

DESAFIOS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA PÓSTUMA: É PRECISO LEGISLAR?

Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira¹

Em setembro de 2023 foi instalada a Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil (Lei 10.406, de 2002), composta por 38 juristas e presidida pelo Ministro Luiz Felipe Salomão.² A comissão formada tem desempenhado um importante papel e tem primado por um debate plural e profícuo com a participação da sociedade, que pode, inclusive, enviar propostas e participar das audiências públicas previamente divulgadas. Além da comissão principal, foram criadas subcomissões com a participação de especialistas na temática, o que possibilitou a apresentação de diversas formas propostas que demonstram as diversas formas de interpretação das normas e as novas necessidades sociais, que urgem por mudanças legislativas e maior segurança jurídica.

É fundamental o olhar dos aplicadores do Direito que atuam dentro de algumas especialidades para auxiliar na construção de uma hermenêutica do Direito Civil permeada por avanços biotecnológicos e que acarretam o surgimento de novas situações jurídicas antes não conhecidas e não exploradas e que carecem de uma regulamentação efetiva diante do vácuo normativo existente.

O Direito Civil se confronta diariamente com as novas demandas que surgem diante das possibilidades apresentadas com o uso de tecnologias, da inteligência artificial, de ferramentas biológicas que interferem e desestruturam conceitos já consolidados como os que se referem ao início e ao fim da vida. Como bem já referiu o Ministro Edson Fachin: “uma lei se faz código no cotidiano concreto da força construtiva dos fatos, à luz de uma interpretação conforme os princípios, a ética e valores constitucionais”.³ E é assim que se dará, com o uso das técnicas de reprodução humana assistida.

Na subcomissão instaurada para tratar de sucessão e reprodução assistida, tive a oportunidade de participar do debate e apresentar proposta.⁴ Mas, antes de fazê-lo, fez-se necessário percorrer alguns pontos que se conectam com o uso da reprodução, como os direitos à livre disposição corporal, à igualdade dos filhos; os negócios jurídicos envolvidos, os aspectos de filiação, a sucessão hereditária, os problemas temporais, entre outros, que se confrontam com o contexto da regulação vigente.

As técnicas de reprodução humana assistida são datadas, aproximadamente, do final da década de 1970 (1978), início de 1980, com o caso Louise Brown, o primeiro bebê de proveta gerado pela fertilização *in vitro*,⁵ e no Brasil, em 1984, com Anna Paula Caldeira.⁶

¹ Doutora e mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Especialista em Advocacia Pública pela PGE-CEPED-UERJ. Especialista em Direito Médico e Direito Farmacêutico pela Universidade de Coimbra-PT. Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Vice-Presidente da Comissão da OAB-RJ de Órfãos e Sucessões e Membro da Direção de Direito Civil. Advogada.

² Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/composicao_comissao?codcol=2630>

³ FACHIN, Luiz Edson. Código civil: lei nova e velhos problemas. *Revista Del Rey Jurídica*, Belo Horizonte, n. 11, p. 18, abr./jun. 2003. p. 18.

⁴ Disponível em: <<https://www.iasp.org.br/events/mesa-redonda-sucessao-e-reproducao-assistida/>>

⁵ A reprodução assistida após os 40 anos de Louise Brown. *Ilha do Conhecimento*, 16 ago. 2018. Disponível em: <<https://ilhadoconhecimento.com.br/a-reproducao-assistida-apos-os-40-anos-de-louise-brown/>>.

⁶ O primeiro bebê de proveta no Brasil. Disponível em: <<https://www.clinicavilara.com.br/o-primeiro-bebe-de-proveta-brasil/>>.

A criopreservação de gametas masculina e feminina faz parte do processo de reprodução assistida, seja para fertilização *in vitro* ou para inseminação artificial⁷ e tem ganho grande proporção no Brasil e no mundo, até pela capacidade de congelamento do material por longos períodos. A título de ilustração, vale citar os casos já veiculados, tais como o da Molly Gibson, que nasceu em 2020 de um embrião congelado por quase 27 anos, depois os gêmeos Lydia Ann e Timothy Ronald Ridgeway, que nasceram de embriões congelados por mais de 30 anos.⁸

No Brasil, em 2020 e 2021 foram realizados mais de 21 mil ciclos, com 154.630 óvulos congelados e armazenados mais de 202 mil embriões, resultando em mais de 36 mil gestações clínicas no país com as técnicas de reprodução humana assistida, segundo o 14º Relatório do SisEmbryo - Sistema Nacional de Produção de Embriões.⁹ O Brasil acaba por liderar o ranking latino-americano dos países que mais realizaram fertilização *in vitro* (FIV), inseminação artificial e transferência de embriões de acordo com a Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida (REDLARA).¹⁰

Portanto, não há dúvidas quanto à possibilidade do uso do material genético e da implantação do embrião em qualquer fase, inclusive, após a morte do “dono” do material. Diante disso, ressalta-se a importância do debate e da previsão legislativa expressa dos direitos que envolvem a reprodução póstuma e seus desdobramentos, tendo em vista a falta de lei sobre o tema, que gera insegurança jurídica, e que acarreta a judicialização, pois em diversos momentos o Poder Judiciário precisou interferir.

A título de exemplo da necessidade da intervenção do Poder Judiciário para garantir o exercício de direitos reprodutivos, cabe citar os seguintes casos já julgados: i) a possibilidade de uso de material genético de irmãs, quebrando o anonimato previsto nas resoluções vigentes à época do CFM - Conselho Federal de Medicina;^{11 12} ii) a possibilidade do registro de paternidade, inclusive em caso de gestação por substituição, filiação de casais homoafetivos;^{13 14} iii) a proibição da implantação de embrião *post mortem* em ação entre filhos do falecido e viúva;¹⁵ iv) a decisão do STF sobre pesquisas com células-tronco embrionárias e os tribunais inferiores;¹⁶ v) o descarte de embrião até em casos de divórcio quando a resolução do CFM

⁷ A inseminação artificial consiste, em suma, na colocação do sêmen diretamente na cavidade uterina da mulher, enquanto que a fertilização *in vitro* ocorre o desenvolvimento em laboratório do embrião que é posteriormente transferido para o útero.

⁸ Gêmeos nascem de embriões congelados há mais de 30 anos. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia/noticia/2022/11/22/gemeos-nascem-de-embrioes-congelados-ha-mais-de-30-anos.ghtml>>..

⁹SisEmbryo. Disponível em: <<https://www.gov.br/anvisa/pt-br/acessoainformacao/dadosabertos/informacoes-analiticas/sisembryo>>.

¹⁰ZEGERS-HOCHSCHILD, F. et al. ART in Latin America: The Latin American registry, 2020. JBRA assisted reproduction, v. 27, 2023.

¹¹ Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.140.606/SP. Ministra Assusete Magalhães. 27 mar. 2018.

¹²Tribunal Federal da 3 Região. Apelação Cível n 5000378-07.2018.4.03.6114. Juiz Federal Convocado Leila Paiva Morrison. 2018.

¹³ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento n. 70052132370. Luiz Felipe Brasil Santos. 2012.

¹⁴ Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/crianca-nascida-de-barriga-de-aluguel-sera-mantida-com-pai-que-a-registrou/112326986>>.

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.918.421. Ministro Marco Buzzi. 08 jun. 2021.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal. ADI 3510. Ministro Ayres Britto. 29 maio 2008.

estabelecia um prazo mínimo de 5, depois 3 anos de criopreservação e até a necessidade de autorização judicial,^{17 18 19} etc.

Hoje, as demandas se resolvem por meio de uma interpretação à luz da Constituição Federal, dos princípios constitucionais, do direito ao planejamento familiar, à liberdade reprodutiva positiva, autonomia reprodutiva prospectiva e à igualdade entre os filhos (art. 227, §6º, CF), utilizando também o Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 20, ECA,²⁰ os artigos compatíveis do Código Civil de 2002 (art. 1.596, CC), das normas deontológicas e administrativas e que dão legitimidade à prática da reprodução humana assistida.

A regulação vigente, a despeito da previsão constitucional que é a base, da legislação civil, consumerista, também está consubstanciada em resoluções, tal como a atual Resolução CFM n. 2.320/2022 do CFM, que adota normas éticas, deontológicas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. E, no que tange à reprodução *post mortem*, a resolução, além de prevê-la, a permite, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida e em conformidade com a legislação vigente, o que ainda fica em aberto, pois não existe lei específica sobre o tema, cabendo interpretar as leis gerais existentes, em especial o Código Civil. Outra norma é a Resolução - RDC N. 771, de 26 de dezembro de 2022 da ANVISA, que dispõe sobre as Boas Práticas em Células Germinativas, Tecidos Germinativos e Embriões Humanos, para uso terapêutico, e dá outras providências e tratará, inclusive, do Termo de consentimento livre e esclarecido; o Provimento n. 149 de 30/08/2023, do CNJ, que institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro e que dispõe sobre os documentos necessários para a expedição de certidão de nascimento, incluindo o termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida (artigos 479 e 512 a 515).

Atualmente, estão em tramitação alguns projetos de lei sobre reprodução assistida, com destaque para 8, quais sejam: o PL n. 90/99,²¹ o PL n. 1135/03,²² PL n. 2061/03,²³ PL n.

¹⁷ Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível n. 0722063-08.2020.8.07.0001. Vera Andriahi. 14 abril 2021.

¹⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1010356-45.2021.8.26.0020. Vianna Cotrim. 2 out. 2022.

¹⁹ Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 1034731-70.2021.8.26.0001. César Peixoto. 27 set. 2022.

²⁰ “Art. 20.: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, Lei. 8.069/90, *online*).

²¹ PLS 90/1999 - Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>>. Acesso em: 27 nov. 2023.

²² Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=117461>>. Acesso em: 27 nov. 2023.

²³ Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=134835>>.

1184/03,²⁴ PL n. 7701/10,²⁵ PL n. 4892/12²⁶ e PL n. 115/2015,²⁷ PL n. 1.851/2022,²⁸ sendo que alguns contrários à reprodução assistida *post mortem*.

No âmbito internacional, cabe averiguar como a questão vem sendo tratada e em alguns sistemas jurídicos já se verificam avanços e retrocessos, cabe analisar a legislação argentina,²⁹ espanhola,³⁰ portuguesa,³¹ com previsão restrita da reprodução póstuma, e alemã³² vedando.

Após essa breve contextualização, antes de apresentar uma proposta de alteração de alguns dispositivos do Código Civil na parte sucessória, já que a reprodução humana *post mortem* impacta diretamente no direito sucessório, é importante acentuar que, para que haja qualquer mudança nessa parte deve estar em consonância com o que estará regulado na parte geral do Código que versa sobre início da vida, personalidade civil, direitos da personalidade quanto à disposição de parte do corpo, negócios jurídicos utilizados para manifestação de vontade, a determinação na parte de família, que abrange a filiação. Tudo a fim de garantir o livre exercício do planejamento familiar, a concretização do projeto parental, que abrange o póstumo, a igualdade entre os filhos, incluindo os que são fruto das técnicas de reprodução humana assistida.

Para prosseguir na proposta, também se faz mister obter algumas respostas acerca de umas indagações centrais que perpassam pelo tema, como: i) o embrião será considerado pessoa, ou um ser geneticamente individualizado? Será equiparado ao nascituro? Ou terá outra natureza, outra categoria?; ii) quem representará os interesses do embrião?; iii) quais os instrumentos jurídicos utilizados para disposição de partes do corpo em que se incluem as gametas e embriões?; iii) haverá o estabelecimento de prazo para fertilização no caso de criopreservação de sêmen ou óvulo ou inseminação em caso de criopreservação de óvulo, e de embrião?; iv) qual seria o prazo para petição de herança de pessoa nascida de reprodução póstuma (10 anos - prescricional - art. 205 CC)?; v) qual o termo inicial do prazo da petição de herança nesse caso? Aqui, cabe destacar que, em casos de reconhecimento de paternidade,

²⁴ Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>>.

²⁵ Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>.

²⁶ Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>.

²⁷ Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>.

²⁸ O Projeto de Lei n. 1851, de 2022, de iniciativa da Senadora Mara Gabrilli (PSDB/SP) propõe a alteração do art. 1.597 do Código Civil para dispor sobre o consentimento presumido de implantação, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida. Disponível em: < <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893> >

²⁹ Código Civil y Comercial de La Nación - Ley 26.994 - Artículo 560-564, Artículo 2279. Disponível em:< <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm>>

³⁰ Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida - Artículo 9. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>>

³¹ Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho - Artigo 22, 22-A, 23, 26, 42, 42-A. Disponível em:

<https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis&so_miolo=> . Acesso em: 19 nov. 2023. C.F SANTOS, Alethele Oliveira; PEREIRA, André Gonçalo Dias. DELDUQUE, Maria Célia. Reprodução Humana Assistida: regulamentação no Brasil e em Portugal. *Revista Jurídica ESMP-SP*, V. 16, 2019: 18-45

³² Na Alemanha, Lei de Proteção do Embrião: § 4 Fertilização não autorizada, transferência não autorizada de embriões e inseminação artificial após a morte (1) Quem for punido com pena de prisão até três anos ou multa 1.compromete-se a fertilizar artificialmente um óvulo sem o consentimento da mulher cujo óvulo é fertilizado e do homem cujo esperma é usado para fertilização, 2.compromete-se a transferir um embrião para uma mulher sem o seu consentimento, ou 3.conscientemente fertilizar artificialmente um óvulo com o esperma de um homem após sua morte. (2) No caso do n. 1, número 3, a mulher sobre quem for efectuada a inseminação artificial não será punida. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>>

já está *sub judice* a definição do termo inicial do prazo prescricional da petição de herança proposta por filho cujo reconhecimento da paternidade tenha ocorrido após a morte - abertura da sucessão,³³ ou data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, à luz da teoria da *actio nata*³⁴ - tema 1200 do STJ.³⁵

Depois de definidos todos esses pressupostos será possível estabelecer o direito sucessório dos filhos póstumos, daqueles gerados com emprego das técnicas de RA *post mortem*.

Todavia, como nessa fase não estão disponíveis as mudanças nas outras partes acima citadas do Código Civil, apresentar-se-á uma proposta prévia, que deverá ser modulada, até mesmo devido à possibilidade de envolver questões processuais.

Art. 1.798-A As pessoas geradas por meio de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* e nascidas legitimam-se a suceder, observados os seguintes pressupostos:

I - O autor da herança tenha autorizado o uso do seu material genético (gameta / embrião) após sua morte de forma expressa, por escrito ou por qualquer outro meio de comunicação capaz de declarar sua vontade, podendo utilizar o testamento ou outra espécie de negócio jurídico unilateral;

II - Em se tratando de uso de gameta, a fecundação e implantação do embrião em genitor supérstite ou por meio de gestação por substituição deve ocorrer no período de 3 (três) anos contados da abertura da sucessão, salvo em caso de previsão expressa de período diverso pelo autor da herança no instrumento que autoriza a implantação póstuma, ou a impossibilidade de ocorrer nesse período por questões médicas, que acarreta a prorrogação da contagem do termo inicial.

§ 1º: Enquanto não houver implantado o embrião no período de 3 (três) anos após a abertura da sucessão, será nomeado curador em caso de ausência de genitor supérstite ou conflito de interesse com o inventariante para resguardar os interesses sucessórios do futuro descendente do autor da herança até o nascimento com vida.

§ 2º: O representante legal pode requerer a reserva do quinhão hereditário pelo período de 3 (três) anos, contados da abertura da sucessão, ou observado o prazo estabelecido pelo autor da herança para a implantação póstuma.

A proposta acima visa contemplar os problemas já enfrentados quanto ao uso de material genético após a morte para procriação, seja o gameta feminino e masculino, seja o embrião, que pode ser utilizado pelo genitor sobrevivente ou por meio de gestação por substituição.³⁶ O ponto central perpassa pelos seguintes pressupostos: i) a forma de manifestação de vontade do falecido para dar legitimidade ao cumprimento de seu direito reprodutivo prospectivo, calçada em sua autonomia; ii) o direito à herança da pessoa fruto da reprodução, haja vista o princípio da igualdade entre os filhos; iii) o limite temporal para uso do material genético após a morte; iv) o resguardo dos direitos sucessórios que afeta não só a

³³Superior Tribunal de Justiça. EAREsp 1260418 / MG Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial 2018/0054379-2, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira (1146), Órgão Julgador S2 - Segunda Seção Data do Julgamento 26/10/2022.

³⁴ Superior Tribunal de Justiça. REsp 1762852 / SP, Recurso Especial. Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (1147) Órgão Julgador T3 - Terceira Turma Data Do Julgamento 18/05/2021, Data Da Publicação/Fonte DJe 25/05/2021.

³⁵Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1200&cod_tema_final=1200> Acesso em: 20 nov. 2023.

³⁶ VIII Jornada de Direito Civil - Enunciado 633 - É 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.

pessoa que foi fruto da reprodução póstuma, mas também os demais herdeiros na divisão do patrimônio inventariado do falecido.

Ressalta-se que o prazo para implantação do material genético previsto em lei tem natureza decadencial e também poderá ser estabelecido pelo falecido, o que não afetará as regras da petição de herança, que tem prazo de natureza prescricional. A previsão de prazo seria uma opção legislativa para garantir maior segurança jurídica na sucessão póstuma, pois, com os avanços biotecnológicos, há a possibilidade de se manter o material genético criopreservado por longo período de tempo, pelo que não seria viável atribuir direitos sucessórios de caráter patrimonial ilimitados.³⁷

Todos os pontos acima não estão distantes da realidade atual, não se trata de ficção, mas de fatos concretos que se evidenciam diante da cada vez crescente utilização das técnicas reprodutivas e o que a falta ou até a legislação proibitiva existente tem acarretado. Vale citar alguns casos de repercussão internacional, tal como a notícia divulgada em agosto de 2023, sobre o primeiro bebê nascido em Portugal, fruto de inseminação pós-morte, pois, apesar de o marido ter falecido em 2019 a lei, à época, não autorizava.³⁸ Em abril de 2023, a atriz espanhola, Ana Obregón, de 68 anos, revelou que teve uma neta fruto das técnicas de reprodução, pois, por meio de uma gestação por substituição feita nos EUA, utilizou o material genético de seu filho, falecido de câncer com 27 anos³⁹. No Brasil, já se utiliza a reprodução póstuma, haja vista o caso da brasileira de 31 anos que teve gêmeas após utilizar sêmen congelado do marido depois da sua morte,⁴⁰ além de pedidos judiciais para uso de sêmen após morte de marido.⁴¹

As técnicas de reprodução humana assistida e suas constantes evoluções diante dos acelerados progressos científicos apresentam diversas reflexões de cunho ético-jurídico e ainda permanecem em aberto a tutela efetiva não só das pessoas responsáveis pelo projeto parental, das crianças fruto da reprodução, mas até mesmo das gerações futuras. Por isso, urge a construção de uma estrutura normativa específica capaz de salvaguardar os interesses jurídicos mercedores de tutela. Agora, está nas mãos do Poder Legislativo avançar para a aprovação de um Código Civil que contemple a reprodução póstuma e seus consectários.

³⁷C.f. BARBOZA, H. H. G.; ALMEIDA, V. Os desafios da reprodução assistida *post mortem* e seus efeitos sucessórios. In: Ana Carolina Brochado Teixeira; Ana Luiza Maia Nevares. (Org.). Direito das sucessões: problemas e tendências. 1. ed. Indaiatuba/SP: Editora Foco, 2022, v. 1, p. 43-66.

³⁸ Disponível em <<https://revistacrescer.globo.com/tentantes/reproducao-assistida/noticia/2023/08/nasce-primeiro-bebe-de-inseminacao-pos-morte-em-portugal.ghtml>>

³⁹ PEREZ, P. Los otros casos Ana Obregón: “resucitar” a un hijo muerto a través de la concepción de un nieto. Disponível em: <<https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2023/04/05/642d6c6cfc6c834c648b45bb.html>>.

⁴⁰ Disponível em: <<https://www.terra.com.br/vida-e-estilo/saude/mulher-engravidada-do-marido-apos-ele-morrer-de-cancer-fiz-por-amor-sei-que-ficou-feliz.ade7854f49ff06c91e69330f9ee2265ejui84fst.html>>

⁴¹ Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/noticias/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem/2209896>>