



**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**MESTRADO EM DIREITO**  
**ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA**  
**“LUÍS DE CAMÕES”**

**PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO**  
***POST MORTEM:***

**uma visão comparada entre a Legislação do Brasil e de Portugal**

Dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito

Autor: Alcides Emanuel Espíndola Bulhões

Orientadora: Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves

Número do Candidato: 20151512

**Agosto de 2021**

**Lisboa**

**ALCIDES EMANOEL ESPÍNDOLA BULHÕES**

**PROcriação medicamente assistida e estabelecimento da filiação  
*POST MORTEM*:**

**uma visão comparada entre a Legislação do Brasil e de Portugal**

Trabalho de dissertação para obtenção do grau de Mestre em Direito, especialidade Ciências Jurídica, pela Universidade Autónoma de Lisboa, sob orientação da Professora Doutora Stela Marcos de Almeida Neves Barbas.

**Área de conhecimento: Ciências Jurídicas - Bioética.**

**Lisboa, PT**

**ANO, 2021**

## Dedicatória

*Ab initio*, no plano sobrenatural, a Deus criador do universo e de todas as coisas e à Nossa Senhora de Fátima, cuja fé inabalável me trouxe até aqui; no plano terrestre, a meus pais Anailton Andrade de Bulhões e Claudia Espindola de Bulhões, a meu irmão Thiago Espindola de Bulhões, a minha avó Erotildes (in memoriam), que são as razões do meu existir e não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa de minha vida. À Minha sócia, Jamile Monteiro e a todos os contribuintes do Monteiro e Bulhoes Sociedade de Advogados, em especial Emhely Costa pela Contribuição na formatação; aos Colegas Secretários do Município de Cairu, ao Prefeito Fernando Brito bem como aos amigos Advogados do Sistema OAB-BA e a Ana Paula de Almeida Costa, dedico.

## **Agradecimentos**

Agradeço a Universidade Autónoma de Lisboa – UAL, na pessoa do Diretor do Curso de Mestrado e também professor Dr. Pedro Trovão do Rosário, pelos ensinamentos e manifestações de apoio e encorajamento à pesquisa científica. À Professora Dra. Stela Marcos de Almeida Neves Barbas pela forma encantadora que apresentou a matéria que me inspirou a escrever sobre o tema, pela forma magistral e única com que transmite os seus conhecimentos e pelos incentivos e conselhos, mostrando a direção jurídica e dando contorno ao tema, aceitando ser minha orientadora, incentivando o desenvolvimento desta dissertação desde o primeiro momento ao qual eu só posso expressar o meu mais profundo e especial agradecimento e respeito não só pela revisão crítica do manuscrito, orientação, rigor científico, profissionalismo, lucidez, disciplina, ética, postura, saber jurídico, transmissão de valores morais e afins que foram notas dominantes da sua orientação. A todos os meus professores pela influência e maestria dos seus conhecimentos, cujas opiniões e ensinamentos marcarão para sempre a minha formação académica, pessoal e profissional por partilharem o saber jurídico, que contribuíram para minha formação e que não seriam aprendidos senão por eles.

“É um problema que transcende o foro da responsabilidade individual; é de ordem colectiva, recai sobre todos os que têm o poder de decidir nas diversas áreas do conhecimento e da actividade. E a gestão dos conflitos que eventualmente podem aparecer exige contributos não só dos médicos, mas, também, dos juristas, teólogos, filósofos, sociólogos e políticos”.

Stela Marcos de Almeida Neves.



## **Resumo**

A presente dissertação objetiva estabelecer um diálogo jurídico sobre a Procriação Medicamente Assistida e o estabelecimento da filiação post mortem do doador, estabelecendo-se uma análise no direito comparado luso-brasileiro, a fim de demonstrar a importância da proteção aos direitos humanos, em especial o direito à vida desde a concepção necessária para garantir o pleno desenvolvimento do ser humano, com fins de reconhecer a filiação dos filhos advindos de técnica de reprodução assistida, mesmo após a morte do doador. Apresenta uma análise da evolução histórica das técnicas de reprodução assistida, bem como das técnicas atualmente utilizadas. No campo jurídico analisa as fontes formais que regulamentam a procriação medicamente assistida no Brasil (onde ainda existe grande lacuna legislativa) e a regulamentação fica a cargo das resoluções do Conselho Federal de Medicina e em Portugal, cuja regulamentação encontra-se devidamente regulamentada na Constituição da República Portuguesa, no Código Civil português e na Lei 32/2006. Sendo que, em recorte teórico, estabelece como fator investigativo, a procriação medicamente assistida e a filiação paterna pós morte do doador, dentro das perspectivas estabelecidas por lei e pela doutrina a respeito da temática, concluindo-se que, pela garantia do princípio da dignidade da pessoa humana, deve ser garantida a filiação mesmo nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida após a morte do doador.

**Palavras-Chave:** Procriação Medicamente Assistida; Bioética; *Post Mortem*; Direitos Humanos.

**Abstract:**

The present dissertation aims to establish a legal dialogue on Medically Assisted Procreation and the establishment of post-mortem affiliation of the donor, establishing an analysis in comparative Portuguese-Brazilian law, in order to demonstrate the importance of protecting human rights, especially the right to life from the conception necessary to guarantee the full development of the human being, with the purpose of recognizing the sons' affiliation resulting from assisted reproduction techniques, even after the donor's death. It presents an analysis of the historical evolution of assisted reproduction techniques, as well as the techniques currently used. In the legal field, it analyzes the formal sources that regulate medically assisted procreation in Brazil (where there is still a large legislative gap) where the regulation is carried out in the resolutions of the Federal Council of Medicine and in Portugal, whose regulation is duly regulated in the Constitution of the Portuguese Republic, the Portuguese Civil Code and Law 32/2006. Since, in a theoretical perspective, it establishes as an investigative factor, medically assisted procreation and the donor's paternal parenting, within the perspectives established by law and by the doctrine regarding the theme, concluding that, by guaranteeing the principle of dignity of the human person, membership must be guaranteed even in cases of assisted reproduction techniques used after the donor's death.

**Keywords:** Medically Assisted Procreation; Bioethics; Post Mortem; Human rights.



## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA .....</b>	<b>12</b>
1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CIENTÍFICA .....	12
1.2 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO À REPRODUÇÃO .....	13
1.3 BENEFICIÁRIOS DAS TÉCNICAS .....	15
1.4 PRINCIPAIS TÉCNICAS .....	16
<b>2 FONTES NORMATIVAS SOBRE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA .....</b>	<b>18</b>
2.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA .....	18
2.2 A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA SOBRE A PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA .....	29
<b>3 CRITÉRIOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO .....</b>	<b>35</b>
3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FILIAÇÃO .....	35
3.2 CRITÉRIOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO NO BRASIL .....	39
3.3 CRITÉRIOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO EM PORTUGAL .....	41
<b>4 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA POST MORTEM DO DADOR .....</b>	<b>47</b>
4.1 À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO .....	47
<b>4.1.1 Reprodução Assistida Heteróloga <i>Post Mortem</i> no Brasil .....</b>	<b>48</b>
<b>4.1.2 A Reprodução Assistida Heteróloga <i>Post Mortem</i> no Brasil .....</b>	<b>57</b>
4.2 À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS .....	59
<b>4.2.1 A Reprodução Assistida Homóloga <i>Post Mortem</i> em Portugal .....</b>	<b>61</b>
<b>4.2.2 A Reprodução Assistida Heteróloga <i>Post Mortem</i> em Portugal .....</b>	<b>64</b>

<b>5 ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO DECORRENTE DA TÉCNICA DE PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA POST MORTEM SEGUNDO A LEGISLAÇÃO DO BRASIL E DE PORTUGAL .....</b>	<b>67</b>
5.1 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA .....	67
5.2 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA .....	71
5.3 ESTUDO DE CASO: RECONSTRUÇÃO JUDICIAL DA VONTADE E UTILIZAÇÃO DE SÊMEN APÓS A MORTE .....	72
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>76</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>77</b>

## INTRODUÇÃO

O objetivo de procriar e constituir família é consequência da própria necessidade biológica de manutenção da espécie. Historicamente, há relatos de lendas, mitos ou simplesmente notícias de tentativas, mais ou menos bem-sucedidas, no sentido de ultrapassar a simples intenção da fertilidade.

Com o avanço tecnológico e científico, casais que possuíam dificuldades de conseguir a gravidez de maneira espontânea passaram a buscar técnicas que pudessem alcançar o objetivo tão almejado. Surge, por conseguinte, o método da Procriação Medicamente Assistida (PMA), também conhecido como fertilização *in vitro*, que torna possível o nascimento do que se chamou de bebês de proveta (ASCENÇÃO, 2014).

Sobrevém que, inobstante a Procriação Medicamente Assistida tenha causado inúmeras melhorias no que tange às formas de reprodução, no campo das ciências sociais aplicadas, notadamente no que se refere à guarda da personalidade humana, trouxe inúmeros conflitos sociais.

É que existem situações que escapam a todos os quadros em que se assenta a guarda legal. Por exemplo, no ponto de vista familiar, pode gerar confusão das gerações; no ponto de vista sucessório, porque ou põem em causa as aquisições operadas por morte, ou obriga à suspensão do fenômeno sucessório até que seja segura a ocorrência do nascimento ou pelo contrário, a sua impossibilidade (ASCENÇÃO, 2014).

Com a verdadeira expansão que a inseminação medicamente assistida conheceu e as experiências conseguidas dos processos de fertilização *in vitro*, o fenômeno da reprodução medicamente assistida ganhou proporções exponenciais, envolvendo valores que se enraízam no que há de mais necessário no homem e potenciando consequências de grande gravidade, que tornam insustentável o vazio de normas regulamentadoras que reina e a passividade dos poderes públicos (DIAS, 1996).

Dentro dessa ordem de ponderações, uma das inovações advindas da Procriação Medicamente Assistida (PMA) que ainda gera incertezas jurídicas decorre da utilização do método *post mortem*, situação na qual o sêmen ou ovócito decorrente do marido ou companheiro, já falecido, que se encontrava armazenado nos centros de procriação medicamente assistida, é utilizado pela mulher para gestação.

Portanto, dentre várias repercussões que possam surgir, uma delas nos causa maior interesse de investigação: o estabelecimento da filiação em casos de utilização da técnica de procriação medicamente assistida, *post mortem*; sendo, portanto, nosso objeto de estudo da dissertação em epígrafe.

De início, observamos que a maioria dos ordenamentos jurídicos ainda não regulamenta o estabelecimento da filiação com a utilização da procriação medicamente assistida, *post mortem*; a doutrina, outrossim, não diferente, ainda encontra-se em fase de maturação sobre o tema, o que define a grande importância desta pesquisa.

Observa-se ainda que, considerando-se o país de origem deste pesquisador e o fato da ligação colonial e a sede da instituição de ensino do qual se volta a pesquisa, tornou-se imperioso, igualmente, que esta dissertação tome como base o direito comparado entre Brasil e Portugal, no que tange ao tema sob discussão.

Neste diapasão, primeiramente, abordar-se-á o tema da reprodução humana assistida, apresentando o seu conceito, a sua evolução histórica, as suas técnicas e a área jurídica em que está inserida, qual seja, o Biodireito.

Na sequência, sempre com enfoque luso-brasileiro, serão demonstradas as fontes formais sobre procriação medicamente assistida; os critérios jurídicos da paternidade; em que consiste a Procriação Medicamente Assistida *post mortem*; e, por fim, como se estabelece a filiação decorrente da técnica de procriação medicamente assistida *post mortem*, apresentando-se, dentre outros parâmetros, aspectos jurisprudenciais e doutrinários.

# 1 REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

## 1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CIENTÍFICA

Por necessidade biológica e de própria manutenção da espécie, o desejo de procriar e constituir família é muito antigo dentre os seres humanos. Na história, há relatos de lendas, mitos ou notícias de tentativas, mais ou menos bem-sucedidas, no sentido de ultrapassar a simples intenção da fertilidade.

A título de exemplo, na mitologia grega, Zeus engravidou por inseminação Danae, filha de Acrísio, enclausurada para não dar à luz um herdeiro. Já no mito de origem egípcia, Isis procura reconstituir os restos de Osíris para, a partir deles, obter fecundação (DUARTE, 2003).

Vejamos que tais relatos não são peculiares ao Ocidente, até porque também existiam lendas orientais as quais retratavam mulheres que ficavam grávidas ao retornarem inseminadas do templo de Vanijiin, deusa da fertilidade (BORGES, 2014).

Na Bíblia, o livro Gênesis, no capítulo 16, versículos 1-8, relata a existência de utilização de técnica de reprodução medicamente assistida quando Abraão, pai das três grandes religiões monoteístas, possuía uma esposa, Sara, afetada pela esterilidade que, como forma de solucionar o impasse, convida Abraão a ter relações com sua escrava, Agar, para, através da dela, conceber um filho. Assim, Sara, diante de uma intercessão milagrosa, concebeu um filho a Abraão, chamado Isaac.

Dentro dessa ordem de ponderações, vê-se que, em que pese a existência de citações antepassadas que remetam à existência de utilização de técnicas de fecundação diversa da natural, não restam dúvidas de que as técnicas de reprodução assistida são resultado do progresso científico e tecnológico da humanidade.

É que, com o desenvolvimento da medicina e a publicidade que gera em torno de si, passou-se a ter mais possibilidades de que os casais com dificuldades de conseguir a gravidez espontaneamente, pelas mais diversas razões, busquem essas técnicas para alcançar o objetivo do tão almejado filho ou filha.

Surge, assim, a reprodução humana assistida como método científico que busca garantir o desejo de pessoas se tornarem pais ou mães, independentemente dos problemas vivenciados nessa busca, seja por infertilidade, seja por esterilidade (FERRAZ, 2009).

A literatura reporta cientificamente que o primeiro caso de reprodução humana assistida, com a fecundação do óvulo fora do organismo materno, em proveta, aconteceu na Inglaterra, em 20 de julho de 1978, após trabalho de pesquisa de 15 anos, realizado pelos doutores Steptoe e

Edwards, quando nasceu Louise Brown, o primeiro ser humano proveniente de uma reprodução *in vitro*. No Brasil, tem-se como primeiro caso conhecido a concepção de Ana Paula Caldeira, em 7 de outubro de 1984 (PUSSI, 2007).

Certo é que as referidas intervenções científicas deixaram o mundo perplexo frente ao poder da ciência e, conforme dito alhures, intensificaram cada vez mais a quantidade de pessoas que passaram a se interessar pela temática.

Assim, desse aglomerado de técnicas médicas, surgiram as técnicas de Procriação Medicamente Assistida, dentre as quais se destacam a fertilização *in vitro* e a inseminação artificial. O objetivo primordial de tais técnicas é combater a esterilidade ou até mesmo prevenir patologias genéticas e hereditárias que possam surgir (MADALENO, 2010).

Certo é que, desde então, existem muitas controvérsias no âmbito jurídico, social e até mesmo religioso quanto ao emprego de técnicas de reprodução humana. Maior controvérsia ainda persiste no que tange ao emprego de técnica para a concepção após a morte do genitor, justamente o ponto de vista que interessa ao presente trabalho dissertativo, conforme será demonstrado nas próximas linhas.

## 1.2 PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA E O DIREITO À REPRODUÇÃO

A procriação medicamente assistida é, por excelência, um ato médico e, para valia ética, decorre, pois, que se depare ainda com uma deficiência do aparelho reprodutor de um ou de ambos os membros do casal, justificando-se, portanto, a utilização medicinal. Se assim não for, sendo utilizada para satisfazer primazias ou cobiças que não estejam ligadas a quaisquer deficiências, põe-se em cheque a legitimidade do recurso e as práticas de intervenção no processo de reprodução (ASCENSÃO, 2014).

É nesse sentido que, considerando-se o teor económico associado à utilização das técnicas de procriação passaram a ter, cada vez mais pessoas, em nome do direito à procriação, passaram a utilizar o método para satisfazer tão somente desejos pessoais, não para corrigir as deficiências naturais, agindo-se dentro da legalidade ou não (ASCENSÃO, 2014).

Mesmo assim, não restam dúvidas de que a grande maioria das uniões resulta do desejo de procriar, fazendo este parte do projeto de felicidade e de realização pessoal do casal, evitando-se a conseqüente frustração particular e social, quando não realizada (BORGES, 2014).

Por essa razão, muitos doutrinadores têm se posicionado no sentido de que o direito a procriar trata-se de direito fundamental. Nesse sentido, Borges (2014, p.12), asseverou: “É com base nesta lógica que o Professor Diogo Leite de Campos entende que o direito de procriar se trata

de uma necessidade fundamental de muitos seres humanos e deve ser assegurado por constituições e leis ordinárias”.

Não restam dúvidas, porém, de que cada pessoa tem todos os direitos e esquece os deveres. Mesmo assim, possuem o maior de todos os direitos: o da felicidade, em que pese não inscrito na Constituição. Dentro dessa máxima, as pessoas sentem-se autorizadas a fazer o que quiserem, sem observar o significado e validade da célula, donde decorre a vida humana nascente (ASCENSÃO, 2014).

De toda forma, o ato da reprodução deve ser colocado sempre perante a potencialidade de geração de um novo ser: ou porque é intencionalmente dirigido a tal, no ideal de um ato de amor, ou pelo menos pela aceitação do coito com as consequências inerentes à reprodução.

Assim, é imprescindível ressaltar que a procriação corresponde, na sua normalidade, a anseios profundos das pessoas, mas a sua dignidade última provém dos intervenientes serem chamados a participar num ato, por natureza, altruísta de propagação da vida.

Deve-se, acima de tudo, que o sistema jurídico deve assegurar o direito do novo ser gerado, visto que os seus interesses devem ter prioridade em relação aos ascendentes (ASCENSÃO, 2014). Isso é resguardar o direito do infante advindo das técnicas de reprodução, pois o princípio mais basililar a ser protegido é, sem dúvidas, a dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, durante toda a indagação, utilizar-se-á, como norte, a diretriz ética, defendendo-se que as técnicas disponíveis não tenham desvio de finalidade, eivando o processo ao buscar satisfazer, tão somente, os interesses dos progenitores (ASCENSÃO, 2014).

Ressalta-se que, sendo um direito fundamental, o direito a constituir família não é absoluto (BORGES, 2014). É necessário, ainda, ter em atenção que este direito a procriar comporta duas dimensões distintas, constituindo, em simultâneo, direito positivo e negativo. Enquanto direito negativo, significa que todos têm direito a reproduzir sem a interferência de ninguém; já numa dimensão positiva, pressupõe um direito à assistência na reprodução.

Por essa razão, mesmo pressupondo um direito à assistência na reprodução, não se pode transferir ao Estado essa obrigação de garantir a utilização de técnicas de reprodução, porquanto excessivamente oneroso.

Mesmo assim, acima de tudo, além de proteger o direito dos progenitores, há que se garantir os direitos do novo ser, daí a importância de se estabelecer, juridicamente, a aplicação de regras voltadas à segurança e à proporcionalidade das novas técnicas de reprodução medicamente assistida.

### 1.3 BENEFICIÁRIOS DAS TÉCNICAS

Como dito alhures, considerando-se a procriação medicamente assistida como ato médico, a *priori*, os beneficiários da técnica são justamente aqueles que se deparam com uma deficiência no aparelho reprodutor de um ou de ambos os membros do casal ou àqueles que, de alguma forma, precisem se utilizar das respectivas técnicas como forma de garantir o seu direito de procriar.

Em análise conjunta do instituto sobre a ótica luso-brasileira, o professor Marques (2015), afirma que:

[...] os beneficiários, que não necessariamente os progenitores do acesso a estas técnicas são as pessoas casadas que não se encontrem judicialmente separadas de pessoas e bens ou separadas de facto, ou as que, sendo de sexo diferente, vivam em condições análogas às dos cônjuges há pelo menos dois anos.

Portanto, à primeira vista, seria direcionada a pessoas que fossem de sexo diferente, sendo vedada a utilização da técnica por casais homossexuais. Além das barreiras legais, os casais homossexuais que pretendam aceder a técnicas de PMA enfrentam outras de ordem religiosa, ética e moral, situação que deve ser ainda enfrentada posteriormente, e que não serão abordadas no decorrer da dissertação por se distanciarem de nosso objeto de pesquisa.

Outro fato que merece destaque é que seja necessário que os beneficiários tenham mais de 18 anos e não se encontrem interditos ou inabilitados por anomalia psíquica, justamente considerando-se os aspectos de maioridade civil. Constata-se, porém, uma lacuna relativamente às pessoas que, não estando interditas ou inabilitadas, padecem de uma anomalia psíquica inequívoca ou medicamente comprovada (ou comprovável), que as impede de reger a sua pessoa e os seus bens (MARQUES, 2015).

Por fim, é importante ressaltar que, quanto às mães solteiras, viúvas, divorciadas ou as que vivam em separação de facto, veremos que tais modalidades são decorrentes da inseminação *post mortem*, objeto do presente estudo.

É que, embora a legislação luso-brasileira proíba esse tipo de inseminação, mesmo quando o marido ou companheiro hajam prestado consentimento (em vida ou por negócio testamentário), o certo é que, se vier a nascer uma criança, ela será havida como filha do falecido – salvo, porém, se a mulher tiver contraído novo casamento (MARQUES, 2015).



## 1.4 PRINCIPAIS TÉCNICAS

Com o fim de satisfazer a pretensão humana mais genuína de procriação àqueles que não conseguem sem nenhum tipo de ajuda, junto à evolução técnica científica, houve a criação de técnicas de procriação medicamente assistida que substituem ou facilitam alguma etapa que seja deficiente no curso reprodutivo natural.

Tais técnicas interferem no ato reprodutivo, com a utilização de prescrição medicamentosa, equipamentos de laboratório, manipulação de gametas e embriões ou outros materiais, com o objetivo de conseguir realizar a fecundação fora do corpo da mulher.

Geralmente, buscam o auxílio para conseguir a gravidez em centros de reprodução assistida, casais diagnosticados com esterilidade ou problemas de infertilidade.

Casal estéril é aquele que não tem a capacidade de gerar um filho de modo natural; por exemplo, quando a mulher não possui as duas tubas uterinas. Já casais inférteis são aqueles em que ocorre diminuição da chance de gestação como por exemplo, a mulher com algum tipo de disfunção hormonal ou endometriose.

Para tanto, em ambas as situações, os casais já têm à disposição várias formas de driblar os problemas de infertilidade e esterilidade masculina e feminina.

Atualmente, existem vários métodos utilizados como técnicas de Procriação Medicamente Assistida. Entre eles, podemos destacar: a Inseminação Intra Útero (IUI), a Fertilização in vitro (FIV), a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI), dentre outras.

Em função da forma pela qual se dá o uso dos gametas, diferencia-se a procriação medicamente assistida em homóloga e heteróloga.

Na procriação medicamente assistida homóloga, a fecundação é realizada com espermatozoide de marido ou companheiro e com o ovócito da própria mulher, sem intervenção de terceira pessoa; no segundo caso, a modalidade heteróloga, o espermatozoide ou ovócito (ou ambos) é fornecido por dador(a) estranho(a) ao casal, seja por inexistência ou insuficiência, seja por má qualidade do material genético (BORGES, 2014).

Se a inseminação (heteróloga) ocorre em vida do dador (doador), a lei (considerando-se a legislação luso-brasileira) determina que este dador não é havido como pai da criança, não lhe cabendo quaisquer responsabilidades parentais.

No entanto, é importante ressaltar que a procriação heteróloga só pode acontecer subsidiariamente à homóloga, quer dizer, a utilização da procriação heteróloga só deve ser permitida quando a procriação por meios homólogos não for possível, face aos conhecimentos médico-científicos disponíveis ou quando implicar elevados riscos de saúde aos beneficiários ou

ao nascituro. Até porque a utilização da técnica heteróloga, fora dos parâmetros mencionados, constitui-se em total descompasso ético.

Na doutrina encontram-se, ainda, outras classificações acerca das técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga de forma que seja considerada total ou parcial: na primeira, nenhum material genético é proveniente do casal, enquanto na segunda, o material genético de pelo menos um dos membros do casal é utilizado.

Certo é que, em que pese a evolução das técnicas, ainda são diversos os debates sobre essas duas formas de procriação assistida. No âmbito da reprodução homóloga, destaca-se a problemática em torno da inseminação ou transferência de embriões após a morte do marido, foco desta dissertação. Já quanto à reprodução heteróloga, além dessas dificuldades que também ocorrem na inseminação homóloga, desencadeiam-se outras problemáticas, destacadamente quanto à questão da filiação, da gratuidade da dádiva de gametas, do anonimato do dador e do uso da maternidade de substituição, mas que não serão objetos de investigação neste momento.

Faz-se um adendo quanto à gratuidade da dádiva de gametas, apesar de não ser tema a ser discorrido neste estudo. Conforme será demonstrado ao longo da presente dissertação, a legislação que regula a procriação medicamente assistida veda expressamente a compra e venda de material genético, seja feminino, seja masculino, proibindo, portanto, a existência de contrapartida econômica da doação de espermatozoides, ovócitos ou embriões ou de qualquer material biológico decorrente da aplicação de técnicas de PMA.

Assim, o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, do ponto de vista ético, firmou posição no sentido de que seria mais adequada, em princípio, a utilização exclusiva de gametas do casal no âmbito das técnicas de procriação medicamente assistida e, excepcionalmente e por ponderadas razões estritamente médicas, quando esteja em causa a saúde reprodutiva do casal, poderá ser considerado o recurso a doação singular de gametas.

Ademais, com relação ao anonimato do dador, estabeleceu-se a regra do anonimato, porém de forma mitigada, pois há previsão de duas exceções à regra geral, consistentes na possibilidade de quebra do anonimato por razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial e para que seja possível obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projeto de casamento, mantendo-se, todavia, na segunda possibilidade, a confidencialidade acerca do conhecimento do dador, exceto se este expressamente o permitir. Contudo, observa-se que essa temática sofreu evolução nos estudos do direito português.

## **2 FONTES NORMATIVAS SOBRE PROcriação Medicamente Assistida**

Conforme expresso alhures acerca do recorte teórico a que se predispõe a presente investigação científica, em que pese as novas técnicas de reprodução medicamente assistida tenham se difundido pelo mundo e com regulamentações próprias, quer pela Organização Mundial da Saúde, quer pelas Convenções Internacionais, quer pelas legislações internas dos países, esta dissertação estará cuida da apresentação das fontes normativas que regulamentam as técnicas no Brasil e em Portugal.

### **2.1 A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA SOBRE A PROcriação Medicamente Assistida**

Em que pese a grande difusão das técnicas de reprodução assistida pelo mundo e a sua utilização cada vez maior no Brasil, inexistente regulamentação específica sobre a PMA no país. O mínimo regulamentador da utilização das técnicas que se tem ciência advém das Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), documento sem caráter legal/coercitivo e que não possui natureza vinculativa.

Em decorrência da lacuna legislativa, a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida possui, ainda, muitas fragilidades que geram, por conseguinte, a ineficiência de seu reconhecimento.

É que, conforme asseverado acima, as referidas resoluções não têm força de lei, sendo, ao invés, meras proclamações do que seja moralmente necessário e serve para nortear o que realmente deve ser feito, em caso de discussões judiciais acerca da temática.

Tal circunstância de omissão legal, em que pese seja geradora de preocupação, considerando-se que a inexistência de norma que regulamente a PMA no país, não impede ou retira a existência da utilização das mencionadas técnicas como método científico que tem sido manejado pela comunidade médica brasileira.

Mesmo assim, ainda que rarefeitos os dispositivos normativos relacionados ao tema, em análise sistemática, além das resoluções do Conselho Federal de Medicina, podemos considerar, como fontes formais que disciplinam a técnica da procriação medicamente assistida, a Constituição da República Federativa do Brasil, o Código Civil de 2002 e a Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança).

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, norma de hierarquia superior dentro do Estado Democrático de Direito, traz, nos seus textos, inúmeros dispositivos e princípios que podem ser utilizados como direcionamento e amparo à aplicação da PMA.

A Constituição Federal constitui-se como marco temporal que trouxe nova percepção do que se entende pelo instituto da família e seus consequentes reflexos no meio social, defensor das garantias fundamentais. São justamente as novas diretrizes constitucionais que promovem uma evolução do pensamento jurídico a um patamar nunca antes imaginado, estabelecendo a descendência como forma de determinar os direitos e deveres dos filhos, e não mais a sua origem (MAGALHÃES; VILAR, 2019).

Em primeiro lugar, o legislador constituinte brasileiro conferiu, ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em seu artigo 1º, III, a qualidade de norma base de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania, o que, a nosso ver, deve ser o principal princípio norteador das ações técnicas e científicas voltadas para a procriação não natural.

A prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana traduz-se no reconhecimento de que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o inverso (ALMEIDA JÚNIOR, 2005). Destarte, em que pese ainda inexista uma legislação própria que regulamente as técnicas de reprodução medicamente assistida, uma vez sendo utilizada a técnica, em caso de lides decorrentes de sua utilização, deve-se, antes de tudo, proceder-se a uma análise sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Até por que se trata, de fato, de direito fundamental, concebido como direito subjetivo atribuído por norma constitucional e que guarda papel central no sistema jurídico. (ALEXY, 2012).

Acrescente-se, ainda, a existência de demais subprincípios constitucionais que norteiam a utilização da procriação medicamente assistida, podendo-se citar os princípios da liberdade, da igualdade e da legalidade.

Citamos o Princípio da liberdade como requisito para a concretização da dignidade da pessoa humana, pois cabe a cada indivíduo escolher e constituir a entidade familiar que melhor corresponda à sua realização existencial; por isso, o legislador não pode definir qual a família melhor e mais adequada (LÔBO, 2008).

O princípio da igualdade, também, possui guarida no que tange à salvaguarda do direito à utilização de métodos da procriação medicamente assistida, na medida em que o embrião faz jus à proteção absoluta e irrestrita contra qualquer desrespeito à sua identidade e integridade, incidindo sobre ele, e sendo oponível *erga omnes*, o mandamento constitucional da igualdade.

O princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Carta Magna, é aplicado à reprodução humana assistida ao se considerar o direito de ter filho por qualquer método, desde que não vedado por lei, pois, em um Estado Democrático de Direito, na relação entre particulares, tudo o que não

é proibido, é permitido. Por esse ponto de vista, subentende-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, não há qualquer barreira à concepção artificial.

Não é demais lembrar que a própria constituição estabelece positivamente o direito ao planejamento familiar. A esse respeito, vejamos o quanto estabelecido pelo art. 226, § 7º da Constituição da República Federativa do Brasil:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

**§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.**  
Regulamento

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Com as linhas gerais garantidoras do direito da dignidade da pessoa humana com aspectos de livre planejamento familiar decorrentes da Constituição Federal, encontra-se, ainda, na legislação infraconstitucional, alguns enxertos que, de certa forma, demonstram que o Brasil não veda a utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida.

Dentro dessa ordem de ponderações, cumpre destacar que, mesmo que timidamente, o Código Civil de 2002, ao regulamentar a presunção de filhos, expressamente reconhece os havidos de técnica de reprodução assistida, o que se depreende da análise do artigo 1597 do mencionado diploma legal: 23 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção

artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. ( do mencionado diploma legal:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

**III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;**

**IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;**

**V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002, grifo nosso).**

Vejam, portanto, que a legislação material civil brasileira reconhece a existência das técnicas de reprodução medicamente assistida, na medida em que se presumem filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido já tenha falecido e quando se tratar de embriões excedentários, a qualquer tempo, e os havidos por inseminação artificial heteróloga, quando autorizado pelo marido.

Assim, mesmo em se tratando de inseminação artificial heteróloga, havendo consentimento do marido, já que se trata de doação de material genético de terceiro à relação, gerará presunção absoluta, *juris et de jure*, pois não há a possibilidade de a filiação ser impugnada (DIAS, 2017).

Sobrevém que, mesmo diante da previsão legal genérica, observamos que as inferências que são resultantes dos supramencionados dispositivos legais são limitadas, mesmo porque, tratando-se de legislação geral, o Código Civil não pretendeu disciplinar a procriação medicamente assistida em si.

Ainda que não seja norma específica de regulamentação da PMA no Brasil, têm-se como outro sistema normativo balizador a Lei n. 11.105/2005, conhecida como Lei da Biossegurança. Essa lei, segundo seu artigo primeiro:

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

Mesmo se tratando de legislação que visa a garantir a segurança das práticas científicas biológicas, apenas o artigo 5º refere-se ao debate acerca da reprodução humana assistida:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. (BRASIL, 2005).

Sobrevém que, como visto, a supramencionada norma afirma, apenas, ser permitida, “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento” (BRASIL, 2005). Assim, o legislador se preocupou em editar a Lei de Biossegurança permitindo a pesquisa em embriões humanos congelados, mas, surpreendentemente, omitiu-se quanto à regulamentação da reprodução humana assistida.

Daí porque se identifica que inúmeros pesquisadores que se debruçaram sobre o tema são reticentes em afirmar que não existe regulamentação precisa acerca da procriação medicamente assistida no Brasil, cabendo esta difícil tarefa ao Conselho Federal de Medicina, por meio de suas resoluções.

Em análise no sítio do Conselho Federal de Medicina brasileiro,<sup>1</sup> utilizando-se do filtro de pesquisa das resoluções com a palavra procriação, verifica-se que a normatização própria fora se amoldando ao longo do tempo, conforme a Tabela 1, apresentada a seguir:

---

<sup>1</sup> Disponível no seguinte endereço eletrônico: <https://p.ortal.cfm.org.br/>.

Tabela 1 – Resoluções do Conselho Federal de Medicina brasileiro que tratam de procriação.

<b>Tipo</b>	<b>UF</b>	<b>Nº/Ano</b>	<b>Situação</b>	<b>Ementa</b>
Resolução	CFM	2294/2021	Integra	Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73.
Resolução	CFM	2217/2018	Integra	Aprova o Código de Ética Médica.
Resolução	CFM	2168/2017 com modificação s operadas pela Resolução 2.283/2020	Revogada	Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos –, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p. 117.
Resolução	CFM	2121/2015	Revogada	Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão 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 2.013/13, publicada no D.O.U. de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119.
Resolução	CFM	2013/2013	Revogada	Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.
Resolução	CFM	1957/2010	Revogada	A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum.
Resolução	CFM	1931/2009	Revogada	Aprova o Código de Ética Médica.
Resolução	CFM	1358/1992	Revogada	Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida.
Resolução	RJ	237/2007	Integra	Institui, no âmbito do CREMERJ, o Grupo de Trabalho sobre Reprodução Assistida.
Resolução	SP	232/2011	Integra	Estabelece, com base na Resolução CFM 1.957/10, Inciso VII, item 1, os requisitos que devem ser atendidos pelos interessados na utilização das técnicas de reprodução assistida, de "doadoras temporárias de útero" que não pertencem à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, para fins de autorização do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo.

Fonte: elaboração própria



Portanto, com exceção das legislações estaduais do Rio de Janeiro e de São Paulo, atualmente, servem de regulamentação das técnicas de reprodução medicamente assistida no Brasil a Resolução n. 2217/2018, que “aprova o Código de Ética Médica”, e a Resolução n., 2168/2017 – agora revogado pela resolução 2294/2021, que “Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida”.

Em que pese, conforme já asseverado ao longo da presente dissertação, o potencial meramente deontológico dessas resoluções, dada a importância da temática e do órgão de representação nacional, mister se faz trazer à baila o quanto fixado pelas respectivas normatizações acerca da procriação medicamente assistida. Assim, considerando-se as normas gerais de conduta ética, apresentaremos abaixo, sistematicamente, a regulamentação da matéria na Resolução n. 2217/2018.

Inicialmente, cumpre destacar que, em que pese vigente, o Código de Ética Médica, Resolução CFM nº 2.217, de 27 de setembro de 2018, já possui modificações textuais decorrentes das Resoluções CFM nº 2.222/2018 e 2.226/2019, mas em enxertos que não alteram o objeto da presente investigação acadêmica.

E agora, no decorrer da correção da presente dissertação pós depósito, verificou-se a existência de nova resolução: RESOLUÇÃO CFM Nº 2.294, DE 27 DE MAIO DE 2021, que “Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.168, publicada no DOU de 10 de novembro de 2017, Seção 1, pág. 73.”

Aqui, importante frisar que o referido Código de Ética Médica, embora não possua eficácia *erga omnes*, torna-se imprescindível baliza na aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida. Conquanto não regulamente os atos de vontade dos beneficiários das técnicas, contém as normas que devem ser seguidas pelos médicos no exercício da aplicação das técnicas. Portanto, a prestação dos serviços médicos está sujeita às respectivas balizas legais oriundas das resoluções do conselho, notadamente ao Código de Ética.

Nos termos do referido regimento do conselho, o Código de Ética é composto por “26 princípios fundamentais do exercício da medicina, 11 normas diceológicas, 117 normas deontológicas e quatro disposições gerais”. Assim, considerando-se que a transgressão das normas deontológicas sujeitará os infratores às penas disciplinares previstas em lei, têm-se, ao menos, que as técnicas de PMA encontram-se parametrizadas no bojo do referido regimento.

O Código de Ética da Medicina, em seu capítulo voltado à responsabilidade profissional, estabelece ser vedado ao médico, dentre outras, no caso de procriação medicamente assistida: gerar embriões supranumerários, muito menos com objetivo de criar seres humanos geneticamente modificados; criar embriões para investigação ou criar embriões com finalidade de escolha de sexos, eugênia ou para originar híbridos ou quimeras. Veda-se, outrossim, a prática de procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o método.

Tais preceitos são extraídos da leitura do art. 15 do Código de Ética Médica (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2009):

Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética.

§ 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários. § 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos:

I - criar seres humanos geneticamente modificados;

II - criar embriões para investigação;

III - criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras.

§ 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o método

Portanto, vê-se que, embora também o Código de Ética não tenha esmiuçado todo o procedimento médico voltado à procriação medicamente assistida, ao menos estabeleceu limites à atuação médica na sua utilização, o que, de fato, é muito importante para assegurar, aos beneficiários e médicos envolvidos, um mínimo ético a ser mantido no desenvolvimento das técnicas de reprodução médica.

Ultrapassada a análise do Código de Ética Médica, cabe ainda fazer uma análise sistemática do quanto estabelecido pela Resolução nº 2294/2021 do Conselho Federal de Medicina, visto que adota as normas éticas diretamente voltadas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

São considerações necessárias para o enfrentamento da temática o fato de que se tornou necessária a regulamentação da reprodução assistida por ser, a infertilidade humana, um problema de saúde com implicações médicas e psicológicas. Além disso, na pós modernidade, tem havido um numero maior de mulheres que estão postergando a maternidade, com a consequente diminuição da probabilidade de engravidarem com o avanço da idade, e o conhecimento científico

já permite solucionar vários problemas de reprodução humana, sendo necessário harmonizar o uso dessas técnicas com os princípios éticos da medicina.

Portanto, a citada resolução estabeleceu alguns princípios necessários para a aplicação das técnicas de reprodução assistida, no Brasil, conforme veremos a seguir.

Em primeiro lugar, a reprodução assistida não deve ser a regra, pois tem o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procuração.

Estabelece-se a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução social ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos, sendo que tais técnicas apenas podem se utilizadas quando exista a probabilidade de sucesso e não gere risco grave de saúde para o beneficiário da técnica ou o possível descendente.

Ainda, como baliza definidora de idade para beneficiárias à gestação, a mencionada resolução fixa, como idade máxima para candidata à utilização das técnicas de reprodução assistida, 50 anos, sendo que a exceção ao limite fixado deverá ser possível desde que baseada em critérios científicos fundamentados pelo médico responsável, notadamente quando da ausência de comorbidades da mulher e após devidamente esclarecidos os riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção.

Os beneficiários das técnicas de reprodução assistida deverão, ainda, demonstrar o consentimento livre e esclarecido, sendo que os aspectos médicos envolvendo a técnica utilizada devem ser detalhadamente expostos, inclusive, no que tange ao resultado buscado com o tratamento buscado, através de documento, contrato, entre todos envolvidos, contendo todas as especificidades éticas e legais.

Frisa-se, ainda, que a mesma ressalva existente do Código de Ética Médica é reeditada pela Resolução n. 2168/2017 e agora pela resolução 2294/2021, na medida em que proíbe a utilização de técnica de reprodução assistida com a intenção de selecionar sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente, bem como a fecundação de ovócitos humanos com qualquer outra finalidade senão a procriação.

Outro princípio estabelecido pela resolução é referente ao número de embriões a serem transferidos/inseminados, de acordo com a idade da mulher: dois embriões para mulheres de até 37 anos, três embriões para mulheres entre com mais de 37 anos, excluindo-se o quanto estabelecido na resolução anterior quando fixava até quatro embriões em mulheres com 40 anos ou mais. Estabelece-se, ainda, que, em se tratando de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta, sendo certo que, nestes casos, o número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro.

Outra proibição estabelecida é que, em caso de múltipla gravidez decorrente de técnica de procriação medicamente assistida, não se pode utilizar procedimentos que visem à redução embrionária.

Aqui, em que pese não seja o objeto da presente investigação científica propriamente estabelecida, chama atenção para o fato de a resolução em análise ainda trazer, à baila, rol dos beneficiários das técnicas de reprodução assistidas, quais sejam, pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento, cientes e de acordo com a utilização da técnica.

Permite-se a utilização das técnicas de PMA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, resguardando-se a consciência por parte do médico. Também é permitida a gestação compartilhada – aquela situação em que o embrião obtido da fecundação do(s) oócitos(s) de uma mulher é transferido para o útero de outra – em união homoafetiva feminina, mesmo não existindo infertilidade.

No que se refere à doação de gametas ou embriões, a resolução estabelece expressamente a vedação à doação comercial ou com caráter lucrativo, sendo que, na procriação medicamente assistida heteróloga, os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores ou vice-versa.

Há, também, o estabelecimento da idade limite para a doação de gametas, quais sejam de 37 anos para mulher e 45 anos para o homem (na resolução anterior era de 40 e 50 anos respectivamente), sendo que é obrigatório o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Ressalva-se que, em casos especialíssimos, por motivação médica, o sigilo pode ser quebrado, oportunidade em que serão fornecidas exclusivamente para médicos desde que resguardada a identidade civil do(a) doador(a).

Regulamenta-se, outrossim, a obrigatoriedade das clínicas, centros ou locais onde são feitas as doações manterem registro com dados clínicos de caráter geral, com características fenotípicas e material celular dos doadores.

Uma outra ressalva atinente à procriação medicamente assistida heteróloga é o fato de que, na região de localização da unidade, o registro de nascimentos evitará que um doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em área com até um milhão de habitantes, exceto se não se tratar da mesma família receptora.

Para garantir a semelhança fenotípica, a resolução estabelece que é de responsabilidade do médico assistente, dentro do possível, a escolha de oócitos, não sendo permitido que funcionários e demais integrantes da equipe das clínicas possam participar como doadores nos programas de procriação medicamente assistida.

Permite-se, ainda, a doação voluntária de gametas ou doação de oócitos para reprodução assistida, situações nas quais doadora e receptora, com problemas de reprodução, compartilham o

material biológico e custos com o procedimento médico. Nesses casos, a doadora, nos termos resolutivos, tem preferência sobre o material biológico produzido.

Dada a importância temática, a regulamentação do Conselho Federal de Medicina a ainda trata da criopreservação de gametas ou embriões pelas clínicas. É que, havendo permissão para criopreservar espermatozoides, oócitos, embriões e tecidos, foi necessária a fixação de balizas para sua utilização.

Dessa forma, restou fixado que, em caso de utilização das técnicas de reprodução assistida, o laboratório deverá comunicar, aos beneficiários das técnicas, o número total de embriões gerados em laboratório, sendo que os excedentes viáveis devem ser criopreservados. Os pacientes beneficiários das técnicas devem manifestar sua vontade por escrito quanto ao destino a ser dado aos embriões conservados, em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou ambos (objeto de nossa dissertação – quando se trata de doador masculino), e quando desejam doá-los.

Após três anos ou mais, em caso de expressa vontade, os embriões criopreservados poderão ser descartados, estabelecendo-se que, em caso de descumprimento de contrato pelos beneficiários ou não localização de endereço pela clínica por mais de três anos, serão considerados abandonados e poderão ser descartados.

Outras regulamentações foram trazidas pela Resolução n. 2294/2021, no que se refere ao diagnóstico genético pré-implantacional de embriões e sobre a gestação de substituição/cessão temporária do útero. Entretanto, pelo recorte teórico da presente dissertação, não serão apresentados no presente tópico dissertativo.

A resolução em exame permite a procriação medicamente assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente ( esta ainda inexistente).

Resta pacificada a possibilidade de utilização de técnicas de reprodução assistida no Brasil. Mesmo existindo lacuna legal de base sólida para a sua aplicação, o Conselho Federal de Medicina, aliado à interpretação sistemático-legal do ordenamento jurídico brasileiro, a procriação medicamente assistida e a paternidade *post mortem*, objetos deste estudo, encontram-se devidamente amparadas em caso de lides surgidas a partir de sua utilização, conforme será demonstrado nos próximos tópicos.

## 2.2 A LEGISLAÇÃO PORTUGUESA SOBRE A PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA

Se, no Brasil, a lacuna legislativa é uma realidade no que se refere à regulamentação das técnicas de procriação medicamente assistida, não se pode dizer o mesmo quanto à República Portuguesa. O atual regime jurídico da PMA encontra guarida na Constituição da República Portuguesa e na Lei n.º 32/2006, com suas atualizações legislativas.

A Constituição da República Portuguesa consagra princípios que amparam a possibilidade de utilização de técnicas de PMA, notadamente quando são resguardados, expressamente, os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da legalidade e da liberdade, fatores essenciais para garantia da segurança jurídica na utilização das técnicas de reprodução médica.

Mas, neste ponto em específico, a Legislação Constitucional Portuguesa parece em estágio mais avançado do que a brasileira, na medida em que assevera constitucionalmente a necessidade do Estado regulamentar a procriação medicamente assistida com fins de salvaguardar a dignidade da pessoa humana.

Há, ainda, conforme será demonstrado nas próximas linhas, normas infraconstitucionais de regência do tema, o que traz maior segurança e eficácia aos envolvidos na utilização da procriação medicamente assistida.

Veja-se o que consigna o art. 67 da Constituição da República Portuguesa (PORTUGAL, 1976, grifo nosso):

A família, como elemento fundamental da sociedade, tem direito à protecção da sociedade e do Estado e à efectivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros.

2. Incumbe, designadamente, ao Estado para protecção da família: [...]

**d) Garantir, no respeito da liberdade individual, o direito ao planeamento familiar, promovendo a informação e o acesso aos métodos e aos meios que o assegurem, e organizar as estruturas jurídicas e técnicas que permitam o exercício de uma maternidade e paternidade conscientes;**

**e) Regulamentar a procriação assistida, em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana; [...]**

Na medida em que a Constituição Portuguesa estabeleceu, quando da protecção da família, a necessidade de regulamentar a procriação assistida, elevou a técnica médica, expressamente, como mecanismo de garantidor dos direitos fundamentais. Mesmo assim, não se limitou o legislador português a tratar da procriação medicamente assistida em sua constituição.

Dessa sorte, coube à Lei n. 32/2006 regulamentar a utilização de técnicas de PMA, ao criar o Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida e fixar responsabilidades criminais aos envolvidos nas técnicas de reprodução assistida.

A Lei n. 32/2006 é aplicada às técnicas de PMA decorrentes de inseminação artificial, fertilização *in vitro*, injeção intracitoplasmática de espermatozoides, transferência de embriões, gametas ou zigotos, diagnóstico genético pré-implantação, bem como outras técnicas laboratoriais de manipulação gamética ou embrionárias equivalentes ou subsidiárias.

Para fins de cumprir com o mandamento constitucional, resta expressa, na Lei n. 32/2006, que, na utilização das técnicas de procriação medicamente assistida, deve-se respeitar a dignidade humana de todas as pessoas envolvidas, com proibição de discriminação com base no património genético, por se ter nascido como resultado da utilização de técnicas de PMA.

Assevera a lei que as técnicas de PMA somente podem ser utilizadas como método subsidiário de procriação, mediante diagnóstico de infertilidade ou tratamento de doença grave ou do risco de transmissão de doenças de origem genética ou infecciosa, podendo ser utilizadas por todas as mulheres, independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Convém destacar que as técnicas de PMA serão ministradas por centros públicos ou privados autorizados pelo Ministro da Saúde Português.

No que tange aos beneficiários, nos termos do art. 6º do diploma legal destacado, “[...] os casais de sexo diferente ou os casais de mulheres, respetivamente casados ou casadas ou que vivam em condições análogas às dos cônjuges, bem como todas as mulheres independentemente do estado civil e da respetiva orientação sexual”.

Da mesma forma que no Brasil, em Portugal, os beneficiários devem ter, ainda, pelo menos 18 anos de idade, desde que não exista alguma decisão/sentença que proíba a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Há proibições expressas da utilização das técnicas de PMA: para a clonagem reprodutiva; para conseguir melhorar determinadas características não médicas do nascituro, tais como, designadamente, a escolha do sexo; para originarem quimeras ou híbridos ou para diagnóstico genético pré-implantação em doenças multifatoriais, onde o valor preditivo do teste genético seja muito baixo.

Lógico que existem exceções à regra como, por exemplo, quando haja risco elevado de doença genética ligada ao sexo e para a qual não seja ainda possível a detecção direta por diagnóstico genético pré-implantação, ou quando seja ponderosa a necessidade de obter grupo *human leukocyte antigen* (HLA) compatível para efeitos de tratamento de doença grave.

A legislação portuguesa permite a gestação de substituição – conhecida no Brasil como “barriga de aluguel” –, desde que a título excepcional e com natureza gratuita, nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça, de forma absoluta e definitiva, a gravidez da mulher ou em situações clínicas que o justifiquem.

Ressalta-se que, em caso de gestação de substituição, esta apenas poderá ser autorizada através de procriação medicamente assistida com recurso aos gametas de, pelo menos, um dos beneficiários, sendo que qualquer negócio jurídico referente à gestação de substituição deve possuir autorização prévia do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Mesmo assim, a legislação proíbe qualquer espécie de remuneração ou a doação de qualquer bem ou quantia dos beneficiários à gestante de substituição pela gestação da criança, exceto o valor correspondente às despesas decorrentes do acompanhamento de saúde efetivamente prestado, incluindo transportes, desde que devidamente tituladas em documento próprio.

Evitando-se eventuais simulações ou vícios nos negócios jurídicos surgidos da gestação em substituição, não foi permitida a gestação de substituição quando existir uma relação de subordinação económica, nomeadamente de natureza laboral ou de prestação de serviços, entre as partes envolvidas.

Definindo-se a questão filial, restou-se estabelecido que a criança que nascer da gestação em substituição é tida como filha dos beneficiários.

Para garantia da validade da gestação em substituição, além de não impor normas que atentem contra os direitos da gestante, liberdade e dignidade, o negócio jurídico, sob pena de nulidade, deverá ser realizado na forma escrita, supervisionado pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, incluindo-se, obrigatoriamente, cláusulas que discorram sobre o caso de ocorrência de malformações ou doenças fetais e de eventual interrupção voluntária da gravidez.

Assim como as resoluções do Conselho Nacional de Medicina no Brasil, não se pode utilizar da procriação medicamente assistida para fins meramente de investigação científica, exceto quando se tenha como escopo a prevenção, diagnóstico ou terapia de embriões, aperfeiçoamento de técnicas de PMA, constituição de bandos de células estaminais para programas de transplantes ou outras finalidades terapêuticas. Para tanto, cada projeto científico deve ser passar por apreciação do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida.

Insta salientar, ainda, que, para efeitos de investigação, podem ser utilizados, nos termos do artigo 9º da Lei n. 32/2006:



- a) Embriões criopreservados, excedentários, em relação aos quais não exista nenhum projeto parental;
- b) Embriões cujo estado não permita a transferência ou a criopreservação com fins de procriação;
- c) Embriões que sejam portadores de anomalia genética grave, no quadro do diagnóstico genético pré-implantação;
- d) Embriões obtidos sem recurso à fecundação por espermatozoide.

No caso de embriões criopreservados excedentários em projeto parental e de embriões que sejam portadores de anomalia genética, a utilização para pesquisa científica deve ser previamente consentida pelos beneficiários aos quais se destinavam as técnicas de PMA.

No que se refere à doação de espermatozoides, ovócitos e embriões doados por terceiro, é permitido quando não se possa obter gravidez ou gravidez sem doença genética grave através do recurso a qualquer técnica que utilize os gametas dos beneficiários, desde que sejam asseguradas condições eficazes de garantir a qualidade de gametas.

Também em Portugal não pode ser havido como progenitor do nascituro os doadores, em caso de procriação medicamente assistida heteróloga.

A utilização das técnicas de procriação medicamente assistida deve ser precedida de propositura médica, sem qualquer vício de consentimento, que cientificamente aponte a utilização da técnica como a mais adequada, quando outros tratamentos não tenham sido bem-sucedidos, não ofereçam perspectivas de êxito ou não se mostrem convenientes. A recusa médica para utilização da PMA deverá ser fundamentada.

Os beneficiários das técnicas de procriação medicamente assistida terão o direito a: não serem submetidos a técnicas que não ofereçam razoáveis probabilidades de êxito ou que comporte riscos significativos para a saúde da mãe ou do filho; serem assistidos em ambiente médico idóneo, com condições materiais e humanas necessárias para correta execução da técnica aconselhável; serem informados sobre as implicações decorrentes da técnicas; em caso de recusa, conhecerem a motivação da não aplicação da técnica.

Porém, não só direitos são garantidos aos beneficiários; a legislação portuguesa, igualmente, estabelece deveres. São considerados deveres dos beneficiários, dentre outros: a obrigação de prestar informações solicitadas pela equipe médica relevantes para o correto diagnóstico clínico; o cumprimento rigoroso das prescrições médicas, em todas as fases do processo de procriação medicamente assistida, inclusive, quanto às informações relacionadas com a saúde e o desenvolvimento das crianças nascidas decorrentes do método médico.

Como dito alhures, para serem beneficiários das técnicas, deverão prestar, expressamente, declaração por escrito acerca de seu consentimento, de reconhecimento da ciência dos benefícios e riscos decorrentes das técnicas, e esse documento deverá ser apresentado para aprovação pelo Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida. Por se tratar de negócio jurídico, logicamente, o consentimento pode, até o início do processamento terapêutico, ser revogado.

Considerando-se a obediência ao princípio de dignidade da pessoa humana, a legislação portuguesa prevê, ainda, dispositivos regulamentares acerca da confidencialidade dos envolvidos nas técnicas de reprodução assistida.

Fora estabelecido, no art. 15, 1, da Lei n. 32/2006 que “quem, por alguma forma, tomar conhecimento da identidade de participantes em técnicas de PMA, incluindo as situações de gestação de substituição, está obrigado a manter o sigilo sobre a identidade dos mesmos e sobre o próprio ato da PMA”.

Garantiu-se, ainda, às crianças nascidas em consequência de processos de PMA com recurso a dádiva de gametas ou embriões, o direito de obter, dos competentes serviços de saúde, informações de natureza genética que lhes digam respeito, bem como, desde que possuam idade igual ou superior a 18 anos, obter junto do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida, informação sobre a identificação civil do dador.

Garante-se, ainda, às pessoas nascidas em decorrência de PMA, com idade igual ou superior à 16 anos, o direito de obter informação sobre eventual existência de impedimento legal a projetado casamento por sentença judicial, desde que devidamente justificada.

Destaca-se que, considerando-se a confidencialidade, de maneira alguma constarão, no assento de nascimento, informações referentes à gestação de substituição ou indicação de que a criança nasceu da aplicação de técnicas de PMA.

Mesmo assim, os dados pessoais relativos aos processos de procriação medicamente assistida e respetivos beneficiários e dadores, incluindo as gestantes de substituição e crianças nascidas, devem ser protegidos, também se resguardando as informações genéticas pessoais e as relativas à saúde, sendo que existe norma própria regulamentando o tempo durante o qual os dados devem ser conservados e as limitações de confidencialidade existentes na Lei n. 32/2006.

É de inteligência da legislação portuguesa que os espermatozoides, ovócitos, tecidos testiculares e tecido ovárico, que sejam recolhidos e não sejam utilizados, sejam criopreservados por um prazo máximo de cinco anos, sendo possível o alargamento do prazo de criopreservação por prazo de mais cinco anos pelo diretor do centro de procriação medicamente assistida.

Ultrapassado o prazo de cinco anos sem renovação, os espermatozoides, ovócitos, tecido testicular e tecido ovárico poderão ser destruídos ou doados para investigação científica se outro

destino não lhes for dado, desde que apresentado termo de consentimento pelo médico responsável. Em caso de não consentimento, serão eliminados pelo diretor do centro de procriação medicamente assistida.

É importante ressaltar que os centros autorizados para a utilização da PMA não podem atribuir qualquer valor ao material genético ou embriões doados, sendo proibida a venda de óvulos, sémen ou embriões.

Assim, a partir das ponderações apresentadas ao longo do presente capítulo, resta pacificado que, diferentemente do Brasil, Portugal garante maior segurança no que se refere à aplicação das técnicas de procriação medicamente assistida, pois tanto a sua Constituição quanto a legislação infraconstitucional estabelecem, expressamente, as regras regulamentadoras acerca da aplicação do ato médico.

Há, ainda, um ponto que merece atenção: a criação do Conselho Nacional de Procriação Medicamente Assistida (CNPMA), composto por nove personalidades de reconhecido mérito que garantam especial qualificação no domínio das questões éticas, científicas, sociais e legais da PMA, com mandato de 5 anos, compete para se pronunciar sobre as questões éticas, sociais e legais decorrentes da procriação medicamente assistida.

Merece destaque, outrossim, que a Lei n. 32/2006 possui seção especial voltada às sanções e responsabilidade criminal daqueles envolvidos com a prática da procriação medicamente assistida, inclusive os beneficiários, mas que não serão objeto de análise na presente dissertação, por distanciar-se do objeto de pesquisa.

Mesmo assim, o que se tem na legislação portuguesa é um compilado de lei que garante e assegura a eficácia das técnicas médicas da procriação medicamente assistida.

Portanto, fixados os parâmetros formais acerca do tema, nos próximos capítulos iremos aprofundar os estudos com o objetivo de entender como se estabelece a filiação após a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida.

### 3 CRITÉRIOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO

Em que pese diversas acepções, para facilitar a cognição da temática central da dissertação, necessário se faz analisar os critérios jurídicos da filiação, atendo-se, ao final, à paternidade *stricto sensu*.

#### 3.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE FILIAÇÃO

Para a análise da evolução histórica do conceito de filiação, é imprescindível analisar a evolução da ideia de paternidade e maternidade desde o Direito Romano até os dias atuais.

O Direito de Família Romano entendia a instituição familiar como o conjunto de pessoas subordinadas ao *pater familias*, o pai de família. Nota-se, daí, a característica básica da família romana: o patriarcalismo.

Segundo o patriarcalismo, o chefe da família era o *pater*, chefe absoluto, pois somente a ele cabia o exercício dos seguintes direitos: *dominica potestas* sobre os escravos; *dominium* sobre os bens; *manus* sobre a esposa; *pratia potestas* sobre os filhos e *mancipium* sobre as pessoas livres (TABOSA, 1999, p. 166).

Outra característica importante da família romana sempre foi a monogamia. Assim, só se podia ter uma esposa ou um marido legalmente estabelecido através das justas núpcias, *justae nuptiae*, ou seja, o casamento legal.

A paternidade no Direito Romano era atribuída àquele que era casado com a mãe, pois era o casamento que formava a família ao legalizar as relações sexuais que originavam os filhos.

As ideias de família, filiação, paternidade e maternidade que permeavam o Direito Romano chegaram praticamente intocadas até o legislador do Código Civil Brasileiro de 1916, Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. No título V, sobre as relações de parentesco, o legislador destinou dois capítulos para filiação: o capítulo II, da filiação legítima, e o capítulo IV, do reconhecimento da filiação ilegítima.

A família do século XX era patriarcal, hierarquizada, patrimonial e matrimonializada. O *pater*, pai, era sinônimo de autoridade, ele geria toda a família, tinha o poder sobre a vida e morte dos filhos e ficava no topo da hierarquia; após ele, vinham os filhos e a mulher, em caráter de inferioridade.

Era patrimonial, pois sua estrutura girava em torno do patrimônio da família, que tinha função primordialmente econômica.

Para Maria Berenice Dias (2014, p. 360), “a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima”.

Diante disso, historicamente o conceito de filiação era fruto de forma discriminatória, pois a Lei n. 3.071, de 1º de Janeiro de 1996, que vigorou por mais de 80 anos no Brasil, classificava os filhos em conformidade com o estado civil dos pais.

No Código Civil de 1916, os filhos eram classificados em legítimos e ilegítimos. “Legítimo era o filho biológico, nascido de pais unidos pelo matrimônio; os demais seriam ilegítimos” (LÔBO, 2004, p. 48).

Os filhos legítimos eram protegidos pela presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* (é o pai aquele que o matrimônio como tal indica). Tal presunção diz que os filhos nascidos na constância do casamento têm, por pai, o marido de sua mãe.

Os filhos ilegítimos eram os nascidos fora do casamento, das relações extramatrimoniais, e eram divididos em naturais ou espúrios. “A filiação natural dava-se quando os genitores não possuíam vínculo matrimonial, não eram casados com terceiros, nem havia entre eles impedimento para o casamento” (CYSNE, 2008, p. 194).

Os espúrios se subdividiam em adúlteros e incestuosos. Os adúlteros se davam sempre que um dos pais ou ambos eram casados com outra pessoa no momento da concepção ou nascimento da criança. Poderia ser: *a matre*, quando a mãe era casada: *a patre*, quando o adultério era do pai; ou *a matre e a patre*, sendo os dois casados.

Porém, conforme dito alhures, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, ocorreram importantes mudanças no Direito de Família, pois a família fundamentada exclusivamente pelo vínculo matrimonial deixou de existir e o legislador passou a priorizar qualquer organização familiar baseada no afeto e que busque a realização plena de todos os membros que a integram. Surge, então, o conceito de família eudemonista.

Dessa forma, o instituto da filiação também sofreu muitas alterações, visto que o afeto também é muito importante nas relações paterno-filiais. Nesse sentido, Renata Nepomuceno e Cysne (2008, p. 200) enfatiza que:

A Constituição de 1988 trouxe, para o foco das preocupações a proteção da pessoa humana, abandonando a prioridade antes dedicada ao patrimônio, e assim, a família deixou de ser baseada unicamente no casamento, e como consequência, a filiação adquiriu novas perspectivas.

Desse modo, “a Constituição provoca assim uma revolução não apenas normativa, mas uma revolução da mentalidade humana” (HIRONAKA, 2000), uma vez que coloca, nas relações familiares, o afeto como liame principal.

Com a promulgação da Constituição da República e as mudanças que ocorreram na família brasileira nas últimas décadas, ficou de lado a família exclusivamente patriarcal – o instituto da filiação também mudou.

Foram deixados de lado os pré-conceitos, não havendo mais distinção entre os filhos advindos da relação matrimonial e os gerados por relações extramatrimoniais, passando-se a considerá-los todos apenas como filhos. “Tal como aconteceu com a entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial” (DIAS, 2014, p. 363).

O Novo Código Civil realizou aquilo que chamamos de “a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo de filiação”. O que o novo Código Civil resgata, sem vacilações, é que a filiação pode decorrer de fontes plúrimas e não mais, exclusivamente, biológica, como preconizava a proposta codificada de 1916. Agora, a filiação pode decorrer dos meros laços sanguíneos (parentesco natural), da mera adoção ou eleição (parentesco civil), como da pura afeição (parentesco resultante das procriações artificiais), e também prevê a concepção de filhos mediante inseminação artificial homóloga e heteróloga, conforme dispõe o art. 1.597:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002).

Apesar do referido avanço no entendimento da concepção de filhos, o conceito de filiação não está previsto no ordenamento jurídico brasileiro e cabe aos doutrinadores preenchê-lo, de modo que, hoje, é uma tarefa demasiadamente árdua, pois, “como demonstrado, o instituto da filiação evoluiu muito ao longo dos anos e atualmente não há um conceito unânime do que é a filiação, fazendo-se necessária uma tentativa conceitual” (ZENI, 2009, p. 76).

A palavra filiação tem origem do latim *filiatio*, que significa a relação de descendência entre pai e filho. No dicionário jurídico, filiação vem descrita como sendo uma “relação que existe

entre uma pessoa e outra de quem descende em primeiro grau, também, do vínculo de parentesco que liga uma pessoa em relação ao seu pai ou a sua mãe” (OLIVEIRA NETTO, 2010, p. 294).

Para Silvio Rodrigues (2004, p. 297), “filiação é a relação de parentesco consanguíneo [sic], em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivesse gerado”. Já para Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 48), “a filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe)”.

Corroborando com tal entendimento, Sílvio de Salvo Venosa (2016, p. 231) diz que:

Todo ser humano possui pai e mãe. Mesmo a inseminação artificial ou as modalidades de fertilização assistida não dispensam o progenitor, o doador, ainda que essa forma de paternidade não seja imediata. Desse modo, o Direito não se pode afastar da verdade científica. A procriação é, portanto, um fato natural. Sob o aspecto do direito, a filiação é um fato jurídico do qual decorrem inúmeros efeitos. Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob esse prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral.

Em uma tentativa de fundir os conceitos que ora são muito biológicos, ora afetivos, Maria Helena Diniz (2011, p. 478) acerta ao dizer que:

Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo ainda (Código Civil, artigos 1.593 a 1.597 e 1.618 e s.), ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.

Frente ao contexto social que se vive hoje, o conceito deve ser pensado nas várias formas de combinações familiares que existem e não pode ser definido apenas como um vínculo jurídico ou biológico. Hoje, os laços afetivos devem ser levados em conta.

A filiação, pois, é fundada no fato da procriação, pelo qual se evidencia o estado de filho, indicativo do vínculo natural ou consanguíneo, firmado entre gerado e progenitores. É, assim, a relação de parentesco entre pais e os filhos considerada na ordem ascensional, destes para os primeiros, do qual também procedem, em ordem inversa, os estados de pai (paternidade) e de mãe (maternidade).

Atualmente, o conceito de filiação já não é mais tão facilmente estruturado. As mudanças que o Direito de Família sofreu ao longo dos anos, principalmente em tempos de grandes avanços da biotecnologia, impõem novas formas de vivenciar e compreender as relações entre pais e filhos.

### 3.2 CRITÉRIOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO NO BRASIL

De início, salienta-se que diversos são os vínculos que dão ensejo à filiação, uma vez que é proibida expressamente pela nossa Constituição Federal a distinção entre as formas de filiação.

Nesse sentido, de forma didática, pode-se dizer que, para o direito brasileiro, existem três tipos ou formas de filiação; a filiação jurídica, traduzido pela presunção jurídica da paternidade, *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, “[...] segundo o qual é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada” (GONÇALVES, 2011, p. 322); a filiação biológica, a qual faz referência à tese aqui discutida (a filiação biológica pode ser natural ou não); e a filiação socioafetiva decorrente das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga.

Ensina Fabio Ulhoa Coelho (2011, p. 167) que, “na filiação biológica natural o filho é concebido numa relação sexual entre os pais, e na filiação biológica não natural é concebido em decorrência do emprego de técnica de fertilização assistida homóloga”. A filiação biológica não natural deriva da aplicação de técnicas de fecundação assistida homóloga. Nela, os gametas (espermatozoide e óvulo) são fornecidos pelos próprios contratantes do serviço, isto é, pelo homem e mulher que desejam ser pais, mas não têm conseguido a gravidez por meio de relações sexuais (COELHO, 2011, p. 166).

Há ainda, estudos e pesquisas com relação à filiação socioafetiva decorrente das técnicas de reprodução medicamente assistida heteróloga, as quais preveem duas formas de determinação de paternidade. Na explicação de Guilherme Calmon (2003, p. 18), “[...] a vontade acoplada à existência do vínculo conjugal e ao êxito da técnica de procriação assistida heteróloga se [como] mostra o elemento fundamental para o estabelecimento da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetíveis de impugnação pelo marido”.

A segunda forma é relativa aos casais que não se uniram em matrimônio, cujos filhos, portanto, não terão a filiação enquadrada nos casos de filiação presumida, mas que procuram, de forma espontânea, um tratamento, movidos pelo desejo de terem um filho que não veio de forma natural. São considerados pais socioafetivos com todos os direitos e deveres derivados do instituto, sem qualquer possibilidade da paternidade ou maternidade serem confundidas com a origem genética do indivíduo, pois aqueles que doaram os gametas para concepção do embrião não são obrigatoriamente pais. Afinal, pais são aqueles que desejam e lutam pelo filho, torcendo pelo seu nascimento, cuidando do seu bem-estar e propiciando-lhe uma família.

Por fim, o direito brasileiro, principalmente no tocante a doutrina, reconhece a filiação socioafetiva que, sutilmente explanada acima, surge com a consagração do princípio da afetividade como direito fundamental na Constituição Federal de 1988, quando a família afetiva foi



reconhecida e desapegou-se do vínculo biológico. “Passou-se então a avaliar a família sociológica onde predominam os vínculos afetivos” (CYSNE, 2008, p. 213). A paternidade socioafetiva ganha cada vez mais espaço na sociedade, com proteção doutrinária e jurisprudencial.

Como dito alhures, o civilista brasileiro Silvio Rodrigues conceitua filiação como a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivesse gerado (RODRIGUES, 2004).

Filiação é, pois, a relação jurídica que vincula o filho a seus pais. Ela deve ser assim denominada quando visualizada pelo lado do filho. Por seu turno, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade (GONÇALVES, 2009).

Na mesma linha, Maria Helena Diniz conceitua como sendo o vínculo existente entre pais e filhos, a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe geraram a vida ou a receberam como se a tivessem gerado (DINIZ, 2011).

Hodiernamente o vínculo de filiação pode decorrer de relação sexual (coito, cópula), dando origem à procriação natural ou carnal. Mas a filiação pode ser também consequência de uma reprodução medicamente assistida, ou seja, procriação induzida.

Há, ainda, aqueles que diferenciam filiação legítima (dentro do casamento) e ilegítima (havidos fora do casamento), mas com direitos iguais. Tal igualdade decorre da simples leitura do art. 1596 do Código Civil Brasileiro, segundo o qual “[...] os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Outra classificação decorre da sua natureza, sendo dividida em jurídica, biológica e socioafetiva, como já mencionado acima. Para tanto, filiamo-nos à segundo a qual a filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece por laços de sangue (consanguinidade) entre uma pessoa e seus descendentes em linha reta do primeiro grau, sendo que a coincidência entre a filiação natural e a jurídica deixou de ser princípio absoluto (BARBAS, 2006).

Apesar da igualdade de direitos acerca dos filhos legítimos ou ilegítimos, o Código Civil estabelece a presunção de filiação para os filhos oriundos da constância do casamento; porém, para filhos fora do casamento e adotados, dependem de critérios para reconhecimento judicial voluntário.

Para a legislação brasileira, presumem-se filhos os nascidos: dentro de cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; os nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de

concepção artificial homóloga; os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. A presunção de filiação também se aplica a filhos nascidos de técnicas de reprodução assistida.

Quanto ao prazo de presunção de filiação, o Código Civil Brasileiro estabelece, ainda, a presunção de filiação do primeiro marido, se a mulher contrair novas núpcias até dez meses depois da viuvez ou dissolução da sociedade conjugal e lhe nascer filho dentro dos 300 dias. Já do segundo, se o nascimento nascer após os 300 dias e já decorrido os 180 dias do vínculo conjugal.

Importa frisar que, em caso de prova de impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide-se a presunção da paternidade; não se pode falar o mesmo em caso de adultério, mesmo confesso, cabendo ao marido o direito imprescritível de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher. Ainda, não exclui a paternidade a confissão materna, sendo que a filiação é comprovada pelo assento de nascimento registrado no cartório competente.

Ressalta-se, aqui, a necessidade de uma lei específica que determine, de forma mais aprofundada, como deva ser a aplicação e quais os efeitos jurídicos que decorrem da utilização da técnica de reprodução assistida heteróloga.

### 3.3 CRITÉRIOS JURÍDICOS DA FILIAÇÃO EM PORTUGAL

Em Portugal, pela importância principiológica, a Constituição da República Portuguesa também regulamentou a família, o casamento e a filiação. Veja-se, a propósito, o que estabelece o art. 36:

#### Artigo 36.º

##### Família, casamento e filiação

1. Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade.
2. A lei regula os requisitos e os efeitos do casamento e da sua dissolução, por morte ou divórcio, independentemente da forma de celebração.
3. Os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos.
4. Os filhos nascidos fora do casamento não podem, por esse motivo, ser objeto de qualquer discriminação e a lei ou as repartições oficiais não podem usar designações discriminatórias relativas à filiação.
5. Os pais têm o direito e o dever de educação e manutenção dos filhos.
6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

7. A adoção é regulada e protegida nos termos da lei, a qual deve estabelecer formas céleres para a respetiva tramitação.

Vejamos que, no que se refere à filiação, a Constituição da República Portuguesa regulamenta o impedimento de designações de discriminação decorrente de lei ou repartições oficiais relativas à filiação, notadamente quando se tratar de filhos fora do casamento; também estabelece direito e dever de educação e manutenção dos filhos, a adoção e o dever de guarda. Porém, coube a legislação infraconstitucional regulamentar, de fato a filiação.

Assim, o artigos 56.º do Código Civil português apresenta tópico especial de regulamentação da filiação, no que se refere à aplicação da lei no tempo – data de vigência – e no espaço. Senão vejamos:

#### Artigo 56.º

(Constituição da filiação)

1. À constituição da filiação é aplicável a lei pessoal do progenitor à data do estabelecimento da relação.
2. Tratando-se de filho de mulher casada, a constituição da filiação relativamente ao pai é regulada pela lei nacional comum da mãe e do marido; na falta desta, é aplicável a lei da residência habitual comum dos cônjuges e, se esta também faltar, a lei pessoal do filho.
3. Para os efeitos do número anterior, atender-se-á ao momento do nascimento do filho ou ao momento da dissolução do casamento, se for anterior ao nascimento.

No mesmo sentido, buscando regulamentar a relação entre os pais e filhos, o art. 57.º do Código Civil português estabelece:

#### Artigo 57.º

(Relações entre pais e filhos)

1. As relações entre pais e filhos são reguladas pela lei nacional comum dos pais e, na falta desta, pela lei da sua residência habitual comum; se os pais residirem habitualmente em Estados diferentes, é aplicável a lei pessoal do filho.
2. Se a filiação apenas se achar estabelecida relativamente a um dos progenitores, aplica-se a lei pessoal deste; se um dos progenitores tiver falecido, é competente a lei pessoal do sobrevivente.

Além das disposições gerais, o Código Civil português reservou todo o seu título III para tratar da filiação. Porém, dado o recorte teórico, fixar-nos-emos ao quanto estabelecido legalmente no que se refere à paternidade estabelecida.

Segundo o Código Civil português, o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio da mãe tem, como pai, o marido da mãe, de maneira presumida, sendo que se considera, uma vez havendo dissolução do casamento, divórcio, ou anulação, o momento em que tenha havido o trânsito em julgado da sentença ou, em caso de casamento católico, nulo ou dissolvido por sentença proferida pelas autoridades eclesiásticas.

Considerando-se, ainda, a necessidade de proteção ao infante, mesmo que tenha havido anulação do casamento, esta anulação não irá elidir a presunção de paternidade, nos termos do número 1 do art. 1827 do Código Civil português.

No que se refere a filhos nascidos antes do casamento, se nascidos dentro dos 180 dias posteriores à celebração do casamento, cessa a presunção de paternidade citada anteriormente, somente se a mãe ou o marido declararem, no acto do registo do nascimento, que o marido não é o pai.

A presunção de paternidade depois de finda a coabitação e cessada em caso de o nascimento do filho pode ocorrer passados 300 dias depois de findada a coabitação dos conjuges, sendo considerada findada a coabitação, nos termos do artigo 1829º do Código Civil:

- a) Na data da primeira conferência, tratando-se de divórcio ou de separação por mútuo consentimento;
- b) Na data da citação do réu para a acção de divórcio ou separação litigiosa, ou na data que a sentença fixar como a da cessação da coabitação;
- c) Na data em que deixou de haver notícias do marido, conforme decisão proferida em acção de nomeação de curador provisório, justificação de ausência ou declaração de morte presumida.

Porém, é reiniciada a presunção de paternidade se houver reconciliação dos cônjuges separados judicialmente, se houver regresso do ausente e em caso de trânsito em julgado da sentença que, sem ter decretado o divórcio ou separação judicial de bens e pessoas, findou o processo.

Há, ainda, o renascimento da presunção de paternidade quando o início do período legal da concepção seja anterior ao trânsito em julgado da sentença proferida nas ações de dissolução, divórcio ou anulação. Também em ação intentada por um dos cônjuges pelo filho, se provar que no período legal da concepção existiram relações entre os cônjuges, que tornam verosímil a paternidade do marido ou que o filho, teria sido concebido na ocasião do nascimento.

É possível, nos termos do Código Civil português, que a mulher casada faça declaração do nascimento com indicação de que o filho não seja do marido, situação na qual será cessada a presunção de paternidade se for averbada, ao registo, declaração de que, na ocasião do

nascimento, o filho não se beneficiou de posse de estado. A menção da paternidade do marido da mãe se dará oficiosamente se, decorridos 60 dias da data em que foi lavrado o registro, a mãe não provar que pediu a declaração.

Outros dispositivos, especialmente voltados para a declaração de inexistência de posse de estado, dupla presunção de paternidade – quando o filho nasceu depois de a mãe ter contraído novo casamento sem que o primeiro tivesse se achado dissolvido dentro dos trezentos dias após a sua dissolução, quando a presunção passa a ser de paternidade do segundo marido, exceto em se tratando de impugnação pelo primeiro marido.

Regulamenta, ainda: a menção obrigatória da paternidade presumida, bem como os procedimentos de registro e retificação do assento de nascimento; procedimentos para impugnação da paternidade, tais como do filho concebido antes do matrimônio, sendo que restou consignado não ser permitida a impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.

As ações de impugnação podem ser propostas: pelo Ministério Público português; pelo marido, no prazo de dois anos contados desde que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se a sua não paternidade; pela mãe, dentro dos dois anos posteriores ao nascimento; pelo filho, até um ano depois de haver atingido a maioridade ou de ter sido emancipado, ou posteriormente, dentro de um ano a contar da data em que teve conhecimento de circunstâncias de que possa concluir-se não ser filho do marido da mãe.

O compilado civil ainda regulamenta a filiação adotiva e os procedimentos para reconhecimento da presunção de paternidade, porém deixou uma lacuna acerca da filiação decorrente das técnicas de Procriação Medicamente Assistida, somente suprida com o advento da Lei n. 32/2006.

Segundo a mencionada lei, nos artigos 20.º e seguintes, se o nascimento de uma criança decorrer do recurso de técnicas de reprodução assistida permitidas por lei, a criança será havida como filha de quem, com a beneficiária, tiver consentido com a utilização da técnica, notadamente a pessoa que esteja casada ou unida de facto, devendo ser estabelecida no momento do registro.

Em caso de quem prestou consentimento não comparecer ao ato de registro, a filiação será estabelecida uma vez exibido documento comprobatório do consentimento, sendo estabelecida a paternidade de quem prestou o consentimento pela utilização das técnicas de procriação assistida nos termos do art 14.º da mesma lei.

Somente em caso de não exibição do documento de consentimento é que, no ato de registro, será lavrado apenas com a maternidade estabelecida, apenas com vistas a determinar a existência

de consentimento sério, livre e esclarecido, prestado por qualquer meio, à inseminação e consequente estabelecimento da paternidade de quem prestou o consentimento.

Há, ainda, a possibilidade de impugnação da paternidade, por marido ou quem viva em união de facto, se for provado que não houve consentimento ou que o filho não tenha nascido de inseminação para que o consentimento tenha sido prestado.

A Lei n. 32/2006 regulamenta, ainda, a exclusão da paternidade do dador de sémen, que não poderá ser havido como pai da criança que vier nascer, não lhe cabendo quaisquer poderes ou deveres para com ela.

Nesse sentido, o escólio de Stela Barbas (2006, p. 538-539), segundo a qual,

[...] o artigo 20.º (Determinação da paternidade) da Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho, sobre Procriação Medicamente Assistida, determina que nos casos de inseminação artificial heteróloga de que resulte o nascimento de um filho, é este tido como filho do marido ou daquele que vive em união de facto com a mulher que foi inseminada, desde que tenha prestado o seu consentimento nos termos fixados nesta Lei e sem prejuízo da presunção consagrada no artigo 1826.º do Código Civil.

De acordo com o artigo 21.º (Exclusão da paternidade do dador do sémen) da referida lei, o dador não pode ser considerado pai da criança que vier a nascer.

Completa, ainda, a regulamentação da filiação, a possibilidade de utilização de técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem*. É que, conforme se depreende de perfunctória leitura do artigo 22.º da Lei n. 32/2006, expressamente vê-se a intenção do legislador português em regulamentar a inseminação *post mortem*.

Inicialmente, a legislação citada proíbe a inseminação com “semém” do *de cujus*, ainda que haja consentido no acto de inseminação, após a morte do marido ou homem com quem vivia em união de facto.

Estabeleceu-se, também, a obrigatoriedade de destruição do sémen de quem, com fundado receio de futura esterilidade, tenha recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher durante o período estabelecido para a conservação.

A própria lei, no entanto, consentiu com a possibilidade de transferência *post mortem* de “embrião” para a realização de um projeto parental estabelecido expressamente por escrito antes do falecimento do pai, mesmo que ultrapassado o prazo considerado ajustado para a ponderação da decisão. Mesmo assim, em que pese a vedação da utilização do sémen *post mortem*, se houver violação à regra, uma vez resultada a gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer deverá ser havida como filha do *de cujus*. Veja-se, a propósito, o quanto estabelecido pelo art. 23.º:

## Paternidade

1 - Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.

2 - Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil.

Dá-se, assim, a impossibilidade de impugnação de paternidade com fundamento em inseminação artificial ao cônjuge que nela consentiu.

Dentro dessa ordem de ponderações, resta inconteste que a legislação civil luso-brasileira é permissiva no que tange à regulamentação da filiação, mais precisamente, a paternidade decorrente de filhos advindos de técnicas de procriação medicamente assistida.

## 4 PROcriação Medicamente Assistida *POST MORTEM* DO DADOR

Ultrapassada a análise acerca do procedimento de procriação medicamente assistida, os aspectos formais legislativos que regulamentam a matéria e os aspectos jurídicos da filiação, no presente capítulo será apresentado o cerne investigativo da presente dissertação, qual seja: a procriação medicamente *assistida post motem* do dador.

### 4.1 À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

Em que pese as novas formas de família, para recorte teórico, será utilizado como pressuposto investigativo a procriação medicamente assistida decorrente de técnica homóloga, ou seja, quando a fecundação é realizada com espermatozoides de marido ou companheiro e com o ovócito da própria mulher, sem intervenção de terceira pessoa; mas, no caso em *quaestio*, voltado para situações nas quais a utilização da técnica é realizada após a morte do dador (doador).

O ordenamento jurídico brasileiro tutelou a família não somente pela união de laços genéticos e sua descendência, ou seja, relações de sangue entre seus membros, mas também, e da mesma forma, assegura a proteção da família formada pelo afeto.

As novas formas de reprodução humana, advindas de técnicas modernas de biotecnologia, como é o caso da reprodução assistida, permitem o planejamento da formação de uma entidade familiar, merecendo especial exame de suas particularidades.

Assim, o desenvolvimento da biotecnologia modificou a ideia que até então se tinha sobre maternidade e paternidade e, como consequência, as relações de parentesco. A reprodução assistida envolve diretamente a vida e a saúde das pessoas, tendo relação com os direitos fundamentais, uma vez que as intervenções da ciência na reprodução humana acarretam numerosos problemas que repercutem na família, na relação com a paternidade e a maternidade, na própria concepção de ser humano e na proteção de sua dignidade, envolvendo direitos personalíssimos como a identidade e a proteção do corpo humano.

Ante a falta de previsão legislativa, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina, tampouco veda tal prática, a doutrina foi impulsionada a debruçar-se sobre o tema, pois a ausência de regulamentação permite grande liberdade para a utilização das novas tecnologias reprodutivas no país, buscando-se, assim, desvendar os inúmeros efeitos jurídicos decorrentes da utilização da procriação medicamente assistida, sobretudo nos casos de reprodução assistida.



#### 4.1.1 A Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem* no Brasil

Seguindo a mesma sistematização textual, inicialmente apresentar-se-á o que a legislação brasileira regulamenta acerca da temática, em que pese, conforme já supramencionado, as omissões legislativas.

Neste tópico, será abordada a reprodução assistida homóloga *post mortem* no Brasil. Para facilitar a cognição do tema, apresentam-se conceitos temáticos trazido por Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França (2018, 307), para quem:

A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso, o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e ao homem, respectivamente, pressupondo – se, in casu, o consentimento de ambos. A fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais.

Da investigação teórica restou consignado que não há vedação, no Brasil, para a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida após a morte do doador. Tanto é que, conforme já abordado anteriormente, o Código Civil brasileiro de 2002 normatiza, em seu artigo 1.597, inciso III, o seguinte: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; [...]” (BRASIL, 2002). Vê-se, portanto, o reconhecimento da filiação nos casos havidos por fecundação artificial homóloga concebida na constância do casamento, mesmo após a morte do marido.

Porém, o Novo Código Civil deixou de regulamentar circunstâncias nas quais, após a morte do marido, seja utilizado o ovócito ou sêmen em fecundação artificial em decorrência de embriões excedentários ou quando, em inseminação heteróloga, tenha o marido expressamente consentido com a utilização da técnica, o que será analisado em tópico posterior.

Por essa razão, mais uma vez aqui se ressalta a importância do Conselho Federal de Medicina (CFM) na regulamentação de tal procedimento, ao menos sob o viés da formalização de padrões médicos a serem seguidos.

É que, conforme detalhado em tópico anterior, o CFM, na Resolução n. 2168/2017, expressamente estabelece ser possível que o médico possa utilizar métodos de procriação medicamente assistida *post mortem*, desde que expressamente consentido, conforme se transcreve abaixo:

## VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM

É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Certo é que tal utilização tem gerado muita discussão no campo ético e biológico, considerando-se as repercussões que são geradas ao se analisar a estrutura familiar, quais seriam os direitos dessa criança e a repercussão de ordem sucessória.

Em que pese não seja a intenção de esgotar a temática neste capítulo, cumpre destacar o entendimento de Julia Picinato Medeiros de Araújo e Carlos Henrique Medeiros de Araujo, no artigo “Biodireito e legislação na reprodução”, que pela sua forma didática de abordar o assunto, transcreve-se abaixo:

Em razão do direito brasileiro pouco transcorrer sobre o assunto, a doutrina se divide em três correntes. Tem doutrinadores que defendem a total proibição, outros acham aceitável a RA postmortem, mas a criança gerada não terá direito a herança do genitor falecido e por fim tem os que defendem a possibilidade de uso da técnica garantindo ao sucessor os efeitos sucessórios. Porém A previsão legal presume como filho concebidos na constância do casamento os que foram gerados por meio da RA homologa, técnica em que usa o material genético do próprio marido, o Código Civil nada fala da fertilização heteróloga. (ARAÚJO; ARAUJO, 2018).

Dessa forma, considerando-se a permissividade para a reprodução humana assistida e a criopreservação, uma vez tendo interesse no manejo da técnica, mesmo na hipótese de superveniência de morte, o casal beneficiário deve assinar termo de consentimento e consignar expressamente o desejo de ser utilizado a técnica de procriação mesmo nos casos de fatalidade.

Portanto, majoritariamente, havendo prévia autorização para utilização do material genético post mortem do doador, no Brasil, pode-se presumir a paternidade desse filho concebido da referida técnica.

Nesse sentido, importante trazer à baila o entendimento de Bruno Torquato de Oliveira Naves, Maria de Fátima Freire de Sá e César Fiusa, segundo os quais:

[...] afora questões de imprecisão terminológica dispostas no artigo 1.597, que não vêm ao caso abordar nesse espaço, o artigo permite, mesmo que falecido o marido, a fecundação artificial homóloga, posto haver algum material genético depositado em banco. Também admite como filhos aqueles havidos da técnica por meio da fertilização *in vitro*, cujos embriões ficaram congelados até o momento da transferência para o útero, de acordo com a vontade dos pais. E, por fim, ainda que a criança tenha sido gerada com o material genético de terceiro, através das técnicas de RA, a presunção de paternidade ocorre, desde que a autorização do marido tenha se feito presente. (FIUSA; SÁ; NAVES, 2007).

De fato, em que pese a omissão legislativa, considerando-se os princípios que regem a dignidade da pessoa e proteção à criança advinda das técnicas de reprodução, não se pode conceber que, na utilização de técnicas de procriação medicamente assistida heteróloga, com autorização do marido, mesmo após sua morte, não seja garantida a presunção de paternidade.

É que, como visto, embora os incisos IV e V do art. 1597 do Código Civil brasileiro “não estabeleçam a presunção de filiação *post mortem* dos filhos havidos de concepção artificial homóloga decorrente de embriões excedentários” e “os havidos por embriões excedentários, mesmo assim, quando um casal busca o auxílio das técnicas de PMA, as clínicas são obrigadas a manter termos de consentimento livre e esclarecido, devendo ali estar contida a vontade expressa dos usuários para qualquer tomada de decisão, em vida ou *post mortem*, quaisquer que sejam os métodos artificiais de reprodução humana.

Como dito, as referidas disposições introduziram a presunção de paternidade mediante utilização de técnicas de reprodução humana. Todavia, apesar de tais previsões, o código não traz qualquer regulamentação acerca da questão, tornando a legislação civil no mínimo omissa.

Destaca Anna de Moraes Salles Beraldo (2012, p. 52), também, a inexactidão dos termos utilizados na citada prescrição legal; afinal, “nos incisos III a V, o legislador foi impreciso, pois ora se refere à fecundação artificial, ora à concepção artificial, ora à inseminação artificial”. Em virtude de tamanha impropriedade, o Conselho de Justiça Federal elaborou o enunciado n.º 105, em que, esclarecendo a interpretação dos dispositivos, entendeu serem todas formas de expressão de “técnicas de reprodução assistida”.

No caso do inciso III do supracitado art. 1.597, referente à reprodução assistida *post mortem*, objeto deste estudo, o intento do legislador foi estender a presunção aos filhos “concebidos” após a morte do marido, permitindo à mulher valer-se do material fecundante conservado, como se o filho tivesse sido concebido na constância do casamento, mesmo sabendo-se que o fora quando já extinto o vínculo conjugal pela morte do marido. Ou seja, entende-se que a concepção se deu “anteriormente” ao casamento.

Havendo inseminação após a morte, com o material reprodutivo do cônjuge falecido, este será o pai (presumidamente). É que o novo Código Civil brasileiro presume, como concebido durante a vigência do casamento, o filho oriundo de inseminação homóloga, mesmo que o doador do sêmen tenha falecido. Nesse sentido, há doutrinadores, como Maria Helena Diniz (2010;2011), que entendem que isso só seria possível se houver a anuência escrita do marido nesse sentido, em instrumento público ou testamento.

Certo é que, em virtude do caráter genérico e omissivo do Código Civil, inexistente lei que trata do tema de modo específico. Atualmente, a reprodução assistida recebe tratamento por meio de regras de deontologia médica.

Aqui, a título de assegurar maior confiabilidade à investigação, será apresentada uma noção geral. Os métodos artificiais de reprodução humana mais usuais são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, na modalidade homóloga.

A inseminação artificial constitui-se, pois, numa gama de procedimentos que procuram facilitar a união entre o espermatozoide e o óvulo, com o fim de que seja possível a fecundação; sendo, conforme expresso acima, homóloga (utilizando-se gametas do próprio casal) e heteróloga (usando gametas de terceiros). Já a fertilização *in vitro* decorre da técnica médica donde se retira um ou vários óvulos de uma mulher, para fecundá-los em laboratório, a fim de realizar a transferência ao útero ou às trompas de falópio. Independentemente da técnica adotada, com a evolução da ciência, é possível a utilização de tais técnicas, inclusive, quando da morte do doador.

Tal progresso se deu justamente pela possibilidade firmada de congelamento de espermatozoides, óvulos e embriões, o que permitiu a criação de bancos de guarda que permitiram a reprodução assistida *post mortem*, com todas as repercussões a que este texto tem a obrigação de descrever, quer na técnica heteróloga, quer na técnica homóloga.

Conforme proposto no presente tópico, ante as presunções legais de paternidade que decorreram do art. 1.597 do Código Civil de 2002 e a possibilidade de preservação do material genético do marido ou do companheiro, mesmo após o seu falecimento, o que permite que sua esposa ou companheira possa se utilizar das técnicas de procriação medicamente assistida com fins de gerar um filho de pai pré-moriente, será analisado como a legislação brasileira se porta quando da reprodução assistida homóloga *post mortem*.

Conforme dito alhures, o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 criou presunções legais de paternidade aplicáveis às situações de reprodução medicamente assistida nos incisos III, IV e V que merecem melhor cognição.

O quanto citado no inciso III decorre da fecundação artificial homóloga, mesmo que morto o marido, mediante a utilização do sêmen daquele, com o congelamento do material genético para fecundação futura.

O inciso IV, por sua vez, regulamenta os casos de embriões excedentários que, a qualquer tempo, poderão ser implantados e gerados pela mãe biológica, detentora, segundo a lei, da disponibilidade sobre eles.

Já no inciso V, a presunção tem lugar diante dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, que é feita com sêmen de terceiro (ou dador), condicionada à prévia autorização do marido, o que será abordado em tópico posterior.

Frente a tais presunções, diversas repercussões doutrinárias surgiram; tanto é que a temática fora discutida por diversas vezes nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal.

Mesmo assim, várias questões permanecem em aberto. Uma das mais relevantes diz respeito à prévia autorização do outro cônjuge (ou companheiro) como pressuposto para o estabelecimento da presunção, conforme assentado acima.

Acerca do tema, a doutrina divide-se em duas correntes com relação à referida temática: aqueles que defendem a aplicação do inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, entendendo ser plenamente possível a prática da inseminação artificial homologa *post mortem*, e a outra corrente, que entende não ser possível tal prática.

Com relação à primeira corrente, os doutrinadores defendem a aplicação do dispositivo legal fundamentando-se no princípio da autonomia da vontade, no princípio do planejamento familiar e na igualdade entre os filhos.

Nesse sentido, o professor Carlos Cavalcanti De Albuquerque Filho (2006, p 177) esclarece que “o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte”. Com o mesmo entendimento, Douglas Phillips Freitas (2008) ensina que:

A nossa Carta Magna em seu art. 226, §7º, defende a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, vedando qualquer minoração deste direito, por quem quer que seja, e, se houver, estará atacando os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. A vontade do doador (cônjuge ou companheiro) na reprodução assistida sempre será expressa por força da Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, sem que, necessariamente, haja o doador realizado um testamento, por isto, é importante prever uma solução para o caso concreto de haver material genético para reprodução assistida sem testamento indicando a prole futura. [...] havendo clara vontade do casal em gerar o fruto deste amor não pode haver restrição sucessória alguma, quando no viés parental a lei tutela esta prática biotecnológica.

Assim, conforme já mencionado, face ao vácuo legislativo existente em relação à reprodução humana assistida, utilizam-se as resoluções do Conselho Federal de Medicina que, apesar de não terem força vinculativa, por não serem lei em sentido estrito, estatuem normas éticas para a utilização das técnicas reprodutivas artificiais. Atualmente, a Resolução n. 1.358/92 foi revogada; mesmo assim, não se retirou do Conselho de Medicina a responsabilidade de

regulamenar o mínimo ético necessário para a prática das técnicas de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

No que concerne à possibilidade de criopreservação do material genético, o Conselho Federal de Medicina estabelece, com a vigência atual da Resolução n. 2.168/2017, a necessidade dos cônjuges ou companheiros, no momento da criopreservação, expressarem por escrito sua vontade quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, “em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um ou de ambos”.

No que tange ao sêmen criopreservado do marido ou companheiro falecido, defende-se o entendimento de que a mulher apenas poderá proceder à fertilização quando houver consentimento expresso do marido, autorizando a referida prática.

Sem a autorização expressa do marido, tal prática deveria ser vedada, visto que não se pode conjecturar que alguém queira ser pai depois de falecido, devendo o sêmen ser destruído se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação *post mortem* (CHINELATO, 2004). De toda sorte, uma vez concretizada tal prática, vê-se que não se deveria considerar o sêmen do marido falecido como material proveniente de doador anônimo, não apresentando qualquer reflexo no Direito de Família ou no Direito Sucessório.

Certo é que os embates travados acerca da possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*, nos dois pólos de discussão, apresentam fortes argumentos tanto para sua autorização quanto para sua negativa, visto que ambos tecem seus argumentos através de uma hermenêutica constitucional.

Contudo, os debates são decorrentes do vazio legislativo existente, visto que o ordenamento jurídico brasileiro não disciplina, tampouco veda tal prática. No Brasil, não temos legislação proibitiva da inseminação *post mortem*, como acontece em outros países, como no caso de Portugal, tampouco existe lei admitindo tal prática.

Mesmo assim, apesar da lacuna legislativa existente, em determinado caso concreto, frente à existência de um sujeito concebido através da técnica referenciada, o direito terá que responder objetivamente a ele, sendo mister, assim, analisar quais seriam os efeitos jurídicos decorrentes de tal ato. Tais efeitos refletem-se no âmbito do Direito de Família e Sucessório, sendo conferidas as mais diversas interpretações pela doutrina.

De forma geral, as ciências, dentre elas a Medicina, interferem de certa forma na vida das pessoas. Justamente por essa interferência, os preceitos da ética tornaram-se imprescindíveis para uma regulamentação e delimitação das práticas empregadas nesse contexto, impondo-se, assim, o surgimento da Bioética.

É nessa seara que surge o Biodireito, como forma de regular e dirimir difíceis e polêmicas questões ético-jurídicas surgidas a partir do rápido avanço tecnológico. Por essa razão, tem-se visto, de maneira cada vez mais atuante, as técnicas biomédicas nas relações interpessoais. Porém, ante a omissão legislativa, a insegurança jurídica tem se tornado uma grande realidade.

Destarte, o direito deve intervir como um instrumento de harmonização entre os interesses da sociedade e os avanços científicos, promovendo, portanto, a caução jurídico e a tão almejada paz social. Coadunando a idéia [sic] sobre a importância do biodireito (BONELLI, 2009).

Dentro dessa ordem de ponderações, a bioética e o biodireito passam a ter grande importância como balizadores das condutas humanas, harmonizando o avanço científico com a valorização e a preservação da vida, bem como contribuindo para a construção de uma nova modalidade de responsabilidade jurídica.

Certo é que a grande dificuldade gerada com a manipulação da vida humana não decorre da utilização as tecnologias, em si, mas do controle de sua utilização. Tal controle deve ser, acima de tudo, ético, visto que, se assim não for, a utilização das técnicas científicas sem controle poderá ensejar grandes desastres humanitários futuros, uma vez utilizadas por pessoas mal intencionadas. Dessa forma, cabe ao Estado-juiz analisar cada caso utilizando-se da deontologia jurídica para adotar suas decisões. A seguir, apresentamos alguns exemplos.

No Estado Federado de São Paulo, no dia 30 de abril de 2008, foi prolatada, pela juíza de Direito da 22ª Vara Cível do Foro Central, dra. Carla Themis Lagrotta Germano, sentença referente ao tema da procriação medicamente assistida *post mortem*. Na ocasião, deferiu o alvará pretendido pela autora para utilização do sêmen criopreservado do falecido marido pelo prazo de um ano. *In casu*, a autora fundamentou seu pedido no fato de que, por 12 anos, ela e o falecido esposo tentaram, sem sucesso, constituir uma prole, sendo que, ao procurar clínica especializada, durante o período de tratamento, seu marido teria se acidentado e falecido. Destarte, considerando o intuito de continuar o sonho conjunto, recorreu ao Poder Judiciário.

Na cidade de Curitiba, no Estado Federado do Paraná, no dia 17 de maio de 2010, o juiz de direito da 13ª Vara Cível concedeu liminar autorizando a esposa a fazer inseminação utilizando o sêmen congelado de seu marido, que morrera de câncer.

Em julho de 2014, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos autos da Apelação Cível de nº 20110605103, emitiu acórdão nos seguintes termos:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM C/C ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL. PROCEDÊNCIA EM PRIMEIRO GRAU. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL. APRESENTAÇÃO EM CONTRARRAZÕES. IRREGULARIDADE SANADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. DECISÃO ANTERIOR DE CONVERSÃO DO

JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL. INÉRCIA DOS RÉUS NO PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXAME NÃO REALIZADO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE PREVALÊNCIA DO PARENTESCO SOCIOAFETIVO. DESCABIMENTO. INSTITUTO QUE SE LEGITIMA NO INTERESSE DO FILHO. DIREITO PERSONALÍSSIMO, INDISPONÍVEL E IMPRESCRITÍVEL DOS AUTORES. EXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO REGISTRAL QUE NÃO OBSTACULIZA A BUSCA DA IDENTIFICAÇÃO DO VÍNCULO BIOLÓGICO. LAUDOS MÉDICOS QUE INDICAM A RELAÇÃO DE PATERNIDADE DOS REQUERENTES COM O INVESTIGADO. LIAME GENÉTICO INEQUÍVOCO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Ainda no tocante à reprodução artificial *post mortem* homóloga, à luz do direito brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça foi categórico ao estipular os requisitos da presunção de paternidade no Enunciado n. 106 da 1ª Jornada de Direito Civil:

JDC-1. Enunciado 106. Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

O Enunciado n. 106 do STJ termina consignando, com louvor, a máxima de que, considerando que a viúva esteja em novo casamento ou união estável, não haveria qualquer justificativa para conceber um filho de seu falecido marido, e não do novo relacionamento.

Por outro lado, o cônjuge falecido deve ter deixado consentimento expresso para prática da inseminação artificial homóloga *post mortem*; caso contrário, considerar-se-á que o gameta utilizado pertence a doador anônimo e, por conseguinte, não será atribuída a paternidade ao falecido.

No mesmo sentido, a Resolução n. 1.957 de 2010, do Conselho Federal de Medicina, que disciplinava as técnicas de reprodução assistida, mesmo não possuindo forma normativa, serve como paradigma ético, e assim dispõe:

[...] VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Revogada a supramencionada resolução pela de nº 2168/2020, fora apresentada nova redação (tirando o caráter de classificação ilícito/lícito), dizendo ser permitida a reprodução *post mortem* nos seguintes termos: “REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. É permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido (a) para o usos do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.



Com efeito, quando o casal inicia tratamento para reprodução artificial, em nome do princípio do consentimento informado, o qual pontua a Bioética, há que se fazer previsão a respeito da possibilidade do uso do material genético do marido em caso de seu falecimento, uma vez que ele pode não querer vir a ter descendentes após a sua morte, motivo pelo qual se entende que a existência desse consentimento legitimaria o procedimento e evitaria discussões futuras.

Assim, no que tange ao sêmen criopreservado do marido ou companheiro falecido, entende-se que a mulher apenas poderá proceder à fertilização quando houver consentimento expresso do *de cujus*, autorizando a referida prática; sem sua autorização expressa, tal prática deveria ser vedada. Até porque, ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente nas hipóteses de autorização expressa é que a fertilização, nestes termos, pode ser realizada

Adequada se mostra a disposição da Resolução n. 2294/2021 do CFM, na seção V, item III, ao prescrever que:

[...] no momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

Entretanto, algumas decisões judiciais, como aquela citada anteriormente em São Paulo, entendem pela dispensabilidade da autorização marital quando havia um projeto parental em curso.

Mesmo assim, vale destacar e respeitar o entendimento de uma corrente doutrinária minoritária que rechaça a possibilidade da inseminação artificial homóloga depois da morte do genitor, mesmo diante do disposto no Código Civil. Fundamenta-se na alegação de falta de validade constitucional da referida prática, no sentido de que não seria possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral da mãe, de modo que o melhor interesse da criança não estaria sendo atendido à luz da psicologia, haja vista que o fruto da inseminação jamais conheceria o seu genitor, sendo totalmente desigual o tratamento com os filhos nascidos antes do óbito.

Para a doutrina majoritária, portanto, a filiação será reconhecida sem maiores percalços, desde que presentes os requisitos estipulados pelas resoluções do Conselho Federal de Medicina.

Entendemos que a regra da autorização deve ser observada, pois a filiação decorrente da reprodução assistida produzirá efeitos sucessórios e patrimoniais, circunstância que, inevitavelmente, implicará em restrições a pretensos direitos de terceiros. Todavia, a análise do caso concreto pode modelar a interpretação das normas existentes, a fim de fazer prevalecer a finalidade que mais satisfaça os direitos fundamentais e a história dos envolvidos.

#### 4.1.2 A Reprodução Assistida Heteróloga *Post Mortem* no Brasil

Também se discute, na doutrina, a possibilidade de reprodução assistida heteróloga quando o marido (que havia anuído por tal forma de procriação) falece.

Caso o marido morra antes da introdução do material genético no útero materno, se a mulher desejar continuar o planejamento familiar, não há porque discriminar tal situação. Esse é o pensamento de Ana Cláudia Scalquette (2010, p 181), para quem:

Aliás, mister que a presunção também seja estendida para os embriões excedentários da fertilização heteróloga, nascidos a qualquer tempo, pois se ambas as possibilidades – homóloga e heteróloga – são passíveis de presunção pelos incisos III e V do art. 1.597 do CC, por que somente os excedentários da homóloga podem ser considerados filhos por presunção?

Assim, em se tratando de reprodução *post mortem*, uma vez que foi livre, consciente e expresso o desejo do falecido em possibilitar o nascimento da criança, mesmo que o embrião decorra de sêmen de terceiro doador, será considerado filho do falecido.

A grande problemática, nesse sentido, diz respeito à autorização verbal ou tácita, para a realização da inseminação heteróloga *post mortem*. Parte da doutrina entende que são válidas, não obstante normas administrativas ou deontológicas sinalizem que não.

A Recomendação n. 1/2016 do CFM, ao regulamentar o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica, reconhece que a forma verbal é a normalmente utilizada para a obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, porém recomenda a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) nas seguintes condições: em procedimentos invasivos a critério médico, em determinados procedimentos que causem desconforto ou quando a complexidade e quantidade de efeitos dos procedimentos não são suficientes para o entendimento por meio de consentimento verbal.

O Provimento n. 63/2017 do CNJ, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, exige que a autorização prévia específica do morto ou morta para o uso do seu material genético seja expressa em “instrumento público ou particular com firma reconhecida”.

O provimento anterior (Provimento n. 52/2016) somente admitia a autorização por escritura pública. Em outras palavras, as normas administrativas do CNJ, órgão que tem sido pródigo em normatizar, impõem a forma escrita.

Ressalta-se, contudo, que o legislador brasileiro, no artigo 1.597 do Código Civil, não especificou a forma pela qual deveria ser emitida a autorização do cônjuge ou companheiro para fins de presunção de paternidade na reprodução assistida heteróloga *post mortem*.

A validade de qualquer declaração de vontade só depende de forma especial quando a lei (e somente a lei em sentido estrito) expressamente a exigir. Aos atos jurídicos em geral, a regra é a da liberalidade das formas.

Nesse sentido, mister se faz trazer à baila o caminho que vem sendo percorrido pela jurisprudência nesse sentido.

O Enunciado n. 104 da I Jornada de Direito Civil, promovida Conselho da Justiça Federal, admitiu a autorização implícita para o uso da técnica de reprodução assistida heteróloga nos seguintes termos:

No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

No mesmo sentido, os termos do Enunciado n. 258, da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual “não cabe a ação revista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.

Acrescente-se, ainda, o disposto no Enunciado n. 633 da VIII Jornada, que também não alude à exigência de forma escrita para a autorização, quando dispõe ser “possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expreso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira”.

Destarte, no que tange ao melhor interesse da criança, deve-se recorrer, além das normas jurídicas, também a outros ramos da ciência, como a Psicologia, para que se possa analisar os efeitos de uma criança nascer sem ter a possibilidade de jamais conhecer seu pai, por ato volitivo unilateral de sua mãe.

Nesse mesmo sentido, vem o princípio da igualdade dos filhos, visto que o nascido por inseminação artificial *post mortem* jamais terá a possibilidade de convivência paterna.

## 4.2 À LUZ DO DIREITO PORTUGUÊS

Em Portugal, a procriação medicamente assistida é regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de julho (Lei da PMA). Com algumas alterações realizadas ao longo do tempo, a referida lei permite a transferência após a morte dos embriões criopreservados, vedando o uso do sêmen conservado. Mesmo assim, no primeiro caso, não faz referência quanto aos efeitos paterno-filiais e sucessórios; no segundo caso, em que pese proibido, reconhece efeitos filiatórios à criança que nascer, mas sem comentar as questões sucessórias.

Ressalta-se que, sendo um direito fundamental, o direito a constituir família não é absoluto, estando sujeito a limitações nos termos dos n. 2 e 3 do artigo 18.º da Constituição da República de Portugal.

É necessário, ainda, ter em atenção que esse direito a procriar comporta duas dimensões distintas, constituindo, em simultâneo, um direito positivo e um negativo. Enquanto direito negativo, significa que todos têm direito a reproduzir sem a interferência de ninguém; já numa dimensão positiva, pressupõe um direito à assistência na reprodução.

A doutrina majoritária tem entendido que o Estado tem de se abster de controlar ou interferir nas escolhas privadas dos cidadãos, mas quanto à vertente positiva, não é possível exigir do Estado a organização dos instrumentos de modo a permitir o acesso dos indivíduos aos novos meios da procriação assistida, sendo um tipo de prestação com custo demasiadamente pesado para se carregar.

Nem sempre o Estado tem o dever de intervir economicamente, de modo que a infertilidade deve ser considerada para efeitos de acesso à PMA, mas não para o financiamento público dos serviços necessários; portanto, deve-se separar a vertente jurídica da económica, sendo demasiadamente oneroso falar em garantia do Estado de uma saúde reprodutiva, mas não é possível que este se esquive de regulamentar esse campo, de modo a garantir o acesso de todos aos instrumentos que ajudem a reproduzir (COSTA, 2000).

A falta de consenso no campo ético, ideológico e político dificultou a previsão de tratamento jurídico adequado às questões que decorrem da PMA, na atualidade.

Os conflitos existem até quanto à necessidade de sua regulamentação legal. A doutrina se divide entre aqueles que entendem que não há necessidade de o Estado intervir no assunto e os que acham que é necessário legislar (entendimento majoritário).

No primeiro grupo, encontram-se os que defendem que a procriação medicamente assistida deveria ser deixada à livre consciência dos particulares e da deontologia dos profissionais, bastando os princípios e normas já existentes para regulamentar as situações concretas de conflito.

Contra a existência de uma legislação, argumenta-se a presença de um grande dissenso entre os juristas (ARCHER, 1990), a inconveniência da legislação para a evolução científica (COSTA, 1991) e que esta seria inútil na medida em que poderia rapidamente ser ultrapassada pela evolução das técnicas de reprodução.

Já quem defende a legislação afirma que a sua inexistência torna tudo o que é tecnicamente possível, mas não é juridicamente proibido, admissível, o que seria perigoso, e que a ausência de legislação não elimina o surgimento de problemas que precisam de solução jurídica, de modo que a lacuna, na verdade, gera insegurança.

Em meio a essas discussões, desenvolveu-se a regulamentação da PMA em Portugal. O primeiro passo importante no progresso legislativo foi dado com o Despacho n.º 37/86, de 14 de abril, do então Ministro da Justiça, Mário Raposo, que criou a Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias.

Esse despacho foi acompanhado de três projetos de lei: um sobre a utilização das técnicas de procriação assistida, outro sobre a regulamentação dos centros de procriação assistida e o último sobre o Conselho Nacional de Bioética a instituir (CORTE REAL, 2002).

Como resultado da Comissão, surgiu o primeiro diploma que tratou diretamente da procriação assistida, o Decreto-Lei n.º 319/86, de 25 de setembro, prevendo normas relativas à procriação assistida heteróloga e que disciplinava a atividade de bancos de esperma.

Mesmo assim, àquela época, a legislação não demonstrou ser suficiente, tanto que remeteu a definição das condições para autorização de recolha, manipulação, conservação de esperma e quaisquer outros atos exigidos pelas técnicas de procriação assistida a um decreto regulamentar que nunca chegou a existir.

Outros projetos elaborados posteriormente, tais como Projeto de Lei n.º 90/IX, apresentado pelo Partido Socialista (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 29, de 7 de outubro de 2002); o Projeto de Lei n.º 371/IX49, apresentado pelo Bloco de Esquerda (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 12, de 5 de novembro de 2003); o Projeto de Lei n.º 512/IX49, apresentado pelo Partido Comunista Português (Publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 16, de 18 de novembro de 2004), foram abortados pelas divergências apresentadas, inclusive, alguns deles sequer chegaram a ser objeto de apreciação pela Assembleia da República.

Apenas em 1997, com a revisão constitucional, um salto maior foi dado: a Constituição da República Portuguesa passou a prever, no seu art. 67.º, n.º 2, alínea “e”, que “incumbe ao Estado a proteção da família e a regulamentação da procriação assistida em termos que salvaguardem a dignidade da pessoa humana” e, no seu art. 26.º, n.º 3, que “a lei garantirá a dignidade pessoal e a

identidade genética na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica”.

Ainda assim, no entanto, em 1999, o Decreto n.º 415/VII51, que chegou a ser aprovado pela Assembleia da República, em 17 de junho de 1999, foi frustrado por veto (publicado no Diário da Assembleia da República, II Série-A, n.º 82, de 3 de agosto de 1999) do então Presidente da República, em 30 de julho de 1999. Em justificação, o presidente aludiu que ainda não havia amadurecimento suficiente e existiam demasiadas controvérsias sobre a matéria.

Durante muitos anos, ainda se mantiveram as discussões em relação à PMA, tendo ocorrido apenas no início de 2006 a aprovação e promulgação de uma lei referente à técnica, a Lei n.º 32/06, de 26 de julho, alterada pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro (relevante ao nível das contraordenações).

Essa lei foi uma resposta (demorada) do legislador, mas que tenta dar soluções aos diversos problemas no âmbito da PMA, através de um equilíbrio entre o progresso das ciências, a liberdade de investigação e a garantia ao respeito e salvaguarda dos interesses ou bens jurídicos fundamentais.

#### **4.2.1 A Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem* em Portugal**

Como dito ao longo da presente dissertação, na legislação portuguesa, há clara permissividade para a utilização das técnicas de procriação medicamente assistida *post mortem*. Conforme asseverado alhures, a legislação reservou tópico especial para tratar da temática, como se depreende da leitura do artigo 22.º da Lei n. 32/2006, transcrito abaixo:

##### Artigo 22.º

##### Inseminação post mortem

1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação.

2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3 - É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Inicialmente, a legislação citada proíbe a inseminação com “sémen” do *de cuius*, ainda que haja consentido no acto de inseminação, após a morte do marido ou homem com quem vivia em união de facto.

Estabeleceu-se, também, a obrigatoriedade de destruição do sémen de quem, com fundado receio de futura esterilidade, tenha recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher durante o período estabelecido para a conservação.

A própria lei, porém, consentiu com a possibilidade de transferência *post mortem* de “embrião” para a realização de um projeto parental estabelecido expressamente por escrito antes do falecimento do pai, mesmo que ultrapassado o prazo considerado ajustado para a ponderação da decisão.

Mesmo assim, em que pese a vedação à utilização do sémen *post mortem*, se houver violação à regra, uma vez resultada a gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer deverá ser havida como filha do marido falecido.

Dentro dessa ordem de ponderações, resta incontestemente que a legislação civil luso-brasileira é permissiva no que tange à procriação medicamente assistida *post mortem* do doador. Mais à frente, analisar-se-á a paternidade decorrente de filhos advindos de técnicas de procriação medicamente assistida nesses casos em que houve a morte do doador.

Apesar de o homem encarar como um desejo natural a perpetuação da vida para além da morte, alguns defendem a proibição da inseminação *post mortem*, afirmando que a livre disposição do material genético deveria ser restringida à vida do marido ou companheiro.

A doutrina entende que essa técnica fere o princípio da biparentalidade (art. 67.º da CRP), de modo que a criança, desde o momento do seu nascimento, não teria a figura paternal (art. 69.º, n.º 1 da CRP).

Para Pinheiro (2005), programar o nascimento de uma criança órfã de pai representa uma secundarização do interesse da criança em relação ao interesse dos progenitores.

A doutrina também argumenta que da paternidade emerge o dever e direito dos pais de proporcionarem a educação e manutenção dos filhos (art. 36.º, n.º 5 da CRP); no caso da PMA *post mortem* o progenitor falecido nunca poderá assumir o poder-dever de ser pai. A partir do momento em que se desencadeia o procedimento de PMA, podemos deduzir que nunca estremos perante um casal, visto que este se dissolve com a morte contrariando os requisitos do uso das técnicas de PMA (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006 de 26 de julho); e, muitas vezes, a razão de procriação após a morte do marido resulta apenas de questões económicas, para geração de herdeiros.

Ao admitir que se possa recorrer às técnicas de PMA *post mortem*, permite-se que a inseminação artificial com sémen do marido ou companheiro e a transferência de embrião criopreservado para o útero da viúva ou companheira possa ocorrer quando o suposto pai não mais existir (hipótese com maior aceitação, em face da proteção ao embrião já formado). Sendo assim, estar-se-á a autorizar a formação de uma família monoparental voluntária.

Dessa forma, acreditando que a entidade familiar deva ser bilinear, a sua formação deve ser protegida pelo art. 36.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa.

Em relação à questão de não poderem assumir os poderes-deveres incutidos aos pais, (art. 36.º, n.º 5 da Constituição da República Portuguesa), a lei expressamente refere que os que procriam têm uma obrigação direta de responsabilidade para com os filhos, mas que a responsabilidade não é aferida conjuntamente, podendo, tanto o pai quanto a mãe, realizá-la individualmente.

Mais importante do que o número de progenitores, o intuito da norma é a proteção dos filhos pelos pais, de forma a garantir o seu pleno desenvolvimento físico e emocional. A norma não pretende que a criança nasça órfã de pai ou de mãe, mas assegurar a sua proteção, seja apenas com um, seja com ambos os progenitores.

No caso de inseminação *post mortem*, os poderes-deveres mencionados anteriormente não são totalmente excluídos, produzindo efeitos legais que derivam da filiação, tais como o nome do falecido, direitos hereditários e uma família paterna.

Visto isso, se o interesse da mãe no novo filho tiver a finalidade económica, não seria através da sucessão que iria obtê-la, pois a existência de um filho vivo ou concebido no momento da abertura da sucessão apenas afasta ascendentes na concorrência com o cônjuge (art. 2133.º, n.º 1, CC).

Em relação à companheira, essa não tem direitos sucessórios, mas tão somente o direito real de habitação sobre a casa de morada comum e o direito a requerer alimentos sobre a herança do *de cuius*, conforme jurisprudência portuguesa que citamos com o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 07 de outubro de 1993, Recurso nº 2ª Secção, ementa em Boletim do Ministério da Justiça, nº430, p. 503. Não faz, portanto, que se pensar em ter um filho do *de cuius* com interesse económico se o direito a protege.

Ainda no direito português, para se refletir acerca da posição a tomar no que concerne à admissibilidade da inseminação *post mortem*, é necessário entender qual o fundamento do direito de constituir família da mulher do *de cuius*, ou seja, se é o desejo de prolongar a vida e a família após a morte do marido ou apenas uma forma de combater o sofrimento e fazer o luto (verificação de qual o interesse que está em causa).



O procedimento deve, também, ser realizado de acordo com a vontade expressa do falecido e dentro de um prazo estipulado, a contar da morte do marido ou do companheiro.

O facto de se estipular um prazo pode ocasionar discussões acerca da arbitrariedade desse tempo, mas permitir que o falecido estipule o prazo para que o sémen seja utilizado após a sua mort, pode ocasionar o nascimento de uma criança muito tempo depois do falecimento do *de cuius*.

Nesse sentido, o art. 23.º, da Lei n.º 32/2006, expõe que a ilegalidade não contamina a filiação quanto à pessoa concebida após o prazo legal. O que está em causa é o superior interesse da criança, o reconhecimento da filiação.

Chama atenção, ainda, para o entendimento jurisprudencial retirado da Coletânea de Jurisprudência dos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (*apud* GERALDES, 1999, p. 5-20):

DIREITO CIVIL / Portugal, JURISPRUDÊNCIA / Portugal, DIREITO DE FAMÍLIA / Portugal, INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL / Portugal, EMBRIÃO / Portugal, GENÉTICA / Portugal

1 - Os progresso científicos e a inseminação artificial "post-mortem". 2 - Três posições principais a considerar. 3 - A célebre sentença de 1 de Agosto de 1984 do Tribunal de Créteil. 4 - Lei Espanhola 35 de 22 de Novembro de 1988. Lei FRancesa 94-654 de 29 de Julho de 1994. Projecto C. A. H. B. I. Lei 745/1990 Alemã de Defesa do Embrião. Doutrina alemã. Proposta Portuguesa de Lei nº 135/Vii sobre Técnicas de Procriação Medicamente Assistida de 1 de Agosto de 1997. Constituição da República Portuguesa. 5 - Algumas hipóteses controversas. O insubstituível poder judicial. O magistrado, por vocação natural, é a entidade que oferece maior segurança e justiça. 6 - A problemática no direito civil português. 7 - Admissibilidade (sob determinadas condições) da inseminação artificial "post-mortem" de embriões como solução derradeira.

Dessa forma, o que se vê, outrossim, é que, mesmo existindo legislação específica, também em Portugal, o provimento jurisdicional tem sido importante baliza na formalização da segurança jurídica. Tanto é que, recentemente, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 225/2018 declarou a inconstitucionalidade de alguns artigos da Lei n. 32/2006 (nenhuma delas voltadas para a reprodução *post mortem*), demonstrando-se a imperiosidade do Estado-juiz interferir nas relações interpessoais que importem na utilização das técnicas de procriação.

#### **4.2.2 A Reprodução Assistida Heteróloga *Post Mortem* em Portugal**

Como expresso no decorrer da presente dissertação, a reprodução assistida heteróloga é aquela na qual um dos doadores de gameta ou ambos é estranho ao casal que está se submetendo à técnica. Em sua maior parte, é realizada com a doação de sémen de terceiro anônimo, devido à esterilidade comprovada do marido/companheiro. As técnicas de reprodução assistida que

permitem a modalidade heteróloga são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, também chamada de fecundação artificial.

Assim como no Brasil, quanto à inseminação heteróloga *post mortem*, a questão é muito mais complexa para haver consenso.

Apesar de o dador do esperma abdicar de todo o direito sobre os gametas doados, a utilização de sémen para inseminação heteróloga implicaria que o falecido tivesse direito a dispor do sémen de uma terceira pessoa, o que é juridicamente impossível, enquanto direito pessoal que apenas pertence ao titular (BORGES, 2014).

Em suma, a prática da fecundação *post mortem* exige que a mulher/companheira sobreviva ao marido/companheiro, porque o inverso implica a gestação por outra mulher que não a biológica.

Nesse sentido, debruça-se a jurisprudência do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça Português no processo de nº 2790/16.0T8VFX.L1.S1, relatoria de Pinto de Almeida, em 06 de novembro de 2018:

DIREITO CIVIL – DIREITO DA FAMÍLIA / FILIAÇÃO / ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO / ESTABELECIMENTO DA PATERNIDADE / PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE. DIREITO PROCESSUAL CIVIL – ACÇÃO, PARTES E TRIBUNAL – PROCESSO EM GERAL / INSTRUÇÃO DO PROCESSO – PROCESSO DE DECLARAÇÃO / GESTÃO DO PROCESSO E DA AUDIÊNCIA PRÉVIA.

I - O legislador da reforma do CPC de 2013 pretendeu assegurar uma ampla e livre investigação sobre toda a matéria factual pertinente. A fixação de temas da prova visa meramente orientar a instrução (podendo, por isso, aqueles serem redigidos em termos conclusivos) e não excluir a produção de prova sobre factos relevantes alegados pelas partes ou que resultem da discussão.

II - O consentimento do beneficiário da procriação heteróloga (n.º 1 e n.º 2 do art. 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26-07, na redacção vigente à data em que a autora recorreu a essa técnica de procriação medicamente assistida) que não contribuiu para o processo com as suas células reprodutoras é condição indispensável para a constituição do vínculo da filiação quanto àquele, já que a criança nascida através do recurso a essas técnicas é havida juridicamente como filha do marido ou membro da união de facto que haja consentido no seu emprego (n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 32/2006).

III - Tendo a autora recorrido à procriação medicamente assistida enquanto ainda estava casada com o recorrido e sem procurar obter o consentimento deste (contrariando a regra da biparentalidade constante do art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006) e tendo este, após a reconciliação do casal, acompanhado a gravidez, o nascimento e os primeiros meses de vida da criança, a registado como filha e a tratado como tal, é de concluir que, apesar de não ter sido prestado um consentimento nos termos expostos em II, houve uma real e efectiva adesão do recorrido à decisão da recorrente e a correspondente aceitação por parte desta, sendo, pois, realmente inaceitável que se pretenda pôr termo ao vínculo entretanto criado entre aquele e a criança.

IV - Perante o quadro descrito em III, é abusiva a invocação da falta do consentimento prévio para cessar o vínculo paternal de filiação.

V - O registo da criança como filha do recorrido não está eivado de falsidade (é, ao invés, consonante com as presunções constantes do n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 32/2006 e do art.

1826.º do CC) e, por si só, não afecta o direito daquela a conhecer a sua identidade genética e a sua historicidade pessoal.

O caso retratado no excerto acima denota a relevância do direito da criança à biparentalidade. Esse direito desencadeia complicações ao nível do estabelecimento da filiação de uma criança que nasça através da inseminação *post mortem* e é um ponto incisivo na discussão acerca da reprodução artificial heteróloga *post mortem* no direito português, posto que precisa de haver uma melhor normatização da questão na permissão do uso do material genético após o falecimento do genitor e o reconhecimento dos direitos filhos nascidos através da técnica, restando, assim como no Brasil, ao Judiciário, o poder-dever de regulamentar tais situações.

Para corroborar com o quanto afirmado, chama atenção de que durante a correção da presente dissertação, no período de análise pós depósito, em 09 de junho de 2021, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial de nº REsp 1.918.421 (processo em segredo de justiça), firmou entendimento no sentido de ser impossível a implantação de embriões após a morte de um dos conjugues sem manifestação, expressa e formal, de maneira inequívoca.

Na decisão jurisprudencial, os filhos do homem falecido, herdeiros universais, contestaram decisão do TJ/SP que permitiu que a ex-esposa do pai realizasse a fertilização. Em que pese, no caso, o ministro relator, Marco Buzzi, tivesse votado no sentido de permitir a implantação, destacando ser incontroverso que o falecido nutria o desejo, em vida, em ter filhos com sua esposa, pois a realização da inseminação artificial não serviria a outro fim, o referido voto fora vencido por voto divergente do Ministro Salomão, segundo o qual, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, é imprescindível a sua manifestação de maneira inequívoca, "leia-se, expressa e formal".

## 5 ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO DECORRENTE DA TÉCNICA DE PROcriação MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM* SEGUNDO A LEGISLAÇÃO DO BRASIL E DE PORTUGAL

Ao longo da presente dissertação, fora abordada a evolução das técnicas de reprodução assistida e a legislação que regulamenta a utilização das técnicas, tanto no Brasil quanto em Portugal, diversificando-se quanto ao método utilizado. No presente capítulo, uma vez assentada a possibilidade de utilização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, analisar-se-á o estabelecimento da filiação decorrente da utilização da procriação medicamente assistida *post mortem* sob a perspectiva da legislação brasileira e portuguesa.

### 5.1 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A procriação medicamente assistida *post mortem* é aquela em que se utiliza o sêmen ou embrião conservado, por meio de técnicas especiais, após a morte do doador.

No Brasil, face ao vácuo legislativo, o Código Civil de 2002 apresenta as diretrizes gerais aplicáveis à procriação medicamente assistida. Contudo, ao mesmo tempo em que este estabelece a presunção de paternidade para os frutos da referida técnica, determina que os herdeiros sejam pessoas “nascidas ou já concebidas” quando da abertura da sucessão.

Sistematicamente, não há, outrossim, dentre os doutrinadores, unicidade de entendimento quanto à utilização da referida técnica; inclusive, uma das correntes doutrinárias ainda considera o embrião criopreservado apenas material biológico humano (MADALENO, 2010).

Doutrinadores brasileiros defendem a proibição da inseminação *post mortem*, mesmo com a declaração de vontade expressa do *de cuius*, mas entendem que a filiação deve ser estabelecida em razão da verdade biológica, tendo em vista a necessidade de garantir o princípio da dignidade da pessoa humana. Para a doutrina majoritária, entretanto, a filiação será reconhecida sem maiores percalços; problema maior está no direito sucessório.

Nos termos já vergastados ao longo da presente dissertação, segundo a legislação civil brasileira, a filiação pode originar-se de duas formas: da procriação carnal e da procriação assistida. Depreende-se isso leitura do art. art. 1.597 do Código Civil de 2002, amplamente citado ao longo do presente trabalho dissertativo, quando resta consignado a presunção da filiação dos filhos concebidos na constância do casamento, havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões

excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Quanto ao supramencionado dispositivo legal do Código Civil brasileiro, para parte da doutrina, busca-se resguardar a presunção de paternidade decorrente do casamento; por isso, não se aplicaria à união estável, devendo a paternidade, nesse caso, ser reconhecida voluntariamente pelo companheiro em vida ou por meio de processo judicial de investigação de paternidade (MONTALBANO, 2016).

Sobrevém que, considerando-se a equiparação da união estável ao casamento pela legislação brasileira, não nos parece razoável que a presunção de paternidade, decorrente de procriação medicamente assistida *post mortem*, seja apenas aplicável em se tratando de casos em que tenha sido formalizado o casamento.

Para Montalvano (2016), o inciso III, que gera maiores controvérsias e representa o foco do presente texto, haja vista que excepciona a regra geral de determinação da paternidade por presunção nos 300 dias subsequentes à morte do varão. Contudo, mesmo sem ressalva legal, entende-se que, para que se possa atribuir a paternidade decorrente da inseminação artificial homóloga, a entidade responsável pelo armazenamento deve provar que o gameta utilizado foi do cônjuge falecido.

Certo é que o cônjuge falecido deve ter deixado consentimento expresso para essa prática; caso contrário, considerar-se-á que o gameta utilizado pertence a doador anônimo e, por conseguinte, não será atribuída a paternidade ao falecido (MONTALBANO, 2016).

Mesmo assim, parte da doutrina permanece reticente quanto à legalidade da utilização da procriação medicamente assistida *post mortem*. Alega-se a falta de validade constitucional da referida prática, porque não seria possível o exercício do projeto parental apenas por ato unilateral da mãe, de modo que o melhor interesse da criança não estaria sendo atendido à luz da psicologia, haja vista que o fruto da inseminação jamais conheceria o seu genitor, não possuindo igualdade de tratamento com os filhos já nascidos quando do óbito (MONTALBANO, 2016).

Porém, certo é que, inobstante o posicionamento contrário à utilização da técnica após a morte do progenitor, uma vez advindo a procriação, não restam dúvidas de que terá, o infante, o direito de ser declarado como filho, em razão da verdade biológica, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana (MONTALBANO, 2016). Por essa razão, para doutrina majoritária, a filiação será reconhecida sem maiores dificuldades, pois o problema maior está no direito sucessório. É que, para efeitos sucessórios, a doutrina divide-se quanto aos direitos do concepturo (daquele que será futuramente concebido com o sêmen congelado), do embrião criopreservado e daquele já implantado no útero materno à época da morte do genitor.

Em se tratando de embrião cuja fertilização tenha ocorrido com o consentimento do *de cuius* e que já tenha sido implantado no útero da genitora, não restam dúvidas de que todos os direitos hereditários serão assegurados, obviamente, pela legislação brasileira. Dúvidas surgem, quanto ao embrião crioconservado. Mesmo assim, considerando-se a ampliação do conceito civil de nascituro, mesmo não tendo sido implantado no útero da genitora, em casos de consentimento expresso, estarão assegurados os direitos hereditários.

Nesse sentido, citando-se outros autores, assevera Montalbano (2016) que na visão de Hironaka (2007) também não há dúvidas quanto ao direito sucessório do embrião criopreservado, pois entende que a doutrina ampliou o conceito de nascituro para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). Nos dizeres da autora:

Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o locus da concepção. (MONTALBANO, 2016)

Portanto, subentende-se que o nascituro, ainda não nascido, independentemente do local em que fora concebido, se no útero ou em crioconservação, será considerado filho e titular de direitos hereditários, uma vez havendo consentimento expresso do *de cuius*.

Em se tratando de utilização apenas de sêmen, o número de controvérsias aumenta. Porém, independentemente de ter havido ou não testamento, sendo detectada, no inventário, a possibilidade de ser utilizado material genético do autor da herança (já que sua vontade ficara registrada no banco de sêmen), no intuito de evitar futuro litígio ou prejuízo ao direito constitucional de herança, hão de ser reservados os bens desta prole eventual sob pena de, ao ser realizado o procedimento, vier o herdeiro nascido depois pleitear, por petição de herança (dentro do prazo legalmente fixado), seu quinhão hereditário, como se fosse um filho reconhecido por posterior ação de investigação de paternidade (MONTALBANO, 2016).

Ora, se não houvesse o sonho da paternidade, qual seria o motivo para um homem deixar seu sêmen congelado em um centro de reprodução humana medicamente assistida? Portanto, não há porque negar qualquer direito à criança concebida *post mortem* mediante inseminação artificial homóloga, desde que não haja declaração expressa, negando-se a utilização do material genético com fins de procriação.

Destaca-se, inclusive, que, dentro dessa ótica, o Estatuto da Criança e do Adolescente garante aos filhos, seja qual for a sua origem, o direito do reconhecimento da sua filiação, sendo,

inclusive, direito indisponível, imprescritível, personalíssimo e oponível, tanto contra os pais quanto contra os herdeiros.

Mesmo assim, parte da doutrina entende que o embrião, cuja fecundação só se deu *post mortem* (utilizando-se do sêmen congelado), não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida à época da morte do genitor. Porém, em havendo declaração testamentária expressa, mesmo em se tratando de utilização do sêmen congelado, não poderá se excluir o direito à herança. Depreende-se a referida máxima da simples leitura do art. 1799, I, do CC, na medida em que assevera que ainda podem ser chamados a suceder, os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Nessa hipótese, haverá reserva de quinhão. Após análise sistemática, notadamente por aplicação analógica do art. 1800, § 4, do CC, entendemos que, se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. Por conseguinte, o fruto da inseminação *post mortem* concebido após esse prazo já não poderia herdar de forma alguma.

Completando o ensejo, conforme amplamente vergastado ao longo da presente dissertação, conta-se com as resoluções do Conselho Federal de Medicina que, embora não tenham força de lei, traçam balizas importantes acerca do tema, notadamente quando permitem a atuação médica em reprodução assistida *post mortem*, pelo Código de Ética Médica e pela Resolução n. 2168/2017.

As referidas resoluções afirmam a subsidiariedade do método na medida em que expressamente dispõem que a procriação medicamente assistida tem a função de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes ou sejam consideradas inapropriadas. Ressalta, ainda, que as técnicas podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

Portanto, evidencia-se que, embora haja omissão legislativa acerca da utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida *post mortem* no Brasil, a utilização da referida técnica não constitui ilícito ético-legal, devendo-se, acima de tudo, garantir os direitos no novo ser oriundo da utilização da técnica no que se refere ao reconhecimento de sua filiação.

Até porque, conforme dito alhures, na legislação brasileira, exsurge do Estatuto da Criança e do Adolescente que aos filhos, seja qual for a sua origem, é assegurado o direito do reconhecimento da sua filiação, sendo, inclusive, direito indisponível, imprescritível, personalíssimo e oponível.

## 5.2 REPRODUÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E O ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO À LUZ DA LEGISLAÇÃO PORTUGUESA

Como já informado em tópico específico, o actual regime jurídico português da procriação medicamente assistida (PMA) consta da Lei n.º 32, de 26 de julho de 2006.

Da simples leitura do referido dispositivo legal, resta evidenciado, outrossim, que a procriação medicamente assistida deve ser derivada de ato médico e subsidiariamente em relação a outras técnicas, sendo que somente pode ocorrer mediante a presença de um diagnóstico de infertilidade ou, ademais, para tratamento de doença grave ou de risco de transmissão de doenças graves de origem genética, infecciosa ou outras.

Atualmente, em Portugal, não se permite a inseminação *post mortem* (art. 22.º, n.º 1 da Lei n.º 32/2006), devendo o sêmen conservado ser destruído se o homem que o forneceu falecer durante o período máximo admitido para a conservação do material genético. No entanto, a sua proibição não é acompanhada de qualquer tutela penal nem contraordenacional; o legislador apenas prevê que, no caso de a inseminação vir a acontecer, contrariamente à lei, será considerado filho(a) do falecido a criança que venha a nascer, a menos que, na data da inseminação, a mulher esteja casada ou viva há pelo menos dois anos em união de fato com outro homem (BORGES, 2014).

Secundo a regra geral portuguesa, existe razão para a proibição da utilização do sêmen, visto que o direito à procriação cessa com a morte do seu titular. Por essa razão, é aconselhável ou imperativo, devendo-se proceder à destruição dos gametas masculinos recolhidos em vida.

Certo é que, como dito alhures, mesmo havendo violação expressa, se resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. Assim, mesmo na ilicitude da utilização do sêmen como objeto de técnica de procriação medicamente assistida *post mortem*, a filiação será estabelecida perante o funcionário do registo civil mediante a apresentação do documento onde tenha sido prestado o consentimento e se demonstre a existência da inseminação póstuma.

Porém, em se tratando da transferência *post mortem* do “embrião”, evidencia-se a possibilidade de utilização da técnica. É o que se depreende do exame do art. 22º da Lei n. 32/2006:

### **Inseminação post mortem**

1 – Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.



2 – O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.

3 – É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão.

Portanto, de maneira geral, não é lícito a mulher ser inseminada com sémen do marido falecido, mesmo que haja consentimento com o ato da inseminação, bem como há previsão expressa para a destruição desse sémen, em caso de falecimento no prazo estabelecido para sua conservação. Porém, em se tratando de “embrião”, passa a ser lícita a transferência *post mortem*, desde que seja oriundo de técnica de reprodução assistida expressamente consentida, para realização de um projeto parental pensado antes do falecimento do pai.

Embora a Lei nº 32/2006 seja omissa quanto ao reconhecimento do vínculo paterno-filial, na inseminação *post mortem*, o consentimento prestado teria o cunho de reconhecer a paternidade, já que constituiria um projeto parental claramente estabelecido por escrito (DUARTE, 2003). Trata-se, justamente, da chamada filiação social.

Nesse sentido, importante trazer à baila o entendimento desposado por Pinheiro (2005), segundo o qual esta interpretação vem coadunar com o entendimento da doutrina que caminha no sentido de reconhecer a filiação social, pois, embora o fator biológico seja, em princípio, determinante no estabelecimento do vínculo de filiação; é que, não é só a ele que se atribui essa função no sistema jurídico português, sendo extremamente relevante o papel da vontade na criação de algumas relações jurídicas, em que a realidade ‘afectiva e social sobrepõe-se e o elo da filiação acaba por se apoiar na vontade consciente.

Destarte, em que pese as divergências quanto à técnica utilizada para a procriação medicamente assistida, não se deve discriminar o filho nascido a partir da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida relativamente aos outros filhos biológicos do falecido nascidos ou já concebidos (como embriões) na data da abertura da sucessão.

### 5.3 ESTUDOS DE CASO: RECONSTRUÇÃO JUDICIAL DA VONTADE E UTILIZAÇÃO DE SÊMEN APÓS A MORTE

Ultrapassado o objeto da dissertação, não restam dúvidas acerca de que crianças advindas de técnicas de PMA, mesmo *post mortem* do doador, devem ter sua filiação reconhecida, em garantia do princípio da dignidade da pessoa humana.

Longe de ser um estudo de ficção científica, existem inúmeros relatos de situações em que o próprio judiciário se debruçou sobre o tema.

Em Portugal, considerando-se a existência de norma específica regulamentando a matéria, vê-se que os tribunais superiores têm encontrado maior consenso no que tange à presunção de paternidade/filiação decorrente da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, inclusive em se tratando de método heterólogo.

A exemplo disso, abaixo transcreve-se acórdão do Supremo Tribunal de Justiça português, decorrente do Processo nº 2790/16.0T8VFX.L1. S1 :

Processo nº 2790/16.0T8VFX.L1.S1 – 6ª SECÇÃO, PROCRIAÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA - CONSENTIMENTO INFORMADO - ESTABELECIMENTO DA FILIAÇÃO - ABUSO DO DIREITO – CÔNJUGE - DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL - REGISTO CIVIL- FALSIDADE – PROCRIAÇÃO - SEPARAÇÃO DE FACTO - IMPUGNAÇÃO DA PATERNIDADE - APLICAÇÃO DA LEI NO TEMPO - TEMAS DA PROVA - INSTRUÇÃO DO PROCESSO - PRINCÍPIO DA AQUISIÇÃO PROCESSUAL.

I - O legislador da reforma do CPC de 2013 pretendeu assegurar uma ampla e livre investigação sobre toda a matéria factual pertinente. A fixação de temas da prova visa meramente orientar a instrução (podendo, por isso, aqueles serem redigidos em termos conclusivos) e não excluir a produção de prova sobre factos relevantes alegados pelas partes ou que resultem da discussão.

II - O consentimento do beneficiário da procriação heteróloga (n.º 1 e n.º 2 do art. 14.º da Lei n.º 32/2006, de 26-07, na redacção vigente à data em que a autora recorreu a essa técnica de procriação medicamente assistida) que não contribuiu para o processo com as suas células reprodutoras é condição indispensável para a constituição do vínculo da filiação quanto àquele, já que a criança nascida através do recurso a essas técnicas é havida juridicamente como filha do marido ou membro da união de facto que haja consentido no seu emprego (n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 32/2006).

III - Tendo a autora recorrido à procriação medicamente assistida enquanto ainda estava casada com o recorrido e sem procurar obter o consentimento deste (contrariando a regra da biparentalidade constante do art. 6.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2006) e tendo este, após a reconciliação do casal, acompanhado a gravidez, o nascimento e os primeiros meses de vida da criança, a registado como filha e a tratado como tal, é de concluir que, apesar de não ter sido prestado um consentimento nos termos expostos em II, houve uma real e efectiva adesão do recorrido à decisão da recorrente e a correspondente aceitação por parte desta, sendo, pois, realmente inaceitável que se pretenda pôr termo ao vínculo entretanto criado entre aquele e a criança.

IV - Perante o quadro descrito em III, é abusiva a invocação da falta do consentimento prévio para cessar o vínculo paternal de filiação.

V - O registo da criança como filha do recorrido não está eivado de falsidade (é, ao invés, consonante com as presunções constantes do n.º 1 do art. 20.º da Lei n.º 32/2006 e do art. 1826.º do CC) e, por si só, não afecta o direito daquela a conhecer a sua identidade genética e a sua historicidade pessoal.

No Brasil, porém, ante a já informada omissão legislativa, paira, ainda, grande insegurança jurídica e a jurisprudência, apontando para decisões contraditórias nos casos concretos.

Aqui, somente a título de exemplificação, apresentaremos duas casuísticas com posicionamento totalmente diversos pelos tribunais brasileiros, na resolução dos requisitos e efeitos da procriação medicamente assistida *post mortem*.

A primeira decisão foi preferida pela 13ª Vara Cível de Curitiba, nos autos de nº 27862/2010, em processo cuja requerente, Katia Lernerneier, pleiteava pedido liminar para autorização de realização de inseminação com o sêmen criopreservado do marido que tinha falecido em decorrência de melanoma, considerando-se que o laboratório teria negado o acesso ao material genético depositado pelo seu marido sob a alegação de que o ele não teria deixado consentimento prévio, por escrito, para utilização posterior de seu sêmen.

Na ocasião, o juiz deferiu o pedido, de maneira liminar, *inaudita altera pars*, nos seguintes termos:

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

Em sentido diverso, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal decidiu pelo impedimento do uso do sêmen pela mulher, tendo em vista a ausência de autorização expressa do *de cuius* e dessa permissão não poder ser presumida:

“AÇÃO DE CONHECIMENTO – UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR – IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO *DE CUJUS* PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do *de cuius* para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização Acórdão n.º 820873, 20080111493002 APC do sêmen crio preservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. (3ª Turma Cível. Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014).

Como visto, não restam dúvidas de que a falta de legislação específica acerca da procriação medicamente assistida no Brasil causa imensa insegurança jurídica, Mas não restam dúvidas de que, mesmo em se tratando de concepção *post mortem*, de filhos oriundos de técnica de reprodução assistida, deve-se buscar jurisprudencialmente a solução pelo caminho que melhor atenda aos interesses da criança.

Para corroborar com o quanto afirmado, reitera que durante a correção da presente dissertação, no período de análise pós depósito, em 09 de junho de 2021, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, no julgamento do Recurso Especial de nº REsp 1.918.421 (processo em segredo de justiça), firmou entendimento no sentido de ser impossível a implantação de embriões após a morte de um dos conjugues sem manifestação, expressa e formal, de maneira inequívoca.

Na decisão jurisprudencial, os filhos do homem falecido, herdeiros universais, contestaram decisão do TJ/SP que permitiu que a ex-esposa do pai realizasse a fertilização. Em que pese, no caso, o ministro relator, Marco Buzzi, tivesse votado no sentido de permitir a implantação, destacando ser incontroverso que o falecido nutria o desejo, em vida, em ter filhos com sua esposa, pois a realização da inseminação artificial não serviria a outro fim, o referido voto fora vencido por voto divergente do Ministro Salomão, segundo o qual, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, é imprescindível a sua manifestação de maneira inequívoca, "leia-se, expressa e formal."

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro da ordem de ponderações apresentadas ao longo da presente dissertação, pode-se ver quão atual, polêmica, complexa e abrangente é a questão da inseminação e transferência de embrião *post mortem* numa visão luso-brasileira.

Percebemos a omissão legislativa do Brasil por inexistir lei específica que estabelece parâmetros para o tema, sendo a sua aplicabilidade, em sua maioria, decorrente da interpretação da legislação de maneira sistemática através de princípios constitucionais, da Lei de Biossegurança e da Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Mesmo assim, concluímos que, embora haja omissão legislativa acerca da utilização de técnicas de reprodução medicamente assistida *post mortem* no Brasil, a utilização da referida técnica não se constitui ilícito ético-legal, devendo-se, acima de tudo, garantir os direitos do novo ser oriundo da utilização da técnica.

Sendo que, atualmente, a jurisprudência brasileira, expressamente asseverou que Implantação de embriões congelados em viúva exige autorização expressa e inequívoca do falecido, sendo essa a vertente a ser adotada até que a omissão legislativa seja suprida no país.

Em Portugal, diferentemente do Brasil, existe norma específica que rege a procriação medicamente assistida, sendo que a inseminação *post mortem* é desautorizada pela referida norma, permitindo apenas a transferência do embrião já formado.

Mesmo assim, uma vez sendo utilizada a técnica da inseminação *post mortem* e a legislação portuguesa seja omissa quanto ao reconhecimento do vínculo paterno-filial, na inseminação *post mortem*, o consentimento prestado teria o cunho de reconhecer a paternidade, já que constituiria um projeto parental claramente estabelecido por escrito em decorrência da chamada filiação social.

Dentro dessa ordem de ponderações, conclui-se que, em ambos os países, por decorrência da aplicação de princípios constitucionais, não se deve discriminar o filho nascido a partir da utilização de técnicas de procriação medicamente assistida relativamente aos outros filhos biológicos do falecido nascidos ou já concebidos, havendo-se, apenas, controvérsia sobre o direito hereditário do novo ser, a depender da existência ou não de consentimento.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thompson, 2006.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed., Ed. Malheiros, São Paulo, 2012.
- ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. [Em Linha]. Ano 10, Nº 632 (2005) [Consult. 20 nov. 2019]. **Revista Jus Navigandi**, Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6522/tecnicas-de-reproducao-assistida-e-o-biodireito>.
- ARAÚJO, Carlos Henrique Medeiros de; ARAUJO, Picinato Medeiros de. **Biodireito e legislação na reprodução assistida Biolaw and legislation on assisted reproduction** [Consult. 20 julho. 2020]. Disponível em: <http://revista.fmrp.usp.br/2018/vol51n3-2018/TEM-Biodireito-e-legislacao-na-reproducao-assistida.pdf>.
- ARCHER, Luís. Procriação Artificial: Reflexão sobre Pessoas e Coisas. **Revista Jurídica**, Lisboa, 1990.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. O início da vida. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2014.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Aspectos jurídicos da inseminação artificial “post mortem”. **Colectânea de Jurisprudência: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Coimbra**, ano 7, tomo 2, 1999.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006.
- BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. Investigação da filiação. In: **Estudos de Direito da Bioética**. Coimbra: Almedina, 2014.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e sua aplicação post mortem. Um estudo sobre as consequências jurídicas no Direito de Família e Sucessões.** 1. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BONELLI, Rita Simões. **A Tutela Jurídica da Família na Sociedade Contemporânea.** Bahia, 2009.

BORGES, Daniela Alouise. **O regime Jurídico da procriação medicamente assistida Post Mortem: quadro geral e implicações sucessórias.** Coimbra: Universidade Coimbra, 2014. Dissertação conducente ao grau de Mestre.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução CFM Nº 1931/2009.** Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/etica-medica/codigo-2010/resolucao-cfm-no-1931-2009/>. Acesso em: 20 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. [Consult. 20.jan.2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

BRASIL. **Lei 11.105/2005, de 24 de março de 2005.** Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. [Consult. 22.jan.2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm).

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. [Consult. 20.jan.2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm).

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. [Consult. 11.fev.2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

BRASIL. **Resolução nº 2.168/2017.** Conselho Federal de Medicina. [Em Linha]. [Consult. 20.jan.2020]. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&data=10/11/2017&pagina=73>.

CENTRO DE DIREITO BIOMÉDICO. Comissão para Enquadramento Legislativo das Novas Tecnologias. **Utilização de Técnicas de Procriação Assistida (Projectos).** Coimbra: [s.n.], 1990. 118 p. (Publicações do Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n. 1).

CHINELATO, Silmara Juny. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710).** Vol. 18. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa **Manual de direito comercial: direito de empresa** / Fábio Ulhoa Coelho. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. [Consult. 20 abr. 2020] . Disponível em: [https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_normas&tipo%5B%5D=R&uf=&numero=&ano=&assunto=&texto=procria%C3%A7%C3%A3o+](https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_normas&tipo%5B%5D=R&uf=&numero=&ano=&assunto=&texto=procria%C3%A7%C3%A3o+)

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português.** Coimbra: Almedina, 2002. v. 1. Tomo 3.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. **Curso de Direito das Sucessões.** Lisboa: Quid Juris, 2012.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. Os Efeitos Familiares e Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida (P.M.A.). In: CORDEIRO, António Menezes; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Org.). **Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles.** Coimbra: Almedina, 2002. v. 1.



- CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, João Silva. **Direito da Família: Tópicos para uma Reflexão Crítica**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2011.
- COSTA, Amélia. **Perspectiva Jurídica de um Acto de Amor: A Procriação Assistida**. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa, 2000.
- COSTA, J. Pinto da. Um Problema Médico-Legal Actual: Procriação Artificial. **Revista de Investigação Criminal**, Porto, n. 24, p. 5-19, 1987.
- COSTA, José Manuel Cardoso da. **Genética e Pessoa Humana**. Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa, ano 51, v. 2, p. 459-475, 1991.
- CYSNE, Renata Nepomuceno e. **Os laços afetivos como valor jurídico: na questão da paternidade socioafetiva**. Família e jurisdição II. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- DIAS, Cristina Araújo. **Lições de direito das sucessões**. Coimbra: Almedina, 2010.
- DIAS, João Álvaro. **Procriação assistida e responsabilidade médica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo, SP: Revista Tribunais, 2014.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 5. 25. ed. São Paulo:Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 5 v.
- DUARTE, Tiago. **In Vitro Veritas? A procriação medicamente assistida na Constituição e na Lei**. Coimbra: Almedina, 2003.
- JUSTIÇA, Supremo Tribunal de Justiça. **Notícias: Implantação de embriões congelados em viúva exige autorização expressa do falecido, decide Quarta Turma**. [Consult.15jun2021]. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021->

Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuva-exige-autorizacao-expressa-do-falecido--  
decide-Quarta-Turma.aspx.

FEDERAL, Conselho da Justiça. **Enunciado 104**. I Jornada de Direito Civil. [Consult.20jan2020].  
Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/735>.

FEDERAL, Conselho da Justiça. **Enunciado 106**. I Jornada de Direito Civil. [Consult.20jan2020].  
Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>.

FEDERAL, Conselho da Justiça. **Enunciado 258**. III Jornada de Direito Civil.  
[Consult.20jan2020]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/506>.

FEDERAL, Conselho da Justiça. **Enunciado 633**. VIII Jornada de Direito Civil.  
[Consult.20jan2020]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1170>

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas  
consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá, 2009.

FIUSA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.)  
**Direito Civil: da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais**. Belo  
Horizonte: Del Rey. 2007.

FREITAS, Douglas Phillips. Reprodução assistida após a morte e o direito de herança. [Consult.  
02 Set. 2018]. **IBDFAM**, 06 jun. 2008. Disponível em:  
<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>.

GERALDES, António Santos Abrantes. Valor de jurisprudência cível. **Colectânea de  
Jurisprudência. Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça**, Coimbra, a.7 t.2 (1999).

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. v. 6. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, parte geral**, 9. ed. São Paulo/SP: Saraiva,  
2011, 1 v.

HIRONAKA, G. M. F. N., & Cahali, F. J.. **Curso avançado de direito civil: direito das sucessões:** arts. 1.572 a 1.805. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito á origem genética:** uma distinção necessária. *In: Conselho da Justiça Federal*, Brasília.2004.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

MAGALHÃES, Carolina Moura. VILAR, Érika Cristhina Nobre. **Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem: A Promoção de Desigualdade do Inseminado no Campo Sucessório**. 2019. [Consult. 20.jul.2020]. Disponível em:[https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/inseminacao-artificial Homo-loga-post-mortem-a-promocao-de-desigualdade-do-inseminado-no-campo-suces-sorio/#\\_ftn1](https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/inseminacao-artificial-Homo-loga-post-mortem-a-promocao-de-desigualdade-do-inseminado-no-campo-suces-sorio/#_ftn1)

MARQUES, J. P. Remédio. **O Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida em Portugal e a Utilização dos Embriões – Notas Breves**. 35 f. Artigo destinado a uma obra colectiva a editar no Brasil, intitulada “Parentalidade”, Editora Voxlegem, Florianópolis, Santa Catarina, e coordenada pela Dra. Ivone M. C. Coelho de Souza. p. 05.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. [Em Linha]. Florianópolis: **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**. [Consult. 24 nov. 2018]. Disponível em: <http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/48>.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil: parte geral**. 45. ed. ed., 2. tir.. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVIERA NETTO, José de Oliveira. **Dicionário Jurídico Universitário-Terminologia jurídica e latim forense**. 4. ed., LEME/SP: EDIJUR, 2010.

PINHEIRO, Luis de Lima. Procriação Medicamente Assistida. *In*: MIRANDA, Jorge; PINHEIRO, Luís de Lima; VICENTE, Dário Moura (Coord.). **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**. Coimbra: Almedina, Vol. I, 2005.

PORTUGAL. Constituição Da Republica Portuguesa. [Consult.24 nov.2019]. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>.

PORTUGAL. Lei nº 32/2006. **Diário da República I Série**, N.º 143 (27-07-2006), 5245-5250.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Direito de família**. V.6. 28 ed.(revista e atualizada por Francisco Jose Cahah de acordo com o novo código civil - lei 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. São Paulo: Saraiva, 2010.

TABOSA, Argerson. **Direito romano**. Fortaleza: Imprensa Universitária, 1999.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Direito de Família**. 14<sup>a</sup>. ed. 6 v. São Paulo: Atlas, 2016.

ZENI, Bruna Schlindwein. A evolução histórico-legal da filiação no Brasil. **Direito em Debate**, 2009. [Consult.20jan.2020] Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/viewFile/641/363>.