

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
CURSO DE DIREITO

LUCAS JEFFERSON RODRIGUES GOMES PINTO

ASPECTOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

SÃO PAULO – SP

2022

LUCAS JEFFERSON RODRIGUES GOMES PINTO

ASPECTOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando do Vale de
Almeida Guilherme.

SÃO PAULO – SP

2022

LUCAS JEFFERSON RODRIGUES GOMES PINTO

ASPECTOS SUCESSÓRIOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Professor Dr. Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme

Examinador(a):

Examinador(a):

À minha noiva, que sempre me inspirou a ser uma pessoa melhor. Aos meus pais, que sempre me apoiaram, mesmo nos momentos mais difíceis.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, por sempre me guiar e por ter me dado forças para superar as dificuldades ao longo do caminho da graduação.

Aos meus amigos, que trilharam comigo esse longo caminho e contribuíram para que eu chegasse ao tema do presente trabalho.

Aos professores Diogo Leonardo Machado de Melo e André Norberto Carbone de Carvalho, que me apresentaram à complexidade do tema dentro do Biodireito e do Direito Sucessório.

“A felicidade só é verdadeira quando compartilhada”

(Henry David Thoreau)

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo analisar a sucessão legítima de embriões gerados após a morte de um dos genitores com a utilização de técnicas de reprodução assistida. O estudo será feito a partir da análise da jurisprudência envolvendo reprodução assistida *post mortem*, mais especificamente com relação aos aspectos sucessórios em cada caso; de posicionamento de doutrinadores acerca da aplicação do direito sucessório em casos como este; de conceitos dos diferentes técnicas de reprodução assistida existentes; e das lacunas legais acerca da reprodução assistida *post mortem*, de modo a identificar possíveis soluções para as lacunas do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Fertilização *in vitro*. Embrião. Sucessão. Direito Sucessório. Biodireito. Inseminação Artificial *post mortem*.

Abstract: This article aims to analyze the legitimate succession of embryos generated after the death of one of the parents using assisted reproduction methods. The study will be based on the analysis of jurisprudence involving post mortem assisted reproduction, but specifically with regard to succession aspects in each case; positioning of scholars about the application of inheritance law in cases like this; concepts of the different existing assisted reproduction methods; and the legal gaps about post-mortem assisted reproduction, in order to identify possible solutions to the gaps in the Brazilian legal system.

Keywords: In vitro fertilization. Embryo. Succession. Succession Law. Biolaw. *Post mortem* artificial insemination.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. CONCEITOS	10
1.1 INFERTILIDADE E ESTERILIDADE	10
1.2 FECUNDAÇÃO NATURAL X TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	10
2. DOAÇÃO DE GAMETAS E EMBRIÕES	13
2.1 O SIGILO DO DOADOR	14
2.2 CESSÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO/BARRIGA SOLIDÁRIA	14
3. REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....	16
3.1 A LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA NO CONTEXTO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	17
4. ANÁLISE DE CASO.....	20
CONCLUSÃO.....	23
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	24
ANEXO A – RESOLUÇÃO Nº 2.320/2022 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA	26
ANEXO B – ACÓRDÃO DA 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO DO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, REFERENTE AO TEMA DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....	32

INTRODUÇÃO

Ao longo de grande parte da história da humanidade, a reprodução humana só era possível através dos meios convencionais, com a ejaculação de um homem no interior do útero de uma mulher, através da conjunção carnal. Contudo, tudo mudou a partir de 1799, quando foi utilizada a primeira técnica de reprodução assistida pelo médico escocês John Hunter¹, através da introdução do espermatozoide no interior do canal genital feminino com a utilização de meios artificiais, ou seja, sem a prática da conjunção carnal. Tal técnica ficou conhecida como inseminação artificial.

Dali em diante, a ciência evoluiu a tal ponto que passou a ser possível gerar uma criança sem o ato sexual: (i) com a introdução, por meios artificiais, do espermatozoide no interior do canal vaginal, com a fecundação ocorrendo no interior do útero da mulher, como demonstrado anteriormente; (ii) com a fecundação dos gametas fora do corpo da mulher, com a posterior inserção do embrião em seu útero; e (iii) com a fecundação de gametas dos pais biológicos, com a posterior inserção do embrião no útero de outra mulher.

Passou a existir, ainda, a diferenciação das técnicas entre: (i) homólogas, quando o embrião é gerado com gametas do próprio casal, gerando, assim, consanguinidade; e (ii) heterólogas, quando o embrião é gerado com material genético de, ao menos, um terceiro, podendo, ainda, ser utilizado um embrião de terceiros, caracterizando a técnica heteróloga bilateral.

Com o advento da reprodução assistida, o próprio ordenamento jurídico teve de se adaptar, especialmente com relação às áreas como o Direito de Família e o Sucessório, dado que, a partir de então, a parturiente deixou de ser, necessariamente, a mãe biológica, e foi possibilitado ao genitor poder apenas oferecer seu material genético, eximindo-se de qualquer responsabilidade no projeto parental.

Especificamente com relação às inovações no âmbito do Direito Sucessório, outra importante questão que deve ser levada em consideração é a possibilidade de se utilizar embriões ou gametas congelados há anos, ou mesmo há décadas, nas técnicas de reprodução assistida, o que possibilita, até mesmo, que essas técnicas sejam utilizadas após a morte de um dos genitores. Diante dessa possibilidade, como definir a legitimidade sucessória e garantir os direitos hereditários dos embriões implantados após a morte de um dos genitores?

¹ SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução Assistida e Bioética - Metaparentalidade**. São Paulo: Ave-Maria, 2013.

1. CONCEITOS

1.1 Infertilidade e Esterilidade

Para uma melhor compreensão dos conceitos que serão apresentados ao longo do trabalho, faz-se necessário diferenciar a infertilidade da esterilidade. Em resumo, “a infertilidade é a redução da capacidade de conceber, enquanto a esterilidade representa a incapacidade absoluta e irreversível de fertilização natural”².

O desejo de perpetuar sua espécie através de seus genes é algo inato em todos os seres vivos, e não é diferente com os seres humanos. De modo geral, o desejo de ter filhos está presente em toda a humanidade, porém, por vezes certos indivíduos possuem grande dificuldade em conceber, por conta de sua infertilidade, e outros, ainda, são impossibilitados de fazê-lo, por serem estéreis. Para esses indivíduos, a fecundação natural não é um método eficiente quando se têm o desejo de ter filhos. Dessa forma, através de estudos sobre a reprodução humana, a biociência e a biotecnologia evoluíram de tal modo que foi possível dar origem a novas técnicas de procriação, sendo desnecessária a relação sexual para obtenção da concepção, conforme será demonstrado nos tópicos seguintes.

1.2 Fecundação Natural x Técnicas de Reprodução Assistida

A fecundação realizada através da conjunção carnal, com a ejaculação de um indivíduo do sexo masculino no interior do útero de uma mulher é o que conhecemos como “Fecundação Natural”. Até o início do século XIX, este era o único meio de reprodução conhecido pela humanidade, porém, com o avanço da biociência e da biotecnologia, foram criadas novas técnicas de reprodução, nomeadas, de maneira genérica, de “Técnicas de Reprodução Assistida”.

As técnicas de reprodução assistida são aqueles em que são utilizados métodos avançados da medicina para interferir diretamente no ato reprodutivo, de modo que a fecundação ocorra de maneira artificial, podendo ela ocorrer tanto no interior do útero, quanto em seu exterior. Ademais, tamanho foi o avanço da biomedicina que passou a ser possível que tais técnicas fossem praticadas de duas formas: de maneira homóloga ou heteróloga. Para que a técnica seja dada como homóloga, o material genético utilizado na concepção da criança deve ser do próprio casal, de modo a haver consanguinidade. Por outro lado, é dada como heteróloga a técnica em que se utiliza o material genético de pelo menos um terceiro. É dito “pelo menos”

² BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e Sua Aplicação Post Mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pág. 7.

pois é possível utilizar apenas o gameta masculino ou o feminino de um terceiro, ou mesmo ambos os gametas.

Para melhor visualização das diferentes técnicas de reprodução assistida, vejamos a listagem das cinco principais:

a) IUI - Inseminação Artificial Intrauterina: Aqui, a fecundação ocorre no interior do útero da mulher, sendo que o gameta masculino é inserido pelo interior do canal genital feminino de maneira artificial, sem a ocorrência do ato sexual. Trata-se da técnica de Reprodução Assistida mais antiga, sendo realizada com sucesso, pela primeira vez em seres humanos, pelo médico biólogo inglês, John Hunter, em 1799³.

Segundo Regina Fiuza Sauwen e Severo Hryniewicz⁴, pode-se dizer que tal método é um auxílio no processo natural de fecundação humana, pois sua utilização não garante a fecundação, sendo as chances de sucesso bem próximas à da fecundação natural⁵. A inseminação artificial é mais comumente utilizada em casos em que há uma dificuldade natural do esperma chegar ao útero da mulher, como no caso de impotência masculina ou de problemas de qualidade do esperma, sejam eles de mobilidade ou de morfologia anormal; e até mesmo em casos de mulheres solteiras ou de casais homossexuais femininos.

b) FIV - Fertilização *in vitro*: Conforme exposto alhures, com o avanço da biociência e da biotecnologia, passou a ser possível que a concepção ocorresse fora do corpo da mulher, em laboratório, para posterior inserção do embrião no útero feminino. A técnica consiste na retirada do óvulo da mulher, normalmente por meio de estimulação hormonal, para que este seja colocado em um meio nutritivo, onde terá contato com o esperma para que ali ocorra a fecundação. Posteriormente, o embrião é inserido no útero feminino e, caso ocorra a nidação, a gestação ocorrerá normalmente.

O primeiro caso de fertilização *in vitro* bem sucedido ocorreu em 1978, na Inglaterra, com o nascimento de Louise Brown, conhecida como o primeiro “bebê de proveta”. A partir de então, a medicina evoluiu a tal ponto que foram criadas técnicas que possibilitaram

3 SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução Assistida e Bioética - Metaparentalidade**. [S.l.]: Ave-Maria, 2013.

4 HRYNIEWCZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "In Vitro"**: Da Bioética ao Biodireito. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Págs. 89/90.

5 Chance de Engravidar: Fertilidade de Acordo Com Idade. **Clínica Nascer - Medicina Reprodutiva**. Disponível em: <[5 MAILLARD, Jean Louis. Quais são as taxas de sucesso da inseminação artificial? **Fecondare**, 2021. Disponível em: <<https://fecondare.com.br/artigos/quais-sao-as-taxas-de-sucesso-da-inseminacao-artificial/>>. Acesso em: 19 out. 2022.](http://www.clinicanascer.com.br/chance-de-engravidar-idade-fertilidade/#:~:text=Um%20casal%20considerado%20saud%C3%A1vel%2C%20que,em%20m%C3%A9dia%2C%20de%2057%25.>. Acesso em: 19 out. 2022.</p>
</div>
<div data-bbox=)

5 Mitos e verdades sobre inseminação artificial. **Viventre**. Disponível em: <

até mesmo a pais inférteis ou estéreis darem origem a uma criança, conforme será demonstrado posteriormente.

c) GIFT - Transferência Intratubária de Gametas/Fecundação *in vivo*: Como exposto alhures, as técnicas de reprodução assistida evoluíram a tal ponto que passou a ser possível a casais inférteis gerarem uma criança. É o caso da presente técnica, indicada, por exemplo, para mulheres com endometriose, principal causa da infertilidade feminina⁶.

Segundo Paulo Eduardo Olmos, em tal técnica “o óvulo e os espermatozoides selecionados após a coleta são reunidos em um mesmo cateter e imediatamente transferidos para a trompa, ambiente natural da fecundação”⁷. Ou seja, aqui, os gametas são reunidos artificialmente no exterior do corpo da mulher, sendo inseridos diretamente na trompa feminina, para que ali ocorra a fecundação. Vale dizer que este é o local onde a fecundação ocorre naturalmente, de modo que este método possibilita apenas que os embriões se encontrem, aumentando as chances da fecundação ocorrer.

d) ZIFT – Transferência Intratubária de Zigoto: Tal técnica é muito semelhante à GIFT, com a única diferença de que, enquanto na GIFT os gametas apenas eram aproximados em proveta para que a fecundação ocorresse na trompa feminina, aqui a fecundação ocorre ainda no exterior do corpo da mulher, e só após é que o embrião será inserido na trompa uterina. Vale dizer que, diferentemente da técnica de FIV, na qual o embrião é inserido diretamente no útero, aqui o embrião é inserido diretamente na trompa uterina, local em que, conforme exposto alhures, naturalmente ocorre a fecundação.

e) ICSI – Injeção Intracitoplasmática do Espermatozoide: Tal método consiste na introdução do espermatozoide diretamente no citoplasma do óvulo por meio de um aparelho especialmente desenvolvido para tal. Segundo Olmos, esse é um ótimo método para casais considerados estéreis em razão da baixa produção de espermatozoides.

⁶ MACAGNAN, Manuela. Endometriose: a principal causa da infertilidade feminina. **Laboratório Oswaldo Cruz**. Disponível em: <<https://www.oswaldocruz.com/site/noticias-de-saude/noticias-de-saude/endometriose-a-principal-cao-de-infertilidade-feminina>>. Acesso em: 25 out. 2022.

⁷ OLMOS, Paulo Eduardo. **Quando a cegonha não vem**: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho, 2003, p. 197

2. Doação De Gametas e Embriões

Conforme demonstrado anteriormente, as técnicas heterólogas de reprodução assistida consistem na utilização de gametas de, ao menos, um terceiro, sendo possível, inclusive, a utilização de um embrião gerado com material genético de terceiros. Tais gametas e embriões devem ser obtidos através de doações, não sendo permitida qualquer forma de comercialização, nos termos do item IV, 1, da Resolução nº 1.957/10, do Conselho Federal de Medicina (Anexo A).

Enquanto a doação de sêmen é a mais comum e a mais simples das doações, pois basta que o doador compareça à clínica para a coleta do material, que será guardado nos bancos de sêmen, a doação de óvulos exige certa dedicação e cuidado por parte da doadora, o que torna tal prática menos usual. A mulher que deseja doar seus óvulos deve passar por um longo procedimento envolvendo hormônios e medicamentos para maximizar a produção de óvulos, além de passar por acompanhamento ultrassonográfico e exames de sangue para posterior aspiração dos óvulos, além de existirem possíveis complicações de gravidade leve, que vão desde dores de cabeça até a hiperestimulação ovariana⁸. Segundo Anna de Moraes Salles Beraldo (2012, p. 14), além da dedicação por parte da doadora, o congelamento de óvulos realizado para seu armazenamento é uma técnica com menor probabilidade de sucesso do que o congelamento de sêmen, o que também contribui para que tal prática não seja tão utilizada.

Quanto à doação de embriões, esta é a menos comum, pois,

esta pode ocorrer por diversas razões, como, por exemplo, a desistência do projeto parental em razão de divórcio, ou pelo fato de que o casal já tenha obtido sucesso no tratamento reprodutivo e já esteja satisfeito com o número de filhos. Nesses casos, preferem doar os embriões para pesquisa ou para outros casais que estejam fazendo tratamento, em vez de deixá-los congelados indefinidamente até que se tornem inviáveis (BERALDO, 2012, p. 14)

Ou seja, dificilmente haverá um casal que teve a intenção, desde o início, de doar seus embriões. Na grande maioria dos casos o embrião foi doado em razão de uma situação superveniente, que fez com que o casal mudasse seus planos.

⁸ PROGRAMA de Ovodoação (Doação de óvulos). **Mater Prime**: Clínica de Reprodução Humana. Disponível em: <<https://materprime.com.br/tratamentos/programa-de-ovodoacao/#como-e-feita-a-doacao-de-ovulos>>. Acesso em: 26 out. 2022.

2.1 O Sigilo do Doador

Importante dizer que a paternidade deve ser atribuída somente àqueles que empreenderam o projeto parental. Desse modo, um direito assegurado aos doadores de gametas e embriões é o sigilo de suas identidades, para que jamais a paternidade seja atribuída a estes, mesmo em casos em que a criança não tenha um pai jurídico, como, por exemplo, nos casos de uma mulher solteira que opta por gerar uma criança para, sozinha, empreender no projeto parental.

No entanto, vale ressaltar que, apesar do anonimato do doador, tal direito pode ser relativizado, por exemplo, para garantir a saúde da criança em caso de doença genética, ou mesmo caso, futuramente, a criança opte por conhecer sua origem genética. Segundo Rolf Madaleno:

a origem genética é direito impregnado no sangue que vincula, por parentesco, todas as subseqüentes gerações, inexistindo qualquer fundamento jurídico capaz de impedir que o homem investigue a sua procedência e que possa conhecer a sua verdadeira família e saber quem é o seu pai ou pai do seu pai⁹.

Tais são as palavras do Dr. Jorge Shiguemitsu Fujita:

Cabe ao filho originário da técnica de reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer o doador anônimo do sêmen ou a doadora anônima do óvulo, mediante ação investigatória de paternidade, ou de maternidade, em face do pai biológico ou da mãe biológica, sem que isso venha a importar na declaração do estado de filho natural, porquanto a relação paterno-filial ou materno-filial, já resta fixada e reconhecida (...) ¹⁰.

Importante sempre lembrar que a finalidade do direito ao sigilo do doador é, principalmente, que não lhe seja atribuída a paternidade. Desse modo, apesar de ser possível relativizar tal direito para que seja garantido o direito à criança de conhecer sua origem biológica, em nenhuma hipótese decorrerá dessa descoberta quisesse direitos e obrigações entre as partes.

2.2 Cessão Temporária do Útero/Barriga Solidária

Com o avanço das técnicas de reprodução assistida, mesmo a certeza da maternidade, que era dada por aquela que realizou a gestação e o parto, deixou de existir. Casais que antes não poderiam engravidar em razão da mulher não poder gestar uma criança em seu

⁹ MADALENO, Rolf. *Repensando o Direito de Família*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 139

¹⁰ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 76

útero agora podem superar tal barreira com a ajuda de uma terceira que, com a utilização de uma das técnicas de reprodução assistida listadas alhures, poderá gestar uma criança gerada com gametas do próprio casal, ou seja, com a utilização de técnicas homólogas, ou, até mesmo, com a utilização de técnicas heterólogas, utilizando-se gametas de, ao menos, um doador.

Vale lembrar que, mesmo no caso de utilização de técnicas heterólogas, a maternidade será sempre daquela que empreendeu no projeto parental. Segundo Guilherme Calmon, “dissociam-se o desejo da maternidade e a gravidez. O autor leciona que os pressupostos da maternidade e paternidade devem ocorrer antes da concepção, de modo que a gravidez e o parto são meras consequências”¹¹.

No entanto, a cessão temporária do útero não pode ser utilizada de maneira irrestrita, de modo que foram impostas algumas limitações à sua utilização através dos itens IV e VII da Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, sendo elas: (i) existência de uma condição que impeça ou contraindique a gestação; (ii) a cedente temporária do útero deve ter: (a) ao menos um filho vivo; (b) pertencer à família de um dos doadores em parentesco consanguíneo até o quarto grau; e (c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM); (iii) proibição de caráter lucrativo e/ou comercial; e (iv) proibição da cedente temporária do útero ser a doadora de óvulos ou embriões.

Além dos requisitos listados acima, é necessário o preenchimento de um termo de consentimento por parte dos doadores e da cedente temporária do útero com a finalidade de estabelecer, claramente, a questão da filiação da criança, bem como acerca das probabilidades de sucesso ou insucesso da gestação, a fim de evitar eventual responsabilização civil da cedente de maneira injusta.

¹¹ BERALDO, op. cit., p. 17.

3. Reprodução Assistida *Post Mortem*

Passamos, agora, para a análise do conceito da Reprodução Assistida *Post mortem*. Aqui, como o próprio nome já diz, trata-se da aplicação de técnicas de reprodução assistida após a morte de um dos genitores.

Um importante fator que possibilitou a reprodução assistida após o falecimento de um dos cônjuges/companheiros foi a criopreservação de gametas e embriões. Tal prática possibilitou a geração de crianças cujos gametas ou embriões estivessem congelados há anos, chegando, até mesmo, há décadas, conforme podemos observar com as notícias a seguir:

Embrião congelado por 27 anos: como casal escolheu o bebê que quebrou recorde

Holly Honderich
BBC News, Washington

4 dezembro 2020

(HONDERICH, Holly. Embrião congelado por 27 anos: como casal escolheu o bebê que quebrou recorde. **BBC News: Brasil**, 4 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-55178686>>. Acesso em: 1 nov. 2022.)

Bebê é gerado a partir de esperma congelado por 26 anos na Inglaterra

por
Carolina Fioratti

publicado em
31 de outubro de 2022 @ 13:21

atualizado em
31 de outubro de 2022 @ 12:56

(FIORATTI, Carolina. Bebê é gerado a partir de esperma congelado por 26 anos na Inglaterra. **Giz Brasil**, 31 out. 2022. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/bebe-e-gerado-a-partir-de-esperma-congelado-por-26-anos-na-inglaterra/>>. Acesso em: 1 nov. 2022.)

Nasce primeiro bebê gerado por nova técnica de congelamento de óvulos

A mãe enfrentava um câncer e decidiu retirar os óvulos ainda imaturos. Eles foram amadurecidos em laboratório - e ficaram guardados por cinco anos.

Por Carolina Fioratti 19 fev 2020, 16h35

(FIORATTI, Carolina. Nasce primeiro bebê gerado por nova técnica de congelamento de óvulos. **Super Interessante**, 19 fev. 2020. Disponível em:

<<https://super.abril.com.br/saude/nasce-primeiro-bebe-gerado-por-nova-tecnica-de-congelamento-de-ovulos/>>. Acesso em: 1 nov. 2022.)

Para que seja autorizada a prática da reprodução assistida após a morte de um dos cônjuges/companheiros, o *de cuius* deve ter deixado uma autorização expressando seu consentimento livre e esclarecido para o uso do material biológico criopreservado em vida, conforme o disposto no item VIII da Resolução nº 2.320/22 do Conselho Federal de Medicina. Em tal autorização, inclusive, deve estar informado pelo próprio casal o destino do material genético em caso de separação, divórcio ou dissolução de união estável, falecimento de um ou de ambos, se desejam doá-los, dentre outras possibilidades.

Como muito bem exposto pela Dra. Ana Cláudia Scalquette¹², as consequências da concepção de um filho após a morte de um dos cônjuges/companheiros trazem não só consequências nas relações afetivas, mas, também, no campo jurídico, sendo que tais consequências não se limitam aos genitores. Conforme o princípio do melhor interesse da criança, deverá ser garantido a ela o direito ao nome familiar e à convivência com os demais familiares, sendo este garantido por meio de regulamentação de visitas, se preciso for.

Ademais, caso seja verificada a impossibilidade do cônjuge/companheiro sobrevivente de arcar com o sustento da criança, esta poderá, por meio de seu representante legal, pleitear alimentos de seus avós, inclusive gravídicos, conforme o art. 1.698 do Código Civil de 2002¹³. Conforme será demonstrado a seguir, o âmbito sucessório é outro campo jurídico em que haverá grandes consequências.

3.1 A Legitimação Sucessória no Contexto da Reprodução Assistida Post Mortem

Antes da Constituição Federal de 1988, o próprio ordenamento jurídico brasileiro não tratava todos os filhos de maneira igualitária, sendo estes classificados em legítimos, naturais, adotivos e adulterinos. Segundo Anna de Moraes Salles Beraldo, “o objetivo era proteger o instituto da família, em prejuízo da criança, que acabava sendo punida pelo comportamento dos pais”¹⁴. Tal distinção alcançava, inclusive, o âmbito sucessório, sendo que os filhos legítimos, concebidos na constância do casamento, eram sempre privilegiados quando comparados aos demais.

¹² SCALQUETTE. op. cit. p. 170.

¹³ “Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.”

¹⁴ BERALDO. op. cit. p. 109.

Com a Constituição de 1988, a preocupação passou a ser a garantia do interesse da criança, independentemente de sua origem. Assim, a Constituição Federal, em seu art. 227, § 6º, passou a determinar o tratamento igualitário entre os filhos¹⁵, sendo proibida qualquer forma de discriminação, inclusive no âmbito sucessório.

Dessa forma, considerando o disposto no art. 227, §6º, da CR/88, é lógico dizer que também não deve haver discriminação com relação às crianças concebidas através de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, devendo ser respeitada, inclusive, sua legitimidade sucessória. No entanto, apesar de, hoje, a reprodução assistida *post mortem* ser uma realidade, sendo permitida, inclusive, pelo ordenamento jurídico brasileiro, este ainda possui lacunas acerca do tema, o que gera diferentes linhas de pensamento e dificuldades práticas, por exemplo, em como se dará a divisão da herança entre os filhos do casal. Faz-se necessário, portanto, buscar possíveis soluções para tais adversidades.

Diversos autores, como Sílvio de Salvo Venosa, defendem que, como o Código Civil de 2002, em seu art. 1.798, dispõe que somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão que se legitimam a suceder, eventual direito sucessório dependerá se a criança já teria sido concebida à época da abertura da sucessão ou não. Conforme exposto por Anna de Moraes Salles Beraldo,

Em outras palavras, por este entendimento, caso houvesse somente o sêmen congelado quando da morte do genitor, o filho não poderia ser herdeiro. Caso já houvesse embrião congelado, a criança seria herdeira, uma vez que já estaria concebida à época da morte do genitor.¹⁶

Ademais, segundo Sílvio de Salvo Venosa, a única exceção para que filhos concebidos após a morte do genitor tenha direito a suceder é no caso de se tratar de sucessão testamentária, na qual o *de cujos* tenha deixado expressamente a sua intenção de que a criança concebida posteriormente à sua morte receba seu quinhão da herança, indicando, também, quem gestará o embrião e o tempo máximo para sua implantação¹⁷.

Por outro lado, também existem aqueles que, como Caio Mário da Silva Pereira, defendem que “basta a regra constitucional da absoluta igualdade entre os filhos,

¹⁵ “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...] § 6º 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.”

¹⁶ BERALDO. op. cit. p. 117.

¹⁷ VENOSA, Sílvio da Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2008. p. 229.

independentemente da existência de qualquer outra norma infraconstitucional”¹⁸ para que não haja diferença de tratamento de crianças concebidas antes ou após a morte de seu genitor.

Considerando que o gameta e o embrião podem ficar congelados por anos, até mesmo por décadas, e, só após, ser utilizado, se faz necessário estipular um prazo para implantação dos mesmos para que seja possível garantir a legitimidade sucessória da criança. Acerca do prazo a ser estipulado, não há um entendimento pacífico acerca do tema, havendo, por um lado, aqueles que defendem o prazo de dois anos, fazendo um paralelo com o prazo previsto para a concepção da prole eventual de terceiro, como os autores Carlos Cavalcanti e Heloisa Helena Barboza e, de outro lado, aqueles que defendem o prazo de três anos, com base na Lei de Biossegurança, que dispõe que após três anos os embriões podem ser doados para pesquisa com o consentimento dos genitores, como a autora Ana Cláudia Scalquette.

Façamos, portanto, uma análise de um caso real do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para verificar os principais pontos adotados pelos julgadores.

¹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2010. p. 28

4. Análise de Caso

Passamos à análise do caso verídico a seguir. Em resumo, trata-se de ação na qual um casal busca autorização judicial para que possam utilizar os óvulos congelados de sua falecida filha para fecundação *post mortem*, viabilizando, assim, o nascimento de seu neto/neta. Ademais, requerem, também, a autorização para que uma amiga muito próxima da *de cujos* geste em substituição, que o registro da criança seja em nome de sua mãe biológica, e que a adoção seja feita pelos próprios requerentes. Vejamos a ementa do acórdão:

APELAÇÃO. ALVARÁ JUDICIAL. REPRODUÇÃO HUMANA. Sentença de improcedência. Autores que buscam autorização judicial para utilização de óvulos deixados pela filha falecida, para fertilização com espermatozoide de doador anônimo e gestado por uma amiga próxima da “de cujus”- inexistência de herdeiros, que não os próprios autores- ausência de prejuízo a qualquer interessado- inequívoca vontade da "de cujus" de gerar prole, impossibilitada em razão de sua morte- ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação *post mortem*- autorização para utilização dos oócitos- gestação em substituição que deve ser autorizada previamente pelo CRM, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/2017- ordem judicial que não pode substituir a autorização do Conselho, que sequer se manifestou sobre o caso concreto- prévia autorização de adoção da criança pelos avós- inviabilidade- adoção que deve ser oportunamente decidida, pelo juízo competente, segundo o melhor interesse da criança- Sentença parcialmente reformada- Recurso Parcialmente Provido.¹⁹

Trata-se de um caso com diversas singularidades, envolvendo diversos aspectos estudados no presente trabalho, como a prática de FIV, cessão temporária do útero e ausência de autorização expressa da *de cujos* para utilização de seu gameta para fecundação *post mortem*.

O primeiro ponto a ser observado é que, apesar de ser imprescindível a existência de uma autorização expressa da *de cujos* para que seja autorizada a utilização de seu gameta para fecundação *post mortem*, podemos observar que, no presente caso, havia clara e inequívoca intenção da mesma de gerar uma prole, dado que, em razão dos problemas de saúde que a acometiam, e de seu receio em ver inviabilizada a sua capacidade reprodutiva, buscou o tratamento médico para congelar seus óvulos para posterior gestação. Em razão da clara evidência da intenção de procriar da *de cujos*, os Desembargadores julgaram ser dispensável a apresentação de autorização expressa. Percebemos, então, que a regra expressa no item VIII da Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina pode ser relativizada quando é

¹⁹ Anexo B - SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1114911-38.2019.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Hertha Helena de Oliveira, j. 22.1.2021.

possível observar, com a simples análise do caso concreto, a evidente intenção de gerar prole do *de cujos*.

Outro aspecto incomum no presente caso, é a ausência de um cônjuge ou companheiro da *de cujus*, que não possuía qualquer relacionamento ou união estável com quem quer que fosse. Diante disso, pode-se dizer que, se estivesse viva, estaria empreendendo em uma “produção independente”, dado que o sêmen a ser utilizado seria de um doador anônimo.

Diante da ausência de um cônjuge ou um companheiro para requerer a fecundação *post mortem*, a responsabilidade por tomar tal decisão pertence, então, àqueles que seriam diretamente afetados pelo nascimento de uma criança da *de cujos*, ou seja, seus parentes.

Pela análise do acórdão, temos que os únicos parentes vivos da doadora são seus pais, ora requerentes, e seu irmão. Vamos focar, especificamente, no aspecto sucessório da questão. Pelos art. 1.829 e 1.845, do Código Civil de 2002, a sucessão legítima se dá na seguinte ordem: (i) aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; (ii) aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; (iii) ao cônjuge sobrevivente; e (iv) aos colaterais. Dessa forma, dentre os parentes vivos, os requerentes são os que seriam diretamente afetados com o nascimento da criança, pois, na falta de um descendente da *de cujos*, estes possuem preferência legal na sucessão legítima, de modo que, com o nascimento da criança, esta passaria ter a preferência legal.

Com relação ao irmão da doadora, por se enquadrar como parente colateral, o nascimento da criança, a princípio, não o afetaria diretamente, pois não possui preferência na sucessão legítima. No entanto, no caso concreto, mesmo o irmão manifestou seu consentimento com o intento de promover-se a reprodução assistida e nascimento do sobrinho ou sobrinha, que deverá ser registrado como filho de sua irmã.

Outro aspecto que nos chama a atenção é o fato de ter sido deferido o pedido de que uma amiga próxima da doadora gestasse em substituição. Como vimos anteriormente, o Conselho Federal de Medicina, no item nº VII da Resolução nº 2.320/2022, dispõe que, em casos de gestação de substituição, a cedente temporária do útero deve possuir parentesco consanguíneo até o 4º grau com um dos genitores, sendo que somente na impossibilidade atender a esse requisito que deverá ser solicitada uma autorização ao Conselho Regional de Medicina. No entanto, como bem disposto pelos nobres julgadores, fora a resolução do CFM, não há qualquer impedimento legal que imponha a utilização de útero solidário somente entre

parentes até o 4º grau do *de cujos*, de modo que basta apenas o termo de compromisso por instrumento particular para expressar o consentimento da cedente temporária do útero.

No entanto, em que pese a ausência de impedimento legal, é necessário verificar a viabilidade da gestação por substituição ser realizada por cedente temporária do útero, e não compete ao juízo realizar tal avaliação, mas, sim, o Conselho Regional de Medicina. Dessa forma, temos que a utilização de gestação por substituição, quando feita por pessoa que não é parente de até 4º grau de consanguinidade de algum dos genitores, não prescinde de autorização do CRM, conforme disposto no item VII da Resolução nº 2.320/2022 do CFM.

Conclusão

O avanço da biomedicina deu origem a um leque de possibilidades para que casais possam engravidar, mesmo aqueles diagnosticados como inférteis ou estéreis. No entanto, em que pese o avanço no tocante às técnicas de reprodução assistida, o ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou tal evolução na mesma velocidade, o que deu origem a diversas lacunas e contradições na lei, gerando diferentes correntes doutrinárias dos mais variados aspectos.

Especificamente com relação às técnicas de reprodução assistida *post mortem*, as leis brasileiras quase não tratam diretamente sobre o assunto, o que gera uma grande insegurança jurídica, já que a resolução de casos envolvendo o assunto ficam sujeitas a interpretações de seus julgadores, dando origem a diferentes linhas de pensamento. A Constituição Federal de 1988, por exemplo, prevê a igualdade entre os filhos, o que faz com que crianças geradas a partir de embriões excedentários, e mesmo de gametas congelados, devam ser tratadas, perante à lei, da mesma maneira que as demais. No entanto, apesar da Constituição determinar tal igualdade, a lei não se preocupou em explicar o que deve ser feito para que tal igualdade seja alcançada.

Torna-se essencial que seja criada uma lei complementar para regulamentar a aplicação de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, de maneira que seja garantido o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, independente do momento da concepção da criança, bem como para que haja uma maior segurança jurídica com o esclarecimento e uniformização dos meios para que tal igualdade seja alcançada, garantindo, assim, que crianças nascidas com a utilização de tais técnicas tenham seus direitos hereditários respeitados.

Referências Bibliográficas

- AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes **Biotecnologia e Suas Implicações Ético-Jurídicas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- AUGUSTO, Daniela Moreira. **Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e Questões Sucessórias Decorrentes**. 1ª. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- BARBOZA, Heloísa Helena. **A Filiação Em Face da Inseminação Artificial e da Fertilização "In Vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e Sua Aplicação Post Mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- CHANCE de Engravidar: Fertilidade de Acordo Com Idade. **Clínica Nascer - Medicina Reprodutiva**. Disponível em: <[https://super.abril.com.br/saude/nasce-primeiro-bebe-gerado-por-nova-tecnica-de-congelamento-de-ovulos/](http://www.clinicanascer.com.br/chance-de-engravidar-idade-fertilidade/#:~:text=Um%20casal%20considerado%20saud%C3%A1vel%2C%20que,em%20m%C3%A9dia%2C%20de%2057%25.>. Acesso em: 19 out. 2022.</p><p>COLOMBO, Cristiano. A Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem e o Direito à Sucessão Legítima. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.</p><p>CONSELHO Federal de Medicina. Resolução nº 2.320/2022. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.</p><p>FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha Família e dignidade humana. Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: IOB Thomson, 2006. p. 169-191.</p><p>FIORATTI, Carolina. Nasce primeiro bebê gerado por nova técnica de congelamento de óvulos. Super Interessante, 19 fev. 2020. Disponível em: <. Acesso em: 1 nov. 2022.
- FIORATTI, Carolina. Bebê é gerado a partir de esperma congelado por 26 anos na Inglaterra. **Giz Brasil**, 31 out. 2022. Disponível em: <<https://gizmodo.uol.com.br/bebe-e-gerado-a-partir-de-esperma-congelado-por-26-anos-na-inglaterra/>>. Acesso em: 1 nov. 2022.
- FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. São Paulo: Atlas, 2009.
- HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. São Paulo: Atlas, 2008.

- HONDERICH, Holly. Embrião congelado por 27 anos: como casal escolheu o bebê que quebrou recorde. **BBC News: Brasil**, 4 dez. 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-55178686>>. Acesso em: 1 nov. 2022.
- HRYNIEWCZ, Severo; SAUWEN, Regina Fiuza. **O Direito "In Vitro": Da Bioética ao Biodireito**. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MACAGNAN, Manuela. Endometriose: a principal causa da infertilidade feminina. **Laboratório Oswaldo Cruz**. Disponível em: <<https://www.oswaldocruz.com/site/noticias-de-saude/noticias-de-saude/endometriose-a-principal-cao-de-infertilidade-feminina>>. Acesso em: 25 out. 2022.
- MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MAILLARD, Jean Louis. Quais são as taxas de sucesso da inseminação artificial? **Fecondare**, 2021. Disponível em: <<https://fecondare.com.br/artigos/quais-sao-as-taxas-de-sucesso-da-inseminacao-artificial/>>. Acesso em: 19 out. 2022.
- MITOS e verdades sobre inseminação artificial. **Viventre**. Disponível em: <<https://viventre.com.br/mitos-e-verdades-sobre-inseminacao-artificial/#:~:text=A%20insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial%20tem%20uma,mais%20simples%20de%20reprodu%C3%A7%C3%A3o%20assistida.>>. Acesso em: 19 out. 2022.
- OLMOS, Paulo Eduardo. **Quando a cegonha não vem: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade**. São Paulo: Carrenho, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2010.
- PROGRAMA de Ovodoação (Doação de óvulos). **Mater Prime: Clínica de Reprodução Humana**. Disponível em: <<https://materprime.com.br/tratamentos/programa-de-ovodoacao/#como-e-feita-a-doacao-de-ovulos>>. Acesso em: 26 out. 2022.
- SALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SANCHES, Mário Antonio. **Reprodução Assistida e Bioética - Metaparentalidade**. São Paulo: Ave-Maria, 2013.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 1114911-38.2019.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado, Relatora Desembargadora Hertha Helena de Oliveira, j. 22.1.2021.
- VENOSA, Sílvio da Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 6, 2008.

ANEXO A – Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina



CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

RESOLUÇÃO CFM nº 2.320/2022(Publicada no D.O.U. de 20 de setembro de 2022, Seção I, pg. 107)

Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60.

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM), no uso das atribuições que lhe confere a [Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957](#), regulamentada pela [Decreto nº 44.045, de 19 de julho de 1958](#), alterado pelo [Decreto nº 10.911, de 22 de dezembro de 2021](#); a [Lei nº 12.842, de 10 de julho de 2013](#); e o [Decreto nº 8.516, de 10 de setembro de 2015](#), e

CONSIDERANDO o Código de Ética Médica, especialmente o artigo 15 e seus parágrafos e o artigo 40;

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 uma intervenção com risco de levar à infertilidade;

CONSIDERANDO a postergação da gestação pela população, evidenciada pelas estatísticas atuais, e a diminuição da probabilidade de engravidar com o avanço da idade;

CONSIDERANDO que o avanço do conhecimento científico permite auxiliar nos processos de reprodução humana a todas as pessoas que deles necessitem;

CONSIDERANDO o reconhecimento e qualificação como entidade familiar a união estável homoafetiva pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, na sessão de julgamento de 5 de maio de 2011, ao julgar a [ADI 4.277](#) e a ADPF 132;

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

CONSIDERANDO o disposto na [Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018](#), que aprova o Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO o [Decreto nº 678, de 8 de novembro de 1992](#);

CONSIDERANDO a [Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005](#), que dispõe sobre a criação do Conselho Nacional de Biossegurança; e

CONSIDERANDO, finalmente, o decidido na sessão plenária do Conselho Federal de Medicina, realizada em 1º de setembro de 2022,

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 2.294, publicada no Diário Oficial da União \(DOU\) de 15 de junho de 2021](#), Seção I, p. 60.

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

Brasília, DF, 1º de setembro de 2022.

JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO
Presidente

DILZA TERE SINHA AMBRÓS RIBEIRO
Secretária-geral

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.320/2022

ANEXO

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 no processo de procriação.
2. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas para doação de gametas e para preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas.
3. As técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas, desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do(a) paciente ou do possível descendente.
 - 3.1. A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de reprodução assistida é de 50 anos.
 - 3.2. As exceções a esse limite são aceitas com base em critérios técnicos e científicos, fundamentados pelo médico responsável, sobre a ausência de comorbidades não relacionadas à infertilidade da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) sobre os riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando a autonomia da paciente e do médico.
4. O consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.
5. As técnicas de reprodução assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica da criança, 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, determina-se, de acordo com a idade:
 - a) mulheres com até 37 (trinta e sete) anos: até 2 (dois) embriões;
 - b) mulheres com mais de 37 (trinta e sete) anos: até 3 (três) embriões;
 - c) em caso de embriões euploides ao diagnóstico genético, até 2 (dois) embriões, independentemente da idade; e
 - d) nas situações de doação de oócitos, considera-se a idade da doadora no momento de sua coleta.

8. Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de reprodução assistida, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.

II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

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 reprodução assistida, desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente.

2. É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina. Considera-se gestação compartilhada a situação em que o embrião obtido a partir da fecundação do(s) óvulo(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira.

III – REFERENTE ÀS CLÍNICAS, CENTROS OU SERVIÇOS QUE APLICAM TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

As clínicas, centros ou serviços que aplicam técnicas de reprodução assistida 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 submetidos às técnicas de reprodução assistida. Devem apresentar como requisitos mínimos:

1. Diretor técnico médico registrado no Conselho Regional de Medicina (CRM) de sua jurisdição com registro de especialista em áreas de interface com a reprodução assistida, que será responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados;

2. Registro permanente das gestações e seus desfechos (dos abortamentos, dos nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos), provenientes das diferentes técnicas de reprodução assistida aplicadas na unidade em apreço, bem como dos procedimentos laboratoriais na manipulação de gametas e embriões; e

3. Registro permanente dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade precípua de evitar a transmissão de doenças.

4. Os registros devem estar disponíveis para fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. A doação não pode ter caráter lucrativo ou comercial.

2. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas ou embriões para parentesco de até 4º (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos), desde que não incorra em consanguinidade.

2.1. Deve constar em prontuário o relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos.

2.2. A doadora de óvulos ou embriões não pode ser a cedente temporária do útero.

3. A doação de gametas pode ser realizada a partir da maioridade civil, sendo a idade limite de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem.
- 3.1. Exceções ao limite da idade feminina podem ser aceitas nos casos de doação de oócitos previamente congelados, embriões previamente congelados e doação familiar conforme descrito no item 2, desde que a receptora/receptores seja(m) devidamente esclarecida(os) sobre os riscos que envolvem a prole.
4. Deve ser mantido, obrigatoriamente, sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores, com a ressalva do item 2 do Capítulo IV. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente aos médicos, resguardando 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, de acordo com a legislação vigente.
6. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de 2 (dois) nascimentos de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 (um) milhão de habitantes. Exceto quando uma mesma família receptora escolher um(a) mesmo(a) doador(a), que pode, então, contribuir com quantas gestações forem desejadas.
7. Não é permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços serem doadores nos programas de reprodução assistida.
8. É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em reprodução assistida, em que doadora e receptora compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento.
9. A escolha das doadoras de oócitos, nos casos de doação compartilhada, é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, o médico assistente deve selecionar a doadora que tenha a maior semelhança fenotípica com a receptora, que deve dar sua anuência à escolha.
10. A responsabilidade pela seleção dos doadores é exclusiva dos usuários quando da utilização de banco de gametas ou embriões.
11. Na eventualidade de embriões formados por gametas de pacientes ou doadores distintos, a transferência embrionária deverá ser realizada com embriões de uma única origem para a segurança da prole e rastreabilidade.

V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos gonadais.
2. O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes viáveis devem ser criopreservados.

3. Antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.

VI – DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTACIONAL DE EMBRIÕES

1. As técnicas de reprodução assistida 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 com consentimento informado livre e esclarecido.

2. As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado 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* é de até 14 (quatorze) dias.

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

As clínicas, centros ou serviços de reprodução podem usar técnicas de reprodução assistida para criar a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista uma condição que impeça ou contraíndique a gestação.

1. A cedente temporária do útero deve:

a) ter ao menos um filho vivo;

b) pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau: pais e filhos; segundo grau: avós e irmãos; terceiro grau: tios e sobrinhos; quarto grau: primos);

c) na impossibilidade de atender o item b, deverá ser solicitada autorização do Conselho Regional de Medicina (CRM).

2. A cessão temporária do útero não pode ter caráter lucrativo ou comercial e a clínica de reprodução não pode intermediar a escolha da cedente.

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

a) 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;

b) relatório médico atestando a adequação da saúde física e mental de todos os envolvidos;

c) 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;

d) compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de reprodução assistida, públicos ou privados, com tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mulher que ceder temporariamente o útero, até o puerpério;

e) compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; e

f) aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), 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 específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, 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, do Conselho Federal de Medicina.

ANEXO B – Acórdão da 2ª Câmara de Direito Privado do e. Tribunal de Justiça de São Paulo, referente ao tema da reprodução assistida *post mortem*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000032088

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1114911-38.2019.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes A. V. F. P. e S. M. M. P., é apelado C. G. M. R. S. A..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 2ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ALVARO PASSOS (Presidente sem voto), JOSÉ CARLOS FERREIRA ALVES E JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS.

São Paulo, 22 de janeiro de 2021.

HERTHA HELENA DE OLIVEIRA
Relatora
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação Cível 1114911-38.2019.8.26.0100

Apelantes: A. V. F. P. e S. M. M. P.

Apelado: C. G. M. R. S. A.

São Paulo

Alvará Judicial - Lei 6858/80

Juiz prolator da sentença: Homero Maion

Voto nº 4929

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

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a r. sentença de fls. 195/198 que, em ação de autorização judicial, julgou improcedente a demanda.

Insurgem-se os requerentes sustentando, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa, diante da inexistência de realização de audiência de justificação, para oitiva da Diretora Técnica da Clínica Chedid Grieco e da doadora temporária de útero. Aduzem que no caso, não há consentimento, mas também não há nada que a "de cuius" tenha deixado como negativa a doação de seus óvulos. Pelo contrário, os parentes, amigos, ato notarial, provam a vontade da filha dos requerentes em ser mãe e dar netos aos seus pais.

No mérito, alegam, em síntese, que o cidadão não pode ficar a mercê de leis e estatutos que deixem de tutelar o seu direito. Argumentam que a Clínica Chedid Grieco não forneceu à ex-paciente o termo de consentimento necessário para autorizar a utilização dos óvulos, não podendo ser os autores penalizados pela negligência/descuido da clínica. Asseveram ser admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal, desde que haja autorização judicial.

Requerem o provimento ao recurso, para autorizar a utilização dos óvulos para fecundação in vitro, bem como a gestação em substituição por ELiane, o registro da criança em nome da mãe biológica e sua adoção pelo avós maternos.

Recurso regularmente processado.

Pareceres ministeriais acostados a fls. 304/308 e 323/326 opinando pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O presente pedido de autorização judicial, para supressão de declaração de vontade, destina-se a possibilitar que os requerentes utilizem os óvulos de sua finada filha, para fecundação *post mortem*, viabilizando o nascimento de seu neto, ou neta. Nada obstante, requerem ainda a autorização para que Eliane da Silva Francisco geste em substituição, o registro da criança em nome da mãe biológica e a adoção da criança pelo requerentes.

Narram os autores que sua filha Andressa tinha o firme propósito de ser mãe. Diante de vários problemas de saúde que a acometiam, e com receio de ver inviabilizada a capacidade reprodutiva, Andressa buscou os serviços de uma clínica de referência, submeteu-se a tratamento médico, e logrou êxito em extrair e congelar seus óvulos, para posterior gestação, com utilização de um banco de sêmen, já que não mantinha relacionamento ou união estável com quem quer que fosse. Apesar disso, pretendia tornar-se mãe, realizando o sonho da maternidade.

Infelizmente este sonho não pode ser realizado em razão de sua morte precoce.

OS documentos que instruem a inicial demonstram, de forma inequívoca, que a "*de cujus*" tinha o firme propósito de ter um filho. A uma, porque somente uma pessoa realmente determinada a isso, passaria pelos procedimentos dolorosos e altamente custosos, de estimulação, extração e congelamento dos óvulos.

A duas, porque contava com o apoio familiar para este intento, como se observam das declarações trazidas aos autos.

O termo de consentimento fornecido pela clínica indica que, a princípio, os óvulos seriam utilizados para que a própria paciente concebesse. Para doação, ou destruição do material, haveria necessidade de nova instrução, a ser dada pela própria paciente. Houvesse instrução expressa de Andressa para a doação dos óvulos, ou destruição, em caso de sua morte, não estaríamos sendo chamados a

decidir este procedimento.

O fato é que não houve manifestação de vontade de Andressa, em um sentido ou noutro, antes de seu passamento.

A primeira questão a ser decidida diz respeito à utilização dos óvulos de Andressa, para fecundação *in vitro post mortem*.

Assim é que, embora o Conselho Federal de Medicina exija a autorização expressa do doador, para a fecundação *post mortem*, não há norma legal que assim disponha.

E aqui, vale a invocação do princípio da legalidade : - art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, "*ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*".

E lei, não temos. Apenas uma resolução do órgão de classe, que norteia a conduta ética do médicos envolvidos no processo de reprodução assistida.

Há que se perquirir se a pretensão dos autores trará algum prejuízo a alguém. E neste caso, a resposta é negativa.

A doadora não tinha outros herdeiros, que não os próprios pais.

O irmão da doadora, que eventualmente poderia sentir-se lesado ante a possibilidade de vir a dividir a herança dos requerentes, manifestou expresso consentimento com o intento de promover-se a reprodução assistida e nascimento do sobrinho ou sobrinha, que deverá ser registrado como filho de sua irmã.

Por fim, a avaliação psicológica dos autores é favorável à realização do procedimento, como se verifica de fls. 148.

Neste ponto, entendo suficientemente demonstrada a anuência da "de cujus", quanto à destinação a ser dada aos seus óvulos preservados, razão pela qual entendo possível a supressão de seu consentimento, para autorizar os autores a utilizarem o material

genético em questão para fecundação *in vitro*, produzindo embrião a ser gestado em gestação de substituição.

A criança deverá ser registrada como filha da " de cujus", já que a maternidade é conhecida e incontroversa, e neta dos autores.

Passemos ao segundo pedido.

Os requerentes pretendem que o juízo autorize a gestação por Eliane, autorizando o cartório a lavrar escritura pública declaratória de compromisso, conforme termo de compromisso de próprio punho da doadora temporária de útero. No entanto, a declaração de vontade da gestante substituta independe de qualquer autorização judicial, de sorte que não restou clara qual a pretensão dos autores, neste ponto.

Anoto, por oportuno, que a própria Resolução do CFM não exige instrumento público, quanto à manifestação de vontade da cedente temporária, mas apenas termos de compromisso por instrumento particular.

Sobre a possibilidade de utilização de gestação de substituição por meio de Eliane, valem algumas considerações.

Há prova suficiente de que Eliane da Silva Francisco, amiga íntima de Andressa e da família, comprometeu-se a gestar a criança, pelo sistema de útero solidário, após fecundação com utilização do banco de sémen. Não há qualquer indício de má fé, ou pretensão remuneratória, por parte de Eliane.

Não há norma legal que imponha a utilização de útero solidário somente entre parentes, até o 4º grau, da falecida. Apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/2017. E sabemos que a utilização de barrigas solidárias em outros países não enfrentam as mesmas restrições. Pelo contrário, há uma grande oferta de "barrigas de aluguel", como pode ser facilmente constatado em uma busca pela internet.

Entretanto, tenho que a utilização gestação em substituição por Eliane não prescinde da autorização do Conselho Regional de Medicina, como expressamente previsto na Resolução 2168/17, não cabendo ao juízo a substituição do Conselho quanto à avaliação da viabilidade da gestação por Eliane.

Neste ponto, cumpre consignar que o procedimento junto ao CRM inclui a avaliação psicológica da gestante em substituição, assim como suas condições físicas e aptidão gestacional, o que não pode ser substituído pelo órgão jurisdicional, sem prévia manifestação do órgão em questão.

Parece-me, portanto, inócua a determinação voltada ao cartório de notas, devendo as partes se submeterem ao procedimento de autorização junto ao CRM, como previsto na Resolução 2168/17 do CFM.

Por fim, o pedido de adoção prévia da criança é juridicamente impossível.

A uma, porque não há como se deferir adoção de uma criança que ainda não nasceu.

A duas, porque as circunstâncias que autorizam ou não a adoção devem ser aferidas pelo juízo competente, no momento oportuno, avaliando as circunstâncias do caso concreto. Cabe ao juízo da família ou da infância e juventude (conforme a situação) a análise do pleito de adoção. E na análise do pedido, sempre será observado o melhor interesse da criança, com preferência, obviamente à família extensa, preservando-se os vínculos familiares biológicos, sempre que possível.

Mas tais circunstâncias somente poderão ser aferidas no momento oportuno, não se olvidando que os adotantes deverão se submeter a todos os procedimentos do processo, incluindo os estudos sociais e psicológicos, para verificação do melhor interesse da criança.

Neste ponto, não merece qualquer reparo a sentença

recorrida, portanto.

Pelo exposto, por meu voto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para autorizar os autores a utilizar os oócitos de ANDRESSA PAULA MARTINS PIRES, filha dos autores, para fecundação em vitro, e gestação em substituição, e, chegando a termo a gestação, autorizar o registro da criança como filha de Andressa, tendo por avós maternos os autores, nos termos da fundamentação.

HERTHA HELENA DE OLIVEIRA

Relatora

Assinatura Eletrônica

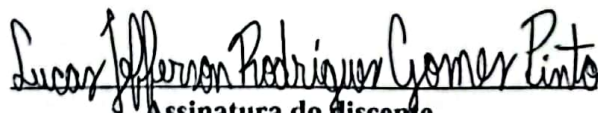


TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Lucas Jefferson Rodrigues Gomes Pinto, discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31841511, período noturno, turma U, tendo realizado o TCC com o título: Aspectos Sucessórios da Reprodução Assistida Post Mortem, sob a orientação do(a) Professor(a) Luiz Fernando do Vale de Almeida Guilherme, declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.


Assinatura do Discente