



**PUC-SP PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO**

MONOGRAFIA

Título: Reprodução Assistida e o Direito de Sucessões *Post Mortem*

Aluna: Lara Dacosta Garcia

Matrícula: RA00276610

Curso: Direito

Grande Área de Conhecimento: Ciências Sociais Aplicadas

Área de Conhecimento de Pesquisa: Direito de Família

Orientadora: Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi

Departamento e Faculdade do Orientador: Direito Civil da Faculdade de Direito Pontificia
Universidade Católica de São Paulo

PUC/SP - 2024

LARA DACOSTA GARCIA

REPRODUÇÃO ASSISTIDA E O DIREITO DE SUCESSÕES *POST MORTEM*

Trabalho de conclusão de curso para
obtenção da Graduação em Direito
pela Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo

Orientadora: Prof. Dra. Maria Helena Marques
Braceiro Daneluzzi – Departamento de Direito Civil

São Paulo

2024

A conclusão deste trabalho resume-se na dedicação que vi ao longo dos anos em cada um dos professores deste curso, aos meus pais que sempre apoiaram meus estudos, aos meus amigos que cursaram comigo este trajeto e à minha irmã que sempre esteve ao meu lado.

RESUMO

Esta Monografia visa discutir, analisar e concluir quanto aos direitos do embrião e dos produtos genéticos reprodutivos na reprodução assistida. Indagando-se quais são seus direitos, qual sua proteção jurídica e qual a possibilidade no caso das sucessões para estes embriões e tipos genéticos, visto que não se trata apenas de uma indagação jurídica, mas também de interesse bioético.

Palavras-chaves: reprodução assistida pós-morte – direito de sucessões – princípios bioéticos – panorama legislativo brasileiro – comparativo mundial – dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

This Monograph aims to discuss, analyze and conclude on the rights of the embryo and reproductive genetic products in assisted reproduction. It seeks to determine what their rights are, what their legal protection is and what the possibility is in the case of successions for these embryos and genetic types, since this is not only a legal inquiry, but also of bioethical interest.

Keywords: post-mortem assisted reproduction – inheritance law – bioethical principles – Brazilian legislative panorama – global comparison – human dignity.

SUMÁRIO:

I. INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES E AO BIODIREITO...	06
I.II. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	08
II. PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA.....	12
II.I PRINCÍPIO DA AUTONOMIA.....	13
II.II PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA.....	15
II.III PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICIÊNCIA.....	16
II.IV PRINCÍPIO DA JUSTIÇA.....	16
III. REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	18
IV. DIFERENÇA ENTRE EMBRIÃO <i>IN VRITO</i> E <i>IN VIVO</i> E SUAS TEORIAS.....	23
V. DO CONSENTIMENTO INFORMADO.....	25
VI. PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO.....	29
VII. REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	34
VIII. DIREITO COMPARADO – BRASIL E ITÁLIA.....	36
IX. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM.....	38
X. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	43
XI. CONCLUSÕES.....	46
XII. BILIOGRAFIA.....	49

I – INTRODUÇÃO AO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES E AO BIODIREITO

O biodireito e a bioética são ramos essenciais para o conhecimento ligado à vida, tendo em vista a evolução das ciências e tecnologias que transformam a sociedade. Deste modo, o desenvolvimento da biotecnologia e das ciências médicas são imperiosos para o direito ligado à proteção da vida e às relações sociais.

Nesse sentido, o biodireito é um estudo jurídico que resulta da junção da bioética e do direito, estudando as relações jurídicas entre o direito, medicina e biotecnologia.

Nas palavras de Maria Helena Dinis:

“Tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade”.¹

Desta forma, existe a necessidade de estabelecer um padrão moral global em face do progresso das ciências da saúde em relação ao direito. Assim, a busca pelo tratamento da reprodução assistida, isto é, do tratamento de fertilização em vitro tem sido muito utilizada, contudo ainda não é totalmente prevista no ordenamento jurídico, existindo inúmeras lacunas em branco.

Ora, a engenharia genética é caracterizada pelo emprego de técnicas científicas dirigidas à modificação da constituição genética de células e organismos, por meio da manipulação dos genes.

Frisa-se que a reprodução assistida está ancorada ao direito fundamental do planejamento familiar, com base no artigo 226. §7º da Constituição Federal, bem como no artigo 1.565, §2º do Código Civil, *in verbis*:

¹ DINIZ, Maria Helena – O Estado atual do biodireito, 6 Ed., São Paulo/SP: Editora Saraiva, 2009, p.8

“**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.”

“**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.”

Nesse diapasão, é possível perceber que existem garantias quanto a reprodução assistida no ordenamento jurídico brasileiro, contudo ainda se tem muitas divergências quando ao direito do embrião e ao uso da genética reprodutiva, especialmente quanto a sucessão em casos de *post mortem*.

Ademais, é importante caracterizar o Direito das Sucessões que é o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de outrem, após sua morte, em virtude de lei ou testamento. Estando regulamentado nos artigos 1.784 a 2.027 do Código Civil, bem como assegurado o direito de herança pela Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXX.

O direito de sucessões no Brasil regula a transmissão de bens, direitos e obrigações de uma pessoa falecida (de cujus) para seus herdeiros. Os principais aspectos incluem:

1. Classificação das Sucessões;
2. Ordem de Herança;
3. Testamento;
4. Partilha de Bens.

Assim sendo, a abertura da sucessão se dá no momento da constatação da morte comprovada do *de cuius*, que irá para os herdeiros sobreviventes.

Contudo, caso o herdeiro sobrevivente do *de cuius* ainda não tenha nascido, mas seja um embrião, isto é, um ser ainda genético que está por vir. Este possui o direito de ser herdeiro?

Essa é a principal discussão que irei apresentar na presente Monografia, já que é um assunto inovador e atual, estando totalmente relacionado às inovações tecnológicas e científicas.

Portanto, esta Monografia visa discutir, analisar e concluir quanto aos direitos do embrião e dos produtos genéticos reprodutivos na reprodução assistida. Indagando-se quais são seus direitos, qual sua proteção jurídica e qual a possibilidade no caso das sucessões para estes embriões e tipos genéticos, visto que não se trata apenas de uma indagação jurídica, mas também de interesse bioético.

I.I – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Ao longo do século XX (vinte), os paradigmas médico-científicos sofreram transformações significativas, especialmente no campo da engenharia genética. Entre os avanços mais notáveis, destacam-se as técnicas de reprodução humana assistida, que se aperfeiçoaram ao longo dos anos, oferecendo novas alternativas para casais com dificuldades para conceber de forma natural.

Esses desenvolvimentos trouxeram benefícios à sociedade, mas também geram desafios, especialmente no que se refere às questões jurídicas e aos novos vínculos familiares formados a partir dessas tecnologias, que visam oferecer novos meios para a concepção de uma família.

Deste modo, as novas técnicas foram criadas para ajudar casais que não conseguem gerar filhos de maneira convencional. No entanto, enquanto essas inovações trouxeram avanços importantes para muitas famílias, também levantaram questões complexas sobre os efeitos legais e éticos relacionados à criação de filhos fora do contexto tradicional. Esse novo cenário exige uma análise profunda sobre os direitos envolvidos e os possíveis impactos no que diz respeito à dignidade humana e às relações familiares.

Nesse sentido, a bioética, campo que surgiu para impor limites aos avanços científicos, se tornou essencial diante da crescente experimentação com seres humanos. Embora os progressos na medicina, como a criação de novas terapias e medicamentos, tenham o objetivo de melhorar a qualidade de vida e combater doenças, é inegável que esses avanços não podem ocorrer em detrimento da dignidade humana.

A preocupação com a ética médica remonta à Grécia Antiga, com Hipócrates (460-377 a.C.), cujo juramento é considerado a primeira tentativa de normatizar a prática médica com respeito aos valores humanos. Embora, o conceito de bioética como conhecemos hoje não existisse, o juramento hipocrático já evidenciava a preocupação com o respeito à dignidade do ser humano em nome da ciência médica.

Assim, no século XX (vinte), após os horrores dos experimentos realizados durante a 2ª Grande Guerra, a sociedade passou a reconhecer que abusos aos direitos humanos não poderiam mais ser tolerados, mesmo sob o pretexto de avanços científicos. O que reforçou a necessidade de criar normas que garantissem o respeito à dignidade humana.

Outro episódio marcante nesse contexto foi o “Caso Tuskegee”, ocorrido entre 1932 e 1972, nos Estados Unidos, quando um estudo conduzido pelo Serviço de Saúde Pública em parceria com o Instituto *Tuskegee* investigou a progressão natural da sífilis sem tratamento. O estudo envolveu homens negros, parte deles portadores da doença, e resultou em inúmeras mortes e contaminação de esposas e filhos, sem que os participantes soubessem que estavam sendo privados de tratamento.

Ora, esses casos trágicos evidenciaram a urgência de se estabelecer uma ética médico-científica, capaz de evitar abusos em nome do progresso da medicina. O termo “bioética” foi cunhado em 1971 pelo médico Potter Van Rensselaer, da Universidade de Wisconsin, em sua obra *Bioethics: Bridge to the Future*.

Na época, Van Rensselaer via a bioética como uma ciência voltada para a sobrevivência humana, focada na preservação do equilíbrio entre os seres humanos e o ecossistema. Mais tarde, o termo passou a ser utilizado para designar a ética aplicada à prática médica e à biologia, visando estabelecer diretrizes para os avanços científicos, principalmente no campo da saúde, o qual estabelece uma relação direta com os seres humanos.

Foi nesse contexto que surgiu o biodireito, um ramo jurídico que busca regular e estabelecer limites para as liberdades científicas, de modo a proteger os direitos humanos e a dignidade das pessoas diante dos rápidos desenvolvimentos da biotecnologia.

No entanto, mesmo que o biodireito e bioética estejam intimamente relacionados, o biodireito é essencial para garantir que os avanços científicos não criem lacunas legais, prevenindo conflitos e abusos decorrentes das novas tecnologias.

O biodireito é um campo que integra princípios constitucionais fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a solidariedade, que devem orientar tanto as práticas médicas quanto a evolução das tecnologias biológicas. Ele visa assegurar que os direitos humanos sejam respeitados em todas as situações, mesmo nas mais complexas, em que envolvem questões como reprodução assistida e manipulação genética.

No âmbito internacional, o biodireito tem se consolidado por meio de documentos como a *Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos*, elaborada pela UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), que visa regulamentar as práticas biotecnológicas, promovendo a concretização dos direitos humanos no campo científico. Nesse sentido, a criação de legislações específicas para regular temas como a reprodução assistida é de extrema importância.

Atualmente, é comum que mulheres com dificuldades para engravidar recorram às técnicas de reprodução assistida, especialmente no caso da reprodução heteróloga, quando o sêmen é de um doador anônimo. Essa prática envolve diversos direitos fundamentais, como o direito da mãe de gerar um filho, o direito do doador à privacidade e o direito da criança gerada a conhecer sua origem genética.

Contudo, no Brasil, ainda não há uma legislação específica que regule completamente o tema. Assim, a resolução de questões envolvendo reprodução assistida é, em grande parte, guiada pela jurisprudência, com base nos princípios constitucionais que protegem os direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos.

Portanto, é essencial que os princípios constitucionais orientem a regulamentação das novas formas de constituição familiar e das técnicas de reprodução humana assistida, a fim de garantir a proteção dos direitos humanos em um contexto de constante evolução biotecnológica.

II – PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA

A bioética é caracterizada como uma forma de resposta à ética em razão das novidades científicas no âmbito da saúde, como a reprodução humana assistida. Isto é, constitui como uma resposta aos riscos biológicos oriundos dos laboratórios de manipulação genética.

Deste modo, a bioética possui paradigmas de referência antropológico-moral, como o valor supremo da pessoa humana, da vida, da dignidade e da liberdade, tendo como prioridade o ser humano e seus direitos.

Não obstante, os princípios são a base do ordenamento jurídico, ou seja, constituem o fundamento da justiça e dos valores morais a serem seguidos e harmonizarem a estrutura do sistema jurídica no qual estão inseridos.

Assim, de acordo com Maria Berenice Dias, devido à sua natureza geral, os princípios são, "*por definição, mandamentos centrais de um sistema*".

Em função disso, a conceituação dos princípios se dá como a base de valores e justiça que sustentam e conferem eficácia às normas estabelecidas pela Constituição Federal do Brasil. Diferente das regras, que podem ser seguidas ou não, os princípios têm um caráter mais abrangente e fundamental. Como aponta Daniel Sarmiento, citado por Maria Berenice Dias, "*se o direito fosse composto apenas por regras jurídicas, sem princípios, seria possível substituir juízes por máquinas*". Ou seja, teríamos um sistema jurídico rigidamente fechado, incapaz de se adaptar às mudanças sociais e de resolver adequadamente os conflitos intersubjetivos.

Desta forma, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ocorreu a constitucionalização do direito privado, especialmente no campo do direito de família, o que tornou as normas positivadas insuficientes para resolver as questões complexas e as novas formas de conflitos que surgem com o avanço da sociedade e de suas tecnologias.

Nesse cenário, os princípios passaram a ter aplicação imediata, não apenas como guias valorativos, mas como normas diretamente aplicáveis ao caso concreto. No entanto, é importante destacar que nenhum princípio, seja constitucional ou não, é de aplicabilidade absoluta, uma vez que podem existir limitações desde que não haja

violação de seu núcleo essencial.

Nesse contexto, pode ocorrer um conflito entre princípios fundamentais no caso concreto, assim para o jusfilósofo Robert Alexy:

"nos casos concretos, os princípios possuem pesos diferentes, e aqueles com maior peso prevalecem".

Isso significa que, ao contrário das regras, quando há um conflito entre princípios, um deles precisa ceder para que o outro seja aplicado, sendo necessário realizar um sopesamento de ambos os princípios. Esse processo deve ser orientado pelo princípio da proporcionalidade, um importante instrumento hermenêutico constitucional, que busca equilibrar os direitos em jogo de maneira justa e razoável

Nesse sentido os princípios da bioética são: (i) da autonomia; (ii) da beneficência; (iii) da não maleficência, e; (iv) da justiça.

III – PRINCÍPIO DA AUTONOMIA

O princípio da autonomia configura o profissional da saúde como um indivíduo que respeita o paciente, ou seu representante, levando em conta os valores morais da sociedade. Deve reconhecer que o paciente é capaz de tomar suas decisões com base nas opções e orientações passadas, logo deve ser tratado com a sua devida autonomia para escolher o que melhor representar sua moral e ética.

Este princípio valoriza a vontade do paciente ou de seus representantes, tendo em consideração seus valores morais e religiosos, aquele que tiver sua vontade reduzida deve ser respeitado e protegido.

Assim, o paciente ou seu representante legal é um sujeito capaz e autônomo com capacidade de atuar com conhecimento sem influência externa. Frisa-se que deste princípio decorrem a exigência do consentimento livre e informado, previsto no Código de Ética Médica em seus artigos 12, 13, 22, 34, 42, 44 e 101 §§ 1º e 2º, *in verbis*:

(...) “Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.

Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.

Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.”

(...)

“Art. 22. Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.”

(...)

“Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.”

(...)

“Art. 42. Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre método contraceptivo, devendo sempre esclarecê-lo sobre indicação, segurança, reversibilidade e risco de cada método.”

(...)

“Art. 44. Deixar de esclarecer o doador, o receptor ou seus representantes legais sobre os riscos decorrentes de exames, intervenções cirúrgicas e outros procedimentos nos casos de transplante de órgãos.”

(...)

“Art. 101. Deixar de obter do paciente ou de seu representante legal o termo de consentimento livre e esclarecido para a realização de pesquisa envolvendo seres humanos, após as devidas explicações sobre a natureza e as consequências da pesquisa.

§ 1o No caso de o paciente participante de pesquisa ser criança, adolescente, pessoa com transtorno ou doença mental, em situação de diminuição de sua capacidade de discernir, além do consentimento de seu representante legal, é necessário seu assentimento livre e esclarecido na medida de sua compreensão.

§ 2o O acesso aos prontuários será permitido aos médicos, em estudos retrospectivos com questões metodológicas justificáveis e autorizados pelo Comitê de Ética em Pesquisa (CEP) ou pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa (Conep).”

Portanto, significa respeitar o direito dos indivíduos de tomar decisões informadas sobre sua própria vida e tratamento, o que inclui o direito à privacidade e à informação.

II.II PRINCÍPIO DA BENEFICÊNCIA

O princípio da beneficência dispõe que o profissional da saúde só pode usar suas práticas biomédicas ou médicas para o bem-estar do ser humano. Não devendo causar dano e maximizar os benefícios, minimizando os malefícios de suas práticas.

Deste modo, existe a obrigação de agir em benefício dos pacientes, promovendo seu bem-estar e evitando causar danos. Devendo-se proporcionar na ótica de Beauchamp e Childress, que obedece o dever moral de agir em benefício do outro, o que implica uma ação positiva para melhorar a saúde e qualidade de vida dos indivíduos.

II.III PRINCÍPIO DA NÃO MALEFICIÊNCIA

O princípio da não maleficência decorre do princípio da beneficência, isto é, prevê que o profissional da saúde não acarrete dano intencional ao paciente, derivando da máxima da ética médica do “*primum non nocere*”, o princípio de "não causar dano". Logo, os profissionais de saúde devem evitar ações que possam prejudicar os pacientes, seja intencionalmente ou não.

II.IV PRINCÍPIO DA JUSTIÇA

O princípio da justiça requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, visto que todos devem ser tratados igualmente, conforme o artigo 5º da Constituição Federal.

Este princípio se refere à distribuição equitativa de recursos de saúde e ao tratamento justo de todos os indivíduos, independentemente de sua condição socioeconômica ou outras características, este princípio é frequentemente utilizado para resolver dilemas éticos no contexto da bioética.

Não obstante, em outubro de 2005, na Conferência Geral da UNESCO (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*), ficou estabelecida a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, que consolida os princípios fundamentais da bioética, elencados e explicados acima.

Ainda, é possível se deparar com outro paradigma, além dos princípios, como: (i) o naturalismo, que reconhece, o direito natural e a existência de bens fundamentais, como a dignidade e a vida; (ii) o contratualismo, que defende uma relação jurídica entre paciente/sociedade e o médico; (iii) o personalismo, que defende a dignidade humana com base em suas características essenciais.

Assim, a bioética é um campo interdisciplinar que estuda as questões éticas relacionadas à vida e à saúde, surgindo da necessidade de abordar dilemas éticos que emergem na prática médica, na pesquisa científica e nas biotecnologias.

Portanto, a bioética é essencial para garantir que as práticas na saúde sejam realizadas com respeito à dignidade humana, promovendo uma reflexão crítica sobre os impactos dessas novas tecnologias no mundo atual, em destaque no ordenamento

jurídico.

III – DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Na sociedade contemporânea, as técnicas de reprodução humana assistida têm ganhado crescente relevância, visto que as famílias não são mais formadas exclusivamente por meio do matrimônio, mas também pelo desejo individual de gerar uma prole.

A possibilidade de recorrer à reprodução assistida trouxe uma nova perspectiva tanto para casais heteroafetivos quanto homoafetivos, permitindo-lhes concretizar o sonho de formar uma família.

O século XX (vinte) foi marcado por grandes avanços no campo da biotecnologia, especialmente nas técnicas de reprodução assistida. Um marco importante ocorreu em 1987, quando nasceu, no Brasil, o primeiro bebê gerado por fertilização *in vitro*. A infante, chamada de Ana Paula Caldeira, foi concebida por meio desse método inovador, seis anos após o nascimento de Louise Brown, o primeiro bebê do mundo a ser gerado por essa técnica. O sucesso dessas primeiras gestações impulsionou o contínuo aprimoramento das técnicas de reprodução assistida, tornando-as cada vez mais modernas e eficazes.

Importante elucidar que a reprodução assistida envolve a união dos gametas feminino e masculino de maneira artificial, com o objetivo de gerar um ser humano, sendo que os principais métodos utilizados são o ZIFT (Zygote Intra-Fallopian Transfer) – *in vitro*, e o GIFT (Gamete Intra-Fallopian Transfer) – *in vivo*.

No método GIFT (*in vivo*), o material genético não sofre manipulação externa. Nesse caso, o sêmen é introduzido diretamente nas trompas da mulher, permitindo que a fecundação ocorra naturalmente, dentro do corpo feminino.

Por outro lado, no método ZIFT (*in vitro*), o óvulo é retirado da mulher e fertilizado fora do corpo, com o sêmen do órgão masculino. Após a fertilização, o embrião é transferido para o útero.

Destaca-se que as técnicas de reprodução assistida são empregadas quando outros tratamentos para a infertilidade não oferecem resultados satisfatórios, sendo indicadas para casais que, após tentativas de tratamento para resolver a causa da infertilidade, não conseguem conceber naturalmente. Dependendo da situação e da avaliação do médico

especialista, o tratamento pode ser realizado de forma homóloga, utilizando o material genético dos próprios parceiros, ou heteróloga, quando o material genético provém de um doador.

Nesse sentido, as espécies de reprodução humana assistida são classificadas como homóloga e heteróloga. Esses termos, inseridos no Código Civil, diferenciam os procedimentos conforme o material genético utilizado: na reprodução homóloga, utiliza-se o material genético do próprio casal; na reprodução heteróloga, o material genético provém de um terceiro alheio à relação.

Nesse sentido, na reprodução homóloga, o material genético utilizado – seja o sêmen ou o óvulo – é do parceiro, ou seja, companheiro ou companheira. Em regra, essa modalidade não apresenta grandes problemas jurídicos.

No entanto, questões ético-jurídicas podem surgir, especialmente no que diz respeito à reprodução *post mortem*. Nesse caso, quando o pai falece antes da inseminação, a questão se torna controversa, pois alguns doutrinadores defendem que a prática violaria direitos fundamentais, devendo que para o procedimento ser realizado, seria necessária a autorização do doador, visto que o sêmen não poderia ser dado após a morte.

Contudo, outra porção da doutrina argumenta que quando o doador autoriza o armazenamento e uso de seu material genético, ele está consentindo tacitamente com o procedimento, ainda que venha a falecer antes da inseminação.

Assim, embora não haja uma lei específica sobre a reprodução *post mortem*, a legislação brasileira tem avançado no tratamento de questões relacionadas à reprodução assistida. Um exemplo disso é o artigo 1.597 do Código Civil de 2002, que visa eliminar a discriminação entre filhos, estabelecendo que são presumidos como filhos do casamento, entre outros, os filhos gerados por fecundação artificial homóloga. Nesse caso, não há maiores dificuldades jurídicas, já que a criança carrega a carga genética de ambos os pais, e a Constituição de 1988 assegura a igualdade entre todos os filhos, independentemente da forma de concepção.

Em contrapartida, a reprodução heteróloga é considerada uma modalidade mais complexa. Nessa modalidade, o material genético utilizado provém de um terceiro que não faz parte da relação, o que gera uma série de questões jurídicas e éticas.

Uma das principais discussões doutrinárias em torno da reprodução heteróloga envolve a paternidade e a maternidade da criança gerada por esse método, bem como questões relacionadas à ação negatória de paternidade e à gestação por substituição.

Por exemplo, quando a mulher é casada e o casal decide recorrer à inseminação com sêmen de um terceiro, o Código Civil exige a autorização prévia do marido ou companheiro(a). De acordo com o art. 1.597, V, para que a criança concebida por meio de reprodução assistida heteróloga seja reconhecida como filha do casal, é necessário que o marido/companheiro(a) consinta previamente com o procedimento. Após essa autorização, o marido não poderá questionar a paternidade da criança, pois a inseminação será considerada como realizada dentro do contexto do casamento ou da união estável.

Deste modo, na reprodução heteróloga, é fundamental que haja o consentimento do cônjuge ou companheiro que não contribuirá com seu material genético para a formação do embrião.

Uma vez implantado o embrião, e se nascer com vida, a *petiz* será reconhecida como filha de quem planejou a gestação, conforme o artigo 1.597 do Código Civil. Esse reconhecimento da paternidade ou maternidade só poderá ser contestado em situações excepcionais, caso o cônjuge mude de ideia antes da inseminação (artigos 1.600 e 1.602 do Código Civil). Ato contínuo, após isso a paternidade ou maternidade não pode ser desfeita. No entanto, isso não significa que a mulher ou o homem não possam desistir do projeto parental.

Caso a mulher que desista, como o embrião foi implantado em seu útero, sua negativa seria um ato físico, além de verbal ou escrito. Por outro lado, se quem desistir for o parceiro que não contribuiu com o material genético, o caso poderia ser tratado como uma situação de monoparentalidade.

Por exemplo, se o embrião é formado com o óvulo da mulher e espermatozoides de um doador, e o marido decide desistir do projeto parental, ela poderia seguir com a gestação, desde que a paternidade não fosse atribuída ao marido ou companheiro(a), que deve ter revogado seu consentimento de forma clara.

Outro ponto crucial na reprodução heteróloga é o anonimato dos doadores de material genético. Por um lado, há o direito de o doador manter sua identidade em sigilo, mas, por

outro, o direito da criança de conhecer sua origem genética é igualmente importante. Esse direito à identidade genética está ligado à dignidade humana, tanto para garantir que a criança saiba sua origem biológica, quanto para evitar riscos de relações incestuosas no futuro. No Brasil, a Resolução 2.168 do Conselho Federal de Medicina defende o anonimato do doador, mas, em 2016, o Provimento nº 52 da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça determinou que a identidade dos doadores fosse revelada, o que afetaria tanto os casos futuros quanto os anteriores.

Já, nos projetos de monoparentalidade, por exemplo, a reprodução será, necessariamente, heteróloga, e não há a necessidade de consentimento de um cônjuge ou parceiro, já que a vontade de ser mãe ou pai é unilateral. Caso a mulher desista de ser mãe, não há nenhuma consequência para ela, já que a decisão é pessoal. Mas, caso o homem queira seguir com seu projeto de paternidade biológica, isso dependerá de uma gestação de substituição.

Por fim, a gravidez por substituição ocorre quando o casal utiliza o útero de uma terceira pessoa para gerar a criança. Esse procedimento é regulamentado pela Resolução 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina, que estabelece critérios rigorosos para essa técnica de reprodução assistida. A resolução veda qualquer tipo de lucro relacionado à doação temporária do útero e exige que a doadora seja da família do casal (pais biológicos). Além disso, a gestação por substituição só pode ser utilizada quando houver problemas médicos que impeçam a mulher do casal de levar a gestação a termo ou, ainda, em casos de casais homoafetivos. Frisa-se que no Brasil não há nenhuma lei, seja federal ou estadual, que se refira ao procedimento de gestação por substituição. Apesar do ato ser regulamentado, desde 1992, por sucessivas resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM). E, desde 27 de maio de 2021, encontra-se em vigor a Resolução da CFM nº 2.294.

Deste modo, um dos principais dilemas jurídicos gerados por essa técnica envolve o direito à identidade genética da criança gerada. Isso coloca em tensão dois princípios fundamentais: o princípio da inviolabilidade do sigilo do doador de sêmen e o princípio da dignidade da pessoa humana. A criança gerada por esse método tem direito ao conhecimento da sua origem genética, o que, em certos casos, pode conflitar com a proteção do sigilo do doador. Este é um dos principais desafios legais a serem superados na regulamentação da reprodução assistida no Brasil.

Desta forma, a escolha de ser pai ou mãe está diretamente ligada à autonomia das pessoas e à dignidade humana. Isso porque o planejamento familiar, que inclui o direito à reprodução — seja assistida ou natural —, é considerado um direito fundamental pela Constituição (art. 226, § 7º) e pelo Código Civil (art. 1.565, § 2º).

Portanto, os óbices mais complexos surgem, porém, quando, na reprodução homóloga, em que ambos os pais contribuem com seu material genético para a formação do embrião, um dos cônjuges desiste do plano familiar. A desistência de um implica na impossibilidade do outro de realizar seu projeto, e isso gera uma situação delicada, que deve ser analisada com cautela, caso a caso.

IV – DIFERENÇA ENTRE EMBRIÃO *IN VITRO* E EMBRIÃO *IN VIVO* E SUAS TEORIAS

É de extrema relevância para o estudo desta monografia explicitar a diferença entre um embrião *in vitro* e do embrião *in vivo*, visto que muitas das questões relevantes à ética se enquadram nesta assimetria das palavras e o seu real significado.

Inicialmente, o embrião é o encontro do óvulo com o espermatozoide, sendo a fase está a embrionária que dura até a oitava semana de desenvolvimento. Isto é, o embrião compreende como a fase dentro do processo de gestação, podendo, ainda nesta fase, não estar inserido no ventre materno.

Desta forma, as células-tronco embrionárias são células pluripotentes, ou seja, possuem a capacidade de se diferenciar em diversos tipos celulares que compõem os tecidos de um organismo. Assim, de acordo com o artigo 3º, inciso XI, da Lei 11.105/2005, essas células podem ser utilizadas para fins terapêuticos, no tratamento de várias doenças.

Nesse sentido, o uso de células-tronco embrionárias é a definição e o status jurídico do embrião na legislação brasileira. No entanto, o avanço da engenharia genética reprodutiva alterou significativamente a concepção tradicional sobre o início da vida. O entendimento anterior, baseado na fecundação intrauterina como marco do começo da existência humana, foi deslocado para a manipulação de gametas e a criação de embriões fora do útero, por meio de técnicas como a fertilização *in vitro*.

Ora, a diferença entre embriões criados naturalmente e aqueles produzidos em laboratório é substancial. O embrião artificial, gerado em um ambiente controlado fora do corpo humano, não possui o "*locus*" ou habitat natural para seu desenvolvimento, o que implica na impossibilidade de se alcançar a "*spes hominis*" (esperança de vida humana), dentro do frio ambiente de um tubo de ensaio, sem a interação com o organismo materno, o embrião não tem condições de progredir rumo ao desenvolvimento embrionário completo, ao contrário do embrião *in vivo*.

Deste modo, é importante destacar algumas teorias que tratam do assunto, entre elas temos a Teoria Concepcionalista, que é a adotada pelo sistema jurídico brasileiro.

Essa teoria caracteriza que a vida humana merece plena proteção jurídica, desde a

concepção do embrião, ou seja, desde o momento da fecundação, seja natural ou artificial, do óvulo pelo espermatozoide.

Já, a teoria da nidação, pressupõe que a vida se inicia com a fixação do embrião no útero, vez que este é o ambiente em que o útero pode se desenvolver. A nidação somente acontece a partir do 40º dia, sendo esta teoria muito defendida por pesquisadores de células-troncos em embriões congelados.

Por fim, a teoria neurológica inicia o marco inicial da vida humana com a atividade cerebral do ser, uma vez que a morte é fixada no momento do fim das atividades elétricas no cérebro.

Nesse sentido, seguem as palavras do Professor Casali, abaixo:

“O que realmente se pode afirmar é que inexiste vida viável fora do útero materno. In vitro o embrião não possui condições de crescer, formar-se e tornar-se feto. Portanto independente de qual das teorias das explicações acima prevalecer, enquanto não estiver no útero da mulher, não poderá ser considerado nascituro, pois in vitro jamais nascerá.”²

Portanto, do exposto resta evidente a diferença entre a criação natural e artificial dos embriões, além das teorias atualmente existentes sobre o tema, sendo que o Brasil segue a teoria concepcionalista.

² CASALI, N; FERDINANDI, M, 102.

V – DO CONSENTIMENTO INFORMADO

O consentimento informado é um princípio fundamental na área da saúde, especialmente no contexto da reprodução assistida, visto que se trata de um direito do paciente de ser plenamente informado sobre os procedimentos que serão realizados, os riscos envolvidos e as possíveis consequências, permitindo-lhe tomar uma decisão consciente e autônoma sobre sua participação.

No caso da reprodução assistida, esse consentimento é ainda mais crucial, considerando que envolve aspectos sensíveis, como o uso de gametas (óvulos ou espermatozoides), o tratamento hormonal e a possibilidade de fecundação *in vitro*, além de implicações jurídicas, éticas e familiares.

O consentimento informado na reprodução assistida visa garantir que o paciente compreenda todos os aspectos do procedimento, seja ciente dos riscos envolvidos e tenha a liberdade de decidir se deseja ou não prosseguir com o tratamento. Esse consentimento deve ser dado de forma clara, livre e informada, ou seja, sem pressões externas, e após a pessoa receber todas as informações necessárias sobre o processo e suas consequências.

No Brasil, a Resolução CFM nº 2.294/21 do Conselho Federal de Medicina (CFM) regulamenta a reprodução assistida no país e estabelece diretrizes específicas para a realização desses procedimentos, incluindo a necessidade do consentimento informado. Ela visa proteger os direitos dos pacientes e garantir a ética e a transparência nas técnicas de reprodução assistida.

Nesse sentido a resolução exige que o consentimento seja fornecido de forma documentada, por escrito, após o paciente ser devidamente informado sobre todos os aspectos do procedimento. Isso inclui explicações sobre as possibilidades de sucesso do tratamento, os riscos, os custos envolvidos, a utilização de gametas de doadores anônimos (caso seja o caso), e as implicações legais, como o registro da criança nascida.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça do Recurso Especial nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6) revogou a resolução CFM nº 2.168/2017. Assim, a despeito desta nova Resolução ficou previsto que a utilização dos gametas para a reprodução assistida *post mortem* precisa ser autorizada em documento escrito, seja por meio de testamento ou outro.

Ainda, o paciente deve ser informado sobre as técnicas específicas que serão empregadas, como a fertilização *in vitro* (FIV), a inseminação artificial, a preservação de gametas ou embriões, entre outras, bem como deve ser explicado o que acontece com os embriões criopreservados caso o tratamento não seja bem-sucedido ou se o casal decidir interromper o processo.

Caso haja o uso de gametas de doadores anônimos, o consentimento informado também deve abordar o sigilo do doador e o direito da criança de conhecer sua origem genética no futuro, conforme disposto na legislação e nas orientações do CFM. Isso garante a transparência sobre os direitos da criança e a responsabilidade das clínicas de manterem registros adequados.

A resolução também estabelece a responsabilidade das clínicas e profissionais envolvidos, que devem garantir que o processo seja realizado de acordo com as normas éticas, respeitando a autonomia do paciente e zelando pelo bem-estar dos envolvidos, principalmente da criança gerada.

Deste modo, o consentimento informado deve incluir a orientação sobre os aspectos psicológicos e sociais do processo de reprodução assistida. O tratamento pode ter um grande impacto emocional, e os profissionais da saúde devem garantir que os pacientes compreendam essas questões e, se necessário, sejam encaminhados para acompanhamento psicológico.

Frisa-se que o consentimento no caso de reprodução assistida pós-morte, também é tratado na resolução, visto que aborda a utilização de gametas ou embriões de uma pessoa falecida. A resolução prevê que o consentimento deve ser inequívoco e expresso, com a necessidade de documentação formal, como um testamento ou contrato, autorizando o uso do material genético após a morte.

Deste modo, a Resolução CFM nº 2.294/21 é essencial para a prática da reprodução assistida no Brasil, pois regula não apenas a parte técnica dos tratamentos, mas também as questões éticas e jurídicas, assegurando que o consentimento informado seja dado de maneira clara e transparente. Ela reconhece a complexidade da reprodução assistida, e visa a proteção dos direitos dos pacientes, das crianças geradas e das famílias envolvidas, respeitando a autonomia dos indivíduos e buscando garantir que as decisões tomadas sejam conscientes e bem-informadas.

Assim, o consentimento informado e a Resolução da CFM juntos constituem uma base importante para assegurar que a reprodução assistida seja realizada de maneira ética e responsável, respeitando os direitos das pessoas e garantindo que os procedimentos cumpram os princípios da dignidade humana, da liberdade e da autonomia.

De maneira geral, o consentimento informado refere-se ao direito do paciente de ser devidamente informado sobre todos os aspectos médicos relacionados ao tratamento ao qual será submetido. Em outras palavras, é o direito à informação garantido pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), para que o paciente dê seu consentimento de maneira consciente, é fundamental que ele tenha acesso a todas as informações necessárias sobre o procedimento, para poder tomar a decisão que melhor lhe convier, exercendo sua plena autonomia da vontade.

As Dras. Isadora Cé Pagliari e Débora Gozzo apontam que, caso as informações recebidas pelo paciente não sejam compreendidas adequadamente, ele poderá tomar uma decisão baseada em dados incorretos, o que pode levar à anulabilidade de sua manifestação de vontade, comprometendo sua autonomia e livre autodeterminação.

Nesse sentido, as Prof^{as.} Dra^{as.} Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Mathias destacam que a vontade é o elemento central dos negócios jurídicos, e que a concordância das partes é essencial para a realização de um contrato. Portanto, reforçam que essa concordância deve ser livre, sem vícios como erro, dolo, coação, lesão ou fraude.

Ora, quando se firma um contrato com uma clínica de reprodução humana, as partes envolvidas também estão exercendo sua autonomia da vontade, especialmente ao pactuar o destino dos embriões. Embora esse contrato com a clínica seja considerado um contrato de consumo, ele assume um caráter existencial quando envolve um direito extrapatrimonial, como o direito à reprodução.

É importante destacar que o termo de consentimento livre e esclarecido, nos tratamentos de reprodução assistida, deve prever que os pacientes podem mudar de ideia ao longo do processo, conforme ensina Prof. Dr. Genival Veloso França. Isso inclui a possibilidade de decidir o destino dos embriões excedentes e do material genético coletado, e até mesmo de revogar suas decisões em casos como divórcio, separação ou falecimento de um dos cônjuges ou companheiros, sem que haja qualquer ônus para os

pacientes.

Além disso, em 1988, a Constituição Federal também consagrou o respeito à autonomia do paciente, com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, e art. 5º, II). Já o Código de Defesa do Consumidor, em 1990, reconheceu formalmente o direito à informação adequada.

Ressalta-se que a violação do dever de informar e esclarecer pode gerar responsabilização civil, podendo até invalidar a relação contratual. O profissional de saúde que realizar um procedimento sem o devido consentimento informado pode ser obrigado a indenizar o paciente, conforme as normas de responsabilidade civil, já que a intervenção sem autorização configura um ato ilícito.

Nesse sentido, a Resolução 2.294/21, do Conselho Federal de Medicina, reiterou a obrigatoriedade do consentimento livre e esclarecido em procedimentos de reprodução assistida. O Código de Ética Médica também destaca essa necessidade, evidenciando a importância desse instituto não apenas para a relação médico-paciente, mas, acima de tudo, para o exercício da autonomia da pessoa, que deve ser sempre pautado em sua dignidade humana. O consentimento informado deve ser detalhado, abrangendo os aspectos médicos, biológicos, jurídicos e éticos do tratamento, com as informações expostas de maneira clara e acessível. Esse consentimento deve ser formalizado em um documento, obtido após uma discussão bilateral, onde todos os envolvidos concordam com o procedimento.

Por fim, para a Prof.^a Dr.^a Maria Helena Diniz, o consentimento informado é a base e a legitimação do ato médico. Sua ausência, quando provocada de forma dolosa, constitui negligência profissional (art. 146 do Código Penal). Além disso, se a informação fornecida for precária, o médico será responsabilizado pelos danos causados, mesmo que a técnica utilizada tenha sido a correta.

VI – PANORAMA LEGISLATIVO BRASILEIRO

Nos dias atuais, se vive um período de profundas transformações nas relações familiares, em que a concepção de filhos, antes restrita às relações sexuais entre os genitores, hoje também ocorre por meio de técnicas de reprodução assistida e adoção. Nessas novas formas de constituição da família, o vínculo consanguíneo já não é uma exigência para o reconhecimento de um filho dentro do núcleo familiar. No entanto, o direito brasileiro ainda não acompanhou completamente essas mudanças, deixando lacunas normativas, especialmente no que se refere às técnicas de reprodução humana assistida.

Como já foi mencionado ao longo desta pesquisa, persiste uma lacuna normativa em relação à regulamentação das técnicas de reprodução assistida. Na ausência de uma legislação específica, a solução dos casos tem ficado a cargo dos magistrados, que devem decidir com base nos princípios constitucionais e nas normas gerais do direito.

A pesquisa jurisprudencial revela que não há muitos julgados sobre as questões envolvendo essas técnicas. Contudo, um caso relevante do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul se destaca. Trata-se do Agravo de Instrumento nº 70052132370, que discute o registro de nascimento de uma criança concebida por inseminação heteróloga, utilizando gameta de um doador anônimo. Esse julgamento é relevante pois aborda questões fundamentais, como o sigilo do doador, a filiação e o direito à identidade genética.

O caso em questão envolveu um casal homoafetivo que recorreu à técnica de reprodução assistida heteróloga para gerar sua prole. Surgiram, então, três questões principais para a análise judicial: o direito da criança de conhecer sua origem genética, a preservação do sigilo do doador e o vínculo de filiação estabelecido entre os pais e a criança.

O magistrado entendeu que a origem genética da criança é um direito personalíssimo, ou seja, um direito que a criança pode exercer em seu tempo, caso deseje conhecer sua ancestralidade. Assim, determinou que as informações sobre o doador deveriam ser mantidas no estabelecimento que realizou o procedimento. O juiz também enfatizou que, para garantir a dignidade da criança e seu direito de saber sua identidade genética, a clínica deveria manter um registro dessas informações, conforme as exigências do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Quanto ao sigilo do doador, o juiz seguiu a linha majoritária da doutrina, que entende que

quebrar o anonimato do doador tornaria a técnica de inseminação muito difícil de ser aplicada, pois isso poderia desmotivar os doadores, que temem ser responsabilizados pela criança gerada a partir de seu gameta. Dessa forma, a preservação do sigilo é fundamental para garantir o bom funcionamento das técnicas de reprodução assistida.

No que diz respeito ao vínculo de filiação, o juiz se baseou no melhor interesse da criança e no princípio da afetividade, reconhecendo o casal como os pais da criança e autorizando o registro de nascimento com o nome da família que a concebeu afetivamente. O juiz entendeu que o que realmente importa é o vínculo emocional e social, que é o que define a parentalidade no caso.

Portanto, o julgamento reafirma que, em situações de reprodução assistida, o que deve prevalecer é o interesse superior da criança, que não está atrelado exclusivamente ao vínculo biológico, mas sim ao amor e ao cuidado proporcionado pela família que a acolheu.

Assim, apesar da crescente demanda e dos avanços nas técnicas de reprodução assistida, o tema ainda carece de uma regulamentação clara no Brasil. Diversos projetos de lei foram propostos ao longo dos anos para tratar do assunto. O primeiro desses projetos foi o PL nº 2855/1997, que tratava da utilização de técnicas como a fertilização *in vitro*, a transferência de pré-embriões e a gravidez por substituição. Em 2003, esse projeto foi apensado ao PL nº 1184/2003, atualmente em tramitação no Congresso Nacional.

O PL nº 1184/2003, proposto pelo senador Lúcio Alcântara, busca estabelecer normas para regulamentar as técnicas de reprodução assistida no Brasil, incluindo a proibição da gestação por substituição e das experiências com clonagem. Este projeto também trata de questões importantes como o sigilo do doador de gametas e o direito à identidade genética da criança gerada por essas técnicas.

Uma das principais regulamentações propostas por este projeto de lei diz respeito ao sigilo do doador. Segundo o art. 8º do projeto, as clínicas responsáveis pela realização das técnicas de reprodução assistida são obrigadas a manter o sigilo sobre a identidade dos doadores, impedindo que os doadores e os receptores (casais) se conheçam.

Outro ponto importante do projeto é o direito da criança gerada por essas técnicas de conhecer sua origem genética. O art. 9º, §1º estabelece que a criança tem o direito de acessar as informações sobre o doador a qualquer tempo. A clínica responsável pela

inseminação deverá fornecer essas informações quando solicitado.

Ressalta-se outro caso importante, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria de votos, restabeleceu uma sentença que proibiu a implantação de embriões criopreservados em uma viúva, entendendo que, para que esse procedimento fosse realizado após a morte do cônjuge, seria imprescindível o consentimento expresso e inequívoco do falecido.

O caso teve início quando os filhos do falecido, de um primeiro casamento, ingressaram com uma ação judicial pedindo a impugnação da utilização do material genético de seu pai – que faleceu em 2017 – pela madrasta viúva. Eles alegaram que não havia documento que comprovasse o consentimento do pai para que seus embriões congelados fossem usados após sua morte.

O falecido e a viúva estavam casados desde 2013 sob o regime de separação absoluta de bens, uma vez que o marido tinha 72 (setenta e dois) anos na data do casamento. Em seu testamento particular, ele havia destinado a parte disponível de sua herança para os filhos do primeiro casamento e deixado à esposa a quantia de R\$ 10 milhões, além do valor necessário para a compra de um apartamento.

A viúva, por sua vez, argumentou que havia uma autorização verbal de seu marido para a criopreservação e posterior implantação dos embriões, e que não haveria exigência legal quanto à forma de manifestação desse consentimento.

O juízo de primeiro grau deu razão aos filhos do falecido, proibindo a utilização dos embriões. No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) reformou a sentença, considerando o contrato firmado com o hospital responsável pela criopreservação, no qual o casal havia acordado que, em caso de falecimento de um dos cônjuges, os embriões ficariam sob a custódia do outro.

O Tribunal paulista entendeu que, ao confiar a guarda dos embriões à viúva, o falecido estaria implicitamente autorizando a continuidade do procedimento. Para a corte, os embriões criopreservados são "inservíveis a outra finalidade que não a implantação em útero materno", de modo que o contrato com o hospital configuraria uma autorização tácita para a realização do procedimento.

No entanto, o Ministro Luis Felipe Salomão, que teve seu voto prevalente na Quarta

Turma do STJ, discordou dessa interpretação. Ele ressaltou que o ordenamento jurídico brasileiro ainda carece de regulamentação adequada para lidar com os conflitos envolvendo a reprodução assistida, especialmente no que diz respeito ao uso do material genético de uma pessoa falecida. O Código Civil de 2002, por exemplo, é omissivo quanto à possibilidade de utilização de material biológico de uma pessoa após sua morte.

O ministro Salomão observou que a decisão sobre a utilização dos embriões teria efeitos para além da vida do indivíduo, afetando não apenas questões patrimoniais, mas também direitos relacionados à personalidade do genitor e à filiação dos possíveis filhos. Por essa razão, a manifestação de vontade do falecido deveria ser inequívoca e formal, como em um testamento ou outro instrumento legalmente adequado.

Ele destacou que, se o contrato com o hospital fosse considerado uma autorização expressa e válida para a implantação dos embriões, isso significaria desconsiderar o testamento do falecido, alterando o seu planejamento sucessório original, sem que ele tivesse se manifestado explicitamente sobre a questão. O hospital, por sua vez, também afirmou que não havia autorização do falecido para a implantação dos embriões após sua morte.

A autorização prevista no contrato, para o ministro Salomão, serviria apenas para que a viúva pudesse dispor do material genético para fins de pesquisa, descartá-lo ou deixá-lo intocado, mas não para implantá-lo, visto que isso exigiria autorização prévia expressa.

Para embasar sua decisão, o ministro fez referência à Resolução 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina (CFM), que permite a reprodução assistida póstuma, mas condiciona o procedimento à autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado. Além disso, o ministro mencionou o Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que também exige que, em casos de reprodução assistida pós-morte, seja apresentado um termo de autorização específico do falecido, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida – orientação semelhante à prevista no Enunciado 633 do Conselho da Justiça Federal (CJF).

Deste modo, diante dos avanços nas técnicas de reprodução assistida e das mudanças nas configurações familiares, é evidente que o direito brasileiro ainda enfrenta desafios para se adaptar a essas novas realidades. A ausência de uma legislação específica tem gerado incertezas, fazendo com que os tribunais precisem atuar de forma flexível, embasados em princípios constitucionais e direitos fundamentais, como o direito à identidade genética e o

melhor interesse da criança. Os casos analisados demonstram que, embora a legislação ainda seja incipiente, os magistrados têm buscado garantir a proteção dos direitos dos envolvidos, principalmente da criança.

Contudo, é imprescindível que o ordenamento jurídico brasileiro se atualize, com a criação de normas claras e eficazes que tratem da reprodução assistida, abordando questões como o sigilo do doador, a filiação e os direitos da criança gerada por essas técnicas. Somente assim será possível garantir segurança jurídica e respeitar os direitos fundamentais de todos os envolvidos, promovendo, de fato, a dignidade e o bem-estar da família no contexto atual.

Portanto, apesar do quadro legislativo nacional não conter uma lei específica sobre a reprodução assistida, que necessita ser regulamentada urgentemente, visto as inúmeras controvérsias que surgem em torno deste assunto. Existem alguns projetos de Lei que visam regular este tema. Dentre eles: o PL 1184/2003; o PL 2855/1997; o PL 120/2003; o PL 2061/1993; o PL 3638/1993, e; o PL 90/1999 representado em 2001.

Cada PL versa sobre uma forma de regulamentar a reprodução assistida. Porém, um que merece atenção é o PL 90/1999, atualmente arquivado que dispunha sobre a reprodução assistida e prevê a transferência dos embriões, vendendo o seu descarte e ainda possibilitada a quebra do sigilo do doador em caso de necessidade médica, conforme os artigos 9º e 10º do Estatuto de Bioética.

VII – REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E A REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O atual Código Civil de 2002 não aborda a prática da reprodução assistida, o que deixa uma enorme lacuna jurídica em branco, causando enormes dúvidas e insegurança jurídica no Brasil, somente trata da presunção *pater is* de paternidade, nos incisos III a V do artigo 1.597.

Já, o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil de 2002 estabelece que os filhos concebidos por fertilização artificial homóloga - utilizando material genético do casal-, são reconhecidos como filhos legítimos, ainda que o marido tenha falecido.

Nesse sentido, a Reforma do Código Civil que esta em tramitação no Senado afasta qualquer discriminação a pessoas nascidas por técnicas de reprodução assistida, além de trazer um regramento para esta prática, em seus artigos 1.629-A/ 1.629-V.

Como proposta da reforma ao Código Civil, revogam-se os incisos do artigo 1.597 e acrescenta-se o Capítulo V “Da filiação decorrente de reprodução assistida”.

O novo texto proíbe o uso de técnicas reprodutivas para criar seres humanos geneticamente modificados, gerar embriões com o fim de investigações científicas ou gerar embriões com a possibilidade de escolha de gênero ou cor.

Ademais, positiva que será proibida a comercialização de óvulos e espermatozoides, bem como prevê a negativa do vínculo de filiação entre o doador e o indivíduo nascido a partir do material genético. Contudo, o sigilo entre o doador e a pessoa nascida poderá ser quebrado em casos de risco de vida e saúde.

Ainda, autoriza que a doação dos gametas somente poderá ser realizada em pessoas maiores de 18 anos, sendo que médicos ou funcionários dos espaços de reprodução assistida não poderão ser doadores na rede em que trabalham.

Frisa-se que esta sendo proposto neste novo Texto que o uso de material genético de pessoas mortas somente poderá ser utilizado se expressamente manifestado anteriormente. O que se faz entender que os juristas estão indo de encontro a Resolução CFM nº 2.294/21.

Logo, resta evidente que a proposta de reforma do Código Civil visa preencher o vácuo normativo acerca da reprodução assistida, o que é de extrema necessidade

conforme o apresentado na presente monografia.

VIII – DIREITO COMPARADO – BRASIL E ITÁLIA

Importante ressaltar o direito comparado mundial quanto à reprodução assistida, nesta monografia será analisado principalmente este direito no Brasil e na Itália.

Ora, como explicado e demonstrado no capítulo anterior a reprodução assistida no Brasil não contém uma legislação específica, que necessita ser regulamentada urgentemente, visto as inúmeras controvérsias que surgem em torno deste assunto, existindo alguns projetos de Lei que visam regular este tema. Dentre eles: o PL 1184/2003; o PL 2855/1997; o PL 120/2003; o PL 2061/1993; o PL 3638/1993, e; o PL 90/1999 representado em 2001.

Ademais, no âmbito nacional brasileiro é possível que a reprodução assistida seja realizada por casais homoafetivos ou héteros, bem como para indivíduos que visam a monoparentalidade.

Por outro lado, a Itália possui uma visão bem diferente da brasileira. Ora, na Itália, a reprodução assistida é limitada a casais heteroafetivos que enfrentam problemas de infertilidade e estão casados ou em união estável, além de casais férteis que possuam doenças transmissíveis. Solteiros e casais homoafetivos estão proibidos de recorrer à fertilização *in vitro*.

Em maio de 2015, o Tribunal Constitucional da Itália anunciou uma decisão que, derrubou uma lei que impedia casais férteis, mas com doenças genéticas, de utilizar a reprodução assistida e selecionar embriões saudáveis.

Essa decisão adequa a legislação italiana à jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Em setembro de 2012, os juízes europeus repreenderam a Itália, afirmando que a escolha do embrião saudável é um direito do casal, visto que, até então, o país restringia o uso da reprodução assistida apenas a casais inférteis.

A Lei italiana sobre fertilização *in vitro*, aprovada em 2004, é uma das mais conservadoras da Europa. Porém, aos poucos, tanto o Judiciário italiano quanto o europeu têm revogado algumas de suas restrições. A versão original da Lei impunha que, no máximo, três óvulos fossem fecundados por vez e que todos os óvulos deveriam ser implantados no útero, sendo proibido seu congelamento.

Contudo, em 2009, a Corte Constitucional derrubou essa regra, entendendo que limitar o

número de óvulos fecundados poderia obrigar a mulher a se submeter ao tratamento mais de uma vez, o que prejudicaria sua saúde. Além disso, os juízes argumentaram que a obrigatoriedade de implantar todos os óvulos fecundados violava o direito do casal de planejar sua família.

Ademais, em 2014, a Corte também derrubou outro dispositivo da Lei, autorizando a doação de esperma e óvulos. Até então, a Itália era o único país europeu a proibir a doação de esperma e um dos poucos a vetar a doação de óvulos, prática que ainda é proibida em países como Áustria, Alemanha, Croácia, Suíça e Noruega.

Entretanto, essas técnicas não estão disponíveis no Sistema Único de Saúde (SUS) e não são regulamentadas por uma Lei Federal no Brasil, o que, segundo a advogada, resulta em prejuízos à proteção e garantia dos direitos reprodutivos para todos os cidadãos.

Portanto, percebe-se que o Brasil apesar de possuir lacunas quanto a reprodução assistida, ainda sim, é mais progressista que alguns países considerados desenvolvidos, como a Itália, visto que somente permite a realização desta técnica para casa héteros.

IX – REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A reprodução assistida pós-morte é um tema complexo que envolve questões éticas, jurídicas e médicas, especialmente no contexto da utilização de material genético de uma pessoa falecida. Trata-se da possibilidade de realizar técnicas de reprodução assistida, como a fertilização *in vitro*, utilizando gametas (óvulos ou espermatozoides) de uma pessoa que já tenha falecido, com o objetivo de gerar filhos póstumos. Essa prática tem gerado um intenso debate em diversas esferas da sociedade, devido aos seus impactos sobre a dignidade humana, a autonomia dos indivíduos envolvidos, a definição de direitos de filiação e a sucessão.

Nesse sentido, no Brasil, o uso de material genético de uma pessoa falecida para fins de reprodução assistida não é amplamente regulamentado, o que cria um vácuo jurídico que pode gerar insegurança tanto para os profissionais de saúde quanto para os envolvidos no processo. A legislação brasileira, em sua maior parte, ainda não aborda especificamente os direitos de filiação e a autorização necessária para a utilização de gametas após a morte de uma pessoa. Contudo, algumas normas e resoluções ajudam a esclarecer o assunto.

A Resolução 2.284/21 do Conselho Federal de Medicina (CFM) estabelece que a reprodução assistida deve sempre contar com o consentimento informado dos envolvidos. Em casos de reprodução assistida pós-morte, isso implica que a pessoa falecida deve ter autorizado expressamente o uso de seu material genético após a sua morte. O consentimento deve ser claro e formal, seja por meio de um testamento, seja por meio de um documento específico que manifeste essa intenção, para que a prática da reprodução assistida pós-morte seja considerada legal e legítima.

Além disso, a utilização de material genético de uma pessoa falecida pode ser vista como uma violação do princípio da autonomia da vontade do falecido, já que ele não está mais em condições de manifestar seu desejo em relação à continuidade de seu projeto de parentalidade. A autonomia da vontade é um pilar do direito civil, que pode ser comprometida quando se trata de decisões após a morte, especialmente em casos que envolvem questões tão pessoais e sensíveis.

A reprodução assistida pós-morte também levanta questões sobre os direitos de filiação e a definição legal da parentalidade. Quando uma criança é gerada a partir do

material genético de uma pessoa falecida, surge a dúvida sobre a validade do vínculo de filiação e a definição de quem são os pais legais da criança. No Brasil, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, assegura que "*os filhos, seja qual for a origem, têm os mesmos direitos*" – o que implica que uma criança gerada por reprodução assistida pós-morte deve ter os mesmos direitos que qualquer outro filho, incluindo os direitos sucessórios.

No entanto, o registro de paternidade ou maternidade pode ser um processo mais complicado em situações de reprodução assistida pós-morte, especialmente quando não há uma clara manifestação do falecido. Em alguns casos, o Estado pode precisar intervir para regular a situação jurídica da criança, estabelecendo vínculos legais entre ela e os pais que a desejam ou cuidam.

Assim, o consentimento expresso e formal do falecido, a autonomia da vontade e a proteção dos direitos dos filhos gerados de forma póstuma são aspectos que devem ser cuidadosamente considerados. Em um cenário jurídico e ético tão sensível, é fundamental que a legislação brasileira seja atualizada para tratar de maneira adequada as complexidades da reprodução assistida pós-morte, garantindo que tanto os desejos do falecido quanto os direitos da criança gerada sejam respeitados.

Ademais, seguindo a linha do Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários e do Enunciado 633 do Conselho da Justiça Federal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.918.421-SP, abordou a questão da reprodução assistida pós-morte.

Em sua decisão, o STJ reafirmou a necessidade de uma manifestação clara, expressa e formal para a implantação de embriões de cônjuge ou companheiro falecido (BRASIL, 2021). Essa decisão reforça as resoluções mais recentes do Conselho Federal de Medicina (CFM), que já tratavam da questão da reprodução pós-morte. A Resolução nº 2.294/21 previam que os pretensos pais deveriam expressar, por meio de documento formal, a destinação de seu material genético em casos de falecimento, separação ou doenças graves (ROCHA et al., 2020). Embora a Resolução nº 2.294/2021 tenha revogado a Resolução nº 2.168/2017, ela manteve a exigência de autorização prévia para a reprodução póstuma (BRASIL, 2021).

No campo da doutrina jurídica, a questão também é amplamente debatida. Alguns

juristas entendem que o ordenamento jurídico brasileiro veda a reprodução assistida pós-morte, mesmo quando o falecido tenha deixado uma autorização expressa para tanto (GAMA, 2003). Outros defendem que o uso do material genético de uma pessoa falecida não deve ser permitido, uma vez que não haveria mais razão para a inseminação, dado que o falecido não poderia mais exercer sua vontade (LEITE, 1995).

Assim, a falta de uma regulamentação clara e precisa no ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema abre margem para diferentes interpretações doutrinárias. Parte da doutrina entende que a reprodução assistida pós-morte é proibida, mesmo com a manifestação de vontade do falecido (GAMA, 2003). Já outros posicionam-se no sentido de que o uso do material genético de uma pessoa falecida não tem fundamento legal, visto que a pessoa não está mais viva para dar seu consentimento final (LEITE, 1995).

Além disso, há argumentos na doutrina que sustentam que a inseminação pós-morte viola princípios fundamentais, como a dignidade humana, a paternidade responsável, o melhor interesse da criança e a igualdade entre os filhos. Alguns doutrinadores acreditam que o conceito de "família" e a própria convivência familiar devem ser preservados, e que a concepção de uma criança sem a presença de ambos os pais comprometeria esse direito (GONÇALVES, 2014). A ideia é que a criança gerada após a morte de um dos pais, ao não ter a convivência com ambos os genitores, poderia sofrer psicologicamente, prejudicando seu desenvolvimento e socialização (LEITE, 1995).

Outro ponto de divergência na doutrina é sobre a sucessão do filho concebido *post mortem*. Alguns doutrinadores defendem que, apesar de ter a filiação reconhecida, esse filho não teria direito à sucessão, uma vez que a partilha de bens nunca se concretizaria (GAMA, 2003; MORAES, 2019).

Contudo, a maioria da doutrina se posiciona no sentido de que, mesmo com as implicações éticas, não se pode excluir o filho póstumo da sucessão, caso haja o consentimento expresso do falecido. O princípio do melhor interesse da criança também é considerado essencial, e a Constituição Federal garante que todos os filhos, independentemente da forma como foram concebidos, possuem os mesmos direitos. Nesse sentido, a falta de uma regulamentação clara não deve ser um obstáculo para garantir os direitos sucessórios da criança.

Diante desse cenário, a questão sobre a permissibilidade ou não da técnica de

reprodução assistida *post mortem*, e se o desejo parental sozinho seria suficiente para legitimar esse procedimento, se torna um ponto crucial no desenvolvimento do debate jurídico (ALMEIDA, 2013). Nesse contexto, surge a pergunta: qual princípio deve prevalecer? A proteção jurídica do planejamento familiar garante o pleno desenvolvimento da personalidade da criança nascida postumamente, ou o princípio da dignidade humana e da convivência familiar deve ser priorizado?

Percebe-se, assim, um verdadeiro conflito de princípios dentro do ordenamento jurídico brasileiro no que tange à reprodução assistida *post mortem*. Há questionamentos sobre a violação de princípios como a paternidade responsável, a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e a igualdade entre os filhos. Esses conflitos de princípios apontam para a necessidade urgente de uma regulamentação mais precisa sobre a reprodução assistida pós-morte no Brasil, visando o equilíbrio entre os direitos da criança e os direitos dos pais envolvidos, bem como da proteção da dignidade humana.

Deste modo, os princípios jurídicos, por sua natureza, não impõem mandamentos definitivos e imutáveis, mas sim diretrizes que possuem uma aplicação *prima facie* (imediate), sendo fortalecidas pela carga argumentativa que lhes é atribuída. Esses princípios podem ser relativizados ou afastados caso surjam razões antagônicas que se sobreponham. Quanto mais peso se confere a princípios formais, aqueles criados por autoridades legítimas, mais forte será o caráter *prima facie* de suas normas, ou seja, mais dependente se torna a aplicação dessas regras de uma análise ponderada das circunstâncias (ALEXY, 2017).

No caso do direito à liberdade no planejamento familiar, reconhece-se sua natureza como um direito fundamental. Contudo, é importante ressaltar que, por não ser um direito absoluto, ele não deve prevalecer indiscriminadamente sobre outros direitos igualmente relevantes, como os direitos da criança a ser concebida por meio da técnica de reprodução assistida *post mortem*. Nesse contexto, a criança nascida por meio dessa técnica não pode ser tratada de forma diferente dos filhos concebidos de maneira natural, pois sua dignidade e seus direitos devem ser igualmente respeitados.

Além disso, deve-se levar em conta que a Reforma do Código Civil que está em tramite no Senado, inseriu que os filhos gerados por reprodução assistida, somente tem o direito sucessório se nascerem no prazo de 05 (cinco) anos após a morte do autor da

herança.

Importante salientar que este prazo se alinha a proposta de reduzir o prazo de prescrição de 10 (dez) para 05 (cinco) anos, estabelecido pelo atual Código Civil.

E, o direito sucessório do filho concebido por meio da reprodução assistida depende de autorização expressa e inequívoca do autor da herança para o uso de seu material genético.

Portanto, ao realizar a ponderação entre direitos, o operador do direito precisa considerar, além dos aspectos jurídicos, também as dimensões éticas, psicológicas e sociais envolvidas. A decisão deve levar em conta o impacto de sua aplicação não apenas no plano individual, mas também no bem-estar da criança, nos direitos dos pais e nas implicações para a sociedade como um todo.

X – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Diante de todo o exposto, é necessário reanalisar o princípio do respeito à dignidade humana que é um paradigma da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito em que vivemos, como previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, *in verbis*:

(...) “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - **a dignidade da pessoa humana;**” – Grifa-se.

Assim, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico, logo “Conseqüentemente, não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito de uma vida digna”.³

No mesmo sentido Norberto Bobbio, escreve:

“mais que um renascimento do jusnaturalismo, se deveria falar do retorno daqueles valores que tornam a vida humana digna de ser vivida e que os filósofos proclamam, com o fim de justificar segundo os tempos e as condições históricas, com argumentos tomados de concepção geral do mundo prevalece na cultura da época”.

Deste modo, diante da evolução acelerada da engenharia genética nos últimos anos, é fundamental que todas as suas técnicas respeitem o princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo é evitar que o ser humano se torne um objeto a serviço da ciência,

³ GARCIA, Emerson – Dignidade da Pessoa Humana: referencial metodológico e regime jurídico, De Jure, 8:137-63

sendo, na verdade, a ciência que deve sempre estar a serviço do ser humano. Como observa Ingo Sarlet, citado por George Marmelstein, "onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde a liberdade e autonomia, a igualdade de direitos e a dignidade não forem reconhecidos e garantidos, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana". Assim, surge o biodireito, com a missão de estabelecer limites à atividade científica, de modo a proteger o ser humano e sua dignidade.

Como mencionado, novas técnicas da engenharia genética, como a reprodução humana assistida, geram novas dinâmicas nas relações familiares, indo além do tradicional vínculo médico-paciente. Nesse cenário, é necessário considerar não apenas a mãe da criança, mas também o doador de sêmen e a própria criança gerada por meio dessa técnica.

Logo, um dos princípios fundamentais do biodireito, além da precaução, autonomia privada e liberdade, é a preservação da dignidade da pessoa humana, com o objetivo de proteger o ser humano de maneira integral, tanto física, quanto psíquica e moralmente.

Contudo, a Lei 11.105/2005, conhecida como Lei de Biossegurança, no artigo 5º, regulamenta a utilização de células-tronco embrionárias provenientes de embriões humanos obtidos por fertilização in vitro e não utilizados no procedimento. Esses embriões, desde que inviáveis, congelados há mais de três anos e com o consentimento dos genitores, podem ser utilizados para pesquisa e terapias.

A constitucionalidade deste dispositivo foi questionada no Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510-0, que teve como relator o ministro Carlos Ayres Britto. O argumento central contra a lei era o de que a vida humana se inicia na concepção, e que a utilização de embriões congelados para pesquisa ou terapia violaria o direito à vida e a dignidade humana.

Em um voto extenso e detalhado, o ministro Ayres Britto afirmou que a personalidade jurídica da pessoa se inicia apenas com o nascimento com vida ou com a morte encefálica, e que os embriões congelados não se configuram como sujeitos de direitos, já que não possuem a possibilidade de se desenvolver em um ser humano viável.

O relator fez uma distinção clara entre o embrião, a pessoa humana e o feto, sustentando que "embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana, e feto é feto". Para

ele, o embrião congelado, por não ter potencial para se desenvolver em uma pessoa, não é uma "vida a caminho", mas apenas um material biológico sem capacidade de seguir o curso natural de uma gravidez. A proteção jurídica, portanto, só seria conferida a partir do momento em que o embrião se desenvolve como um feto viável, ou seja, com a capacidade de sobreviver fora do ambiente uterino.

Ainda que o embrião congelado não seja considerado uma pessoa humana, o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 2º, assegura os direitos do nascituro, estabelecendo que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas que a lei protege os direitos do nascituro desde a concepção. Assim, o embrião gerado naturalmente, ao contrário do produzido em laboratório, carrega uma linha genética que representa uma nova individualidade, com direitos que devem ser respeitados pela legislação.

No contexto legislativo, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 478/2007, denominado "Estatuto do Nascituro", que visa regulamentar a proteção dos direitos do nascituro, inclusive no caso de embriões criados por fertilização *in vitro*. Esse projeto gerou intensos debates, tanto no âmbito jurídico quanto nas esferas religiosa, médica e bioética. A proposta passou pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados em 2017 e está aguardando discussão na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, o que certamente levará a um debate acalorado sobre as implicações legais e éticas dos embriões criados artificialmente.

XI – CONCLUSÃO

O direito das famílias sempre foi marcado por presunções acerca da filiação, e, ao longo do tempo, houve uma evolução significativa nesse campo. No passado, a filiação se baseava principalmente no vínculo biológico, ou seja, a presunção de paternidade estava diretamente associada à relação sexual entre casais heterossexuais. No entanto, no contexto jurídico atual, a filiação passou a ser fundamentada principalmente no afeto, reconhecendo-se que a constituição da família não depende exclusivamente do vínculo biológico, mas sim das relações afetivas estabelecidas entre os membros.

Com a evolução da legislação, especialmente com a reformulação do Código Civil em 2002, foi superada a distinção entre filhos "legítimos" (aqueles nascidos de relação matrimonial) e "ilegítimos" (filhos concebidos fora do casamento), conceito adotado pelo Código Civil anterior. A nova redação do Código Civil, especialmente em seu artigo 1.593, ampliou a concepção de filiação, reconhecendo-a como um parentesco consanguíneo (natural) ou civil (como no caso da adoção), sem fazer distinção entre filhos biológicos e filhos adotivos. Portanto, a filiação é hoje entendida como um vínculo que pode ser estabelecido de diferentes formas, seja por procriação natural ou assistida, ou por adoção.

Assim, a questão da filiação na reprodução assistida *post mortem* é particularmente complexa, uma vez que a técnica permite a concepção de um filho mesmo após a morte de um dos genitores. Embora o artigo 2º do Código Civil brasileiro garanta a proteção dos direitos do nascituro a partir da concepção, há um desafio jurídico em casos de concepção póstuma, quando sequer existe um embrião no momento do falecimento do genitor. Isso torna o reconhecimento de direitos sucessórios um tema controverso, já que, conforme a teoria natalista adotada no Brasil, a personalidade civil e, conseqüentemente, os direitos de herança, só se iniciam com o nascimento com vida (BRASIL, 2002).

Ainda se questiona a viabilidade de instituir o vínculo de paternidade no contexto da reprodução assistida *post mortem*, uma vez que a paternidade tradicionalmente está ligada à relação entre pais vivos e filhos concebidos de maneira natural. No entanto, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, prevê a presunção de paternidade, inclusive em casos envolvendo a utilização de embriões excedentários, o que pode se aplicar também à reprodução *post mortem*, uma vez que há uma autorização expressa do genitor falecido para o uso do seu material genético.

Além disso, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) assegura à criança concebida por técnicas de reprodução assistida os mesmos direitos fundamentais garantidos às crianças nascidas de forma natural, incluindo a proteção integral e o direito à convivência familiar. O que reflete uma visão mais moderna e inclusiva do que constitui a família e a filiação, reconhecendo a multiplicidade de formas de constituição familiar.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do provimento nº 63/2017,

também se posicionou favoravelmente à regulamentação da reprodução assistida *post mortem*, garantindo o direito de registro da criança concebida por essa técnica, independentemente de decisão judicial. O provimento estabeleceu, ainda, que a certidão de nascimento da criança deve indicar a autorização prévia e expressa do falecido para o uso do seu material genético. Este entendimento busca conferir maior segurança jurídica à prática e assegurar o reconhecimento do direito à identidade e à filiação, independentemente das circunstâncias da concepção.

Em relação aos direitos sucessórios, o Texto Maior, em seu inciso XXX do artigo 5º, assegura o direito à herança, o que implica que a criança concebida *post mortem*, em conformidade com a legislação vigente, deve ter seus direitos sucessórios respeitados de maneira igualitária. Isso reflete a garantia de igualdade entre os filhos, conforme os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança. Assim, é inconstitucional tratar de maneira diferenciada os filhos concebidos por técnicas de reprodução assistida *post mortem* em relação aos filhos biológicos, devendo ser assegurados os seus direitos sucessórios da mesma forma.

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial nº 1.762.852, também consolidou esse entendimento ao afirmar que o prazo para ajuizar a petição de herança, em caso de filhos concebidos *post mortem*, deve ser contado a partir do momento em que o filho completar 16 anos, considerando a suspensão dos prazos prescricionais para incapazes, conforme o artigo 198, I, do Código Civil.

Ora, a revolução das biotecnologias e o avanço das técnicas de reprodução assistida, como a inseminação *post mortem*, têm gerado amplos debates sobre os limites da ciência frente aos direitos fundamentais. A possibilidade de conceber uma criança após a morte de um dos genitores traz à tona questões éticas e jurídicas sobre a legitimidade do uso dessas técnicas e a proteção dos direitos da criança, especialmente em relação à sua filiação e herança.

Embora o ordenamento jurídico brasileiro ainda não tenha uma regulamentação específica sobre a reprodução assistida *post mortem*, as normas éticas e as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) asseguram que, para a prática dessa técnica, é necessária a autorização expressa e formal do genitor falecido, o que demonstra o respeito à liberdade de planejamento familiar e à autodeterminação das pessoas.

Em conclusão, embora o direito à reprodução assistida *post mortem* não esteja explicitamente regulamentado no Brasil, a jurisprudência e as normas éticas e constitucionais garantem que os direitos do filho concebido por essa técnica sejam respeitados, assegurando a igualdade com os filhos biológicos, os direitos sucessórios e o pleno exercício da dignidade humana, ao mesmo tempo em que garantem o respeito à vontade do genitor falecido.

Dessa forma, a reprodução assistida *post mortem*, com a devida autorização expressa, não é proibida no Brasil, sendo um reflexo da pluralidade das famílias e do

direito fundamental ao planejamento familiar.

Contudo, conforme alguns doutrinadores no Brasil, quando o doador autoriza o armazenamento e uso de seu material genético, ele está consentindo tacitamente com o procedimento, ainda que venha a falecer antes da inseminação.

Assim, se de fato o indivíduo que possibilitou o uso de seus gametas para a concepção do embrião não queria ter um filho, este em primeiro momento já não teria deixado na clínica ou hospital seus gametas.

Portanto, o falecimento do marido ou cônjuge que consentiu para a reprodução assistida, mesmo que sem ter feito um documento formal que explicita o consentimento de que seu gameta possa ser utilizado para a concepção do embrião em *in vitro* após sua morte, já pode ser considerado um consentimento, mesmo que tacitamente, tendo sim, essa criança, que esta por vir, direito às sucessões, sendo uma herdeira necessária, visto que não pode haver qualquer discriminação entre os filhos.

XII – BIBLIOGRAFIA

A Bibliografia utilizada para a elaboração desta Monografia, estão elencadas abaixo, sendo os materiais utilizados como base para a pesquisa:

- DE SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 4ª Edição. Belo Horizonte/BH: Editora Del Rey LTDA, 2018.
- LESSA, Moyana Mariano Robles; DADALTO, Luciana. O direito à vida e a judicialização da saúde. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-direito-a-vida-e-a-judicializaca/>
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito e sua Importância na Pós- Modernidade. *Revista FMU Direito*. São Paulo, ano 25, n. 36, p. 01-09.
- DANTAS, Ivo. A era da biotecnologia, constituição, bioética e biodireito. In. www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/pdf
- DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do biodireito, 6.ed., São Paulo:Saraiva,2009
- MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de bioética e biodireito. 4ª Edição. São Paulo/SP: Almedina, 2020.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Baceiro; SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura. Responsabilidade civil pela desistência do projeto parental após a criopreservação de embriões: aplicação da teoria de perda de uma chance. *Revista IBERC*, Belo Horizonte, v. 4, n.1, p. 103-112, Jan/abr. 2021.
- NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. Post Mortem: a questão sucessória dos embriões criopreservados. São Paulo: Liberars, 2021.
- NOMURA-SANTIAGO, Maria Carolina. A responsabilidade civil pelo filho póstumo. *Migalhas de Responsabilidade Civil*. São Paulo, SP, 2021.
- DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32ª Ed. São Paulo, SP: Milheiros Editores. 2014.
- TARTUCE, Flávio. Tratado de Direito das Sucessões. Belo Horizonte, BH: Editora Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). 2023.
- GARCIA, Emerson – Dignidade da Pessoa Humana: referencial metodológico e regime jurídico, *De Jure*, 8:13