

UMA BREVE REFLEXÃO SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SEUS EFEITOS NO ESTABELECIMENTO DA PARENTALIDADE E NO DIREITO SUCESSÓRIO

Claudia Maria Oliveira de Albuquerque*

Resumo: O presente artigo examina a reprodução assistida homóloga *post mortem*, como forma de realização do projeto parental estabelecido em vida, produto da autonomia reprodutiva e concretização de direitos reprodutivos e suas repercussões na constituição da parentalidade e efeitos sucessórios em favor do filho concebido e nascido nessas condições, com um enfrentamento crítico de algumas teses doutrinárias e jurisprudencial acerca do tema. O estudo é feito a partir de pesquisa, no âmbito da doutrina e jurisprudência, e propõe-se a contribuir para o debate e aperfeiçoamento da matéria, na busca de uma releitura de tradicionais institutos, de modo a incluir proteção a novas categorias e oferecer adequada resposta à colisão de direitos de personalidade que o emprego das técnicas de reprodução assistida em geral suscitam. É nesse cenário que a importância do tema escolhido se torna indiscutível, ademais pelo vazio legislativo existente, que exige do intérprete cuidado e esforço redobrado para proteger os interesses em discussão à luz dos princípios vetores do ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Reprodução Assistida. Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem*. Criopreservação de embriões. Presunção de paternidade do conceito. Direitos sucessórios.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da reprodução humana enquanto processo biológico à reprodução humana medicalizada. 3. Reprodução humana assistida. 4. O sentido de autonomia no mundo contemporâneo. 4.1. Autonomia reprodutiva e direitos reprodutivos. 4.2. A autonomia na reprodução assis-

* Advogada. Promotora de Justiça aposentada. Especialista em Direito de Família e Sucessões pela Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), Mestranda e Doutoranda na Universidade Autónoma de Lisboa, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), membro da International Political Science Association (IPSA). Membro honorário da Academia Brasileira de Filosofia (ABF). *E-mail:* cl.albuquerque@hotmail.com.

tida. 4.2.1. O Consentimento na Criopreservação do embrião e o destino dos embriões excedentários. 5. A reprodução assistida *post mortem*. 6. A presunção de parentalidade na reprodução assistida homóloga *post mortem*. 7. Os efeitos sucessórios da reprodução assistida homóloga *post mortem*. 8. O embrião como sujeito de direitos: a descoisificação do embrião. 9. Algumas considerações acerca do julgamento do Recurso Especial 1.918.421. Considerações finais. Referências.

A brief reflection on homologous *post mortem* assisted reproduction and its effects on the establishment of parenthood and inheritance law

Abstract: This article examines *post mortem* homologous assisted reproduction, as a way of carrying out the parental project established in life, a product of reproductive autonomy and realization of reproductive rights and its repercussions on the constitution of parenting and succession effects in favor of the child conceived and born under these conditions, with a critical confrontation of some doctrinal and jurisprudential theses on the subject. The study is based on research, within the scope of doctrine and jurisprudence, and proposes to contribute to the debate and improvement of the matter, in the search for a re-reading of traditional institutes, in order to include protection for new categories and offer adequate response to the collision of personality rights that the use of assisted reproduction techniques in general raises. It is in this scenario that the importance of the chosen theme becomes indisputable, in addition to the existing legislative vacuum, which requires from the interpreter care and redoubled effort to protect the interests under discussion in light of the vector principles of the legal system.

Keywords: Assisted Reproduction. *Post Mortem* Homologous Assisted Reproduction. Embryo cryopreservation. Presumption of paternity of the conceptus. Inheritance rights.

Summary: 1. Introduction. 2. From human reproduction as a biological process to medicalized human reproduction. 3. Assisted human reproduction. 4. The sense of autonomy in the contemporary world. 4.1 Reproductive autonomy and reproductive rights. 4.2. Autonomy in assisted reproduction. 4.2.1. Consent to Embryo Cryopreservation and the fate of surplus embryos. 5. Post mortem assisted reproduction. 6. The presumption of parenthood in homologous post mortem assisted reproduction. 7. Succession effects in homologous post mortem assisted reproduction. 8. The embryo as a subject of rights: the de-coisification of the embryo. 9. Some considerations about the judgment of Special Appeal 1.918.421. Final considerations. References.

1 Introdução

O desejo de constituir uma prole e perpetuar a espécie é contemporâneo à existência do próprio homem. Ocorre que nem sempre a realização do projeto parental é algo fácil pelas vias tradicionais, devido à infertilidade ou esterilidade que às vezes acomete alguém que nutre o sonho de constituir uma família.

Os prodigiosos avanços da Biotecnologia, na área da reprodução humana, desde a fascinante demonstração de que a concepção é possível fora do útero materno, com o emblemático nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, em julho de 1978, tornaram-na uma verdadeira aliada de casais com dificuldades reprodutivas, colocando a seu dispor técnicas cada vez mais sofisticadas, de modo a lhes permitir superar os limites que a natureza ou eventual vicissitude da vida lhes impuseram.

O emprego das técnicas de reprodução assistida asseguram o exercício dos direitos reprodutivos, definidos pela OMS como o direito de um casal ou de uma pessoa decidir de modo responsável, em que intervalos deseja ter filhos, assim como o acesso a informações e meios para fazê-lo, ao mesmo tempo em que garantem efetividade à liberdade de planejamento familiar que encontra guarida em nosso ordenamento interno no art. 226, §7º, da CF e na Lei 9.263/92, a denominada Lei do Planejamento Familiar.

Em que pese se tratar de tema de inegável envergadura, que, inclusive desafia os clássicos padrões determinantes de parentalidade, fundados no *mater semper certa est e pater is est quem nuptiae demonstran*, no Brasil, a reprodução assistida, desde 1992 é regulamentada pelo CFM, por meio de Resolução, atualmente em vigor a de nº 2.294/2021, que orienta, ao mesmo tempo, a conduta dos profissionais envolvidos nesses processos e a dos participantes das técnicas reprodutivas, à luz de princípios éticos e bioéticos.

Pretende-se, no presente artigo, analisar os impactos sobre a ciência do direito da utilização das técnicas de reprodução assistida homóloga *post mortem*, a exigir um profundo debate sobre muitos de seus institutos, numa perspectiva interdisciplinar, notadamente no âmbito do Direito da Família, no que concerne ao estabelecimento da filiação, e na seara do Direito das Sucessões do qual aquele é um de seus pilares.

Com tal propósito, examinou-se, primeiramente, em rápidas linhas, a reprodução assistida, dividindo-a em dois gupos, *in vivo* e *in vitro*, a designar as técnicas de fecundação no interior do corpo materno e a fecundação extracorpórea, classificando-a em homóloga e heteróloga, conforme o material genético seja exclusivamente dos titulares do projeto parental ou tenha a contribuição de terceiros.

Em seguida, analisou-se a concepção de autonomia na contemporaneidade, a relação entre autonomia e direitos reprodutivos, a autonomia na reprodução assistida, com especial ênfase no consentimento para criopreservação de embriões, à luz do regramento em vigor.

Posteriormente, incursionou-se na reprodução assistida *post mortem*, passando-se à análise da presunção de parentalidade e efeitos sucessórios decorrentes da concepção póstuma, detendo-se nas de índole homóloga, refletindo-se sobre algumas teses defendidas por doutrinadores e suas implicações.

Abordou-se a descoisificação do embrião, na perspectiva do conceito como sujeito de direito, com ênfase em orientação doutrinária e posicionamentos recentes do STJ.

Finalizou-se com algumas considerações sobre o Recurso Especial 1.918.421, recém julgado pela Quarta Turma do STJ e as importantes repercussões que resultarão do voto divergente que se tornou vitorioso.

2 **Da reprodução humana enquanto processo biológico à reprodução humana medicalizada**

Ao longo de milhões de anos a reprodução humana que permitiu a perpetuação da espécie, restringiu-se à união de corpos no ato sexual que promovia o encontro entre os gametas masculino e feminino, de que resultava o processo biológico da procriação e a formação de um novo ser que carregava consigo metade da herança genética que cada genitor lhe transmitia.

Desde a Antiguidade, o desejo de constituir família a partir da transmissão do material genético do casal, formando uma descendência, constituída à base de laços de sangue, é registrado pela História, o que do ponto de vista psicanalítico é interpretado como o desejo narcísico de imortalidade do Eu, de continuidade de si mesmo.

Visto na perspectiva do grupo social, em sociedades arcaicas, a constituição de uma prole era uma exigência asfixiadora sobre o casal, que nem sempre conseguia corresponder a essa demanda, por motivo de infertilidade ou esterilidade, naqueles tempos prontamente atribuída à mulher. À título exemplificativo, na sociedade judaica, a infertilidade feminina era considerada desonra, o que explica a história narrada na Bíblia segundo a qual Sara e Raquel entregam suas servas a seus maridos para que com elas constituam uma prole. Na Grécia Antiga, falecendo o marido, sem deixar descendência, a viúva estava obrigada a casar com seu irmão, caso houvesse, e conceber um filho, que socialmente seria reconhecido como filho do falecido (CLARKE, 1985).

Recenseamento levado a efeito a partir de estudos de Heródoto, com cerca de quatro a cinco mil famílias, permitem concluir que, em sua totalidade, a família conjugal estava presente, a despeito da diversidade de hábitos sexuais entre elas (RUDINESCO, 2003).

Nas famílias em que o projeto parental é considerado de fundamental importância, o diagnóstico de infertilidade ou esterilidade trazem consigo um efeito devastador. Significa a interrupção de uma cadeia geracional. O desejo de constituir família é diretamente proporcional ao sofrimento de não poder satisfazê-lo.

Felizmente, o galopante avanço da Biotecnologia proporcionou ao homem a prodigiosa façanha de ser o único produto da evolução capaz de modificar essa mesma evolução, com emprego de técnicas cada vez mais sofisticadas, que possibilitam superar muitos dos óbices e vicissitudes que se opõem à realização do projeto parental.

3 Reprodução humana assistida

Em linhas gerais, entende-se por reprodução assistida a intervenção médica por meio de um conjunto de métodos e técnicas que visam à realização da procriação, utilizada quando, por motivo de esterilidade ou infertilidade, pelas vias tradicionais, *não for ou não foi* possível concretizar o projeto parental.

Publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho deste ano, a Resolução 2.294/2021, de 27 de maio, editada pelo Conselho Federal de Medicina é a norma ética que regula esses procedimentos. Reconhecendo a infertilidade como problema de saúde, com repercussões de ordem médica e psicológica, a Resolução estabelece que as técnicas de reprodução assistida (RA) “[...] têm papel auxiliar no processo de procriação.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM, 2021, I – 1).

Vale observar que não só os inexitosos na reprodução pelo processo biológico convencional, poderão valer-se desses recursos, mas, igualmente, os que tiveram que adiar o projeto parental, por motivo de doença ou tratamento que leva à infertilidade, como os oncológicos; as mulheres que adiam a maternidade, em função de prévia realização profissional, diminuindo as probabilidades de futura gestação, como também casais homossexuais, o que se considera infertilidade social (DANTAS; CHAVES, 2018); pessoas com doenças genéticas transmissíveis, dentre outras possibilidades.

Pode-se resumir a reprodução assistida em reprodução “*in vivo*” e “*in vitro*”, para designar as técnicas utilizadas em que a fecundação ocorre dentro do útero materno, por meio de inseminação com o gameta masculino e as que resultam de fecundação que acontece fora do corpo feminino, mediante a fusão do óvulo com o espermatozóide em proveta e a subsequente implantação de embriões no corpo feminino.

No que tange ao material genético empregado nesse processo, a reprodução assistida será *homóloga* quando ambos os titulares do projeto parental (se for um casal), tiver contribuído com seus próprios gametas, o que resultará numa filiação consanguínea. Será heteróloga, na hipótese de um deles ou nenhum ter utilizado seu material genético. Em relação ao que deu a contribuição genética, a filiação terá vínculos de sangue, biológica e, em relação ao outro, será socioafetiva, assemelhando-se à adoção unilateral e, por fim, se ovócito e sêmen pertencerem a terceiros, a filiação será inteiramente socioafetiva, à similitude da adoção bilateral.

É possível que o casal que procura uma clínica de reprodução humana, não tenha interesse de se submeter naquele exato momento a uma das técnicas de procriação, mas, tão-só, deseje guardar seu material genético para usá-lo em momento oportuno.

O casal que pretender realizar uma inseminação artificial em momento futuro, poderá simplesmente proceder à criopreservação de óvulos ou sêmen; não sendo viável essa técnica mais simples, a solução é uma fertilização *in vitro* (FIV), o que acarreta a geração de embriões em número superior ao necessário para ser implantado na mulher que almeja a reprodução.

Do total de embriões gerados, alguns serão transferidos para o corpo feminino a fresco, segundo parâmetros estabelecidos na Resolução (CFM, 2021, I, 7), na hipótese de ser desejado imediato implante pelos beneficiários e os demais são criopreservados, a serem aproveitados, no caso de insucesso, em nova tentativa, descartados ou doados, de acordo com a vontade dos usuários. Esses embriões não utilizados na primeira tentativa, são os denominados excedentes ou supranumerários (V, 2).

Por se tratar de medicalização da reprodução, com enorme impacto nos conceitos de maternidade e paternidade e, visando a proteger a dignidade da pessoa humana, a serviço da qual a ciência deve se colocar, o emprego das técnicas de procriação assistida, sujeita-se a regras da Bioética¹ que se ergue sobre quatro pilares: autonomia; beneficência, não maleficência e justiça em consonância com a proteção da dignidade humana.

Importa, sobremaneira, no que diz com o tema proposto, uma análise mais detida da autonomia, a principiar pela sua concepção, nos dias de hoje, no ordenamento jurídico contemporâneo e, mais particularmente, no âmbito desses procedimentos.

4 O sentido de autonomia no mundo contemporâneo

O sentido de autonomia, introduzido no mundo jurídico pela doutrina moderna liberal sob influência do ideário revolucionário, inspirada no pensamento de Kant, associava-a à ideia de não intervenção estatal e, portanto, era identificada com a ideia de liberdade à serviço dos interesses individuais, ainda que revestidos do mais puro egoísmo. Eram os tempos da autonomia da vontade, vinculada à relação sujeito jurídico e propriedade, estabelecida no mundo pós-capitalista, em que o contrato é condição de realização da liberdade econômica, ou, como define Ana Prata, o negócio jurídico convertia-se no “[...] efeito jurídico da vontade livre [...]” (PRATA, 2016, p. 11).

¹ Bioética é o estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, enquanto essa conduta é examinada à luz de valores e princípios morais [...] (JUNGES, 1999, p. 20).

Superado o conceito de liberdade jurídica individualista e patrimonial, compatível com o contexto ideológico do momento histórico em que se afirmou, no ambiente democrático, reina a liberdade no que tange à *autodeterminação com viés existencial*, relacionada com escolhas a partir da qual a pessoa constrói sua própria identidade, individualizando sua dignidade, o que se harmoniza com a noção de autonomia privada.

A autonomia voltada à realização de situações subjetivas existenciais encontra correspondência na responsabilidade, de modo a exigir que a pessoa possua amplas condições de discernimento, apta a entender o significado do ato e, bem assim, de suas consequências, compondo dessa forma a equação que se expressa no enunciado: autonomia equivale a discernimento e responsabilidade.

No cenário de constitucionalização da pessoa, das novas ordens constitucionais Pós Segunda Guerra, erguidas sobre o pilar do princípio da dignidade da pessoa humana, já não existe mais espaço para se cogitar da autonomia voluntarista contratual do direito moderno. Nas sociedades democráticas contemporâneas, a autonomia privada, *desgarrada da acepção patrimonial*, “[...] enquanto exercício de liberdade, constitui instrumento de expressão e concretização da dignidade humana [...]” (BARBOZA, 2005, p. 105).

O sujeito dos tempos atuais, distanciado da noção de contratante, é o sujeito pessoa, concebido como aquele que, agindo racionalmente, decide livremente sobre sua vida, em conformidade com os parâmetros por ele mesmo traçados, na busca do livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que *não prejudique a terceiros*. A tutela da intimidade da vida privada, na doutrina brasileira é considerada o fundamento do direito da pessoa autodeterminar-se quanto ao exercício dos direitos fundamentais, na perspectiva existencial da autonomia privada. Não sem razão, o art. 5º, X, da CF (BRASIL, 2016), considera inviolável a intimidade e a vida privada.

4.1 Autonomia reprodutiva e direitos reprodutivos

Importa, de início, esclarecer que o direito à reprodução compreende não apenas o direito a procriar, como também o direito a não ter filhos, incluindo a contracepção e, em alguns Países, até mesmo o aborto. A luta pelo reconhecimento dos direitos reprodutivos remonta à década de 60, capitaneada pelo movimento feminista que empunhava bandeira pela liberdade sexual e reprodutiva, concentrando sua luta, em um primeiro momento, na descriminalização do aborto e o acesso a meios contraceptivos, pretendendo a ruptura com um modelo de família patriarcal, considerada, naqueles tempos, opressiva à mulher.

Não há dúvida, nos dias atuais, que a noção de direitos reprodutivos é bastante ampla, abrangendo direitos reprodutivos e sexuais, reconhecidos como direitos humanos, ainda que tardiamente, motivo pelo qual, refere Piovesan que “[...] a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo [...]” (PIOVESAN *apud* ALMEIDA; BARBOZA, 2016, p. 179).

Com efeito, o reconhecimento dos direitos reprodutivos somente se verificou após a publicação de documentos internacionais de tutela de direitos humanos, notadamente a Declaração e Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e a Declaração e Programa de Ação de Pequim de 1995 (PIOVESAN *apud* ALMEIDA; BARBOZA, 2016, p. 180). A OMS define direitos reprodutivos como o direito de um casal ou de uma pessoa decidir, de modo responsável, em que intervalos deseja ter filhos, assim como o acesso a informações e meios para fazê-lo. Entende mais, que é direito de todos conquistar o mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva para o que reconhece o direito a tomar decisões relativas à liberdade reprodutiva, livre de qualquer sorte de coerção ou violência.

A Carta Constitucional brasileira (BRASIL, 2016), no art. 226, §7º, ao consagrar a liberdade do casal de decidir sobre o planejamento familiar, reconheceu os direitos reprodutivo, fundados na dignidade da pessoa humana, garantindo sua realização, ao mesmo tempo em que atribuiu ao Estado o dever de “[...] propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito [...]”. A regulamentação desse dispositivo veio a ser feita, mediante a Lei nº 9.263/1996, que define como planejamento familiar “[...] o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal [...]” (art. 2º).

Lamentavelmente o Brasil que, desde o início de sua história constitucional, afina-se com o constitucionalismo português, deixou de incluir no texto constitucional regra similar à cristalizada na Constituição do País coirmão (PORTUGAL, 2016), no art. 67, letra “d”, no sentido de conferir ao Estado a obrigação de “[...] regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana [...]”. Perdeu-se com isso a oportunidade de pressionar o legislador a editar a norma legal, quem sabe até por meio de Ação direta de inconstitucionalidade por omissão, prevista na Carta Magna brasileira, ressalte-se, por influência da Constituição portuguesa.

Não o tendo feito, o Parlamento brasileiro não avançou na disciplina da reprodução assistida, excluindo-a do debate democrático, cujo foro apropriado é a casa legislativa, entregando missão de tamanha envergadura ao Conselho Fe-

deral de Medicina, mostrando-se indiferente aos dilemas éticos e jurídicos que essas práticas despertam, especialmente em sede de direitos de personalidade e à necessidade de apresentar uma solução em conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional.

Assim, desde 1992, o CFM vem por meio de Resoluções, regulamentando o processo reprodutivo medicamente assistido, atualmente em vigor a de nº 2.294/2021 (CFM, 2021), que recentemente revogou a de nº 2168/2017, estabelecendo, ao mesmo tempo, balizamento para a conduta dos profissionais envolvidos nesses processos e para a dos participantes das técnicas reprodutivas, à luz de princípios éticos e bioéticos.

4.2 A autonomia na reprodução assistida

A autonomia, na reprodução assistida, consubstanciada na autodeterminação, materializa-se, por meio do consentimento livre e esclarecido que decorre da manifestação de vontade expressa pelos participantes da reprodução assistida, após serem detalhadamente informados sobre os aspectos médicos que envolvem as técnicas a serem utilizadas e dos resultados que têm sido obtidos naquele serviço.

Trata-se de dever do médico na relação com o paciente prestar todas as informações necessárias, orientando, desse modo, sua escolha verdadeiramente livre, cuja decisão, expressão de sua autonomia, deve ser respeitada. Tais cânones encontram-se consagrados nos arts. 5º, e 6º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO, 2006) e recebem acolhida pelo Código de Ética Médica.

As informações abrangem, ainda, aspectos jurídicos, biológicos e éticos, a serem discutidos com as partes envolvidas, que só, então, devem ter sua vontade sacramentada em termo de consentimento, lavrado em *formulário especial*, no qual devem ser apostas as assinaturas das pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida, conforme expressa previsão na norma deontológica (I,4).

4.2.1 O Consentimento na Criopreservação do embrião e o destino dos embriões excedentários

A Resolução 2.294/2021, em respeito à dignidade humana, expressamente consagra o princípio segundo o qual a fecundação de embriões não poderá ter outra finalidade que não seja reprodutiva (I,6), o que exclui a possibilidade de

serem gerados embriões, unicamente para fins de pesquisa, em harmonia com a proibição de instrumentalização do ser humano, atentatória a sua dignidade.^{2,3}

Partindo-se do princípio de que, desde a fecundação já existe vida humana a merecer proteção, o consentimento para criopreservação do embrião é muito mais minucioso do que o exigido para o mero congelamento de gametas.

Estabelece a normativa que a quantidade de embriões gerados, no máximo 8 (oito), deve ser comunicada aos beneficiários das técnicas, aos quais compete, no âmbito de sua autonomia, decidir quantos deles devem ser implantados a fresco e os excedentes ou excedentários, viáveis, são criopreservados (V,2). A implantação de embriões no útero da mulher deve observar os parâmetros pré-estabelecidos na norma, proporcional à chance de sucesso, considerada a faixa etária da usuária (I,7).

Já por ocasião da criopreservação, deve ser objeto de deliberação pelos usuários das técnicas, *se desejam doar* os embriões, na hipótese de extinção da conjugalidade, aí entendida, casamento ou união estável, morte de um ou de ambos os cônjuges, doenças graves, (V,3).

A Lei nº 11.105/2005 (BRASIL, 2005), a chamada Lei de Biossegurança, por seu turno, prevê expressamente que os embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no processo reprodutivo, sejam os inviáveis ou congelados há 3 (três) anos ou mais, poderão ser utilizados para fins de pesquisa e terapia com células-tronco (art. 5º), *desde que haja consentimento de seus genitores* (parágrafo único).

O artigo 5º tem dois grandes propósitos, indiscutíveis: proteger a dignidade do embrião e a autonomia privada de seus genitores, motivo pelo qual, ato de doação que importa destruição do embrião, não pode ser levado a efeito, sem que os genitores, expressem seu consentimento. Veja-se que, inclusive, o art. 24 do citado diploma legal considera crime a utilização de embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5º, cominando pena de 1 (um) a 3 (três) anos, acrescida de multa (BRASIL, 2005).

Oportuno citar Heloísa Helena Barboza (2005) para quem os usuários das técnicas devem ser devidamente esclarecidos de que a doação de embriões para utilização em pesquisa com células-tronco, importa em sua destruição à falta da autorização expressa dos embriões em pesquisas de células embrionárias, sujeitando à responsabilização civil os responsáveis por sua indevida utilização e destruição.

² Portanto, todos os seres racionais estão submetidos a leis, pelas quais devem tratar-se e tratar os outros, *nunca apenas como meios, mas sempre como uma finalidade em si.*” (KANT, 2018, p. 76).

³ No reino dos fins, tudo tem um preço ou dignidade. No lugar daquilo que tem um preço, pode ser colocada outra coisa, equivalente; por outro lado, possui uma dignidade aquilo que está acima de qualquer preço, portanto não possui nenhum equivalente. (KANT, 2018, p. 77).

A Resolução em vigor estabelece que os embriões criopreservados com três anos ou mais, poderão se descartados, se essa for a *vontade expressa dos pacientes*, mediante autorização judicial (V,4).

Decorridos três anos da criopreservação, os embriões podem ser descartados, se essa for a vontade declarada dos pacientes. O descarte também é possível, no caso de embriões abandonados, considerando-se, como tais, os pertencentes a pacientes que descumprem o contrato ou não são localizados (V, 5 e 5.1).

Em resumo, uma vez gerado, o embrião terá, forçosamente, um dos quatro destinos: implantação no útero da beneficiária, concretizando o desejo de procriar; descarte ou doação para a ciência ou concretização do projeto parental de terceiros. O descarte e a doação são *atos de disposição* que prescindem da manifestação inequívoca de vontade dos pacientes, nesse sentido.

5 A reprodução assistida *post mortem*

A criopreservação tanto de gametas quanto de embriões, portanto, oferece a possibilidade de que seja realizada uma reprodução assistida *post mortem*, hipótese contemplada na Resolução nº 2.294/2021.

A inseminação *post mortem* conquistou repercussão mundial, com o Caso Parpelaix, ocorrido na França, no ano de 1984 quando Corine Parpelaix, disposta a dar continuidade a um projeto parental, recorreu à justiça para ver reconhecido seu direito a ser inseminada com o material genético de seu falecido marido, armazenado em função de um tratamento oncológico ao qual se sujeitara.

A pioneira discussão judicial acerca da inseminação póstuma, teve como resultado, o reconhecimento pelo Tribunal de que o banco de sêmen deveria entregar o material genético à viúva, considerando inequívoca a intenção do falecido de constituir uma prole com a esposa, razão pela qual o gameta foi entregue ao cônjuge supérstite que realizou o procedimento, inexitoso, ao final.

Há vozes que se erguem contra a reprodução *post mortem*, esgrimindo o argumento de que o filho tem direito à dupla parentalidade, donde o direito de procriar do cônjuge colidiria com o melhor interesse da criança. Tal posição data máxima venia, já não parece fazer sentido, se levado em conta que o art. 226, §4º, da CF refere-se expressamente à família monoparental como entidade familiar, sabido, ademais, que o texto constitucional permite as mais diversas configurações de família. Vem a calhar citar, no contexto desse debate, o voto do Min. Fux, no julgamento do RE 898060, nos seguintes termos: “A Constituição de 1988, em caráter meramente exemplificativo, reconhece como legítimos modelos de família independentes do casamento, como a união estável (art.

226, §3º) e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, cognominada “família monoparental” (art. 226, §4º), além de enfatizar que espécies de filiação dissociadas do matrimônio entre os pais merecem equivalente tutela diante da lei, sendo vedada discriminação e, portanto, qualquer tipo de hierarquia entre elas (art. 227, §6º) (BRASIL, 2016).

Ao depois, não se conhece estudo científico sério que relacione a monoparentalidade em si, com prejuízos de qualquer ordem que venha um filho a apresentar.⁴ Vale, ainda, mencionar a posição de Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato que, invocando o art. 226, §4º asseveram “[...] a Constituição Federal de 1988 apreendeu a nova ordem social e reconheceu, ainda que tardiamente, a necessidade de acompanhar a evolução social, diante da pluralidade de situações ocorridas pela mudança da sociedade como um todo [...], concluindo que “o estigma social do solteiro não mais incomoda as pessoas como outrora.” (SÁ; NAVES, 2021, p. 128).

No que concerne à implantação *post mortem* de embriões fecundados em proveta é tema desafiador que acende um largo debate de índole religioso, filosófico, ético e jurídico, que alcança a definição de vida, início da existência humana, titularidade de direitos pelo embrião, início da personalidade jurídica, dentre outros, com efeitos no Direito da Família e Sucessões para os quais o ordenamento jurídico ainda busca solução segura.

O Código Civil de 2002 (BRASIL, 2019), no art. 1597, ao tratar da presunção de paternidade, destina os incisos III a V, para os filhos havidos por meio de reprodução assistida, contemplando nesses minguados três dispositivos, uma realidade cada vez mais frequente.

O primeiro problema hermenêutico que esse artigo apresenta, diz respeito ao seu próprio *caput*, de vez que a presunção de paternidade, na literalidade, restringe-se aos filhos havidos na constância do *casamento*. À vista da noção de que não existe hierarquia entre os diversos formatos de família, considera-se que seu conteúdo é discriminatório em relação à união estável, desatendendo o princípio de igualdade que rejeita a ideia de hierarquização entre as formas de família. Em realidade, em que pesem os avanços do Direito de Família brasileiro, a legislação pátria impescinde de preceito que assegure à união estável a presunção expressa de paternidade, nos moldes do previsto no direito português (PORTUGAL, 2018, art. 1871, nº 1, letra “c”).

No que concerne aos incisos mencionados, mister ressaltar que sua redação não é menos do que sofrível. O legislador ora se refere a *fecundação artificial* ora a *concepção artificial* e ainda, a *inseminação artificial*, provocando

⁴ Tal argumento “[...] visa apenas sublinhar o carácter tautológico da consideração das novas famílias como coligações humanas mais ou menos desviantes, mas sempre perniciosas e, concomitantemente, o erro de considerar as famílias tradicionais como a perfeita trindade.” (RAPOSO, 2005, p. 70).

uma confusão terminológica, muito bem identificada pelo Enunciado 105, do Conselho da Justiça Federal (CJF) que propõe sejam essas expressões consideradas como “técnicas de reprodução assistida” (BRASIL, [2002]).

Aliás, é oportuno esclarecer que qualquer alusão à palavra “artificial”, em se tratando de reprodução humana mostra-se inadequada porque a utilização de gametas humanos, a despeito do emprego de meios técnico-científicos auxiliares, permanece sendo procriação natural, pois, as células usadas provém do homem e da mulher.

Apesar de o texto legal ter como referência, a morte do marido e a intenção da viúva de dar seguimento ao projeto parental, a norma é aplicável também, nas condições possíveis, em casos em que o falecimento é da mulher e o homem é quem dá continuidade ao projeto, sob pena de abominável afronta ao princípio da igualdade. Da mesma forma, não há obstáculo a que um casal homossexual prossiga com os planos de constituição de prole, após o falecimento de um deles, por meio da gestação de substituição.

Não há dúvida de que os dois primeiros incisos, o III e o IV aludem à reprodução homóloga, utilizados exclusivamente gametas dos beneficiários e o V à heteróloga, com a contribuição genética de terceiros, com prévia autorização daquele que não participa com seu próprio material biológico.

6 A presunção de parentalidade na reprodução assistida homóloga post mortem

Não suscita maiores discussões se eventual inseminação ou implantação de embriões ocorre na constância da união, ainda que o nascimento ocorra após o falecimento de um dos genitores. A incidência da presunção de paternidade é tranquila, podendo até mesmo resultar da aplicação da regra estabelecida no inciso II, do art. 1597, do CC (BRASIL, 2019), que exige apenas a janela de tempo de 300 dias, contados da morte do cônjuge.⁵ Mantém-se nessa hipótese as presunções seguindo os critérios tradicionais, definidores da parentalidade: *mater semper certa est e pater is est quem nuptiae demonstrant*.

A complicação tem início quando a técnica de reprodução é utilizada, após o falecimento de um dos participantes do projeto parental, quer se trate de inseminação ou implantação de embriões crioconservados, porquanto é necessário averiguar se houve manifestação de vontade do casal, no sentido de levar adiante o projeto parental, mesmo após a morte de um deles.

⁵ Se há reprodução assistida homóloga entre cônjuges, não há outra maior diferenciação da presunção de paternidade clássica. Nesse caso, nasceu um filho de mulher casada e esse é presumidamente tido como filho de seu marido [...] (NASCIMENTO, 2011, p. 15).

O inciso III (BRASIL, 2019) alude à presunção em favor dos “[...] filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido [...]”. Corresponde às hipóteses em que, colhido o material genético ou realizada a fertilização *in vitro*, a morte acontece, antes que a técnica reprodutiva tenha sido concluída.

O inciso seguinte (BRASIL, 2019) presume a paternidade dos “[...] filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da fecundação artificial homóloga [...]”, valendo lembrar que esses são os embriões supranumerários, remanescentes de um procedimento anterior.

Por fim, a reprodução heteróloga é tratada no inciso V (BRASIL, 2019), exigindo o legislador a *prévia autorização do marido*, pelo simples motivo de que esse caso, refere-se à utilização de sêmen de terceiros. Em tais circunstâncias, o desejo de constituir a prole é legitimador da presunção de parentalidade, que não será biológica, mas afetiva para um deles. Essa hipótese não se insere no âmbito do tema delimitado, motivo pelo qual não merecerá outras considerações.

Quer parecer, ainda, que nas hipóteses de reprodução homóloga, ainda que *post mortem*, considerou o legislador que o início do processo de reprodução assistida, observadas as regras bioéticas cuja aplicação buscam a necessária harmonia entre a autonomia e a dignidade humana, eram indicativas o bastante da existência de um projeto parental, hábil a embasar a presunção de paternidade, nas hipóteses dos incisos III e IV (BRASIL, 2019).

Diga-se de passagem, os beneficiários ao darem início às técnicas de reprodução assistida, colocam em ação a vontade de realizar o projeto parental, que estava inerte no termo de consentimento. Significa a ação dirigida ao fim específico de gerar uma prole.

Importa mencionar que em 2016, o CNJ editou o *Provimento 52* (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 2-3), o qual exigia para registro das crianças nascidas de reprodução assistida *post mortem*, “[...] termo de autorização prévia e específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público [...]”. No ano seguinte, novo Provimento foi editado, dessa vez, o de nº 63 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2017, p. 7) que, abrandando o rigor do anterior, passou a admitir que o consentimento fosse expresso “[...] por instrumento público ou particular com firma reconhecida.”

A primeira crítica que ambos os Provimentos merecem é à referência a “material biológico”, indistintamente. Até seria cabível, caso se restringisse apenas aos gametas feminino e masculino, mas aludindo também a embriões esses termos são inaceitáveis. Obviamente, não se vai defender posição fundamentalista de que o embrião possui alma imortal, insuscetível de comprovação científica em qualquer hipótese, ou advogar intransigentemente a teoria concep-

cionista a respeito do início da personalidade jurídica, por não ser esse o foco do presente artigo, porém, de outro lado, é inadequado tratá-lo, como se fosse “[...] um produto semelhante a uma framboesa ou a um girino [...]”, desconsiderando “[...] o facto de existir no embrião a plena potencialidade do homem [...]”, conforme observa o filósofo Athur Kaufmann (2014, p. 473).

A segunda oposição que se faz, diz respeito ao fato de que os dois Provisamentos introduzem formalidades não previstas em lei, o que parece colidir com o disposto no art. 107, do Código Civil (BRASIL, 2019), segundo o qual “[...] a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente exigir [...]”. Além disso, a normativa ofende o princípio da legalidade cristalizado no art. 5º, II, da CF (BRASIL, 2016), segundo o qual, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Norma proveniente de órgão administrativo não tem a estatura hierárquica necessária para se contrapor a mandamento constitucional ou a lei.

De conseguinte, mostra-se suficiente o consentimento esclarecido e informado, manifestado por ocasião da contratação dos serviços na clínica de reprodução humana, à míngua de qualquer rigor formal imposto por lei, como se constata sem qualquer dificuldade da leitura dos incisos III e IV, do art. 1597, do CC (BRASIL, 2019). Ou seja, o que importa, nesse quesito, é o conteúdo e não a forma de declaração.

7 Os efeitos sucessórios da reprodução assistida homóloga post mortem

Em que pese a presunção de paternidade em benefício dos filhos havidos por reprodução assistida, os direitos sucessórios a eles atribuídos é assunto um tanto nebuloso, até porque escapa ao modelo clássico de filiação, de constituição de parentalidade. Mas há que se ter em mente que, em sede de filiação assistida o consentimento é fator de legitimação ao mesmo tempo da filiação e da sucessão.

Atente-se, primeiramente, que a legitimidade sucessória é estabelecida pelo art. 1798, do CC (BRASIL, 2019), nos seguintes termos: “[...] legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.” Entende-se como momento da abertura da sucessão, aquele em que ocorreu o falecimento do autor da herança, visto que o direito pátrio adota o princípio da *saisine*, segundo o qual, a transmissão do patrimônio aos herdeiros é automática.

Ora, na sua literalidade, o dispositivo parece dizer que a criança gerada a partir de *gametas criopreservados*, com mãe inseminada postumamente, será filha do “de cujus”, mas não terá direitos sucessórios. A interpretação nesses ter-

mos acaba por subtrair desse filho o direito fundamental à herança, previsto no art. 5º, XXX, da CF (BRASIL, 2016), esbarrando em manifesta inconstitucionalidade.

Afora isso e não menos importante é considerar a também inequívoca ofensa ao princípio da igualdade, maior concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, que não se compraz com o tratamento discriminatório à filiação, calcado em sua origem, como se extrai do art. 227, §6º da Carta constitucional (BRASIL, 2016).

Situação diversa é a sucessão que envolve *embrião gerado em proveta* na constância da união, ainda que implantado *post mortem*. Não se vislumbra possibilidade de lhe serem negados direitos sucessórios, visto que embrião é conceito que, desde a fecundação, possui o seu próprio genoma que o identifica e o torna único e irrepetível.

A propósito do tema, sustenta a insigne Prof. Stela Barbas (2006) que o embrião é vida humana, pois desde a fusão do óvulo com o espermatozoide, já possui o seu próprio patrimônio genético completo, a significar que é possuidor de identidade genética própria que irá lhe acompanhar ao longo de toda a sua existência (BARBAS, 2007), considerando a autora que a fase embrionária é uma mera etapa do desenvolvimento humano. E resume: “O embrião é aquilo que eu já fui.” (BARBAS, 2006, p. 83).

Pondere-se, ademais, que a relevância ética e jurídica do embrião é absolutamente diferente da que possuem os gametas, células germinais masculinas e femininas, embora estes também mereçam a adequada proteção porque *não são coisas*, tanto é assim que a Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina, *veda sua mercantilização*, embora admita o ressarcimento do doador de eventuais perdas financeiras que venha a sofrer, incluindo despesas médicas relacionadas com o gesto solidário. E como não poderia deixar de ser, a Resolução 2294/2021 segue a orientação convencional, mantendo a proibição de comercialização dessas células, guardando conformidade com o art. 199, §4º, da CF (BRASIL, 2016).

Vale registrar que, inobstante o vazio legislativo para disciplinar as relações jurídicas que emergem da utilização das técnicas reprodutivas, a Lei de Biossegurança, no art. 5º, refere que a utilização de embriões ou descarte depende da autorização dos *genitores, ou seja, dos pais*, daqueles que os geraram. A mesma posição adotou o Dec. 5591/2005, diploma legal que regulamentou a citada lei, o qual considera como genitores os usuários finais da fertilização *in vitro* (art. 3º, inc. XV). Genitores, entenda-se, pais biológicos.

Cristiano Farias e Nelson Rosenvald (2013, p. 459 *apud* AUGUSTO, 2020, p. 121), assim se posicionam quanto a esse debate:

Não é demais reiterar a interessante discussão sobre os efeitos sucessórios decorrentes da fertilização assistida. Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos do art. 1.597, III e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório [...].

Uma vez que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que a capacidade de suceder é reconhecida em favor de quem nasceu ou já foi concebido, entendem os autores que “[...] *não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos* (que é princípio de inclusão) [...]” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 599, grifo nosso).

No sentido de reconhecer direitos sucessórios, vale citar o Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil CJF (BRASIL, [2005]), vazado nos seguintes termos: “A regra do art. 1.798, do CC deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.”

Não se entende cabível, como defendem alguns que, para serem assegurados direitos sucessórios aos filhos nascidos da reprodução assistida póstuma, seja necessário recorrer à sucessão testamentária, nos termos do art. 1799, inc. I (BRASIL, 2019) que permite seja chamado à sucessão “[...] os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir a sucessão [...]”. Primeiro, porque tornaria inútil a presunção de paternidade prevista no art. 1597, III, do CC (BRASIL, 2019), limitando à produção de efeitos pessoais e negando os patrimoniais; segundo, porque o dispositivo refere-se à prole eventual de terceiros e não do próprio testador; Terceiro, porque se acaso o genitor falece repentinamente, antes de elaborar testamento, esses filhos ficariam excluídos de sua sucessão.

Paira polêmica em torno de prazo para que ocorra a concepção, que parte da doutrina entende deva ser de 2 (dois anos) por analogia com prazo para a concepção da prole eventual, previsto no art. 1800, §4º, do Estatuto Civil. A isso se opõe Maria Berenice Dias (apud AUGUSTO, 2020), sob o ponderável argumento de que conferir segurança jurídica aos demais herdeiros não deve se sobrepor aos direitos hereditários do filho a nascer, haja vista que a ação de investigação de paternidade é imprescritível e a de petição de herança é de 10 anos, donde aquele entendimento colocaria em desvantagem o filho fruto de reprodução assistida.

8 O embrião como sujeito de direitos: a descoisificação do embrião

É sabido que o Código Civil adotou a teoria natalista, reconhecendo a personalidade civil apenas depois do nascimento com vida. Entretanto, não é menos verdade que a mitigou ao declarar proteção aos direitos do nascituro, desde a concepção, consoante dispõe o art. 2º, do CC (BRASIL, 2019).

Nessa toada, providencial a observação de Alexandre Lescura, para quem “[...] não importa quando o ser humano passe a ter personalidade jurídica. Não importa em que conjuntura ele foi gerado. A falta de útero não é condição *sine qua non* para garantia de direito à vida [...]” (NASCIMENTO, 2011, p. 36), prossegue o autor: “Caracterizar o embrião supranumerário como um ente sem vida, tão somente por não se encontrar em um útero, transforma-o em coisa [...]” (NASCIMENTO, 2011, p. 35-36), arrematando que a criopreservação apenas posterga seu nascimento e não o início de sua vida.

Acresça-se a isso, o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro não admite a interrupção voluntária da gravidez, tipificando-a como aborto, estabelecendo proteção à vida do ser, produto da fecundação, não restringindo a tutela a qualquer etapa de seu desenvolvimento. Inadmissível seria imaginar que só merecesse proteção o ser resultante da fecundação, caso esse processo ocorresse dentro do corpo feminino, excluindo de seu alcance os filhos concebidos por meio da reprodução assistida.

É indiferente para o efeito de reconhecimento de existência humana, o fato de o embrião *in vitro* não ter nidação, como ocorre no útero materno, pois, como bem observa Oliveira Ascensão (2008, p. 27) “[...] a verdade é que o aborto abrange também a destruição do embrião antes da nidação [...]”.

Na mesma direção posiciona-se Ana Cristina Rafful (2000, p. 122) para quem “[...] o embrião é um ser humano em potencial, desde o momento da fecundação. Os direitos do nascituro são tutelados desde a concepção, logo o embrião, ainda *in vitro*, também se insere nessa proteção, isto é, o conceito é considerado sujeito de direitos [...]”.

Cabe lembrar, ademais, que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CONFERÊNCIA ESPECIALIZADA INTERAMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS, 1969), promulgada pelo Estado Brasileiro através do Dec. 678 de 06/11/1992, dispõe no seu art. 4º que toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, desde a concepção.

A jurisprudência do STJ em diversos julgados, vem reconhecendo o nascituro como sujeito de direitos. Apenas à título exemplificativo, no julgamento do Resp 1.415.727 (BRASIL, 2014), o voto vencedor do Ministro Salomão entendeu cabível o pagamento de seguro DPVAT a mulher que, em virtude de aci-

dente de trânsito, sofreu aborto, sob o fundamento de que “[...] o aborto causado pelo acidente de trânsito subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.”

Aduziu em seu voto o argumento de que a vida do nascituro recebe tutela também do Código Penal pela tipificação do aborto, inserido no capítulo dos Crimes contra a Vida. Por fim, afirmou, com argúcia, que a proteção dos direitos dos nascituros “[...] *só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é pressuposto de todos os demais [...]*” (BRASIL, 2014, n. p., grifo nosso).

Aliás, não por outro motivo, permite o ordenamento jurídico que a mulher grávida possa pleitear alimentos gravídicos. Trata-se de hipótese de substituição processual em que a mãe pleiteia em nome próprio direito do nascituro, convertendo-se os alimentos fixados em pensão alimentícia, após o nascimento. O objetivo da norma relaciona-se com o princípio da paternidade responsável, estatuído no art. 226, §7º, da CF (BRASIL, 2016), sendo de destacar, ainda, que a lei não limita esse direito a essa ou aquela idade gestacional, pelo que alcança tanto o embrião quanto o feto.

9 Algumas considerações acerca do julgamento do Recurso Especial 1.918.421

Trata-se de Recurso Especial sob relatoria do Min. Marco Buzzi, cujo julgamento foi iniciado em 18 de maio, girando a discussão em torno do direito de a viúva implantar sem seu útero embriões fertilizados *in vitro*, obtidos a partir de gametas do casal e, portanto, uma reprodução homóloga. A isso se opunham os dois filhos do primeiro casamento do genitor, com indisfarçável propósito de proteger seus polpudos quinhões no milionário acervo hereditário.

O caso contém algumas particularidades, dignas de registro. Acerca do procedimento de procriação assistida, que remonta a 2015, o falecido tinha dificuldades reprodutivas e, para superar esse problema, submeteu-se a um delicado e invasivo processo para coleta de espermatozoides que, bem sucedido, resultou na FIV e na criopreservação dos embriões, optando o casal em utilizá-los, no momento que mais lhe aprouvesse.

Sucedede que, apesar de seus 77 anos e de ser um homem saudável, durante uma viagem à Suíça, em 2017, o marido foi a óbito, em decorrência de um aneurisma de aorta, deixando armazenados dois embriões, no Hospital Sírio Libanês.

A viúva, nos autos do inventário, já generosamente contemplada em disposição testamentária, informou que iria se submeter à implantação dos embriões, surpreendendo, alegadamente, os filhos do *de cuius*, que diziam ignorar o desejo do pai em ter um filho com a jovem mulher.

O lúcido voto do Min. Buzzi considerou que a pretensão da mulher merecia acolhida, porquanto, restava indubitosa a intenção de procriar do finado, notadamente pelo fato de ter se sujeitado à delicada intervenção para vencer a infertilidade, sendo essa decisão, expressão de autodeterminação do casal, manifesta pelo consentimento dado à clínica que não previa duração e nunca fora revogado. Enfatizou, ainda, que talvez tivesse o falecido o desejo de ter uma prole consanguínea, haja vista que os outros filhos eram adotivos, a despeito disso não representar qualquer demérito. Concluiu o voto do Relator que o art. 1.597, e seus incisos III, IV e V, do CC (BRASIL, 2019), deveriam ser interpretadas de modo sistêmico, deles não se extraindo a necessidade de expressa manifestação em vida do cônjuge.

Pedido de vista formulado pelo Ministro Salomão provocou a suspensão do julgamento, retomado em 8 de junho próximo passado. Em voto divergente, o Ministro entendeu que o consentimento expresso em formulário da Clínica não era o bastante para autorizar a continuidade do processo reprodutivo *post mortem*, entendendo que a manifestação de vontade deve ser expressa e formal, porquanto o planejamento familiar não supõe a imposição da vontade de um dos parceiros sobre o outro. Em placar apertado, venceu por três votos a dois a posição expressa no voto divergente, até o momento, ainda não disponibilizado, porém noticiado em informativos jurídicos *on-line* (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2021; STJ proíbe..., 2021) e certidão de julgamento lavrada (BRASIL, 2021). A partir dessas informações, alguns comentários podem ser antecipados.

A decisão *data maxima venia* não encontra respaldo na legislação em vigor. Com efeito, a lei não exige autorização “expressa e formal”, como se percebe com a máxima clareza dos incisos III e IV do art. 1597, do CC (BRASIL, 2019). O legislador entendeu que, sendo patrimônio genético do próprio casal, basta a manifestação dada no momento em que optam por se submeter a alguma técnica de reprodução assistida. Veja-se que até mesmo, em relação ao embrião excedentário, o que remanesce crioconservado após uma tentativa anterior de reprodução, o cônjuge está autorizado a implantá-lo, *a qualquer tempo*, conforme expressamente previsto no inciso IV, mantida a presunção de paternidade.

No caso concreto, a intenção do *de cuius* de constituir uma prole com a esposa é absolutamente indubitosa. Primeiro, pelo fato de ter se submetido a um procedimento de aspiração de espermatozoide, expondo-se a eventuais ris-

cos, com o exclusivo intuito de superar a infertilidade que no passado o impossibilita de ter uma descendência para a qual pudesse transferir seu material genético. Depois, pelo fato de terem prosseguido, com a mulher sendo submetida a uma hiperindução de ovulação para coleta de óvulo, a ser fecundado com sêmen do marido *in vitro*, como de fato ocorreu. Todos esses procedimentos, seguindo normas bioéticas, antecedidos de termos de consentimento esclarecidos, firmados pelo casal.

O só fato de a vontade ser manifestada no formato de formulário por ocasião da contratação dos serviços de reprodução com a clínica, indentificando-o como de adesão, não infirmam o consentimento. O contrato de adesão só coloca sob suspeita a liberdade de decidir quando é assimétrico, isto é, quando existe um desequilíbrio de forças entre os contratantes que, faz supor que pela superioridade de uma das partes, a autonomia privada da outra foi restringida, ao ponto de não poder interferir no conteúdo da avença.

Disso não se cuida! O “Termo de opção de encaminhamento de material criopreservado em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos ou 5 anos” viabilizava a escolha do destino a ser dado aos embriões na hipótese de morte de um dos genitores e o casal livremente recusou a possibilidade de descarte ou de doação, optando em conferir ao sobrevivente a “custódia” deles.

A essa altura, se o descarte de embriões criopreservados, segundo as normativas de antanho (Res. 2.121/2015) e a atual (Res. 2.294/2021), depende do consentimento dos genitores e a doação para utilização em pesquisa com células-tronco, nos termos do art. 5º, da Lei de Biossegurança, está condicionada à autorização dos genitores que, no caso, não há, e da mesma forma para terceiros beneficiário das técnicas de reprodução assistida, o que estará a viúva, na condição de “custodiante” desses embriões, autorizada a fazer com eles? (CFM, 2015; 2021).

A propósito do consentimento, lapidar a lição de Maria Berenice Dias (2013, p. 123, grifo nosso): “Na concepção homóloga, *não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento* e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem* [...]”.

Considere-se, ainda, que a exigência de vontade expressa em documento público ou privado, com firma reconhecida, foi introduzida pelo Prov. 52/2016, modificado pelo 63/ 2017 do CNJ, cuja inconstitucionalidade e legalidade já foram analisadas anteriormente e que, para além disso, ambos são posteriores ao início da utilização das técnicas de reprodução, ocorrido em 2015, sob a égide da Resolução 2121/ 2015, do CFM (2015).

Importa registrar que a decisão não levou em conta os direitos reprodutivos da viúva que, inclusive, menciona nos autos já contar 39 (trinta e nove) anos de idade e ser portadora de falência ovariana, donde, é possível que essa fosse sua última chance de ter filhos biológicos. Permitiu-se, de conseguinte, que terceiros, os filhos do falecido, interferissem na liberdade do planejamento familiar que pertence, exclusivamente à mulher, ao homem ou ao casal, conforme estatui a lei, a salvo de interferência da sociedade ou estatal (LÔBO, 2019), inclusive do Judiciário.

Não se vislumbra motivo justificável para, mesmo que fosse colocado sob suspeita o desejo do *de cuius* de dar continuidade ao projeto parental após sua morte, pudesse a viúva ser impedida de exercer seus direitos reprodutivos, como se a autonomia reprodutiva do falecido, pudesse se sobrepor à dela.

De outra banda, a proteção dos direitos do conceito, especialmente assegurada pelo art. 2º, do CC (BRASIL, 2019), defendidos com tamanho entusiasmo em acórdãos recentes do STJ (Resp 1.415.727; Resp 1.120.676; Resp 1.170.239; Resp 931.556, dentre outros) foram inteiramente olvidados (JURIS-PRUDÊNCIA..., 2019). Trata-se de filho condenado à morte, embora desejado por seus genitores, o exato oposto do que acontece nas situações de aborto, quando a autonomia da mãe de interromper a gravidez, opõe-se ao direito à vida da criança ou, na melhor das hipóteses (?), alienado de seus genitores. Em última análise, a decisão promove o aborto de um projeto parental.

A contemplação desse(s) filho(s) em testamento era irrelevante, pois, por lei, já gozava(m) de presunção de paternidade, daí resultando todos os consectários, inclusive, sua condição de herdeiro(s) legítimo(s), tal qual seus dois irmãos.

Por outro lado, a existência de testamento, não rompido, conforme enfatiza o voto divergente, em que não há referência aos embriões criopreservados, só vem a confirmar o propósito de prosseguir no projeto parental, porque sendo disposição de última vontade, o testador poderia, quem sabe, ter se valido dela para revogar o consentimento dado no início da utilização das técnicas reprodutivas. E não o fez porque, ao contrário do que dizem os recorrentes, o falecido não pretendia meramente agradar sua jovem esposa, ele desejava tornar-se pai de filhos para quem transmitiria sua herança genética.

É nítido que a lide evidenciava colisão de direitos fundamentais que mereciam ter sido devidamente ponderados e cuja solução passava necessariamente pela limitação de um deles, a partir de razões idôneas a justificá-la, operando o princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro de proteção dos direitos jusfundamentais em discussão (NOVAIS, 2016), atuando como barreira de proteção ao núcleo intangível do direito fundamental, sob pena de, ultrapassada essa barreira, um deles ser aniquilado.

A ponderação como técnica de solução de colisão de direitos fundamentais supõe o sopesamento dos bens colidentes à vista do caso concreto, de vez que, *a priori*, nenhum deles tem precedência sobre o outro (ALEXY, 2008). À mínima da adequada ponderação, o resultado do julgamento traduziu o completo sacrifício dos direitos reprodutivos da recorrida e do direito à vida dos conceptos, por cujo destino final o Tribunal da Cidadania agora é responsável.

A decisão, com todo o respeito, subverte, a ordem axiológica que inspira toda o sistema jurídico, pós Constituição de 1988 que, constitucionalizado, privilegia valores existenciais em detrimento dos patrimoniais.

Em que pesem declarações em contrário já manifestadas, a decisão não é nem um pouco bem vinda e lança às trevas os relevantes debates sobre direitos de personalidade que cercam a reprodução assistida. Tampouco é defensável estabelecer qualquer relação entre o julgado e a prevenção de manipulação do genoma, procedimento esse expressamente proibido pela Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos e, de resto, pelo art. 6º da Lei de Biossegurança. Muito pelo contrário, os que se preocupam com essa matéria, advogam justamente a redução da quantidade de produção de embriões para evitar os supranumerários que serão destinados às pesquisas.

O julgamento desse *leading case*, deixa à mostra que o embrião *in vitro*, não mereceu ser enquadrado na noção de conceito, sujeito de direitos, a que o art. 2º, do Estatuto Civil outorga proteção, cuja defesa com tanto ardor já foi protagonizada pelo próprio Min. Salomão. Ao que tudo indica, pelo menos para a maioria da Quarta Turma do STJ, o embrião é mero “material genético”, cuja vida não merece ser preservada.

Considerações finais

A reprodução assistida, apesar de sua grande importância na superação dos problemas de esterilidade e infertilidade ainda são vistas com muita desconfiança pelas pessoas, em geral, por uma suposta intervenção indevida na natureza, sendo melhor aceitas quando o processo é de natureza homóloga, sem participação genética de terceiros.

A reprodução assistida *post mortem* nada mais é do que a realização de um projeto parental, idealizado em vida pelo casal, fruto da autonomia reprodutiva de ambos que lhes permite o livre planejamento familiar, direito conferido pelo art. 226, §7, da Constituição (BRASIL, 2016), que não pode sofrer interferência de qualquer pessoa, da sociedade ou do Estado.

A legislação civil considerou que o consentimento manifestado pelo casal, ao se submeter às técnicas de reprodução assistida é o bastante para legitimar a filiação, atribuindo a esses filhos a presunção de parentalidade. Outra interpretação não comportam os incisos III e IV, do artigo 1597, do Código Civil.

À vista disso, qualquer regulamento de cunho administrativo, que sujeite a manifestação de vontade do casal à observância de determinada forma, exorbita e incorre em inconstitucionalidade por ofensa ao princípio da legalidade (art 5º, II) e ilegalidade por infringência ao art. 107, do CC, que não condiciona a validade da vontade a qualquer formalidade, a menos que imposta por lei (BRASIL, 2019).

Os efeitos sucessórios são inevitáveis, uma vez presumida a paternidade, notadamente no caso de embriões criopreservados e excedentários, em face da regra constante do art. 1798 do CC (BRASIL, 2019) que considera legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão. Reconhece-se, contudo, que em se tratando de sêmen criopreservado, a questão exige maiores reflexões, até porque nesse momento ainda não existe vida humana, somente células reprodutivas.

O Código Civil (BRASIL, 2019) ao estabelecer que a personalidade jurídica inicia-se a partir do nascimento com vida, abraçou a teoria natalista, mas mitigou-a, protegendo os direitos do nascituro desde a concepção, o que vem sendo reconhecido pelo STJ.

O embrião, quer esteja no corpo materno ou fecundado *in vitro*, possui igual dignidade, não se vislumbrando motivo plausível para excluí-lo da tutela legal. Ao embrião fecundado pelo processo natural biológico confere-se proteção em qualquer fase da sua existência, antes mesmo da nidação, não sendo aceitável destinar tratamento diferente ao embrião *in vitro*, como se fosse mero material biológico, até porque, em uma e outra circunstância, possui identidade genética.

A procriação assistida desperta debates éticos e jurídicos e o ordenamento jurídico tem uma enorme lacuna que torna extremamente difícil a solução das colisões de direitos fundamentais de personalidade, exigindo do operador do direito um amplo conhecimento da ordem valorativa que inspira o texto constitucional para realizar uma ponderação que efetivamente reconheça a adequada precedência de um direito sobre o outro em cada situação concreta.

Os institutos e categorias clássicas do Direito, não são adequadas à nova realidade. O embrião, embora não seja ainda pessoa, também não é prole eventual, é ser humano em desenvolvimento, no aguardo de um útero para que possa nascer. É preciso, portanto, aproxima-lo à pessoa nascida para o efeito de lhe garantir proteção.

A premência de uma legislação própria e abrangente é indiscutível. Os novos tempos clamam pelo Biodireito, a disciplinar adequadamente as relações jurídicas que resultam dos procriação assistida, idôneo a oferecer solução à gama de colisão de interesses que advêm desses processos.

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Victor; BARBOZA, Heloísa Helena – Des(igualdade de gênero): a mulher como sujeito de direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O Direito Civil entre o direito e a pessoa*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O Início da Vida. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2008. v. II.
- ASSESSORIA de Comunicação do IBDFAM. *Vúva não tem direito a implantar embriões sem autorização prévia do marido*. Belo Horizonte, 9 jun. 2021, IBDFAM. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8564/Vi%C3%BAva+n%C3%A3o+tem+direito+a+implantar+embri%C3%B5es+sem+autoriza%C3%A7%C3%A3o+pr%C3%A9via+do+marido%2C+decide+STJ>. Acesso em: 21 jun. 2021.
- AUGUSTO, Daniela Moreira. *Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e questões sucessória decorrentes*. Belo Horizonte: Renovar, 2020.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida. *Direito ao Patrimônio Genético*. Coimbra: Almedina, 2006.
- _____. *Direito do Genoma*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BARBOZA, Heloísa Helena. Embriões excedentários e a lei de biossegurança: o sonho confronta a realidade. In: CONGRESSO Brasileiro de Direito de Família, 5, 2005, Belo Horizonte. *Anais...* Belo Horizonte: IBDFAM, 2005. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/20.pdf>. Acesso em: 21. jun. 2021.
- BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. Enunciado 105*. Brasília, [12 e 13 de setembro de 2002]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- BRASIL. *Conselho da Justiça Federal. Enunciado 267*. Brasília, [2005]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>. Acesso em: 27 jun. 2021.
- BRASIL. *Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil*. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BRASIL. *Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996*. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm. Acesso em: 26 jun. 2021.
- BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. In: NERY JUNIOR, N. *Código Civil Comentado*. 13. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Brasília, DF: Casa Civil, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial 1.415.727/SC*. Recorrente: Graciane Muller Selbmann Recorrido: Segurador Líder dos Consórcios de Seguro DPVAT S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 4 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865053963/recurso-especial-resp-1415727-sc-2013-0360491-3/inteiro-teor-865053969>>. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Recurso Especial 1.918.421/SP*. Direito Civil – obrigações. Recorrente: LZN. Recorrido: SBDES – HSL. Relator: Min. Marco Buzzi, 8 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/COL?seq=128519146&tipo=0&nreg=&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CLARKE, Robert. *Os filhos da ciência*. Porto: Editorial Verbo, 1985.

CONFERÊNCIA Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José: Comissão Interamericana de Direitos Humanos, 1969. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em: 21 jun. 2021.

CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução nº 2.121, de 24 de setembro de 2015*, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119. Brasília, DF: CFM, 2015. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução nº 1.957, de 2010*. Acesso em: 20 abr. 2012.

CONSELHO Federal de Medicina. *Resolução nº 2168, de 10 de novembro de 2017*, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117. CFM. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.294, de 15 de junho de 2021*, publicada no D.O.U. de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73. Brasília, DF: CFM, 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

CONSELHO Nacional de Justiça. *Provimento nº 52, 14 de março de 2016*. Brasília, DF: Corregedoria Nacional de Justiça, 2016. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_52_14032016_19032018105533.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

CONSELHO Nacional de Justiça. *Provimento nº 63, 14 de novembro de 2017*. Brasília, DF: Corregedoria Nacional de Justiça, 2017. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 24 jun. 2021.

DANTAS, Eduardo; CHAVES, Mariana. *Aspectos Jurídicos da Reprodução Assistida*. Rio de Janeiro: GZ, 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: família*. 9. ed. v. 6. Salvador: Jus Podivm, 2017.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução Humana Assistida e suas consequências nas relações de Família*. Curitiba: Juruá, 2009.

JUNGES, José Roque. *Bioética-perspectivas e desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

JURISPRUDÊNCIA do STJ vem reconhecendo nascituros como sujeitos de direito. São Paulo, 1º jul. 2019. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-01/stj-vem-reconhecendo-nascituros-sujeitos-direito>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2018.

- KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- LÔBO, Paulo. *Lições de Direito Civil: Famílias*. 9. ed. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2019.
- NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. *Adoção embrionária*. Orientador: Nelson Luiz Pinto. 2011. 170 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://tede.pucsp.br/bitstream/handle/5515/1/Alexandre%20Lescura%20do%20Nascimento.pdf>>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- NOVAIS, Jorge. *A dignidade da Pessoa Humana*. 2. ed. v. II. Coimbra: Almedina, 2016.
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Lisboa: UNESCO; 2006. Disponível em: <<https://bit.ly/1TRJFa9>>. Acesso em: 10 nov. 2016.
- ORGANIZAÇÃO das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Declaração Universal sobre o genoma humano e os direitos humanos: da teoria à prática*. Brasília, DF: UNESCO, 2001. Disponível em <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por>. Acesso em: 11 jun. 2019.
- PELLEGRINO, Ana Paula. *Reprodução Humana Assistida: a tutela dos direitos fundamentais das mulheres*. Curitiba: Juruá, 2014.
- PORTUGAL. *Código Civil, 1976. Código Civil e legislação complementar*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- PORTUGAL. *Constituição, 2005. Constituição da República Portuguesa*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- PORTUGAL. *Lei nº 32, de 26 de julho de 2006*. Procriação medicamente assistida. Diário da República: série I, Lisboa, n. 143, p. 5245-5250, 26 jul. 2006.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.
- RAPOSO, Vera Lucia. *De mãe para mãe*. Coimbra: Coimbra, 2005.
- RAFFUL, Ana Cristina. *A Reprodução Artificial e os Direitos da Personalidade*. Mogi das Cruzes: Themis, 2000.
- ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antônio. *Inventário e Partilha: teoria e prática*. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2021.
- RUDINESCO, Elisabeth. *A Família em Desordem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. 5. ed. Belo Horizonte: Foco, 2021.
- STJ proíbe implantação de embriões após morte de um dos cônjuges. [s. l.], 8 de junho de 2021. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges>. Acesso em: 26 jun. 2021.
- TEIXEIRA, Danielle. Arquitetura do Planejamento Familiar. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Org.). *Sucessão do Embrião*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

