reprodutivos.

Esse direito é livre e amparado pela Constituição Federal (Art. 226 § 7º), não podendo nem o Estado, nem a sociedade impor limites para o planejamento familiar.

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, 2020).

A lei 9.263/96 assegura a todo cidadão o planejamento familiar e não apenas ao casal propriamente dito como é referido na Constituição Federal de 1988, incluindo métodos e técnicas de concepção e contracepção; o atendimento pré-natal; a assistência ao parto; ao puerpério e ao neonato; o controle das doenças sexualmente transmissíveis.

O planejamento familiar não é ilimitado, impondo-se a primazia dos filhos e não a dos pretendidos genitores. Assim, não pode prevalecer o desejo egoístico de realização de projeto parental, com utilização de técnicas de reprodução assistida, sem consideração às condições de realização existencial digna dos que virão, impondo à sociedade e ao Estado os encargos de realização desse desejo. (LOBO, 2018 p. 157).

O Código Civil (Art. 1.565 § 2º) ampara também, brevemente, o direito ao planejamento familiar.

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, 2020).

Os planos de saúde e seguros privados de saúde estão obrigados a dar cobertura aos casos de planejamento familiar (Lei 9.656/98 art. 35-C III), inclusive nos procedimentos de fertilização assistida, como sucedeu no julgamento da Apelação nº 1010496-43.2015.8.26.0100, da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento relatado pelo Desembargador Hamid Bdine e datado de 13 de janeiro de 2016.

“Ação cominatória cumulada com pedido de indenização por danos morais e materiais. Plano de saúde coletivo por adesão. Fertilização in vitro. Recusa de cobertura. Autora portadora de infertilidade primária. Patologia listada na Classificação Estatística Internacional de Doenças. Cobertura devida (art. 10, caput, da Lei n. 9.656/98). Inteligência do art. 35-C, inciso III, da Lei n.

9.656/98, e do art. 2º da Lei n. 9.263/96. Obrigatoriedade da cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar, compreendida aí a técnica de fertilização *in vitro*. Danos morais não configurados. Recusa fundada em discussão de cláusula contratual que não acarreta dano moral indenizável. Honorários contratuais. Restituição dos valores despendidos pela autora com o pagamento de honorários de advogado contratado. Interpretação do art. 389 do CC. Reembolso das despesas tidas com consultas médicas realizadas em clínicas especializadas no procedimento de fertilização. Contrato que exclui expressamente esse tipo de tratamento. Rede credenciada que por certo não abrange clínicas especializadas em procedimento de fertilização. Reembolso devido. Sucumbência parcial. Recurso parcialmente provido.” (Ap. n. 1010496-43.2015.8.26.0100, rel. Des. Hamid Bdine, j. 13.1.2016).

Na atualidade, a taxa de natalidade vem sendo cada vez mais limitada, pois as pessoas vêm diminuindo o número de filhos pela falta de tempo, falta de recursos monetários, pelo fato também de as tarefas diárias estarem divididas e ambas as partes do casal trabalharem, entre outras. Por conta de tais mudanças, o planejamento familiar vem sendo cada vez mais utilizado no seu amplo sentido, tanto no direito a procriação como na paternidade responsável.

Existem programas públicos encarregados de ajudar no planejamento familiar, disponibilizando métodos contraceptivos como os naturais, de barreiras, preservativos, dispositivos intrauterinos (DIU), e as pílulas anticoncepcionais.

### **3.4 A presunção de paternidade na Inseminação Artificial *Post Mortem***

Para iniciarmos o estudo acerca da presunção de paternidade na inseminação artificial *post mortem* precisamos conceituar o que é filiação.

Segundo Madaleno (2020, p. 942) “[...] filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado.”

A técnica utilizada para o alcance da inseminação artificial *post mortem* é considerada homóloga, vale lembrar que é homóloga quando o material utilizado no momento da inseminação artificial é fornecido pelo próprio casal, no entanto, nesses casos, surgem dúvidas a respeito da filiação, visto que a esposa/companheira será inseminada com o material genético de seu marido já falecido.

A presunção de paternidade nos casos de inseminação artificial homóloga está contemplada no Código Civil, nos incisos III e IV no Art. 1.597 conforme demonstrado abaixo:

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; (BRASIL, 2020).

O Legislador visou a proteção do cidadão, em especial a criança e o adolescente gerando um sistema de reconhecimento de filiação. Vale ressaltar que os incisos acima mencionados são para as inseminações artificiais homólogas.

No tocante a inseminação artificial *post mortem*, o inciso III do mesmo artigo concede a mulher a proteção de se tornar mãe mesmo após a morte do seu marido, não sendo aplicada neste caso, a presunção limite dos trezentos dias subsequentes à morte do cônjuge imposta no inciso II do mesmo artigo, tendo em vista, que o congelamento do sêmen permite que a reprodução humana assistida *post mortem* possa ocorrer muitos anos depois.

A reprodução humana assistida *post mortem* só poderá acontecer se o sêmen ou o embrião tiverem sido criopreservados para a utilização após a morte do marido, lembrando que o uso do sêmen do marido após sua morte, hoje somente é permitido diante da sua prévia autorização de forma documentada de posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida. A viúva não pode exigir que a clínica entregue o material genético armazenado, para futura inseminação na mesma, se em vida o marido não houver expressado esta vontade.

O Código Civil de 2002 não impõe a necessidade de prévia autorização do marido para a utilização de seus gametas após sua morte, deixando uma lacuna na lei, no entanto, a resolução do Conselho Federal De Medicina (CFM) nº 2.168/2017 impôs a necessidade da autorização prévia conforme podemos verificamos:

Reprodução humana assistida *post mortem*:

#### VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

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. (CFM 2.168/2017 item VIII).

Tendo em vista que a reprodução humana assistida *post mortem* ainda é um tema pouco abordado, não temos lei específica que trate desse assunto. O legislador nos casos concretos está se amparando no CFM, mesmo assim ainda há lacunas acerca do assunto, o legislador e o CFM não expressaram a necessidade da mulher que recorre a técnica de inseminação artificial *post mortem* esteja em estado de viuvez, no entanto Farias e Rosenvald (2018) com base no Enunciado 106 da jornada de direito civil entendem que o estado de viuvez é necessário quando a técnica de inseminação artificial *post mortem* for utilizada.

Parece fundamental, uma vez que se vier a convolar novas núpcias, a presunção de paternidade se dirigirá ao novo cônjuge. Por isso, visualizando tais preocupações, foi consolidado entendimento no Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil, no sentido de exigir, para a incidência de presunção de paternidade, que “a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva. (FARIAS, 2018 p. 612).

As lacunas da lei, por mais que existam pela complexibilidade do tema, não podem afastar a presunção de paternidade quando o marido tiver deixado seu consentimento.

Portanto, persiste a presunção de paternidade na fecundação artificial homóloga de esposo já falecido, conquanto fique provado pela entidade encarregada do armazenamento de haver sido utilizado o gameta do marido já morto. Não pode ser afastada a investigação da paternidade contra o pai morto, representado por seus sucessores, por haver autorizado em vida a inseminação com o seu sêmen congelado, devendo ser realizada a perícia em DNA para dissipar qualquer dúvida no tocante à paternidade do filho gerado e nascido por inseminação artificial *post mortem*, no curso de estável convivência do cônjuge supérstite, diante do comprometimento instalado contra a presunção de paternidade em razão do estabelecimento de uma união estável pela viúva. (MADALENO, 2020, p. 951-953).

O tema encontra-se longe de estar pacificado, a lei autoriza a técnica de reprodução humana assistida, conforme verificamos e a Constituição protege a igualdade entre os filhos. Portanto, podemos entender que o filho gerado através dessa técnica, sob prévio consentimento, é filho do marido falecido.

#### **4 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E A SUA INSTRUMENTALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

A reprodução humana assistida *post mortem* é uma das situações mais polêmicas dentre as técnicas de fertilização artificial. Não só no tocante à área da saúde, mas também, no meio jurídico, tendo em vista a inexistência de lei específica sobre o tema. A utilização dessa técnica gera consequências em vários ramos do direito, como no Direito Constitucional, no Direito de Família, no Direito Sucessório, além do próprio direito de personalidade da criança gerada.

De início, precisamos entender o que é a reprodução humana assistida *post mortem* e quando podemos utilizá-la.

A expressão latina *post mortem* significa “depois da morte”. Essa técnica consiste na extração em vida do material genético e no congelamento do mesmo, ou seja, na criopreservação do sêmen, óvulo ou do embrião para a utilização posterior à morte de um dos membros do casal, possibilitando, assim, a preservação da fertilidade.

Nosso estudo foi focado na utilização dessa técnica quando temos a hipótese do falecimento do marido/companheiro, sendo assim, o seu material genético (sêmen) criopreservado será utilizado pela esposa/companheira. No entanto, essa técnica pode ser utilizada também pelo marido/companheiro após a morte da sua mulher, a diferença é que a técnica seria realizada com o material genético deixado pela mulher (óvulos ou embrião) através da inseminação artificial em uma terceira pessoa, essa pessoa adotaria o papel de “barriga solidária” para gerar o filho. Apesar da inseminação artificial do material genético deixado pela falecida ainda ser pouco utilizado, inclusive quase a título experimental, ele existe. Segundo Queiroz (2015), em 1995 uma criança nasceu na Itália através do óvulo congelado de sua mãe que havia morrido há dois anos, esse óvulo foi implantado no útero de sua tia.

A questão da inseminação artificial *post mortem* foi levantada pela primeira vez na França em 1984, quando o Tribunal decidiu condenar o Centro de Estudo e Conservação do Esperma a entregar o sêmen depositado em vida pelo falecido a sua viúva. Queiroz (2015), nos traz de maneira sucinta o caso em que houve a condenação:

Alain Parpalaix, antes de se submeter ao tratamento para extirpar um tumor nos testículos, depositou o seu sêmen no referido Centro, a fim de garantir a sua fertilidade com a criopreservação do seu material genético para a utilização futura. Não tendo êxito no tratamento, o homem faleceu e sua mulher, de acordo também com a vontade dos genitores do marido, solicitou a restituição do sêmen ao Centro que, efetivamente, negou-se a devolvê-lo, justificando-se que com a morte do titular o material genético deveria ser destruído. A sentença do Tribunal decidiu condenar o Centro a entregar o sêmen depositado em vida, por Alain Parpalaix, para sua viúva Corine Parpalaix. (QUEIROZ, 2015 p. 128).

Atualmente, essa técnica vem sendo bastante utilizada nos casos em que o marido se encontra em estado terminal de vida, quando encontra-se com alguma doença grave ou até mesmo corre risco de tornar-se estéril.

Em relação à instrumentalização do tema no Direito Brasileiro, o nosso primeiro Código Civil aprovado em 1916, foi feito sem pensar na probabilidade de que no futuro poderia existir uma técnica de concepção humana após a morte do pai. A concepção e o desenvolvimento dessa criança no útero feminino já lhe garantiam os direitos desde o início, independente da teoria para a definição do início da personalidade.

O Código Civil de 2002, não ofereceu avanços importantes no âmbito da reprodução humana assistida, proporcionando uma grande lacuna legislativa, especificamente, no tocante à inseminação artificial *post mortem*, bem como não está adequado aos direitos do embrião criopreservado, o qual precisa de uma tutela jurídica distinta da do nascituro. (MOREIRA FILHO, 2002).

Madaleno (2010), destaca que na atualidade uma das correntes doutrinárias ainda considera o embrião criopreservado somente material biológico humano.

O atual entendimento, segundo o Enunciado 106 CJP, conforme podemos verificar abaixo, é que só poderá ser utilizado o material genético criopreservado do homem caso houver consentimento expresso do mesmo autorizando a referida técnica, mais conhecido como termo de consentimento, assunto que trataremos mais à frente.

#### **Enunciado 106 CJP:**

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. (Enunciado 106 CJP).

No Brasil, ainda não temos lei específica que regulamente o assunto, conforme já vimos anteriormente, contudo as questões que abrangem o tema são solucionadas com a junção de normas e resoluções. Para a legislação brasileira, a criança que nasceu depois de 300 dias do falecimento do marido, não terá a paternidade automaticamente reconhecida, pois não foi aplicada a regra da presunção de paternidade relativamente ao *de cujus*.

Na França, por exemplo, é vetada a inseminação *post mortem*, por força do artigo 8, da Lei 654/94. Na Espanha, é permitida desde que realizada durante os seis meses posteriores à morte do titular do material genético e desde que o marido tenha dado consentimento expresso, em ato público ou em testamento, por determinação do artigo 9, da Lei 35/88. Na Itália, o artigo 12, 2 da Lei 40, promulgada em março de 2004, proíbe expressamente a procriação medicamente assistida *post mortem*. A lei da Grã-Bretanha, de 1990, consente a fecundação artificial com o sêmen do marido defunto, uma prática iniciada pelas solicitações dos militares chamados a combater na guerra das Ilhas Falkland, em 1983, para assegurarem descendência genética, mesmo no caso de sua morte em batalha. Na Áustria, não é consentida a inseminação *post mortem*. A Alemanha promulgou, em 1990, a lei que não admite a inseminação *post mortem*. Nos Estados Unidos, com algumas diferenças de estado para estado, de maneira geral a inseminação *post mortem* é admitida, tendo em vista que a restituição do sêmen depois da morte do marido é acolhida, sendo o material genético considerado propriedade, que é transferida conforme a intenção expressa pelo defunto em seu testamento. (QUEIROZ, 2015, p. 121-122).

Houve uma importante alteração no Art. 1.597 do Código Civil brasileiro, que veio a colaborar indiretamente e legitimar os filhos gerados pela reprodução artificial. Esta mudança aconteceu devido à substituição do próprio título do Capítulo II, uma vez que, antes abordava somente a filiação legítima. Após a alteração, passou a abranger todas as formas de filiação, tratando abrangente e unicamente da filiação em um todo. Isto ocorreu para afastar qualquer possibilidade de discriminação decorrente das formas de filiação.

Como citado, não temos lei específica que trate da inseminação artificial *post mortem*, para a solução dos conflitos o legislador vem fazendo o uso das Resoluções do Conselho Federal de Medicina, assunto que nos aprofundaremos no próximo tópico.

#### **4.1 Resolução do Conselho Federal de Medicina (2168/17)**

No decorrer do nosso estudo, já temos ciência de que não existe lei específica que regule a reprodução humana assistida *post mortem*, portanto, o que tem sido utilizado pelo legislador para a resolução dos conflitos acerca do tema são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Segundo Martins (2019), a fundação do CFM ocorreu em 1951, embora tenha sido em setembro de 1945 a criação do Decreto-Lei nº 7.955, feito por Getúlio Vargas, onde foram instituídos o Conselho Federal de Medicina (CFM) e os Conselhos Regionais (CRMs). A fundação do CFM ocorreu apenas em 1951. Todavia, foi com a Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, promulgada por Juscelino Kubitschek, que os Conselhos verdadeiramente se consolidaram.

Martins (2019), segue relatando que Juscelino aferiu autonomia técnica, funcional e administrativa aos médicos brasileiros, ou seja, atribuiu poderes para regulamentar, fiscalizar e disciplinar. Nesse sentido, apenas os médicos, definem as regras, consultas éticas e códigos de conduta. Ainda foi atribuído aos médicos o poder de conferência e fiscalização entre os colegas de profissão quanto ao cumprimento das regras estipuladas e só eles possuem poderes para punir os médicos que violam a ética profissional. (MARTINS, 2019).

Hoje no Brasil, a Resolução mais atual que temos onde é tratado a reprodução humana assistida *post mortem* é a CFM 2168/17. Já são 3 anos sem nenhuma atualização a respeito do tema, o que pode ser prejudicial para a resolução dos conflitos, que estão cada vez mais presentes. A ciência avança rapidamente e precisamos de atualizações constantes que regulamentem tais avanços.

Tendo em vista a ausência de norma regulamentadora existente em relação à reprodução humana assistida *post mortem*, o legislador utiliza-se das Resoluções do Conselho Federal de Medicina conforme já vimos. A Resolução CFM 2168/17,

apesar de não ter força vinculativa por não ser lei, regulamenta normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

A CFM 2168/17 no seu item V.3 estabelece a necessidade de no momento da criopreservação do material genético que os cônjuges ou companheiros expressem por escrito sua vontade quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, “[...] em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los” (item V.3, da Resolução 2168/17).

O item VIII do CFM 2168/17 permite 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”. (item VIII, da Resolução 2168/17).

Sem a autorização expressa do marido, tal prática deveria ser vedada tendo em vista que não há como saber se o falecido iria autorizar ou não a utilização do seu material genético após a sua morte.

Os embriões criopreservados há mais de três anos podem ser descartados conforme item V.4 do CFM 2168/17 “[...] os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes”. Já aqueles embriões que são abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados conforme item V.5 do CFM 2168/17. Já temos no Brasil decisões relativas ao descarte não consentido dos embriões criopreservados conforme podemos analisar abaixo:

DANOS MORAIS – Pleito de indenização pela perda/descarte de pré-embriões criopreservados em Hospital Público – Descarte ou perda, sem o consentimento do casal, que pretendia ter outro filho, por inseminação *in vitro* – Documentos e informações técnicas a revelar que a criopreservação realmente aconteceu, mas não de quatro pré-embriões, mas de dois pré-embriões, uma vez que estavam no estágio de desenvolvimento (blastocisto inicial) próprio para o congelamento – Prova testemunhal que não infirmou os documentos apresentados – Valor pleiteado, no entanto, que ora é reduzido a R\$20.000,00 (vinte mil reais – Sentença de improcedência reformada - Recurso parcialmente provido (TJSP, 3ª Câmara de Direito Público, APL 2126606720088260000 SP 0212660-67.2008.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Carlos Malheiros, j. 07/08/2012).

Temos ciência da complexidade do assunto que estamos estudando, portanto, seria impossível que o Conselho Federal de Medicina regulamentasse e obtivesse todas as respostas para os possíveis conflitos e dúvidas que ainda irão surgir. Na ausência de regulamentação os casos serão analisados separadamente pelo CFM.

No curso do nosso trabalho, a expressão “autorização expressa do falecido” é bastante relevante, pois sem o termo de consentimento, assunto que trataremos no tópico abaixo não poderíamos, em regra, realizar a reprodução humana assistida póstuma.

#### **4.2 Termo de consentimento livre esclarecido e Contrato de criopreservação**

Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito da reprodução assistida, mas nenhum deles chegou a termo, portanto, a ausência de lei específica força o legislador a utilizar normas deontológicas, que são as normas que não possuem força de lei, mas tem vínculo normativo a ser aplicado. O legislador vem utilizando normas como essas para solucionar os conflitos que surgem.

Dentre essas normas, podemos citar a Resolução do Conselho Federal de Medicina assunto tratado no tópico acima. Na Resolução 2168/17 do CFM é disposto acerca do termo de consentimento nos casos de inseminação artificial *post mortem*:

#### **VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM**

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. (CFM 2168/17 item VIII).

A primeira relação médico/paciente que trata das informações acerca da reprodução assistida (RA) é o consentimento informado, sendo esse consentimento um direito moral dos pacientes, consiste em uma decisão tomada por uma pessoa capaz, após um processo esclarecido e deliberativo. O consentimento informado tem como objetivo informar o paciente qual será o procedimento adotado, qual será o tratamento, seus riscos e as possíveis consequências.

A forma correta de se obter o consentimento informado é por meio de um processo, que consiste na relação médico/paciente e na maneira que a informação é transmitida. Para que haja uma decisão válida, a informação fornecida, além de clara e suficiente, deve ser igualmente não tendenciosa. O importante é possibilitar que o indivíduo tenha acesso a informações relevantes para a sua tomada de decisão. (GOLDIM, 2002 p. 109-116).

Goldim (2002), nesse diapasão, cita os quatro elementos necessários para que o consentimento informado tenha validade, quais sejam: o fornecimento de informações, a compreensão, a voluntariedade e o consentimento.

O fornecimento de informação consiste em conhecer os riscos, os benefícios, os desconfortos e as implicações econômicas que o procedimento pode gerar. A compreensão ocorre quando o indivíduo se apropria da informação. No que toca à voluntariedade, cabe explicar que a mesma se dá ao longo da tomada de decisões por uma pessoa, com a minimização de qualquer forma de constrangimento ou coerção. Já o consentimento é a escolha voluntária feita pelo indivíduo, livre de coerção do médico ou de outros profissionais de saúde, de seus familiares, de amigos ou da própria sociedade. (GOLDIM, sd).

Após o consentimento informado, é feito pelo médico o citado termo de consentimento livre esclarecido no qual sua sigla é TCLE. Esse termo consiste de forma escrita, os procedimentos, riscos e benefícios da terapêutica fornecida ao paciente durante o processo de informação, devidamente assinado, cumprindo, assim, com o seu dever ético de informar.

O contrato de criopreservação, por sua vez, é aquele em que o paciente apenas preenche os seus dados pessoais e o assina, constituindo um típico contrato de adesão de serviços. O problema desse contrato de adesão é que ele é feito apenas pelo prestador do serviço, não deixando espaço para que o paciente possa discutir ou modificar algum ponto do seu conteúdo.

Portanto, o contrato de criopreservação é aquele que o paciente assina, deixando seu consentimento documentado. Ele será arquivado no prontuário para futuramente, no momento da sua utilização ser consultado.

Na CFM 2168/17, há a necessidade da manifestação da vontade do paciente de maneira escrita, pois trata-se também da possibilidade de utilização após a sua morte. Caso a sua vontade não for manifestada de maneira escrita, como

saberíamos que o falecido de alguma maneira desejava a realização do procedimento de inseminação artificial após a sua morte? Além do que, a clínica precisa, de maneira documental, saber qual o destino a ser dado ao material genético do paciente nos casos descritos na resolução, quais sejam: divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

### **Criopreservação de gametas ou embriões**

Podendo verificar-se em:

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (CFM 2168/17 item V.3)

Portanto, a necessidade de documentação regulamentando todas as hipóteses é essencial, o que futuramente poderá facilitar no momento do surgimento de separação do casal, morte entre outros.

Antes do momento da concretização da técnica de fertilização in vitro, ou, no máximo, até o momento da criopreservação do embrião, o seu destino já deve – ou deveria estar – previsto em um contrato ou no termo de consentimento informado utilizado pela clínica. (DANTAS, 2018 p. 127).

Para a realização da inseminação artificial *post mortem* é de extrema importância o termo de consentimento livre esclarecido e o contrato de criopreservação, pois a criança fruto dessa técnica poderá influenciar na sucessão do falecido.

## 5 DIREITOS SUCESSÓRIOS NA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA POST MORTEM

A morte não é uma questão muito tratada entre nós brasileiros. O fato é que a morte é a única certeza que temos em nossas vidas, independente de crença, religião ou filosofia de vida. Sob a perspectiva do Direito, a morte no sentido amplo é um acontecimento apto a gerar efeitos na esfera jurídica, no ramo do Direito Civil podemos tratar o acontecimento morte no Direito das Sucessões.

Para Gonçalves (2012, p. 19), “A palavra ‘sucessão’, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”.

O Direito das Sucessões estabelece normas a respeito da transmissão pós-morte do patrimônio deixado pelo falecido, ou seja, esse direito está ligado ao evento morte e tem como objetivo regular os direitos dos herdeiros a sua parte do patrimônio, defendendo a ordem pública, e resguardando a segurança jurídica do falecido e dos herdeiros.

Em uma breve síntese histórica podemos dizer que na antiguidade o direito sucessório era ligado a ideia de continuidade da religião e da família. Segundo Gonçalves (2012), a linha sucessória utilizada durante séculos era apenas a masculina, ou seja, a herança era transmitida apenas ao filho primogênito. Uma das justificativas utilizadas era a de que a filha iria se casar, sairia de casa e assim seria integrante de uma nova família, perdendo qualquer espécie de laço com a família de seu pai.

O conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais nítido a partir do direito romano. A lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater familias* de dispor dos seus bens para depois da morte. Mas, se falecesse sem testamento, a sucessão se devolvia, seguidamente, a três classes de herdeiros: *sui*, *agnati* e *gentiles*. (GONÇALVES, 2012 p. 21).

Gonçalves (2012), nesse diapasão, diz que com a Revolução Francesa, o direito de primogenitura e o privilegio masculino foi encerrado, a sucessão que era concedida por esse privilegio ficou no passado e não faz mais parte do direito civil.

Após a promulgação do Código de Napoleão, a unidade sucessória foi mantida, o direito sucessório e a igualdade entre os herdeiros do mesmo grau, ou seja, temos uma diferença entre os herdeiros e os sucessíveis.

Assim, na França, a linha de vocação hereditária inicia-se com os herdeiros (filhos e descendentes; ascendentes e colaterais privilegiados – pai, mãe, irmãos, irmãs e os descendentes destes -, demais ascendentes e seus colaterais – a princípio até o 12º grau, posteriormente até o 4º grau apenas), e na falta destes, completa-se a vocação com os sucessíveis (filhos então tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado). (GONÇALVES, 2012 p. 23).

Ainda relatando acerca da história das sucessões, Gonçalves (2012) dispõe que o Código Civil português, revogado de 1867, trazia no seu artigo 2.011: “A transmissão do domínio e posse de herança para os herdeiros, quer instituídos, quer legítimos, dá-se no momento da morte do autor dela”. O Código Civil de 1916 em seu artigo 1.572, dispunha: “Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

[...] o diploma civil ora em vigor sofreu diversas modificações, supressões e novas inserções que resgataram seu papel no ambiente geral do direito civil, mantendo seu escopo fundamental de “direito da mortalidade”. Recebeu as alterações que se impunham, em decorrência da mudança dos padrões culturais, das posturas éticas e das escalas de valores que norteiam a nova sociedade brasileira [...] (GONÇALVES, 2012 p. 24).

Dois importantes dispositivos foram acrescentados à Constituição Federal a respeito do direito sucessório: o primeiro foi o artigo 5º XXX, que inclui dentre as garantias fundamentais, o direito a herança e o segundo foi o artigo 227, § 6º que assegura a igualdade de direitos sucessórios entre todos os filhos, havidos ou não na constância do casamento, como por adoção. (GONÇALVES, 2012).

O tratamento discriminatório em relação ao direito de sucessão foi se alterando com o passar do tempo e devido à evolução do Direito. No nosso ordenamento jurídico, após a promulgação da Constituição Federal, as leis passaram a barrar uma série de discriminações relacionadas à herança.

As leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996, regulamentaram o direito de sucessão entre companheiros. A lei n. 10.050, de 14 de novembro de 2000, acrescentou o § 3º ao art. 1.611, atribuindo ao filho deficiente incapacitado para o trabalho igual direito concedido no § 2º ao cônjuge casado pelo regime da comunhão universal, qual seja, o direito real de habitação. Por fim, a Lei n. 10.406, de janeiro de 2002, instituiu o vigente Código Civil, apresentando, como mencionado, inúmeras inovações, destacando-se a inclusão do cônjuge como herdeiro necessário e concorrente como descendentes e ascendentes. Em síntese, como arremata Caio Mário da Silva Pereira, a propriedade, embora individual, “é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição De 1988. Visa, então, a transmissão hereditária a proporcionar originalmente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária”. (GONÇALVES, 2012 p. 24-25).

A pedra de toque do direito sucessório é o chamado princípio de *saisine*, introduzido há muito tempo no direito português pelo Alvará de 9 de novembro de 1754. Este princípio foi adotado no nosso ordenamento jurídico atual, no qual o próprio falecido transmite ao sucessor o domínio e a posse de seus bens. (GONÇALVES, 2012).

Atualmente, no nosso Código Civil de 2002, podemos encontrar o dispositivo acerca da transmissão do patrimônio do falecido aos herdeiros, previsto no Art. 1.784: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Abertura de sucessão não se confunde com abertura do inventário. São momentos distintos. A transmissão da herança ocorre independentemente do inventário, porque é inadmissível relação jurídica decapitada sem um sujeito de direito para titularizá-la. A abertura da sucessão se dá no momento da morte, termo final da personalidade natural, e a abertura do inventário ocorre quando do ingresso em juízo da ação correspondente, sempre depois da abertura da sucessão. (DIAS, 2015 p. 109).

Para que possa suceder é necessário ter a chamada: capacidade sucessória, onde só pessoas físicas a tem.

Capacidade sucessória não se confunde com a capacidade civil. Alguém pode ser incapaz para os atos da vida civil, o que não lhe subtrai

capacidade para suceder, e vice-versa: quem não pode ser herdeiro pode gozar de plena capacidade civil. A capacidade civil é a aptidão de uma pessoa para exercer, por si, os atos da vida civil; é o poder de ação no mundo jurídico. Legitimidade sucessória é a aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo de cujus. A incapacidade para suceder identifica-se com o impedimento legal para receber herança. A apuração da capacidade testamentaria é feita no momento da morte do autor da herança, não retroagindo à data em que foi lavrado o testamento. (DIAS, 2015 p. 127-128).

Considerando-se a possibilidade da fecundação homóloga *post mortem* gerar efeitos jurídicos no plano sucessório, é necessário analisar de que forma poderia ser protegida a parte legal da herança à criança nascida através da inseminação artificial *post mortem*. A criança nascida através da reprodução humana assistida *post mortem* teria capacidade sucessória? Vejamos o que Dias (2015) nos diz a respeito:

Para adquirir a herança, o herdeiro legítimo deve existir no momento da abertura da sucessão para que ela lhe seja transmitida (CC 1.798). Somente pessoas já nascidas ou concebidas – os nascituros com vida intrauterina e os embriões concebidos *in vitro* – tem capacidade sucessória. (DIAS, 2015 p. 128).

Nesse sentido, Dias (2015 p. 128) “[...] a pessoa ainda não concebida tem legitimidade para ser herdeiro testamentário (CC 1.799 I)”. A lei faz referência às técnicas de reprodução humana assistida, principalmente quando o assunto trata da presunção de paternidade, todavia, não dispõe a respeito do uso dessa técnica no âmbito sucessório.

A tendência que vem se consolidando em sede doutrinária é de afastar o vínculo quando a implantação ocorre depois da abertura da sucessão sob o fundamento de que, pelo princípio de *saisine*, é indispensável a existência de herdeiro ao menos concebido para que ocorra a transferência da herança. Esta posição não é unânime. (DIAS, 2015 p. 132).

Dias (LEITE 2010 *apud* DIAS, 2015), faz uma distinção: reconhece o direito sucessório somente no caso de já ter havido a concepção *in vitro*, quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente, Chinelato (CHINELATO, 2007 *apud* DIAS, 2015) distingue a existência do embrião por ocasião da morte do

pai ou apenas de sêmen destinado à fertilização homologa. No primeiro caso, reconhece a capacidade sucessória aplicando-se as mesmas regras relativas ao nascituro.

Ressaltamos que o Código Civil (1.597 III) gera a presunção de paternidade mesmo após a morte do genitor, quando o sêmen utilizado na reprodução humana assistida era do falecido, o que se chama de homóloga.

Sendo apenas analisado o contido na regra do artigo 1.798 do Código Civil, o filho nascido após a morte do pai não teria direito a sucessão legítima, tendo direito apenas a sucessão testamentária. Dias (2015, p. 131) “[...] mesmo que tenha o autor da herança autorizado, por escrito, a fecundação depois da sua morte, questiona-se se o filho dispõe de direito sucessório”.

A lei é só silêncio. Resolução do Conselho Federal de Medicina exige a expressa manifestação de vontade para o armazenamento e criopreservação de espermatozoides, óvulos e pré-embriões, e a Lei de Biossegurança se limita a proibir sua comercialização. O Código Civil, ao pôr a salvo o direito do nascituro (CC 2º), não faz distinção entre concepção natural ou artificial. A presunção de paternidade só existe para nascimentos até 300 dias do falecimento do genitor (CC 1.597 II), o que afastaria direitos hereditários do embrião não implantado a tempo de nascer dentro deste prazo. (DIAS, 2015 p. 132).

A redação do Código Civil atual, dispõe acerca do reconhecimento da filiação que pode se dar a qualquer tempo, contudo, por analogia à doutrina e à jurisprudência, tem-se entendido que a criança, fruto da reprodução humana assistida post mortem deveria nascer até está sendo utilizado 2 anos da abertura da sucessão, conforme descrito no Artigo 1.800 § 4º, ou seja, se não nascer até 2 anos após a abertura da sucessão, os bens caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em contrário.

Na opinião de Dias (2015, p. 133), “[...] não se pode admitir que apenas a existência de testamento, estaria assegurado ao filho concebido após a morte do pai, o direito sucessório. Os filhos devem ter tratamento isonômico”.

O uso das técnicas da reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. É impensável cercear este direito pelo advento da morte de

quem se manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter as técnicas de reprodução assistida. Na concepção homologa, não pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a classe de herdeiros necessários. (DIAS 2015 p. 133).

Percebemos que a ausência de lei, faz com que o princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227 §6º) tenha menos valor.

Determinado a lei de transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I e 1.952), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. É necessário dar ao dispositivo interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe de herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução humana assistida *post mortem*. (DIAS, 2015 p. 133).

A criança, fruto da reprodução humana assistida *post mortem*, independentemente do Art. 1.800 § 4º, utilizado por analogia, tem o prazo de até 10 anos após o seu nascimento para pleitear o pedido de herança. Através da ação de petição de herança disposta no Art. 1.824 do Código Civil de 2002, é possibilitado ao herdeiro que solicite a restituição da sua parte da herança se ficar comprovado a qualidade de herdeiro legal.

Dias (2015, p. 133), “[...] sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, é descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor”.

Acredita-se que a estipulação de um prazo coerente para a realização da reprodução assistida *post mortem* possa trazer maior segurança jurídica a todos os envolvidos.

Qual o caminho mais coerente a ser seguido diante da ausência de lei específica e o avanço da ciência? Cria-se uma lei onde regulamente a técnica da reprodução humana assistida *post mortem* e garanta aos concebidos os mesmos direitos do filho nascido de maneira natural? Ou o mais coerente seria proibir definitivamente o uso dessa técnica? Qual o procedimento que deve ser utilizado

para o registro dessa criança? Diante, de muitas perguntas, ainda aguardamos a resolução dessas questões, e parece que ainda está longe de acontecer devido a diferentes maneiras de pensamentos a respeito do assunto. Acreditamos que a melhor maneira de resolução será acompanhar caso a caso na medida em que vão acontecendo e nunca ultrapassar os limites da lei.

### **5.1 Provimento CNJ nº 52 de 15/03/2016**

Tendo em vista a necessidade de unificar o registro de nascimento e a emissão da certidão de nascimento dos filhos nascidos através das técnicas de reprodução humana assistida, é criado um método para ser utilizado em todo território nacional. Esse método é o Provimento do CNJ nº 52 de 15/03/2016, esse provimento foi criado considerando artigos, jurisprudências e normas, inclusive normas deontológicas já tratadas anteriormente como a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

O provimento CNJ nº 52 de 15/03/2016 dispõe acerca do livro no qual o filho nascido através da técnica de reprodução humana assistida será registrado:

Art. 1º O assento de nascimento dos filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, será inscrito no livro "A", independentemente de prévia autorização judicial e observada a legislação em vigor, no que for pertinente, mediante o comparecimento de ambos os pais, seja o casal heteroafetivo ou homoafetivo, munidos da documentação exigida por este provimento.

§ 1º Se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer no ato de registro, desde que apresentado o termo referido no art. 2º, § 1º, inciso III deste Provimento. (PROVIMENTO CNJ Nº 52 de 15/03/2016).

Acerca dos documentos necessários para o registro e a certidão da criança nascida através dessa técnica, o Art. 2º deste provimento prevê:

Art. 2º É indispensável, para fins de registro e da emissão da certidão de nascimento, a apresentação dos seguintes documentos:

I - Declaração de nascido vivo - DNV;

II - Declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando a técnica adotada, o nome do doador ou da doadora,

com registro de seus dados clínicos de caráter geral e características fenotípicas, assim como o nome dos seus beneficiários;

III- Certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal.

§ 1º Nas hipóteses de doação voluntária de gametas ou de gestação por substituição, deverão ser também apresentados:

I - Termo de consentimento prévio, por instrumento público, do doador ou doadora, autorizando, expressamente, que o registro de nascimento da criança a ser concebida se dê em nome de outrem;

II - Termo de aprovação prévia, por instrumento público, do cônjuge ou de quem convive em união estável com o doador ou doadora, autorizando, expressamente, a realização do procedimento de reprodução assistida.

III - Termo de consentimento, por instrumento público, do cônjuge ou do companheiro da beneficiária ou receptora da reprodução assistida, autorizando expressamente a realização do procedimento.

§ 2º Na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo-DNV.

§ 3º Nas hipóteses de reprodução assistida post-mortem, além dos documentos elencados acima, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público.

§ 4º O conhecimento da ascendência biológica não importará no reconhecimento de vínculo de parentesco e dos respectivos efeitos jurídicos entre o doador ou a doadora e o ser gerado por meio da reprodução assistida. (PROVIMENTO CNJ Nº 52 de 15/03/2016).

Conforme § 3º do Art. 2º deste provimento, podemos verificar que nos casos de reprodução humana assistida *post mortem* a lista de documentos é amplificada, fazendo necessário a entrega no ato do registro do termo de autorização prévia específica do falecido para o uso do seu material genético, além do que já vimos que esse termo de autorização precisa ser lavrado por instrumento público para ter validade.

Além desse provimento regulamentar a forma com que será realizado o registro e a certidão do filho advindo da reprodução humana assistida e os documentos necessários para o mesmo, ele proíbe em seu Art. 3º a recusa dos Oficiais Registradores a registrar o nascimento e emitir a certidão desse filho. Acontecendo a recusa, o Juiz corregedor deverá ser comunicado e assim tomará as devidas providências.

Art. 3º É vedada aos Oficiais Registradores a recusa ao registro de nascimento e emissão da respectiva certidão para os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida, nos termos deste Provimento.

§ 1º A recusa prevista no caput deverá ser comunicada ao respectivo juiz corregedor para as providências disciplinares cabíveis.

§ 2º Todos os documentos referidos no art. 2º deste Provimento deverão permanecer arquivados em livro próprio do Cartório de Registro Civil. (PROVIMENTO CNJ Nº 52 de 15/03/2016).

Os documentos deverão ficar arquivados no Cartório de Registro Civil para eventuais consultas. Esse provimento entrou em vigor na data de 14 de março de 2016 e, atualmente, segue sendo utilizado para a devida regulamentação.

Notamos que a burocracia sofrida no método da reprodução humana assistida é muito maior do que em relação ao filho advindo de método natural, inclusive no tocante ao registro e a emissão da certidão de nascimento. Enquanto no método natural os documentos necessários para o registro da criança advinda de método natural seria:

- RG e CPF do casal ou de apenas um dos pais;
- Certidão de nascimento ou de casamento desses pais;
- Declaração DNV (Declaração de Nascido Vivo);

A da criança nascida através das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* seria o contido no Art. 2º, § 3º deste provimento.

As consequências da reprodução humana assistida *post mortem* já começam a ser sentidas desde antes do registro da criança, abrindo uma gama enorme de dúvidas e possíveis problemas que serão tratados no próximo tópico.

## **5.2 As consequências da Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* no âmbito familiar**

Muitos acreditam que a reprodução humana assistida *post mortem* não deveria ser admitida, contudo, a lei não proíbe e temos casos concretos já acontecendo o que aumenta a necessidade de regulamentação da técnica em lei específica.

Não podemos mais continuar afastando os direitos sucessórios daqueles que nasceram com a utilização da referida técnica pela falta de legislação que regulamente o assunto, isso violaria ainda mais os princípios da dignidade humana e do melhor interesse da criança, visto que, esta, já nasce privada da convivência paterna e ainda poderá ser privada economicamente, o que prejudicaria ainda mais o seu desenvolvimento.

Dias (2017, p. 569) trata a respeito dos danos causados pela falta de convívio familiar: “[...] comprovado que a falta de convívio pode gerar danos, a ponto de comprometer o desenvolvimento pleno e saudável do filho”.

Nesse mesmo pensamento, Dias (2017) segue explicando a respeito dos danos:

A relação paterno-filial vem assumindo destaque nas disposições sobre a temática da família, deixando clara a preocupação com os filhos como sujeitos, e não como assujeitados ao poder paterno ou, mais especificadamente, ao poder do pai. A lei responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, violam a integridade psicofísica dos filhos, vem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. E quem causa dano é obrigada a indenizar. (DIAS, 2017 p. 570).

A responsabilidade dos pais com a criança é objetiva (CC Art. 933), o que dá a eles o dever de cumprir os deveres da paternidade responsável e do melhor interesse da criança. Os pais têm um papel importante no processo de educação e desenvolvimento dessa criança, inclusive na personalidade dos mesmos.

Seria plausível a mulher que tem intenção de utilizar a técnica póstuma avaliar, se de fato seria um bem para a criança o nascimento da mesma pelo princípio do melhor interesse da criança? Ou essa mulher está atendendo única e exclusivamente a interesses egoísticos dela? O que sabemos é que essa criança já vem ao mundo sem pai, o pai existe, porém, não está mais vivo. Essa criança será privada, assim, do convívio com o pai. Esse casal poderia ter projetos de vida juntos e estes terem sido interrompidos, mas não seria um egoísmo essa criança já nascer sem o pai? Não há dúvida que a ausência desse pai, na maioria das vezes, será um problema para desenvolvimento dessa criança.

Caso a escolha dessa mãe seja realmente dar prosseguimento à utilização da técnica póstuma, essa criança advinda de reprodução humana assistida *post mortem*, poderá ingressar com ação de danos morais contra a sua mãe caso se sinta lesada pela ausência de convivência com o pai? Acredita-se que sim, conforme Art. 933 do Código Civil a reparação civil é garantida ao filho.

No tocante aos reflexos no direito sucessório, acredita-se que seria bem mais complicado, tendo em vista que a herança já pode se encontrar repartida e os herdeiros já podem até terem gasto a sua parte. Por analogia, conforme já vimos, anteriormente está sendo utilizado o descrito no Art. 1.800 § 4º, ou seja, se a criança fruto da reprodução humana assistida *post mortem* não nascer até 2 anos após a abertura da sucessão, em regra os bens caberiam aos herdeiros legítimos.

Caso o Art. 1.800 § 4º for seguido em regra, o que caberia a criança seria a petição de herança conforme disposto no Art. 1.824 do Código Civil, no prazo prescricional de 10 anos a contar da abertura da sucessão, segundo o Art. 205 também do Código Civil. Essa hipótese garante direitos sucessórios, mas, de certa forma, obriga a mãe, caso queira que o seu filho tenha direito à herança do falecido, a se submeter à reprodução humana assistida antes do prazo de 10 anos da morte do marido ou companheiro. Mas se, por exemplo, o falecido deixa uma esposa ou companheira de 22 anos de idade e essa por escolha própria, só quer ter filho após seus 35 anos de idade, ela poderá fazer a inseminação artificial *post mortem* se o falecido tiver deixado por escrito manifestação de vontade expressa autorizando o uso do seu material genético, contudo essa criança não poderá pleitear direitos sucessórios, pois terá decorrido o prazo de 10 anos da morte de seu pai.

Outra “solução” para que o filho advindo da reprodução humana assistida *post mortem* obtivesse direitos à sucessão, seria da forma testamentaria conforme disposto no Art. 1799 I do CC. Contudo, esse filho precisaria ser concebido até 2 anos após a abertura da sucessão conforme Art. 1.800 § 4º, ainda do Código Civil.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

É preciso lembrar que, concepção é diferente de nascimento. Portanto, o herdeiro testamentário não precisa ter nascido no prazo de 2 anos e, sim, apenas concebido.

Temos noção das grandes batalhas judiciais quando se diz respeito a herança, além dos processos poderem levar anos para serem concluídos, ainda temos as novas tecnologias para ameaçar ainda mais o prolongamento desses processos. Caso fosse criada uma lei específica para a regulamentação da reprodução humana assistida *post mortem*, e nela estivesse contida o prazo máximo para a concepção dessa criança através dessa técnica, os casos teriam um melhor amparo e resolução, tendo em vista que os inventários não podem permanecer paralisados por meses ou até anos.

A criação da lei específica evitaria as desavenças familiares acerca da herança, evitaria diferentes aplicações do direito em processos, evitaria conflitos de ideias, entre outros.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento do trabalho, percebemos que as questões biotecnológicas, cada vez mais presentes na realidade jurídica, trazem inúmeras indagações ao direito, o qual não consegue encontrar respostas prontas para estas novas questões que clamam por ajuda. Acredita-se que isso se deva basicamente em face da dificuldade que todo estudo novo propicia, mas, também, da necessidade de descobrir novos caminhos, a respeito da problemática criada sobre a biotecnologia e sua relação com as técnicas de reprodução humana assistida.

Observou-se que a reprodução humana assistida “surgiu” como alternativa para resolver a preocupação que existia acerca da continuidade familiar, com o passar do tempo, foram estudados e criados métodos alternativos para alcançar a continuidade da procriação humana, as técnicas de reprodução assistida tiveram início primeiramente com a inseminação artificial em animais e posteriormente em seres humanos. A reprodução humana assistida trouxe esperança aos casais que não conseguiam realizar o sonho de ser pais pelos métodos naturais. Essa técnica é realizada conforme observou-se, pela fusão do espermatozoide ao óvulo, resultando em um embrião que posteriormente será implantado ao útero.

Com o avanço da ciência e após anos de pesquisas científicas, foi possibilitado a criopreservação do material genético, portanto, a reprodução humana assistida poderá ser homóloga, isto é, quando o material genético utilizado será do próprio casal ou heteróloga, quando algum dos materiais genéticos utilizados será de terceiro.

A técnica da criopreservação trouxe aos casais a possibilidade da preservação do material genético para utilização futura e, com essa técnica surgiu a possibilidade da reprodução humana assistida póstuma. A reprodução humana assistida *post mortem* consiste em utilizar o material genético criopreservado após a morte de uma das partes do casal, contudo, o vácuo legislativo existente no ordenamento jurídico a respeito do tema acaba gerando brecha para discussões e posicionamentos acerca da problemática que envolve a reprodução humana assistida *post mortem*, o que vem sendo utilizado diante dessa ausência de lei é as Resoluções do Conselho Federal de Medicina 2168/17. Sabemos que a Constituição Federal protege o direito ao planejamento familiar e consagra o princípio da

dignidade humana como o mais importante e de maior relevância, mas, a falta de lei específica complica as resoluções dos problemas que vão surgindo a respeito do assunto.

Os avanços tecnológicos na área da medicina, mais especificamente na área da reprodução humana assistida *post mortem* homóloga vem sempre sendo atualizados, o que traz para o direito novas problemáticas, visto que tal prática afeta e transforma as relações de família, sem contar os efeitos jurídicos tanto para o direito de família, como para o direito sucessório.

No Brasil, para a realização da reprodução humana assistida *post mortem* é necessário recorrer ao judiciário, mesmo com o termo de consentimento. É necessário a autorização do judiciário pois não temos nada que regule o procedimento, nada que autorize ou desautorize, dependendo apenas da interpretação do magistrado.

Atualmente no que tange a possibilidade ou não da realização dessa técnica é assunto que traz divergências na doutrina, são diversas posições sobre o tema, todavia, no que diz respeito aos efeitos jurídicos têm se entendido que é assegurado a criança nascido pela técnica de inseminação póstuma ter sua paternidade reconhecida, bem como ter seus direitos sucessórios reconhecidos, todavia, desde que a concepção ocorra dentro de um prazo determinado, o qual deveria ser disciplinado em legislação específica, entretanto, sabemos que ainda não há lei específica para o assunto então recomenda-se a utilização por analogia do Art. 1.800, § 4º do Código Civil de 2002 do prazo de dois anos, a fim de que os outros sucessores, já concebidos no momento da abertura da sucessão, não fiquem em uma insegurança ad eterna com relação ao quinhão hereditário recebido.

Desse modo, conclui-se que o legislador, atento aos direitos da personalidade, do planejamento familiar poderia criar uma lei específica para normatizar e regulamentar a técnica e auxiliar no sentido de fixar lapso temporal para a concepção *post mortem*, e, enquanto isso não acontecesse, os direitos sucessórios do embrião ainda não concebido, para serem assegurados, deveriam ser previstos em testamento.

## REFERÊNCIAS

BÍBLIA. Português. A Bíblia de Jerusalém. Bíblia sagrada online - versão completa. 2020. Disponível em: [https://www.bibliakon.com/genesis\\_16/](https://www.bibliakon.com/genesis_16/) Acesso em: 28 maio. 2020.

BRASIL, CÓDIGO CIVIL DE 2012. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm) Acesso em: 06 out. 2020.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 10 out. 2020.

BRITO, D. C. D. *et al.* A REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E A FERTILIZAÇÃO POST MORTEM PELA ÓTICA DO DIREITO SUCESSÓRIO. REVISTA LINHAS JURIDICAS (UNIFEV), v. 3, n. 3, p. 31-42, nov. 2011

C. D. V. Corrêa, Marilena, Loyola, Maria Andréa, "REPRODUÇÃO E BIOÉTICA. A REGULAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA NO BRASIL." Caderno CRH, vol. 18, no. 43, 2005, pp.103-112. Redalyc. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632166007> Acesso em: 07 maio. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA nº 2.168/2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acesso em: 06 de out. 2020

DANTAS, Eduardo, *et al.* **Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida.** 1 ed. Rio de Janeiro. LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 16-127.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 49

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões.** São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2015, p. 105-128

DIDIER, David. **L'insémination artificielle humaine.** Aspects psychologiques. Paris: Editions ESFs, 1984, p. 103

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 05-08

ENUNCIADO 106 CJF, Disponível em:  
<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737> Acesso em: 04 nov. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves d. *et al.* **Curso de direito civil: famílias** – Salvador: Ed JusPodivm, 2018 p. 612

FERNANDES, Silva da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 49-50

GOLDIM, J. R. **O consentimento informado numa perspectiva além da autonomia**. Revista AMRIGS, 2002; 46 (3,4): p. 109-116

GOLDIM, J. R. **Consentimento informado**. Disponível em:  
<http://www.bioetica.ufrgs.br/consinf.htm> Acesso em: 31 out. 2020.

GONÇALVES. Carlo Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 7: direito das sucessões** – São Paulo: Saraiva, 2012 p.19

LEMONS JUNIOR, ELOY. *et al.* **Técnicas de reprodução humana assistida: Controvérsias a respeito da maternidade de substituição**. Minas Gerais: Publica Direito, 2013. Disponível em:  
<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7104a226fe65be03> Acesso em: 30 maio. 2020.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17-36

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Danos morais e direitos da personalidade**. In LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade – dano moral**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 157-354

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2019, p. 22-40

MADALENO, Rolf. **Direito de Família** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 192-953

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família. Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010 p. 59

MARTINS, CRISTOFER. Para que servem o CFM e os CRMs? 2019. [https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=28260:para-que-servem-o-cfm-e-os-crms&catid=46](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=28260:para-que-servem-o-cfm-e-os-crms&catid=46) Acesso em: 27 out. 2020.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 128

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O Direito Civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. 2002. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=33> Acesso em: 26 out. 2020.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez, *et al.* **Reprodução Assistida: Até onde podemos chegar?** São Paulo: Gaia, 2000. p.11-15

ORTIZ, Juan. BRUM, Maurício. NAKAMURA, Pedro. FONTANIVE, Stéfani. **O que você precisa saber sobre reprodução assistida**. São Paulo: Saúde Abril, 2015. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/o-que-voce-precisa-saber-sobre-reproducao-assistida/> Acesso em: 09 maio. 2020

O GLOBO. Evolução da reprodução assistida. Disponível em: <https://infograficos.oglobo.globo.com/sociedade/evolucao-da-reproducao-assistida.html>. Acesso em: 03 jun. 2020

PESSINI, Léo. **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo: Edições Loyola, 1997, p 83-217

PROVIMENTO CNJ Nº 52 de 15/03/2016 Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=317508> Acesso em: 09 nov. 2020

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução Assistida Post Mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Ed. UFPR, 2015. p. 83-122

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Imaculada Conceção**. Ed. Acadêmicas, São Paulo, 1993, p. 23

SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil: contemporâneo – 3. ed. –** São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 183

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5: **Direito de Família**, 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## ANEXO I – RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA 2168/17



### RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017

Publicada no D.O.U. de 10 nov. 2017, Seção I, p. 73

Adota as normas éticas para a utilização das 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 e revogando a [Resolução CFM nº 2.121](#), publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.

O **CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA**, no uso das atribuições conferidas pela Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957, alterada pela Lei nº 11.000, de 15 de dezembro de 2004, regulamentada pelo Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958, e pelo Decreto nº 6.821, de 14 de abril de 2009, e associada à Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013, e ao Decreto nº 8.516, de 10 de setembro de 2015,

**CONSIDERANDO** a infertilidade humana como um problema de saúde, com implicações médicas e psicológicas, e a legitimidade do anseio de superá-la;

**CONSIDERANDO** o aumento das taxas de sobrevivência e cura após os tratamentos das neoplasias malignas, possibilitando às pessoas acometidas um planejamento reprodutivo antes de intervenção com risco de levar à infertilidade;

**CONSIDERANDO** que as mulheres estão postergando a maternidade e que existe diminuição da probabilidade de engravidarem com o avanço da idade;

**CONSIDERANDO** que o avanço do conhecimento científico já permite solucionar vários casos de problemas de reprodução humana;

**CONSIDERANDO** que o pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, reconheceu e qualificou como entidade familiar a união estável homoafetiva;

**CONSIDERANDO** a necessidade de harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios da ética médica; e



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

**CONSIDERANDO**, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina realizada em 21 de setembro de 2017,

**RESOLVE:**

**Art. 1º** Adotar as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos.

**Art. 2º** Revogar a [Resolução CFM nº 2.121](#), publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117 e demais disposições em contrário.

**Art. 3º** Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 21 de setembro de 2017.

**CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA**

Presidente

**HENRIQUE BATISTA E SILVA**

Secretário-Geral



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

## **NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA**

### **I – PRINCÍPIOS GERAIS**

1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.

2. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos.

3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente.

**§ 1º** A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.

**§ 2º** As exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente.

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



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.
6. É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.
7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.
8. Em caso de gravidez múltipla decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

## **II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA**

1. Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.
2. É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.
3. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

### **III – REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE RA**

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, pelo manuseio, pela conservação, pela distribuição, pela transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de RA. Devem apresentar como requisitos mínimos:

1. Um diretor técnico (obrigatoriamente um médico registrado no Conselho Regional de Medicina de sua jurisdição) com registro de especialista em áreas de interface com a RA, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;
2. Um registro permanente (obtido por meio de informações observadas ou relatadas por fonte competente) das gestações, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos provenientes das diferentes técnicas de RA aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões;
3. Um registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças;
4. Os registros deverão estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

### **IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

1. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

- 3.** A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.
- 4.** Será mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).
- 5.** As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.
- 6.** Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.
- 7.** A escolha das doadoras de oócitos é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que a doadora tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora.
- 8.** Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de RA.
- 9.** É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

## **V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonádicos.
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. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.
4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.
5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

**Parágrafo único:** Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato pré-estabelecido e não foram localizados pela clínica.

## **VI – DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES**

1. As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s) devidamente documentada em consentimento informado livre e esclarecido específico.
2. As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3. O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de até 14 dias.

## **VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)**

As clínicas, centros ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira.

1. A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe/filha; segundo grau – avó/irmã; terceiro grau – tia/sobrinha; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2. A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3. Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário da paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

**3.3.** Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

**3.4.** Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

**3.5.** Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

**3.6.** Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.

## **VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM***

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.

## **IX – DISPOSIÇÃO FINAL**

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina da jurisdição e, em grau recursal, ao Conselho Federal de Medicina.

**CARLOS VITAL TAVARES CORRÊA LIMA**

Presidente

**HENRIQUE BATISTA E SILVA**

Secretário-Geral



**CFM**  
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

## **EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017**

No Brasil, até a presente data, não há legislação específica a respeito da reprodução assistida (RA). Tramitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo.

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 trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos.

O uso das técnicas de reprodução assistida para preservação social e oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos amplia as oportunidades de aplicação no sentido de propiciar melhor planejamento reprodutivo.

A preservação social diz respeito a pessoas saudáveis, sem indicação médica para assistência à fertilidade, no sentido de promover congelamento dos seus gametas, possibilitando a condição reprodutiva posterior.

A permissão da doação de oócitos além dos casos compartilhados contempla a questão da isonomia de gêneros.

A Lei de Biossegurança ([Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005](#)) permitiu a utilização para pesquisa de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da Lei (28.03.2005). Assim, por analogia, a alteração passa de cinco para três anos o período de descarte de embriões.

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação da reprodução assistida foram detalhadamente expostos nesta revisão, realizada pela Comissão de Revisão da [Resolução CFM nº 2.121/2015](#) em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia, da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e da Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo.

Esta é a visão da comissão formada que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 21 de setembro de 2017.

**JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO**

Coordenador da Comissão para Revisão da Resolução CFM nº 2.121/2015

## ANEXO II – TERMO DE CONSENTIMENTO

### Anexo 1: Modelo de termo de consentimento livre e esclarecido

#### TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Prezada Senhora,

Gostaria de convidá-la a participar de um estudo científico que irá avaliar dois novos exames cuja finalidade é ajudar a prever melhor as chances de sucesso em terapias de reprodução assistida.

#### I. INFORMAÇÕES SOBRE A PESQUISA

Esta pesquisa visa ao estudo de novas opções de teste para avaliar a receptividade do endométrio, com o objetivo de tentar prever melhor as chances de sucesso do tratamento em mulheres submetidas a terapias de reprodução assistida (fertilização in vitro – FIV ou ICSI). Nesta pesquisa, durante a realização do exame denominado histerossonografia, será coletado fluido e tecido endometrial. As coletas serão realizadas entre o 18º e o 20º dias do ciclo menstrual. O resultado desses testes não exercerá nenhuma influência no prosseguimento do tratamento.

#### II. SIGILO DOS DADOS

Todos os seus dados serão confidenciais, sua identidade não será revelada publicamente em hipótese alguma e somente os pesquisadores envolvidos neste projeto terão acesso a estas informações que serão utilizadas somente para fins de pesquisa.

#### III. BENEFÍCIOS DA PESQUISA

Este estudo trará informações importantes que poderão ter aplicação direta na terapêutica. O melhor conhecimento da receptividade endometrial permitirá um melhor planejamento do tratamento e maiores informações para a paciente em relação às suas chances de sucesso na obtenção de uma gravidez.

#### IV. RISCOS

O estudo não acrescenta nenhum risco às pacientes, uma vez que não exerce nenhuma influência ou modificação no tratamento. A única intervenção realizada será a coleta de fluido e tecido endometrial durante a realização da histerossonografia.

#### V. RESSARCIMENTO DAS DESPESAS

Não está prevista qualquer forma de remuneração para as voluntárias. Todas as despesas específicas relacionadas com o estudo são de responsabilidade do Laboratório de Reprodução Humana da Universidade Federal de Minas Gerais. O estudo não acarretará nenhuma despesa extra às voluntárias, sendo que a coleta das amostras sanguíneas e endometriais será programada para dias em que a paciente já teria a necessidade de se locomover até o Laboratório de Reprodução Humana.

#### VI. DEMAIS ESCLARECIMENTOS

Você dispõe de total liberdade para esclarecer qualquer dúvida que possa surgir durante a pesquisa. Você poderá recusar-se a participar deste estudo e/ou abandoná-lo a qualquer momento, sem precisar se justificar. A aceitação ou não da participação neste estudo não influenciará no seu tratamento. Não será realizado qualquer tipo de manipulação, experimento ou intervenção direta com o paciente, exceto a coleta de fluido e tecido endometrial.

#### TERMO DE CONSENTIMENTO

Eu,....., voluntariamente concordo que seja coletada amostra de fluido endometrial durante a realização da histerossonografia, para fins de pesquisa científica no Laboratório de Reprodução Humana da Universidade Federal de Minas Gerais. Estou ciente do exposto acima e ainda de que esta pesquisa não trará qualquer prejuízo à minha saúde ou ao tratamento.

Belo Horizonte,.....de.....de 20.....

---

Assinatura da voluntária:

Telefones para contato:

Prof. Fernando M. Reis: (31) 3409-9485

Comitê de Ética em Pesquisa (COEP) da UFMG: (31) 3499-4592

## CONSENTIMENTO PARA TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA (FIV)

Vimos, através deste termo, declarar que:

Consentimos livremente em participar do Programa de Fertilização Assistida. Este programa visa a obtenção de uma gestação, como parte integrante do tratamento de esterilidade conjugal ao qual estamos nos submetendo.

Tivemos a oportunidade de esclarecer todas as nossas dúvidas relativas ao referido programa, aos tratamentos alternativos, aos possíveis desconfortos, efeitos colaterais e riscos inerentes ao programa. Estamos cientes da possibilidade de ocorrerem outras complicações além daquelas descritas neste documento. Reconhecendo que, embora sejam empenhados todos os esforços a fim de evitar ou minimizar os efeitos colaterais e complicações, estes podem ser imprevisíveis tanto em natureza como em gravidade.

Estamos cientes que não seremos penalizados se nos recusarmos a participar do referido programa e de que seremos informados em detalhes e com antecedência sobre a ovulação e mudanças referentes ao programa que venham influenciar nossa decisão de prosseguir com o programa ou não.

Estamos cientes de que o programa poderá ser suspenso, a critério médico, quando houver algum fato significativo que possa aumentar o desconforto, efeitos colaterais e/ou riscos, ou ainda no caso de não haver boas chances de sucesso (gestação) com a progressão do programa.

Estamos, ainda, cientes de que qualquer informação obtida durante a realização deste programa que se refira diretamente a nós é verdadeira; e permanecerá confidencial, como previsto em lei. Concordamos que os dados obtidos durante o programa possam ser objeto de publicação em literatura médica, sob condição de que nossa identidade seja resguardada.

Tendo lido com atenção e compreendido todas as informações contidas neste documento, recebido informações adicionais e esclarecimentos completos, concordamos em participar do Programa de Fertilização Assistida. Reconhecemos ter sido informados em detalhes sobre nossos direitos e responsabilidades e, não havendo dúvidas, datamos e assinamos como segue:

CASAL: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

MÉDICOS: \_\_\_\_\_  
\_\_\_\_\_

Belo Horizonte, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_

---