



UNIVERSIDADE  
ESTADUAL DE LONDRINA

---

JANAÍNA VANDRESEN

**A VIABILIDADE DO TESTAMENTO GENÉTICO NOS  
CONTRATOS DE CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS E  
EMBRIÕES**

---

Londrina  
2022

JANAÍNA VANDRESEN

**A VIABILIDADE DO TESTAMENTO GENÉTICO NOS  
CONTRATOS DE CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS E  
EMBRIÕES**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestra em Direito Negocial.

Orientadora: Profa. Dr<sup>a</sup>. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Londrina  
2022

### Ficha Catalográfica

Vandresen, Janaína.

A viabilidade do testamento genético nos contratos de criopreservação de gametas e embriões / Janaína Vandresen . - Londrina, 2022.

108 f.

Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2022.

Inclui bibliografia.

1. Testamento genético - Tese. I. Resquetti Tarifa Espolador, Rita de Cássia .
- II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

JANAÍNA VANDRESEN

**A VIABILIDADE DO TESTAMENTO GENÉTICO NOS  
CONTRATOS DE CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS E  
EMBRIÕES**

Trabalho de Dissertação apresentado ao curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial à obtenção do Título de Mestra em Direito Negocial.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Orientadora: Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Rita de Cássia  
Resquetti Tarifa Espolador  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Daniela Braga Paiano  
Universidade Estadual de Londrina – UEL

---

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Alessandra Cristina Furlan  
Universidade Estadual do Paraná – UENP

Londrina, 03 de junho de 2022.

Esta dissertação é dedicada aos meus pais Nivaldo Marcelino Vandresen e Maria José de Melo Vandresen, que, com todo amor, suor e carinho, empreenderam esforços para me proporcionar o conhecimento e experiência que adquiri ao longo dos anos de estudos e me incentivar sempre a trilhar o caminho do saber.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus pela vida que me proporcionou e por tantos aprendizados que me foram oportunizados durante todos esses anos, me transformando na pessoa que sou hoje.

Aos meus pais, Nivaldo Marcelino Vandresen e Maria José de Melo Vandresen, por serem meus exemplos de vida e de determinação, e ao meu irmão, Nivaldo Marcelino Vandresen Júnior, por todo o seu apoio.

Ao meu namorado, Leonardo de Rezende Penhaki, pela compreensão nos momentos de ausência e pelo total apoio durante a escrita dessa dissertação.

À minha orientadora, Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, por sua orientação, ensinamentos e lições de vida durante todo o curso de Mestrado.

Aos meus colegas do Mestrado e também orientandos da Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup>. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, Fernando Ono Martins e José Rodolfo de Rezende, pela ajuda e apoio mútuo durante o curso do Mestrado em Direito Negocial.

À minha colega do Mestrado, Françoise Peellaert, pelo empréstimo de materiais imprescindíveis para a confecção dessa dissertação e pelas ideias de grande relevância ao trabalho.

Aos meus amigos e também colegas de trabalho que sempre me apoiaram durante toda a jornada acadêmica do Mestrado.

“Não cabe ao Estado editar regras segundo as  
quais todos os homens de  
ciência deveriam se conformar, mas também  
não cabe aos pesquisadores  
decidirem sozinhos, assim como a sociedade  
não pode se desobrigar de uma  
responsabilidade que é de todos”.

Palavras do presidente da França, François  
Mitterrand, proferidas na inauguração do  
*Comité National d’Éthique*

VANDRESEN, Janaína. **A viabilidade do testamento genético nos contratos de criopreservação de gametas e embriões**. 2022. Trabalho de Dissertação em Mestrado em Direito Negocial – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2022.

## RESUMO

Com o crescente acesso das pessoas às tecnologias de reprodução assistida, houve uma grande demanda por criopreservação de óvulos, sêmen e embriões. Em decorrência disso, possibilitou-se a reprodução assistida póstuma, surgindo daí o instrumento denominado testamento genético com a finalidade de deixar manifestada a vontade do indivíduo de possuir filhos mesmo após sua morte, destinando-se a utilização de seu material genético à determinada pessoa. No entanto, por falta de legislação específica, os contratos de criopreservação não observam em suas cláusulas disposições imprescindíveis à geração de um filho após a morte do detentor do material reprodutivo. Assim, pretende-se demonstrar neste trabalho a viabilidade do testamento genético nos contratos de criopreservação de gametas e embriões como meio de salvaguardar a vontade externalizada pelo detentor do material após sua morte e proteger os direitos desse filho póstumo. Para o desenvolvimento da pesquisa a modalidade utilizada é a documental, consistente em análise de contratos biojurídicos, e a bibliográfica, servindo de fundamento autores renomados. O método a ser observado para a elaboração do trabalho proposto será o dialético, trazendo diferentes argumentos e pontos de vista sobre o assunto, fundamentado em aportes teóricos relacionados ao direito negocial, ao biodireito, aos negócios biojurídicos, à reprodução assistida póstuma prevista no Brasil e em outros países e ao testamento genético. Com base nas conclusões mais significativas desta pesquisa, verificou-se que o testamento genético é viável no contrato de criopreservação de material reprodutivo.

**Palavras-chave:** testamento genético; reprodução assistida póstuma; contrato de criopreservação.

VANDRESEN, Janaína. **The viability of genetic testament in gamete and embryo cryopreservation contracts.** 2022. Master's Dissertation in Business Law – State University of Londrina, Londrina, 2022.

## **ABSTRACT**

With people's increasing access to assisted reproductive technologies, there has been a great demand for cryopreservation of eggs, sperm and embryos. As a result, posthumous assisted reproduction was made possible, giving rise to the instrument called genetic testament with the purpose of making manifest the individual's will to have children even after his death, with the purpose of using his genetic material to a particular person. However, due to the lack of specific legislation, cryopreservation contracts do not observe in their clauses essential provisions for the generation of a child after the death of the holder of the reproductive material. Thus, it is intended to demonstrate in this work the viability of genetic testament in contracts for cryopreservation of gametes and embryos as a means of safeguarding the will externalized by the holder of the material after his death and protect the rights of this posthumous child. For the development of the research, the modality used is the documentary, consisting in the analysis of biojuridical contracts, and the bibliography, serving as a basis for renowned authors. The method to be observed for the elaboration of the proposed work will be the dialectic, bringing different arguments and points of view on the subject, based on theoretical contributions related to business law, biolaw, biojuridical business, posthumous assisted reproduction foreseen in Brazil and in other countries and genetic testing. Based on the most significant conclusions of this research, it was verified that the genetic testament is viable in the contract of cryopreservation of reproductive material.

**Key Words:** genetic testament; posthumous assisted reproduction; cryopreservation contract.

## SUMÁRIO

|          |  |            |
|----------|--|------------|
| <b>1</b> | <b>INTRODUÇÃO</b> .....  | <b>11</b>  |
| <b>2</b> | <b>DESENVOLVIMENTO</b> .....   | <b>13</b>  |
| 2.1      | NEGÓCIOS JURÍDICOS E SUA EVOLUÇÃO NA PERSPECTIVA DA<br>EXISTENCIALIDADE DO BIODIREITO.....   | 13         |
| 2.1.1    | Conceito, Elementos e Teorias dos Negócios Jurídicos.....  | 14         |
| 2.1.2    | O Princípio da Autonomia e o Surgimento do Biodireito.....   | 19         |
| 2.1.3    | Biodireito e seus Princípios .....   | 25         |
| 2.1.4    | Negócios Biojurídicos e suas Espécies .....  | 30         |
| 2.1.5    | Contrato para Criopreservação de Material Genético .....   | 35         |
| 2.2      | TESTAMENTO GENÉTICO.....   | 38         |
| 2.2.1    | Testamento Genético e o Direito à Continuidade Biológica.....  | 40         |
| 2.2.2    | Disposições Normativas Relacionadas à Reprodução Assistida<br>Póstuma no Brasil e em Outros Países.....  | 47         |
| 2.2.3    | Relatos de Casos Israelenses Atrelados ao Testamento Genético.....   | 54         |
| 2.2.4    | Autonomia Existencial Aplicada no Testamento Genético .....  | 56         |
| 2.2.5    | Aspectos Positivos e Negativos do Testamento Genético .....  | 61         |
| 2.3      | O TESTAMENTO GENÉTICO E SUA RELAÇÃO COM O CONTRATO DE<br>CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS E EMBRIÕES .....   | 68         |
| 2.3.1    | Destinação Póstuma do Material Genético: Autorizações das<br>Clínicas de Reprodução Assistida e o Testamento Genético.....                           | 69         |
| 2.3.2    | A Lei do Estado de Nova Iorque – EPT § 4-1.3 e seu Modelo de<br>Consentimento Expresso.....  | 76         |
| 2.3.3    | Decisões Divergentes no Brasil sobre Reprodução Assistida<br>Póstuma e o Resp. 1918421/SP .....  | 80         |
| 2.3.4    | Projetos de Lei Concernentes ao Tema .....   | 85         |
| 2.3.5    | Sugestão de “Lege Ferenda” e de Requisitos Mínimos do<br>Testamento Genético Aplicado aos Contratos de Criopreservação<br>de Gametas e Embriões..... | 88         |
| <b>3</b> | <b>CONCLUSÃO</b> .....   | <b>92</b>  |
|          | <b>REFERÊNCIAS</b> .....   | <b>99</b>  |
|          | <b>ANEXOS</b> .....  | <b>107</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

No mundo pós-moderno, os avanços biotecnológicos desencadearam difíceis questões ético-jurídicas, impondo-se ao Direito Privado a incumbência de disciplinar novas condutas tendentes à realização científica, mas também para impor limites a elas, em busca da segurança jurídica e da tão sonhada eficácia social do Direito.

Nesse sentido, infere-se que um dos grandes desafios do Direito é justamente acompanhar a velocidade da ciência e dos negócios jurídicos decorrentes dela, exurgindo-se daí a importância da interdisciplinaridade. Atualmente, afigura-se imprescindível ao profissional do Direito as constantes atualizações quanto aos novos procedimentos biotecnológicos e uma releitura de determinados institutos jurídicos, a fim de que as relações travadas nesse âmbito negocial atinja o equilíbrio e a harmonia social.

Nesse contexto, muitas indagações jurídicas surgiram, muitas das quais sem respostas prontas e acabadas e sem uma solução confortadora. No campo do Biodireito, as novidades jurídicas são constantes e uma delas se refere ao tema tratado nesta pesquisa.

Com o crescente acesso das pessoas às tecnologias de reprodução assistida, houve uma grande demanda por criopreservação de óvulos, sêmen e embriões. Em decorrência disso, possibilitou-se a reprodução assistida póstuma, surgindo daí o instrumento denominado testamento genético com a finalidade de deixar manifestada a vontade do indivíduo de possuir filhos mesmo após sua morte, destinando-se à utilização de seu material genético à determinada pessoa.

No entanto, por falta de legislação específica, os contratos de criopreservação não observam em suas cláusulas disposições imprescindíveis à geração de um filho após a morte do detentor do material reprodutivo ou quando o fazem são cláusulas ou termos que possuem falhas de autorização que comprometem o desejo manifestado em vida.

Assim, pretende-se demonstrar neste trabalho a viabilidade do testamento genético nos contratos de criopreservação de gametas e embriões como meio de salvaguardar a vontade externalizada pelo detentor do material após sua morte e também de proteger os direitos desse filho póstumo.

Para a demonstração dessa pretensão, o primeiro capítulo se destina ao estudo dos negócios jurídicos e sua evolução na perspectiva da existencialidade do

biodireito. Inicialmente, enfrenta-se o conceito do negócio jurídico, trazendo o princípio da autonomia e o surgimento do Biodireito, discorrendo-se sobre seus princípios e os negócios biojurídicos dele decorrentes, dando especial importância aos contratos de criopreservação de material genético (gametas e embriões).

No segundo capítulo, é apresentado o instrumento jurídico inovador denominado testamento genético, em que se relata sua origem, seu fundamento, seus aspectos positivos e negativos. Ainda há novo enfrentamento do princípio da autonomia aplicado especificamente nos testamentos genéticos e relatos de caso atrelados ao tema.

No terceiro capítulo, são analisadas as disposições sobre a destinação póstuma do material genético em dois documentos brasileiros e o modelo de consentimento expresso instituído pela Lei do Estado de Nova Iorque – EPT § 4-1.3. Além disso, serão apresentadas algumas decisões proferidas por diversos tribunais do Brasil sobre a reprodução assistida póstuma, dando especial importância à recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, e serão tecidos alguns comentários sobre os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional a respeito da reprodução assistida póstuma.

Por fim, será apresentada uma sugestão de “lege ferenda” e também serão descritos alguns requisitos mínimos que deve conter o testamento genético aplicado aos contratos de criopreservação de material genético.

Para o desenvolvimento da pesquisa a modalidade utilizada é a documental, consistente em análise de contratos biojurídicos, e a bibliográfica, servindo de fundamento autores renomados. O método a ser observado para a elaboração do trabalho proposto será o dialético, trazendo diferentes argumentos e pontos de vista sobre o assunto, fundamentado em aportes teóricos relacionados ao direito negocial, ao biodireito, aos negócios biojurídicos, à reprodução assistida póstuma prevista no Brasil e em outros países e ao testamento genético.

## 2 DESENVOLVIMENTO

### 2.1 NEGÓCIOS JURÍDICOS E SUA EVOLUÇÃO NA PERSPECTIVA DA EXISTENCIALIDADE DO BIODIREITO

A fim de satisfazer as necessidades e desejos, os seres humanos estão cotidianamente participando de diversas relações negociais, ainda que não tenham conhecimento de forma consciente de que diversos atos praticados no decorrer do seu dia possam se traduzir em um verdadeiro negócio jurídico.

No presente trabalho, ao se analisar a viabilidade do testamento genético nos contratos de criopreservação de gametas e embriões como meio de salvaguardar a vontade externalizada pelo detentor do material após sua morte e proteger os direitos do filho póstumo, está-se diante de dois tipos diversos de negócios jurídicos.

O primeiro a se destacar é o testamento genético que se trata de uma forma inovadora de negócio jurídico. Por meio do testamento, o indivíduo pode fazer disposições patrimoniais e também existenciais para depois de sua morte, exercendo, assim, sua plena autonomia privada. No caso do testamento genético, o testador externaliza a vontade do projeto parental por meio de destinação do material genético criopreservado para a reprodução assistida *post mortem*.

Outro negócio jurídico apresentado neste trabalho é o contrato de criopreservação de gametas e embriões e, como é sabido, o contrato é exemplo de excelência pela teoria tradicional do negócio jurídico. Com o objetivo de se utilizar os óvulos, sêmen ou embriões para futura reprodução, inclusive após a morte, o paciente contrata uma clínica de fertilização que presta esse tipo de serviço médico para criopreservação do material genético.

Por isso, surge a importância de inicialmente discorrer sobre os negócios jurídicos, trazendo diversos conceitos e teorias sobre eles. Após, enfatizar o princípio da autonomia e sua relação com o surgimento do Biodireito, apresentando as diferenças entre os negócios jurídicos patrimoniais e existenciais. Por fim, na perspectiva da existencialidade do biodireito, serão expostos alguns negócios biojurídicos, com esclarecimentos específicos sobre o contrato para criopreservação de material genético.

### 2.1.1 Conceito, Elementos e Teorias dos Negócios Jurídicos

O negócio jurídico é o ponto fundamental da parte geral do Código Civil e seu conceito é essencial para se conhecer o contrato e também o testamento, exemplos típicos dos negócios jurídicos.

Os negócios jurídicos são instrumentos para dar vida e desenvolvimento a relações jurídicas entre os indivíduos e estão a serviço da liberdade e da autonomia privada<sup>1</sup>, tem, portanto, finalidade dinâmica, de iniciativa e de renovação.<sup>2</sup>

Para Betti, o negócio jurídico “é concebido como um ato de autonomia privada, a que o direito liga o nascimento, a modificação ou a extinção de relações jurídicas entre particulares”.<sup>3</sup>

Emilio Betti critica o conceito de negócio inspirado no dogma da vontade de que negócio seria uma manifestação de vontade, destinado a produzir efeitos jurídicos. Segundo ele, esse conceito é frágil e não apreende a essência, a qual está na autonomia, no autorregulamento de interesse nas relações privadas, como fato social<sup>4</sup>. Discorre que:

O teor de um negócio qualquer mostra bem que nele ocupa o primeiro plano o regulamento de interesses disposto para o futuro, ao passo que a vontade apenas está em segundo plano, como dirigida à função prática daquele: ela pertence, efetivamente, à gênese, mas não ao conteúdo do ato de autonomia como fato social.<sup>5</sup>

Antônio Junqueira de Azevedo afirma que o negócio jurídico traduz a principal forma de exercício da autonomia privada e, de forma concreta, pode ser conceituado como sendo “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a

---

<sup>1</sup> BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 79.

<sup>2</sup> Idem, ibidem, p. 80.

<sup>3</sup> Idem, ibidem, p. 81/82.

<sup>4</sup> Idem, ibidem, p. 91

<sup>5</sup> Idem, ibidem, p. 93.

que todo o ordenamento jurídico atribui efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia”.<sup>6</sup>

Nesse sentido também Álvaro Villaça Azevedo<sup>7</sup>, ao assinalar que quando as partes manifestam sua vontade se vinculam entre si, estabelecendo normas regulamentadoras de seus próprios interesses.

Partilhando de nosso entendimento, Maria Celina Bodin de Moraes defende que o negócio jurídico não deve representar somente o interesse individual das partes, mas também “um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social e geral”.<sup>8</sup>

Feita essa breve introdução sobre negócios jurídicos, passa-se a explanar sobre o fato jurídico, trazendo à baila novamente o conceito e discorrendo-se acerca dos elementos dos negócios jurídicos e de algumas de suas teorias.

Para compreender o negócio jurídico, importante uma breve consideração acerca do fato jurídico. Como é sabido, a expressão fato jurídico foi empregada pela primeira vez por Savigny e este definiu como sendo todo acontecimento que a partir dele nascem e terminam as relações de direito. Esse conceito foi duramente criticado pela doutrina, pois não havia referência às transformações das relações jurídicas, mas tão somente ao nascimento e extinção delas.<sup>9</sup>

Marcos Bernardes de Mello<sup>10</sup> critica, no entanto, os juristas da língua latina que, ao tentarem corrigir a definição de Savigny, apresentaram conceitos funcionais de fatos jurídicos atrelando-os à necessária produção de efeitos jurídicos. Ressalta que “embora concebido para gerar efeitos jurídicos, em certas circunstâncias pode não gerá-los, sem que se descaracterize, todavia”.

Explicado o fato jurídico, importante trazer o conceito de negócio jurídico defendido por Antônio Junqueira de Azevedo sob o ponto de vista estrutural. Para ele, o negócio jurídico pode ser definido como categoria ou fato jurídico abstrato ou como fato, entendendo-se este último como fato jurídico concreto.

No plano abstrato, consiste na manifestação de vontade cercada de circunstâncias negociais e dirigida à produção de efeitos constitutivos de direito. Não

---

<sup>6</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 16.

<sup>7</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral do Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 169.

<sup>8</sup> MOARES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, n. 21, jan./mar. 2005, p.100.

<sup>9</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano de existência*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 111

<sup>10</sup> Idem, *ibidem*, p. 112

se trata de uma simples manifestação de vontade, mas uma manifestação de vontade qualificada ou uma declaração de vontade.<sup>11</sup>

No plano concreto, conceitua como “todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que todo o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”.<sup>12</sup>

Explica Junqueira que a declaração é, do ponto de vista social, o que o negócio é, do ponto de vista jurídico, e que o ordenamento toma a declaração de vontade como hipótese normativa dessa espécie de fato jurídico que é o negócio jurídico.<sup>13</sup>

Neste contexto, Pietro Perlingieri enfatiza que o negócio jurídico se traduz como a categoria mais ampla do que o contrato e a ele se intenciona reconduzir toda manifestação de autonomia, patrimonial ou não.<sup>14</sup>

Conceituado o instituto, passa-se a um breve histórico. O negócio jurídico surgiu durante o século XVIII, em que os civilistas alemães “criaram um sistema de direito privado baseado na liberdade dos particulares, tendo ao centro o negócio jurídico como paradigma típico da manifestação da vontade”.<sup>15</sup>

O negócio jurídico é resultado de um processo de abstração que decorreu da liberdade e igualdade formal defendida a partir da Revolução Francesa, em que, a partir de uma teoria do sujeito, se “constrói uma figura unitária capaz de englobar, reunir, todos os fenômenos jurídicos decorrentes das manifestações de vontade dos sujeitos no campo de sua atividade jurídico-patrimonial”.<sup>16</sup>

A teoria do negócio jurídico nasceu no direito alemão, inicialmente na doutrina e, posteriormente, foi inserida no Código Civil Alemão, passando-se para a doutrina italiana, espanhola e portuguesa.<sup>17</sup>

O direito francês permaneceu com a figura unitária do ato jurídico, não fazendo distinção entre atos jurídicos em sentido estrito e negócio jurídico. O Código Civil de 1916 seguia a posição francesa e não adotava expressamente a figura do negócio jurídico, apesar de conter sua definição, porém, com o advento do Código

---

<sup>11</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira. op. cit. p. 17

<sup>12</sup> Idem, ibidem, p. 16.

<sup>13</sup> Idem, ibidem, p. 18.

<sup>14</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18.

<sup>15</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 237.

<sup>16</sup> Idem, ibidem, p. 239.

<sup>17</sup> Idem, ibidem, p. 240.

Civil de 2002, passou-se a adotar a posição dualista, referindo-se expressamente “aos negócios e aos atos jurídicos lícitos deles diversos”.<sup>18</sup>

Ao realizar a diferenciação entre atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos, Pietro Perlingieri<sup>19</sup> ressalta que nos primeiros “conta a vontade e a consciência do ato, mas não a intenção de produzir efeitos jurídicos” e nos negócios jurídicos “a declaração de vontade é assumida pelo ordenamento enquanto orientada, na intenção do seu autor, à produção de determinados efeitos”. Ele entende, portanto, que o negócio se refere a uma categoria ampla e, por isso, abrange “o contrato, o testamento, o casamento, o ato constitutivo de uma sociedade”.

Dentro da teoria do negócio jurídico, um problema que surge é saber se, diante da não correspondência entre a vontade exteriorizada e a declarada, qual deverá prevalecer. Nesse sentido, surgem duas concepções opostas, a subjetiva e a objetiva.<sup>20</sup>

Para a primeira, conhecida também como voluntarista, cujo defensor é Savigny, “o negócio jurídico é essencialmente a vontade”. Explica Amaral<sup>21</sup>:

Essa teoria protege, naturalmente, os interesses do declarante. Por isso, todas as questões acerca da formação ou do conteúdo do ato levam à pesquisa da real intenção do agente. É no âmbito dessa teoria que surge o problema e a discussão dogmática em torno do que deve prevalecer, no caso de divergência, a vontade ou a declaração, independentemente do declarado ser ou não o pretendido. Para a Willenstheorie, havendo divergência, deve prevalecer a vontade, podendo até, em casos extremos, anular-se o negócio jurídico, não valendo nem a vontade real nem a declarada. Pela especial importância da vontade, procura-se defendê-la dos chamados vícios (erro, dolo, coação, simulação, reserva mental), assim como também cresce em importância a interpretação, quer do ato, quer das normas que o regulam, para o fim de se averiguar qual a intenção do agente, a partir, naturalmente, do instrumento de declaração. Preocupa-se ainda essa teoria com os motivos, razões psicológicas da prática do negócio, objeto dos chamados elementos acidentais (a condição, o termo e o encargo), com os quais o agente procura adequar os efeitos do ato a tais motivos.

A teoria objetiva é aquela que prega que a “eficácia do ato depende exclusivamente da declaração, independentemente desta corresponder ou não à

---

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*, 2006, p. 240.

<sup>19</sup> PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.* p. 93.

<sup>20</sup> AMARAL, Francisco. *op. cit.* p. 242.

<sup>21</sup> Idem, *ibidem*, p. 243/244.

vontade do agente” e o que se interpreta é o perceptível pela declaração, protegendo-se o destinatário, os terceiros de boa-fé e a circulação de direitos, não mais o declarante.<sup>22</sup>

Para Francisco Amaral, “são teorias inaceitáveis em suas posições extremas”<sup>23</sup>, porquanto a subjetiva redundaria na nulidade do negócio e a objetiva na validade, desde que o destinatário observasse a boa-fé. Daí, surgiram concepções intermediárias, a teoria da responsabilidade e a teoria da confiança, sendo que aquela se caracteriza por responder o declarante pelos danos que causar, caso haja culpa na divergência entre a vontade e a declaração, ao passo que a teoria da confiança se consubstancia quando, havendo boa-fé do destinatário, a declaração é válida conforme a confiança que nele tenha estimulado.

Duas teorias se destacam dentro da teoria objetiva do negócio jurídico: a preceptiva e a normativa. Na primeira, defendida por Betti, é preciso analisar a vontade que é objeto da declaração não olhando para trás, para o “espírito interior do declarante”, para a “gênese psicológica individual”, mas “para diante, para o ambiente social externo, no qual a declaração é emitida e é chamada a produzir os seus efeitos e a atingir os seus fins”. Importante é “o significado objetivo que, na valoração social, adquire a declaração, dentro do quadro circunstancial em que socialmente se enquadra”, não se mostrando decisivo o teor literal da declaração nem mesmo a forma exterior em si mesma.<sup>24</sup>

Federico de Castro y Bravo discorre sobre essa teoria:

Como una nueva manera de enfocar y resolver el problema, se há defendido que lo característico de la declaración está em que origina um deber ser (“Sollenserklärung”) o em que se establece aquello que será válido (“Gel-tungserklärung”); es decir, que por la declaración se origina una norma concreta para los particulares, que el negocio contiene un precepto con el que los particulares regulan entre sí sus propias relaciones. Esta teoría, recibida com recelo y críticas, parece sin embargo irse abriendo caminho. Se le defende, como superadora de la polémica sobre la primacia entre voluntad y declaración (Nipperdey), y también como conforme com la teoría de la voluntad (Flume), o por considerarse la mejor expresión de la teoría declaracionista (Betti).<sup>25</sup>

<sup>22</sup> AMARAL, Francisco. op. cit. p. 244.

<sup>23</sup> Idem, ibidem, p. 244.

<sup>24</sup> BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 222.

<sup>25</sup> BRAVO, Frederico Castro y. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Civitas, 2016, p. 60.

A teoria normativa, por sua vez, considera o negócio jurídico como “ato criador de normas jurídicas, disciplinadoras das relações estabelecidas” e defende a existência de duas vontades, uma subjetiva psicológica, a qual se exaure no ato, fazendo nascer o negócio, e a outra, objetiva, se configura no momento em que termina o processo volitivo, exteriorizada pela declaração, e esta que é objeto de interpretação. Para essa teoria, a principal característica do negócio jurídico é a criação de normas jurídicas e seu conteúdo é, desse modo, normativo.<sup>26</sup>

Expostas tais teorias, conclui-se que, verificada a divergência entre a vontade externada e a declarada, a teoria que melhor se aplica à concepção moderna seja a objetiva preceptiva, tendo em vista que a declaração deve ser analisada conjuntamente com o quadro social em que se enquadra, verificando-se quais efeitos pretende-se produzir e quais fins pretende-se atingir.

Dito isso, o próximo tópico será dedicado à exposição do princípio da autonomia e sua relação com o surgimento do Biodireito, trazendo ao trabalho a importância da existencialidade humana.

### **2.1.2 O Princípio da Autonomia e o Surgimento do Biodireito**

O princípio da autonomia da vontade ganhou grande importância durante o Estado Liberal, em que o indivíduo passou a ser valorizado e, como consequência, sua vontade. Essa autonomia permitiu que as partes estipulassem o que melhor lhes interessassem, escolhendo as cláusulas e condições do contrato, sem qualquer intervenção.<sup>27</sup>

Como bem assevera Cláudia Lima Marques, durante a concepção contratual liberal, a autonomia da vontade era a pedra angular do Direito e a função da ciência do direito era “de proteger a vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelas partes contratantes”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 245 e 248.

<sup>27</sup> AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189, p. 267.

<sup>28</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37-39.

Acrescenta ainda o Professor Leonardo Brandelli que a autonomia da vontade, que fundamentou a teoria contratual liberal, possuía como base as premissas da igualdade e da liberdade dos indivíduos, e que a ninguém poderia ser exigida uma contratação que não sucedesse de sua autonomia da vontade.<sup>29</sup>

No entanto, com o Estado Social, “o princípio da autonomia da vontade passa por um processo de reavaliação crítica devido a intervenção crescente do Estado, razão pela qual advém a ideia de autonomia privada”<sup>30</sup>, que era entendida como o poder conferido aos particulares para autorregular-se por meio de contratos, com limites impostos pelo Estado.

Nessa época, “a autonomia vem a ser gradativamente limitada por princípio e normas que, regulando os interesses fundamentais do Estado ou estabelecendo, no direito privado, as bases jurídicas da ordem econômica e moral da sociedade, passam a constituir a chamada ordem pública”. Não obstante a autonomia privada seja limitada pela ordem pública e pelos princípios da justiça contratual e da boa-fé, ela ainda permanece como princípio fundamental.<sup>31</sup>

Como bem ressalta Roxana Cardoso Brasileiro Borges a autonomia privada se afigura como um dos princípios fundamentais do direito privado e se materializa por meio de negócios jurídicos. Por meio de tais instrumentos, o indivíduo exerce sua liberdade de negociar, de regular suas próprias ações, de determinar seu conteúdo e efeitos das relações jurídicas estabelecidas.<sup>32</sup>

Paulo Lôbo utiliza da expressão autonomia privada negocial e conceitua como “o poder jurídico conferido pelo direito aos particulares para autorregulamentação de seus interesses, nos limites estabelecidos”.<sup>33</sup>

O aludido autor ainda traz a brilhante distinção apresentada por Kant de que “A autonomia é o campo da liberdade, porque os seres humanos podem exercer suas escolhas e estabelecer regras para si mesmos, coletivamente ou

---

<sup>29</sup> BRANDELLI, Leonardo. Publicidade Registral nas relações contratuais. In: Direito Contratual temas atuais, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 605.

<sup>30</sup> AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189, p. 270.

<sup>31</sup> AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 101.

<sup>32</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: Direito Contratual temas atuais, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 605.

<sup>33</sup> LÔBO, Paulo. Contratos. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 57.

interindividualmente. A heteronomia, por seu turno, é o campo da natureza cujas regras o homem não pode modificar e está sujeito a elas”.<sup>34</sup>

Pietro Perlingieri salienta que definir autonomia privada não é uma operação simples e que ela pode ser determinada em relação ao específico ordenamento no qual é estudado e também à experiência histórica.<sup>35</sup>

O renomado autor italiano traz uma conceituação tradicional de que a autonomia, antes de tudo, significa “liberdade de negociar, de escolher o contratante, de determinar o conteúdo do contrato ou do ato, de escolher, por vezes, a forma do ato”.<sup>36</sup>

No entanto, Perlingieri ressalta que é preciso avaliar se essas liberdades encontram correspondência efetiva na teoria dos atos, tendo por base os princípios gerais do ordenamento. Em outras palavras, esses princípios que servirão de base para avaliar se a autonomia privada merece proteção por parte do ordenamento.<sup>37</sup>

Francisco Amaral traz sua contribuição, defendendo que a autonomia privada é nada mais do que o “poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a disciplina jurídica”.<sup>38</sup>

Como bem ressaltado por Baez e Lima, “a autonomia da vontade sem limites tornou-se insustentável, persistindo a autonomia privada”<sup>39</sup> e com o processo de “constitucionalização do Direito Privado”, passou-se a valorizar de fato a pessoa humana, com vistas a tutelar sua dignidade, e abandonou-se uma ideia de patrimonialismo, de conteúdo meramente econômico, para surgir a ideia de situações jurídicas existenciais.

Nesse sentido, leciona Roxana Borges que “a autonomia privada não se resume à iniciativa econômica nem à autonomia contratual, pois abrange, também, situações subjetivas existenciais, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de uso de imagem, da voz”.<sup>40</sup>

---

<sup>34</sup> Idem, ibidem, p. 58.

<sup>35</sup> PERLINGIEIRI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 17.

<sup>36</sup> Idem, ibidem, p. 17

<sup>37</sup> Idem, ibidem, p. 18.

<sup>38</sup> AMARAL, Francisco, Direito Civil: introdução, 6. Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 345.

<sup>39</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, jan./jun. 2016, p. 120-121.

<sup>40</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 50.

Na mesma perspectiva, Baez e Lima afirma que a autonomia privada é a “expressão da liberdade jurídica nas relações interprivadas, consagrada constitucionalmente como instrumento de promoção da personalidade para as situações existenciais protegidas por meio do poder de autodeterminação, que tutela as escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade de quem as pratica”.<sup>41</sup>

Nesse cenário, surge o que se denomina de autonomia privada existencial ou autodeterminação, podendo “ser compreendida no poder que o indivíduo tem de se autorregular, sem que haja interferências externas, inclusive estatal e sua importância no Biodireito se deve justamente pelo objeto negocial, ou seja, interesses personalíssimos”.<sup>42</sup>

Conforme leciona Rose Melo Vencelau Meireles, a autonomia privada possui relação direta com o reconhecimento da pessoa humana como fim em si mesmo e se funde em uma base valorativa. Por isso, a autonomia demanda um positivo juízo de merecimento por meio do respeito a outros princípios também fundamentais, especialmente, o de tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>43</sup>

Perlingieri sustenta que a negociação que tem por objeto situação subjetiva não patrimonial, de natureza pessoal e existencial, deve ser colocada em relação à cláusula geral de tutela da pessoa humana.<sup>44</sup>

Nessa perspectiva constitucional, o indivíduo ganha espaço para poder decidir sobre aspectos de sua personalidade. Segundo Meireles, a autonomia existencial pode ser denominada como o “poder reconhecido pelo ordenamento jurídico para a autorregulamentação de interesses existenciais”<sup>45</sup> e ela se apresenta como instrumento de promoção e desenvolvimento da personalidade.

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce comungam da ideia de que, dentro das concepções de personalização do direito privado e de

---

<sup>41</sup> BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de, op. cit., p. 120-121.

<sup>42</sup> ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. A autodeterminação nos negócios biojurídicos: uma necessária releitura da autonomia privada sob o aspecto liberal. *Revista de Biodireito e Direitos dos Animais*, e- ISSN: 2525-9695, Brasília, v. 3, n. 1, Jan/Jun. 2017, p. 64.

<sup>43</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Negócios Biojurídicos*. In: Pona, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coord.). *Negócio Jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 110.

<sup>44</sup> PERLINGIEIRI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 18.

<sup>45</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau, op. cit., p. 111.

valorização da pessoa como centro do direito privado, o conceito de autonomia privada é o mais acertado, vez que a autonomia é da pessoa, e não da vontade.<sup>46</sup>

Diante das diversas concepções de autonomia e considerando que a expressão autonomia privada se afigura genérica no contexto deste trabalho, serão utilizados os termos autonomia existencial e autodeterminação, eis que o indivíduo ao destinar seu material genético para a reprodução assistida póstuma está promovendo um interesse existencial, vale dizer, o direito humano à continuidade biológica, o qual será devidamente tratado no segundo capítulo deste trabalho.

Nesse contexto, a autodeterminação, seja na concepção jurídica - enquanto corolário do direito negocial - seja na concepção bioeticista, revela-se relevante. Corroborando o exposto tem-se o posicionamento de Espolador e Pavão:

Dessa forma, negócios biojurídicos celebrados tem como fundamento esse princípio bioético, por isso é oportuno citá-lo. Todavia, é nítida a sua relação com a autonomia privada, enquanto esta trata de forma ampla de todas as questões privadas envolvendo a pessoa, no âmbito jurídico, a bioética apresenta um princípio que não tem efeito jurídico, contudo, apresenta os mesmos conceitos existentes, mas voltados para o âmbito médico.<sup>47</sup>

No entanto, há necessidade de se impor limites a essa autodeterminação, mormente quando se referem a questões existenciais ligadas ao Biodireito. Como assevera Regina Sauwen e Severo Hryniewicz<sup>48</sup>, o Biodireito, inserido nos chamados direitos de quarta geração, possui por finalidade “normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral.” Ressalta ainda:

Amparando-se nas reflexões da bioética, cabe ao biodireito pensar tanto as normas quanto os critérios de decisão sobre as inovações da biotecnologia. A inspiração que lhe advém da bioética reside, sobretudo, nos princípios que esta sugere no tocante à finalidade e ao sentido da vida humana e no que tange aos fundamentos das obrigações e dos deveres sociais.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: Direito Contratual temas atuais, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007, p. 49.

<sup>47</sup> PAVÃO, Juliana Carvalho. ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquitti Tarifa. Termo de Consentimento Livre e Esclarecido como mecanismo de afastamento do erro nos negócios biojurídicos, Revista dos Tribunais, vol. 1001/2019, pág. 189/204, março/2019, p. 97.

<sup>48</sup> SAUWEN, Regina Fiúza e HRYNIEWICZ, Severo. O direito “in vitro” – Da bioética ao biodireito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000, p. 74.

<sup>49</sup> Idem, ibidem, p. 47.

Portanto, o Biodireito possui como fonte imediata a bioética, considerada como a ética das ciências da vida, a qual surgiu na década de 70 e pautou-se em três princípios básicos, que foram consagrados no *Belmont Report* (Relatório Belmont), documento que foi criado pela Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental, constituída pelo Congresso norte-americano.

Um dos princípios é o da autonomia, em que considera o paciente capaz de autogovernar-se, fazendo suas opções e agindo conforme orientação dessas deliberações tomadas, sem qualquer coação ou influência externa.<sup>50</sup>

Nesse ponto, não se pode deixar de ressaltar que essa autonomia bioética possui relação direta com a autonomia existencial ou autodeterminação, na medida em que o indivíduo possui a liberdade de realizar escolhas existenciais com vistas a promover sua personalidade, fundadas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Outro princípio da bioética é o princípio da beneficência que nada mais é do que “não provocar danos, maximizar os benefícios e minimizar os riscos possíveis, buscando o bem estar do enfermo”.<sup>51</sup>

Para Maria Helena Diniz<sup>52</sup>, o princípio da beneficência se desdobra no da não maleficência, que consiste na obrigação de não acarretar dano intencional. O terceiro e último princípio é o da justiça, o qual “exige uma relação equânime nos benefícios, riscos e encargos, proporcionados pelos serviços de saúde ao paciente”.<sup>53</sup>

Estes princípios ou referenciais bioéticos, com caráter deontológico, não podem ser minimizados, porquanto, ainda que sem responsabilização jurídica, devem nortear as condutas voltadas às novas biotecnologias. Portanto, esses são alguns paradigmas que devem nortear as soluções a serem encontradas para as difíceis questões ético-jurídicas que estão surgindo com os avanços biotecnológicos do mundo contemporâneo.

---

<sup>50</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 38.

<sup>51</sup> SÉGUIN, Elida. Biodireito. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 41.

<sup>52</sup> DINIZ, Maria Helena, op. cit., p. 39.

<sup>53</sup> Idem, Ibidem, p. 40

Frente a essa exposição sobre a autonomia privada, sua evolução, conceitos e feita uma breve introdução sobre o Biodireito, com ênfase na bioética, passa-se no próximo item a compreender melhor o Biodireito e sua autonomia como ramo do direito.

### **2.1.3 Biodireito e seus Princípios**

Com a revolução biomédica surgiram fatos novos que não estavam acobertados pela legislação em vigor e muitas questões relacionadas à vida, reprodução e morte passaram a ser debatidas com afinco em diversas áreas do saber.

Diante dessa realidade, o direito não poderia ficar inerte. O Direito, voltado à sua função maior de revisor e guardião de valores fundamentais da esfera humana, se estrutura e se opera sob a nova denominação de Biodireito.

Assim, marcado pelas preocupações apresentadas pela bioética o Biodireito teve sua origem. O termo “biodireito” é relativamente recente no Brasil e essa expressão surgiu a partir da positivação e incorporação ao ordenamento jurídico de regulamentação a procedimentos terapêuticos e a investigação científica.<sup>54</sup>

O Biodireito atua em duas perspectivas: no de resolução de conflitos e de preservação de direitos, e, nesse sentido, torna-se o Biodireito um dos campos mais polêmicos e férteis do direito atual.<sup>55</sup>

Regina Sauwen e Severo Hryniewicz defendem que “cabe ao biodireito pensar tanto as normas quanto os critérios de decisão sobre as inovações da biotecnologia” com amparo nas reflexões do bioética, sobretudo nos princípios que dizem respeito à finalidade e ao sentido da vida humana e também nos fundamentos das obrigações e dos deveres sociais.<sup>56</sup>

Nesse sentido, as soluções adequadas a serem encontradas pelos juristas não estão de forma imediata dentro do sistema clássico do direito, devendo-se

---

<sup>54</sup> RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? Rev. Bioét. (Impr). 2017; 25 (2): 282-9, disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0282.pdf>> Acesso em 04 dez. 2021, p. 286.

<sup>55</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAWEN, Regina Fiuza. O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito. 2ª ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 46.

<sup>56</sup> Idem, ibidem, p. 47.

respaldar nos valores e princípios que sobrepujam qualquer revolução social ou científica, com prevalência ao valor da vida humana.<sup>57</sup>

Comunga desse entendimento a professora Elida Séguin, argumentando que a falta de uma codificação não se afigura óbice para que a corrente de que o Biodireito é uma ciência seja prevalente.<sup>58</sup>

Nesse particular, conceitua Séguin que o Biodireito é uma ciência que disciplina as relações médico-paciente, médico-família do paciente, médico-sociedade e médico-instituições e os aspectos jurídicos que sobrevieram desses relacionamentos<sup>59</sup>. Acrescenta ainda que o Biodireito “cria novas situações jurídicas, produzidas pelo estado da técnica, que induzem a mudança do perfil do magistrado, para lhe permitir julgar as atividades terapêuticas agressoras, invasivas e iatrogênicas”.<sup>60</sup>

Maria de Fátima Freire Sá e Bruno Torquato de Oliveira ao fazerem uma comparação com a Bioética que possui principiologia clássica bem definida especialmente pela proclamação do Informe Belmonte, afirmam que o Biodireito não possui princípios definidos em documento específico. No entanto, os aludidos autores defendem a existência de princípios do biodireito pelo critério da amplitude de conteúdo e atuação e citam os seguintes: princípio da precaução, princípio da autonomia privada, princípio da responsabilidade e princípio da dignidade da pessoa humana<sup>61</sup>.

O princípio da precaução equivale a “uma limitação à ação do profissional, que deve adotar medidas de precaução em caso de risco de dano grave e irreversível”<sup>62</sup>. Esse princípio, previsto no artigo 3º do Decreto Legislativo n. 1, de 3 de fevereiro de 1994<sup>63</sup>, é aplicado ao Direito Ambiental brasileiro, porém também se

---

<sup>57</sup> HRYNIEWICZ, Severo; SAWEN, Regina Fiuza. O direito “in vitro”: da bioética ao biodireito. 2ª ed. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 47

<sup>58</sup> SÉGUIN, Elida. Biodireito. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 45.

<sup>59</sup> Idem, ibidem, p. 53.

<sup>60</sup> Idem, ibidem, p. 54.

<sup>61</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. – 5. Ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 28.

<sup>62</sup> Idem, ibidem, p. 29.

<sup>63</sup> As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e as medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível [...]

estende para a solução dos conflitos biojurídicos, sempre que existir a possibilidade de prejuízo significativo e irreversível.<sup>64</sup>

Diversamente do princípio da prevenção em que o dano é conhecido e esperado, no princípio da precaução, em razão do estado atual do conhecimento, há uma mera probabilidade de dano, que por ser sério e irreversível deve ser obstado.<sup>65</sup>

Para Freire de Sá e Torquato de Oliveira Naves, o princípio da autonomia privada se traduz na “concessão de poderes de atuação à pessoa”<sup>66</sup>, em que o ordenamento confere uma liberdade de atuação do ser humano.

Os autores enfatizam ainda que a expressão “conformações” à autonomia privada deve ser preterida em face do termo “limitações”, pois este traz ideia de confrontação externa, enquanto que aquele representa melhor “a ideia de que o conteúdo da autonomia privada é determinado internamente, pela conformidade com o próprio ordenamento que estabelece qual o conteúdo dos poderes conferidos aos particulares”.<sup>67</sup>

Em relação ao princípio da responsabilidade, ele equivale a dizer que se refere ao “dever jurídico em que se coloca a pessoa, a fim de satisfazer as obrigações convencionadas ou suportar as sanções legais impostas por seu descumprimento”.<sup>68</sup>

Tanto o princípio da responsabilidade quanto o princípio da precaução possuem como escopo a minimização dos malefícios que as intervenções na saúde e no meio ambiente podem ocasionar, com a diferença de que a precaução impede a atividade que detém a potencialidade de dano e a responsabilidade age apenas posteriormente à concretização do dano.<sup>69</sup>

O último princípio do biodireito defendido por Freire de Sá e Torquato de Oliveira é o da dignidade da pessoa humana, o qual se visa proteger “todo o arcabouço de manifestações do ser humano, em sua vertente física, psíquica e espiritual”<sup>70</sup> e que essa proteção só é possível se tal garantia puder estender-se a outros, assegurando-se uma sociedade plural.

---

<sup>64</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Bioética e Biodireito*. Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. – 5. Ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 29.

<sup>65</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>66</sup> Idem, *ibidem*, p. 29.

<sup>67</sup> Idem, *ibidem*, p. 30.

<sup>68</sup> Idem, *ibidem*, p. 30.

<sup>69</sup> Idem, *ibidem*, p. 31.

<sup>70</sup> Idem, *ibidem*, p. 31.

Sobre esse assunto, vale transcrever as palavras de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) a dignidade da pessoa humana, parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado. Da mesma forma, acabou sendo recepcionada, especialmente a partir e por meio do pensamento cristão e humanista, uma fundamentação metafísica da dignidade da pessoa humana, que, na sua manifestação jurídica, significa uma última garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.<sup>71</sup>

Jacob Dahl Rendtorff relaciona em seu artigo os quatro princípios básicos da bioética e do biodireito: a autonomia, a dignidade, a integridade e a vulnerabilidade e que eles expressam um cultura ética e jurídica europeia de autonomia e integridade do ser humano. Afirma ainda que tais princípios criam uma base sólida para a proteção do ser humano em relação aos rápidos desenvolvimentos da biomedicina e da biotecnologia.<sup>72</sup>

Assim, infere-se que a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico deve ser o norte para o Biodireito, seja ao negociar interesses existenciais, como no caso do contrato de criopreservação de material genético, seja ao dispor em testamento sobre a vontade de gerar um filho ainda que posteriormente à sua morte.

Partilhando de nosso entendimento, Ana Paula Silveira Lêdo e Roberto Wagner Marquesi sustenta que:

O simples fato de o ser humano o ser, dá a ele o caráter de sujeito digno. Ele difere das coisas que possuem preço e que, por isso, podem ser instrumentalizadas e trocadas por outras de iguais características. Possui dignidade inerente, o que impede a sua simples utilização ao bel prazer do outro. Nas relações negociais, os deveres de conduta de proteção e de cooperação obstam a eventualidade da utilização do homem como se objeto fosse, dignificando o seu valor intrínseco.

O dever de proteção concretiza o valor intrínseco da pessoa humana ao impor aos contratantes a adoção de medidas que possam evitar que a outra perceba danos ao patrimônio ou à integridade física ou

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 37.

<sup>72</sup> RENDTORFF, Jacob Dahl. Basic principles in Bioethics and Biolaw. University of Conpenhagen. Disponível em < <https://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm> > Acesso em 02 mar.2022.

psíquica, ou seja, ações que impeçam ou minimizem a percepção de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais. Os deveres de proteção são os caminhos pelos quais a parte deve direcionar suas condutas em todas as etapas do negócio jurídico, exprimindo atitudes cuidadosas e a necessária estima que se deve ofertar ao seu semelhante.<sup>73</sup>

Portanto, em todas as etapas do negócio jurídico é imprescindível a observância do dever de proteção como forma de concretizar o valor intrínseco da pessoa humana, impedindo ou minimizando eventuais danos patrimoniais ou extrapatrimoniais.

Lêdo e Marquesi acrescentam ainda que o dever de lealdade também é uma forma de concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações negociais e, em conformidade com tal dever, “possibilita-se a consagração do direito à vida e à integridade psicofísica, especialmente nos negócios jurídicos existenciais, pois tal atitude implica num mandamento de cooperação recíproca, compelindo as partes a agir apenas de modo que não atinja a dignidade do outro contratante”.<sup>74</sup>

Nesse contexto, pode-se dizer que os negócios jurídicos existenciais estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, eis que muitos deles se referem a questões sobre o início e fim da vida, e não há como afastar o ser humano como centro dessas relações negociais existenciais.

Feita essa breve explanação dos princípios do Biodireito, extrai-se que o conteúdo de cada princípio será determinado pelo caso concreto e que eles servirão de parâmetro para analisar os conflitos biojurídicos apresentados nesse trabalho.

Em relação ao Biodireito como ramo autônomo do Direito, defende Fernanda Schaefer Rivabem sua autonomia:

O biodireito não pode ser tratado como ramo forasteiro, como espaço não científico estranho à dogmática jurídica. Deve se estabelecer como disciplina própria, autônoma, com método próprio, agregadora de outras disciplinas consideradas tradicionais, mas que contribuem para sua solidez, com a construção de linguagem própria apta a dar conta de sua natural interdisciplinaridade. A diferenciação entre ética e direito, a reconstrução histórica da própria bioética, a secularização e o pluralismo moral da bioética e a identificação do objeto do biodireito

---

<sup>73</sup> LÊDO, Ana Paula Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.248-286, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p248. ISSN: 2178-8189, p. 271/272.

<sup>74</sup> LÊDO, Ana Paula Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.248-286, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p248. ISSN: 2178-8189, p. 271/272.

permitem afirmar que ele é nova faceta do campo do conhecimento que impõe metodologia e fundamentação próprios, capazes de lhe conferir o status de disciplina acadêmica rumo a desejada transdisciplinaridade.<sup>75</sup>

É com base nessa linha de pensamento que se afirma que o Biodireito é uma ciência nova que aborda questões atinentes ao início e fim da vida, não havendo ainda uma teoria geral acerca do Biodireito, a despeito de já haver entendimento de que há princípios específicos nesse ramo jurídico.

Nesse sentido, conclui-se que o Biodireito pode ser considerado um ramo autônomo do direito em razão da linguagem técnica própria, dos princípios específicos citados anteriormente e sobretudo pelas interpretações próprias.

Assim, pode-se concluir que os princípios próprios do Biodireito servirão de norte para a resposta à problemática do trabalho, dando suporte doutrinário às discussões levantadas. Para tanto, no próximo item, como decorrência desse ramo autônomo que é o Biodireito, serão apresentados alguns negócios biojurídicos, dando especial importância ao contrato de criopreservação de gametas e embriões.

#### **2.1.4 Negócios Biojurídicos e suas Espécies**

O avanço tecnológico da Medicina e da Engenharia Genética no setor de reprodução humana é notório no mundo e vem se tornando mais popular no Brasil e, dentro desse cenário da biotecnologia, é que surge essa nova modalidade negocial denominada negócio biojurídico.

Essa expressão “negócio biojurídico” foi apresentado por Rose Melo Venceslau Meireles para denominar “a escolha sobre aspectos do próprio corpo que podem promover efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos”<sup>76</sup> e que têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, sendo a biotecnologia o cerne dessa questão biojurídica.

---

<sup>75</sup> RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? Rev. Bioét. (Impr). 2017; 25 (2): 282-9, disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0282.pdf>> Acesso em 04 dez. 2021, p. 288.

<sup>76</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. In: Pona, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coord.). Negócio Jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016, p. 115.

Sabe-se que esse termo “negócio biojurídico” é próprio de Meireles, tendo em vista que a maioria da doutrina classifica os negócios em patrimoniais e existenciais, sendo estes atinentes às situações jurídicas existenciais que tem por finalidade aspectos essenciais para a vida do ser humano e os patrimoniais são atos que tem como objeto conteúdo pecuniário.<sup>77</sup>

Portanto, neste trabalho será utilizado o termo “negócio biojurídico” para referenciar qualquer negócio jurídico relacionado às biotecnologias e que tem por objeto situações jurídicas existenciais cujo foco é o ser humano e sua dignidade.

Sobre a temática calha relevar que os negócios biojurídicos são classificados como os negócios em geral, unilaterais ou bilaterais, onerosos ou gratuitos, *inter vivos* ou *mortis causa*. Unilateral quando se faz necessária apenas sua declaração de vontade, como exemplo o testamento vital que é o instrumento para se realizar a vontade do paciente em estágio terminal e que não tem condições de expressar a vontade em razão do avanço da doença. Bilateral se caracteriza quando se faz necessário o acordo de vontades e um exemplo típico é a gestação de substituição em que a mãe hospedeira e a mãe biológica entram em acordo para que o procedimento ocorra.<sup>78</sup>

Apresentada essa breve classificação de Meireles, vale ressaltar que a maioria desses negócios biojurídicos está atrelada à reprodução humana assistida. Desse modo, impende trazer ao trabalho algumas noções sobre esse tema biomédico.

Consta da Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.294 de 27 de maio de 2021 alguns princípios gerais que norteiam a utilização das técnicas de Reprodução Assistida, ganhando relevância a finalidade exclusiva de auxiliar no processo de procriação.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> PAVÃO, Juliana Carvalho. *Bebê-doador: limites e possibilidades do negócio biojurídico*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 46.

<sup>78</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Negócios Biojurídicos*. In: Pona, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coord.). *Negócio Jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 116.

<sup>79</sup> Listo abaixo todos os princípios gerais atinentes às técnicas da reprodução assistida, prevista na Resolução CFM 2.294/2021:

#### I - PRINCÍPIOS GERAIS

1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar no processo de procriação.
2. As técnicas de RA podem ser utilizadas para doação de oócitos e na preservação de gametas, embriões e tecidos germinativos por razões médicas e não médicas.
3. As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do(a) paciente ou do possível descendente.
  - 3.1 A idade máxima das candidatas à gestação por técnicas de RA é de 50 anos.

Os métodos artificiais de reprodução humana mais comuns e conhecidos nas clínicas de fertilização são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

A inseminação artificial é entendida como forma de fecundação artificial, por meio do qual se dá a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais. Ela pode ser homóloga ou heteróloga, sendo que a primeira se caracteriza quando a inseminação é realizada com material genético de ambos os cônjuges ou companheiros, enquanto que a heteróloga se dá com material fecundante de um terceiro. Neste caso, tanto o gameta masculino quanto o feminino pode pertencer a um estranho à relação.

A fertilização pode ocorrer dentro ou fora do corpo da mulher, *in vivo* ou *in vitro*, no primeiro o gameta masculino é inserido na cavidade uterina onde ocorre a concepção e no *in vitro* o procedimento é externo ao corpo, sendo realizado em laboratório e somente após a formação do embrião é introduzido ao útero. Com efeito, a finalidade da fertilização é permitir a geração de descendentes naturais e biológicos.

O princípio que norteia a inseminação é o da vontade procriacional, constituindo também forma de efetivar a dignidade da pessoa humana que possui como pretensão a continuidade biológica.

3.2 As exceções a esse limite serão aceitas com base em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento ao(s) candidato(s) quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando a autonomia da paciente e do médico.

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente.

6. É proibida a fecundação de oócitos humanos com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.

7. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações, de acordo com a idade:

a) mulheres com até 37 (trinta e sete) anos: até 2 (dois) embriões;

b) mulheres com mais de 37 (trinta e sete) anos: até 3 (três) embriões;

c) em caso de embriões euploides ao diagnóstico genético; até 2 (dois) embriões, independentemente da idade; e

d) nas situações de doação de oócitos, considera-se a idade da doadora no momento de sua coleta.

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

Feita essa breve explanação, serão expostos alguns tipos contratuais mais frequentes na seara da reprodução humana assistida.

Com efeito, um dos negócios biojurídicos mais difundidos na sociedade é o contrato de fertilização *in vitro*. Esse tipo contratual se caracteriza basicamente pela obrigação assumida pela clínica de reprodução assistida de, por meio da técnica de fertilização *in vitro*, produzir diversos embriões e transferir um ou alguns deles para o corpo da paciente, viabilizando, assim, o projeto parental.

Outro exemplo é o contrato de diagnóstico genético pré-implantacional que nada mais é do que a prática biotecnológica que permite selecionar artificialmente um embrião com a finalidade de gerar um filho sem as alterações genéticas causadoras de doenças. Conforme dispõe a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.294/2021, “As técnicas de RA podem ser aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo nesses casos ser doados para pesquisa ou descartados, conforme a decisão do(s) paciente(s), devidamente documentada com consentimento informado livre e esclarecido específico.”<sup>80</sup>

Consta ainda da aludida resolução que é possível selecionar embriões HLA-compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento seja o transplante de células-tronco<sup>81</sup>, é o que se denomina de “geração de um bebê-doador”.<sup>82</sup>

Em relação à gestação de substituição ou cessão temporária do útero, Patrícia Ferreira Rocha apresenta o conceito deste negócio biojurídico:

A maternidade por substituição, também chamada de cessão temporária de útero, consiste em negócio jurídico pelo qual uma mulher se compromete a suportar uma gravidez em favor de outrem, quando o estado do útero da mulher que deseja ser mãe não permite o desenvolvimento normal do embrião ou a gravidez apresenta um risco à sua saúde, mas também em caso de haver um projeto parental exclusivamente masculino, por homem sozinho ou casal homoafetivo. O reconhecimento dessa técnica é reflexo da ampliação do conceito de família e da valorização do afeto nas relações daí

<sup>80</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021

<sup>81</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021

<sup>82</sup> PAVÃO, Juliana Carvalho. Bebê-doador: limites e possibilidades do negócio biojurídico. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 116.

advindas, o que acabou por dissociar a maternidade da gestação.<sup>83</sup>

Sobre esse tipo contratual relacionado ao Biodireito é importante ressaltar que só é permitido desde que haja um “problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva ou de pessoa solteira”.<sup>84</sup>

Segundo a recente resolução do CFM n.º 2.294/2021, a cedente temporária do útero deve ter ao menos um filho vivo e pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau, não podendo a clínica intermediar a escolha do cedente.

Além disso, nas clínicas de reprodução assistida, deverão constar no prontuário do paciente os seguintes documentos e observações:

3.1 Termo de consentimento livre e esclarecido assinado pelos pacientes e pela cedente temporária do útero, contemplando aspectos biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspectos legais da filiação; 3.2 Relatório médico atestando adequação clínica e emocional de todos os envolvidos; 3.3 Termo de Compromisso entre o(s) paciente(s) e a cedente temporária do útero que receberá o embrião em seu útero, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança; 3.4 Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, públicos ou privados, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério; 3.5 Compromisso do registro civil da criança pelos pacientes, devendo essa documentação ser providenciada durante a gravidez; 3.6 Aprovação do(a) cônjuge ou companheiro(a), apresentada por escrito, se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.<sup>85</sup>

Portanto, esses são alguns dos negócios biojurídicos existentes no cenário atual da biotecnologia. Contudo, um dos mais importantes a este trabalho e que está

<sup>83</sup> ROCHA, Patrícia Ferreira. A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise de legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32730/1/DISSERTA%20c3%87%20c3%83O%20Patricia%20Ferreira%20Rocha.pdf>. Acesso em 02 fev.2022, P. 42.

<sup>84</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021

<sup>85</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021

relacionado estritamente com o testamento genético é o contrato para criopreservação de material genético que será discorrido a seguir.

### **2.1.5 Contrato para Criopreservação de Material Genético**

Por meio do negócio jurídico intitulado neste trabalho como contrato de criopreservação de material genético, o paciente contrata uma clínica de fertilização que presta esse tipo de serviço médico para preservação do material genético (embriões, óvulos, sêmen) e posterior utilização mediante autorização.

Portanto, inicialmente a clínica coleta o material genético e criopreserva-o com a cobrança de uma taxa de manutenção de congelamento, e, quando da utilização do material e para que haja o descongelamento de óvulos ou sêmen é necessário o consentimento escrito e assinado pelo proprietário do material genético, enquanto que para o descongelamento de embriões há a necessidade do consentimento de ambos os pacientes.

Como bem expõe Juliana Carvalho Pavão, “a clínica tem a obrigação de armazenar as células reprodutivas de acordo com as melhores condições, a fim de assegurar a possibilidade de utilizá-las no futuro”.<sup>86</sup>

Em relação à criopreservação de gametas ou embriões, Patrícia Ferreira Rocha apresenta alguns detalhes dessa biotecnologia:

A criopreservação consiste numa técnica de resfriamento do sêmen, óvulo e/ou embrião, que faz com que toda a sua atividade metabólica seja interrompida sem que, com isso, haja perda da sua qualidade e funcionalidade, visando prolongar por prazo indeterminado a utilidade do material genético retirado do organismo humano. A primeira providência para o congelamento das células sexuais ou embriões, oriundos da fusão dos gametas, é sua inserção em um crioprotetor, substância que irá proteger o material genético de danos irreversíveis decorrentes da cristalização da água. O material preparado é, então, aspirado em um capilar, devidamente vedado e identificado por um código. Levado a uma unidade de resfriamento, o material passa da temperatura ambiente a - 160°C em aproximadamente duas horas, para, depois, ser retirado do aparelho e mergulhado num botijão, onde permanece estocado em nitrogênio líquido a uma temperatura de -196°C. O descongelamento é feito, inicialmente, pela extração do capilar do azoto para a temperatura ambiente, e com a posterior

---

<sup>86</sup> PAVÃO, Juliana Carvalho. *Bebê-doador: limites e possibilidades do negócio biojurídico*. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 50.

retirada do crioprotetor, por meio de lavagem no meio da cultura. Todo o processo de resfriamento e aquecimento precisa ser muito cuidadoso para não provocar a destruição da célula.<sup>87</sup>

Sobre o tema, consta da recente Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.294/2021 as seguintes disposições:

1. As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óocitos, embriões e tecidos gonadais.
2. O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito). Será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, conforme determina esta Resolução. Os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto a sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa.
3. 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, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.
4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial.
5. Os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial.
  - 5.1 Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica.<sup>88</sup>

Consta ainda da aludida Resolução do CFM que a autorização para descarte de embriões congelados deverá ser apontada em consentimento informado no momento da opção pela criopreservação, respeitado o tempo mínimo de 3 (três) anos, mediante autorização judicial.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> ROCHA, Patrícia Ferreira. A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise de legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32730/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Patricia%20Ferreira%20Rocha.pdf>. Acesso em 02.fev.2022, p. 42.

<sup>88</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021

<sup>89</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

Com efeito, essa autorização judicial de descarte de embriões se revela uma inovação que não constava da antiga Resolução do CFM n.º 2.168/2017, eis que nesta apenas havia a disposição de que os embriões criopreservados e abandonados por três anos ou mais poderão ser descartados.

Assim, verifica-se que o Conselho Federal de Medicina objetivou dificultar o descarte indiscriminado dos embriões, inclusive exigindo autorização do Poder Judiciário para efetuar o descarte.

A importância de trazer peculiaridades desse contrato de criopreservação de material genético se justifica em razão de o testamento genético depender necessariamente dele, eis que, somente haverá a disposição de vontade testamental, caso ocorra o congelamento das gametas ou embriões.

Nesse ponto, convém ressaltar que foi anexado ao presente trabalho um “contrato para criopreservação de material genético (embriões, óvulos, sêmen)”, cujo nome da clínica e dos profissionais foram ocultados por motivos éticos, e que será devidamente analisado no terceiro capítulo, especificamente com relação à disposição contratual contendo a autorização da utilização de material genético após a morte do contratante.

Nesse sentido, finalizado o primeiro capítulo, com a explicação dos negócios jurídicos, sobretudo dos biojurídicos decorrentes da reprodução assistida, com a ênfase na autodeterminação dos indivíduos em relação a suas escolhas existenciais e no estudo do Biodireito, com a especial atenção ao contrato de criopreservação de gametas e embriões, o próximo capítulo será destinado ao testamento genético.

## 2.2 TESTAMENTO GENÉTICO

O testamento é o meio adequado para manifestação da vontade relacionada ao patrimônio e também a escolhas existenciais para depois da morte, se constituindo como a principal forma de exercício da autonomia privada e como negócio jurídico por excelência.

A finalidade do testamento é deixar documentada a sua última vontade a fim de que os efeitos jurídicos sejam produzidos após a morte do testador. Trata-se nitidamente de uma forma de manifestação da liberdade individual, em que o indivíduo deixa determinados bens aos beneficiários e escolhas relacionadas à disposição do próprio corpo, inclusive com destinação de material genético para a reprodução assistida *post mortem*.

Portanto, o testamento não possui apenas conteúdo patrimonial, sendo plenamente possível a existência de disposições existenciais no testamento, nos termos do §2º do art. 1.857 do Código Civil <sup>90</sup>, e o testamento genético é um exemplo prático disso.

Nesse sentido, é possível inferir que as disposições constantes do testamento genético apontam que a natureza jurídica seja de um testamento, porquanto somente produzem efeitos após a morte do testador. Dessa forma, é possível afirmar, ao menos à primeira vista, que se trata de um negócio biojurídico, unilateral, personalíssimo e revogável, pelos motivos a seguir explicados. <sup>91</sup>

Biojurídico, por considerar que o objeto deste negócio se sustenta em razão da biotecnologia advinda da técnica de criopreservação de gametas que permite a reprodução assistida *post mortem*, e também porque o Biodireito, que cuida desse ramo negocial, tem por objeto principal a vida, tendo como fontes imediatas a bioética e a biogenética. <sup>92</sup>

Ademais, Juliane Fernandes Queiroz ressalta que “o sêmen, biologicamente considerado, é um produto do corpo humano, que pode ser amplamente separado do objeto integral” <sup>93</sup> e que juridicamente deve ser considerado “um bem que

<sup>90</sup> Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. [...] § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

<sup>91</sup> TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 1555.

<sup>92</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 8.

<sup>93</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. In: CASABONA,

compõe o patrimônio de uma pessoa e que, apesar de não avaliado economicamente, pode se tornar objeto de transações sociais, as quais devem possuir contorno próprio e específico”.<sup>94</sup>

Unilateral, porque o testamento “se constitui e se aperfeiçoa apenas e exclusivamente com a manifestação do testador, ainda que tenha eficácia diferida no tempo”.<sup>95</sup> Personalíssimo, tendo em vista que “é manifestação que só pode emanar, única e exclusivamente, da vontade do testador”<sup>96</sup> e revogável, pois o artigo 1858 do Código Civil<sup>97</sup> é claro ao preconizar que o testador pode revogar ou modificar o testamento a qualquer tempo.

Como destacado por Flávio Tartuce, o testamento nada mais é do que um “ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência”.<sup>98</sup> Assim, por meio desse ato personalíssimo, o(a) testador(a), exercendo sua autonomia privada, designa a pessoa que ficará na “custódia” de seu material genético para que essa tenha a incumbência de cumprir seu desejo de paternidade ou maternidade posteriormente a sua morte, nos moldes lá especificados.

Nesse sentido, verifica-se que essas disposições são, na essência, de cunho extrapatrimonial, sobretudo porque o objeto desse testamento é a destinação de material reprodutivo com vistas a conceber uma nova vida, não deixando dúvidas, portanto, que se referem à questão existencial.

Orlando Gomes conceitua testamento como sendo “negócio jurídico pelo qual uma pessoa dispõe sobre a própria sucessão. Torna-se perfeito e acabado no momento em que o testador declara a sua vontade pela forma autorizada na lei”.<sup>99</sup>

A propósito, o Código Civil dispõe no artigo 1857, §2º<sup>100</sup>, que essas disposições de caráter não patrimonial são válidas, mesmo que haja somente elas. Dessa forma, a despeito de não haver lei disciplinando essa prática inovadora de testamentar, pode-se concluir que não há lei que impeça, *a priori*, o cumprimento de disposições existenciais como essas manifestadas no testamento genético.

---

Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (org). A disponibilidade do material genético – sêmem – após a morte de seu titular. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 285.

<sup>94</sup> Idem, ibidem, p. 285.

<sup>95</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 354/355.

<sup>96</sup> Idem, ibidem, p.354.

<sup>97</sup> Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

<sup>98</sup> TARTUCE, Flávio. op. cit. p. 1555.

<sup>99</sup> GOMES, Orlando. Sucessões. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 101.

<sup>100</sup> Art. 1857, §2º. São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Além disso, é possível afirmar que o material genético pode se constituir como bem de inventário destinando-se a servir à procriação do falecido.

Importante ressaltar que se deve afastar também a alegação de que o testamento genético poderia possuir a natureza jurídica de uma diretiva antecipada de vontade ou testamento vital, eis que este documento objetiva garantir “o exercício da autonomia do indivíduo, vinculado ao tratamento médico a ser administrado num futuro estado de incapacidade para a tomada de decisões”.<sup>101</sup>

Não se pode dizer também que o testamento genético seja um termo de consentimento livre e esclarecido, vez que se trata de autorização para utilização de gametas posteriormente à sua morte e um simples termo de consentimento não deve servir de documento para comprovar a vontade do falecido. É necessário um documento solene e devidamente redigido e público para comprovação de um desejo tão sério e importante na vida de uma pessoa.

Com efeito, é preciso cautela e zelo ao tratar deste assunto, mormente porque se refere a um possível surgimento de um novo ser humano e as vontades lá externadas devem ser analisadas sob diversos prismas, tais como, biológico, sociológico, psicológico, ético-moral e dos vários ramos do direito como direito sucessório, constitucional, familiar, negocial, biodireito, entre outros.

Com essa breve introdução sobre testamento, especialmente o genético, passa-se a analisar de forma mais aprofundada o aludido instrumento jurídico, expondo como ocorreu o seu surgimento na esfera jurídica mundial e os fundamentos de tal documento testamental.

### **2.2.1 Testamento Genético e o Direito à Continuidade Biológica**

Trata-se o testamento genético de um instrumento jurídico criado para externalizar a vontade do projeto parental por meio de destinação do material genético criopreservado após o falecimento do indivíduo, com a escolha da pessoa a utilizar o bem biológico.

O material genético, gametas (óvulos ou espermatozoides) ou embrião, pode ser objeto da doação devidamente expressa no aludido documento testamental, com

---

<sup>101</sup> CLOTET, Joaquim. Bioética: Uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 74.

a finalidade de deixar sua continuidade biológica, gerando um filho após a sua morte.

Com efeito, o surgimento desse instrumento ocorreu em Israel em 2001. A advogada israelense e fundadora da “New Family Organization”, Irit Rosenblum, foi a primeira a criar o instrumento jurídico denominado “The Biological Will”, que, no Brasil, é comumente conhecido como testamento genético. Essa inovação jurídica documenta o desejo do indivíduo pelo uso e destinação de seu esperma, óvulos ou embriões, posteriormente a sua morte, permitindo a concepção póstuma de filhos.<sup>102</sup>

Não obstante entender que a tradução mais próxima a “biological will” seja testamento biológico, é importante anotar, inicialmente, que, para evitar confusões com os chamados “testamentos vitais”<sup>103</sup> (“living will”) ou diretivas antecipadas de vontades que também são chamados por alguns por “testamentos biológicos”, o presente trabalho utilizará a expressão “testamento genético” para referir-se ao instrumento, objeto deste estudo.

Compreendido o termo utilizado, importante relatar brevemente como surgiu esse testamento genético. Irit Rosenblum atuou em vários casos inovadores relacionados a este tipo de testamento, nos quais os pais do falecido conquistaram o direito de realizar a vontade biológica de seu filho escolhendo uma mulher solteira para realizar a fertilização com o espermatozoide do filho, concebendo, assim, o tão sonhado herdeiro.

Segundo informações contidas no sítio virtual “New Family”<sup>104</sup>, o primeiro caso de reprodução póstuma do mundo com um parceiro desconhecido foi com o doador Keivan Cohen, soldado da Força de Defesa de Israel que, em 2002, fora morto a tiros em Gaza. No ano de 2007, após comprovarem no tribunal de Israel que Cohen desejava ter filho, os pais dele adquiriram o direito de designar uma mulher para engravidar com o material genético criopreservado do filho.

Tratou-se de um caso que ganhou a mídia de todo o mundo em razão da complexidade do tema, cujo cerne do debate era o fato de Cohen não ter deixado

---

<sup>102</sup> NEW FAMILY. Biological Will. Disponível em: <<https://www.newfamily.org.il/en/biological-wills/>> Acesso em 31 ago.2019.

<sup>103</sup> “São declarações de vontade e instruções que devem ser aplicadas sobre uma condição terminal do testador ou em casos de impossibilidade dele dispor sobre sua vontade, no que diz respeito à dignificação do seu estado de paciente e/ou de sua morte, à recusa ou suspensão de tratamentos paliativos, (ortotanásia), etc.”. (ALVES, José Figueirêdo. O testamento genético. Disponível: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/950/Testamento+gen%C3%A9tico>>. Acesso em: 30 ago. 2019).

<sup>104</sup>NEW FAMILY. Biological Will. Disponível em: <<https://www.newfamily.org.il/en/biological-wills/>> Acesso em 31 ago.2019

seu desejo por escrito e também por desconhecer a mulher que criaria seu filho. Contudo, em 25 de novembro de 2013, após um embate legal de uma década pela advogada Irit Rosenblum, a filha de Keivan Cohen nasceu, ou seja, 11 anos depois de seu falecimento. Posteriormente a esse precedente, a Corte de Israel passou a exigir consentimento por escrito para a reprodução póstuma, sendo que, em 2012, aprovou pela primeira vez a implementação de um testamento genético.

Para Irit Rosenblum, o testamento genético quebrou os limites da natureza para criar esse novo paradigma nas famílias, sob o argumento do direito humano à continuidade biológica. Em outras palavras, ela defende que as pessoas possuem direito a ter filhos, a se reproduzir, para o fim de deixar seu legado biológico, ainda que essa vontade seja atendida posteriormente à morte.

Essa visão apresentada por Irit Rosenblum é digna de ser trazida para o cerne deste estudo, sobretudo em decorrência do defendido direito humano à continuidade biológica, que será apresentado mais a frente.

Assim, relatada a história do surgimento deste instrumento jurídico inovador, serão tecidos alguns comentários acerca desse tipo testamental no contexto jurídico brasileiro, buscando-se conceitos e disposições normativas acerca desse assunto incipiente.

Jones Figueirêdo Alves conceitua esse instrumento da seguinte forma:

É o denominado 'testamento genético', quando os futuros pai ou mãe, doadores de sêmens ou óvulos, deixam instruções inscritas no sentido de o material genético congelado ser utilizado para a concepção e nascimento de seus filhos, após suas mortes, com escolha pessoal de quem os utilize. Escolha feita pelo próprio testador ou pessoa por ele indicada. Em resumo: o material genético passa a se constituir um bem de inventário, destinando-se servir à procriação do (a) falecido (a).<sup>105</sup>

Verifica-se que esse testamento possui como objeto o material genético criopreservado, cuja finalidade é a procriação. Assim, por meio desse documento, o testador descreve o desejo de utilizar suas gametas posteriormente a sua morte para a continuidade biológica, apontando a pessoa designada a realizar a pretensão póstuma.

<sup>105</sup> ALVES, José Figueirêdo. O testamento genético. Disponível: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/950/Testamento+gen%C3%A9tico>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

O desejo de concretização do projeto parental possui relação direta com o conceito de família. Com efeito, a continuidade das gerações deve reger-se preferencialmente pela promessa de uma fidelidade duradoura, a que se chama família.<sup>106</sup>

O planejamento familiar possui previsão constitucional no art. 226, §7º, da Constituição Federal<sup>107</sup> e foi regulamentado pela Lei 9.263/1996, prevendo em seu artigo 1º que é direito de todo cidadão.<sup>108</sup>

A aludida lei conceitua planejamento familiar no artigo 2º como sendo “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”<sup>109</sup>.

Sobre o assunto, Maria Helena Diniz assinala que “o casal é o titular do direito reprodutivo, cabendo a ele, ante o princípio da liberdade de decisão, planejar sua família, no que atina ao fato de ter ou não filhos, ao número destes e ao espaçamento entre as gerações”.<sup>110</sup>

A autonomia reprodutiva possui relação com o princípio do planejamento familiar, pois concede ao indivíduo a liberdade sobre a constituição de sua própria família. Portanto, a pessoa tem a autonomia para escolher se deseja ter filhos ou não e quando isso deve ocorrer e, como bem assevera Juliana Carvalho Pavão, o princípio do planejamento familiar não é absoluto e deve ser limitado pela dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável.<sup>111</sup>

Neste cenário constitucional do planejamento familiar e de sua relação com a autonomia reprodutiva, pode-se dizer que a reprodução humana, seja ela natural ou artificial, deve ser entendida como um direito fundamental, inseparável da liberdade e do planejamento familiar, não cabendo ao Estado a intervenção sobre a intimidade da família.

---

<sup>106</sup> SEMPLICI, Stefano. Onze teses de bioética. São Paulo, SP: Ideias & Letras, 2012, p. 53.

<sup>107</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. [...] § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

<sup>108</sup> Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

<sup>109</sup> BRASIL. Lei n.º 9.236, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 31 ago.2019.

<sup>110</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 171/172.

<sup>111</sup> PAVÃO, Juliana Carvalho. Bebê-doador: limites e possibilidades do negócio biojurídico. Londrina, PR: Thoth, 2021, p. 106.

Giana Lisa Zanardo Sartori, ao defender a reprodução humana assistida como um direito fundamental, ressalta que “o ato de procriar é privado (autonomia privada), ou seja, é decisão pessoal, individual ou de um casal”.<sup>112</sup>

Também não se pode deixar de ressaltar que, no âmbito da reprodução humana, o desejo da procriação é inato à pessoa humana e além de traduzir a perpetuação da espécie, do sangue, do nome da família, também é uma forma de combater a mortalidade.<sup>113</sup>

Nesse sentido, Vera Lúcia Raposo defende em sua tese de doutorado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra que o direito reprodutivo é uma realização de um desejo pela imortalidade.<sup>114</sup>

Reforçando essa ideia, Juan Carlos Kusnetzoff afirma que para muitas pessoas os filhos concretizam a fantasia da imortalidade e são sinônimos de futuro e que a reprodução humana representa a continuidade da família, vale dizer, do processo social mais relevante.<sup>115</sup>

Com efeito, esse desejo pela imortalidade representa nada mais do que o direito à continuidade biológica que todo ser humano possui. A vida é considerada como bem maior e o próprio ordenamento constitucional elege como direito fundamental o direito à vida, cuja proteção se estabelece pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da liberdade, na forma preconizada no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal.<sup>116</sup>

Portanto, as pessoas possuem liberdade para escolher se reproduzir ou não, seja naturalmente ou artificialmente, e esse direito à liberdade reprodutiva é considerado também um direito humano.

---

<sup>112</sup> SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução humana assistida: um direito fundamental? Curitiba: Appris, 2015, p. 149.

<sup>113</sup> RANZONI, Raisia Mandja. Direito reprodutivo e os beneficiários da procriação assistida: uma análise legislativa e jurisprudencial. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37359/1/ulfd136441\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37359/1/ulfd136441_tese.pdf). Acesso em 20 nov. 2021, p. 30.

<sup>114</sup> RAPOSO, Vera Lucia. O Direito à Imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. Coimbra: Almedina, 2014, p. 118.

<sup>115</sup> KUSNETZOFF, Juan Carlos. Aspectos emocionais do casal infértil. In: BADALOTTI, Mariângela, TELOKEN, Claudio. PETRACCO, Álvaro. Fertilidade e infertilidade humana. Rio de Janeiro: MEDSI, 1997, p. 19.

<sup>116</sup> BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

Em 1994, no âmbito internacional, foi aprovado no Cairo o Programa de Ação de Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, em que se estabeleceram importantes princípios éticos relativos aos direitos reprodutivos. Com efeito, 184 Estados reconheceram os direitos reprodutivos como direitos humanos, concebendo como um direito fundamental o direito a ter controle sobre assuntos relacionados à sexualidade e à saúde sexual e reprodutiva.<sup>117</sup>

Consta do relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento o seguinte princípio:

Toda pessoa tem direito ao gozo do mais alto padrão possível de saúde física e mental. Os estados devem tomar todas as devidas providências para assegurar, na base da igualdade de homens e mulheres, o acesso universal aos serviços de assistência médica, inclusive os relacionados com saúde reprodutiva, que inclui planejamento familiar e saúde sexual. Programas de assistência à saúde reprodutiva devem prestar a mais ampla variedade de serviços sem qualquer forma de coerção. Todo casal e indivíduo têm o direito básico de decidir livre e responsabilmente sobre o número e o espaçamento de seus filhos e ter informação, educação e meios de o fazer.<sup>118</sup>

Inclusive, no capítulo VII do aludido relatório, há disposição específica sobre os direitos de reprodução e saúde reprodutiva e nele consta expressamente o direito básico de todo indivíduo de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.<sup>119</sup>

Os princípios básicos relacionados à vida sexual e reprodutiva foram consagrados pela Conferência do Cairo – a opção livre e informada, o respeito à

<sup>117</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 10. ed., rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 449.

<sup>118</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2021.

<sup>119</sup> Veja o conceito trazido pelo relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento sobre saúde reprodutiva. “7.2 A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não simples a ausência de doença ou enfermidade, em todas as matérias concernentes ao sistema reprodutivo e a suas funções e processos. A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde que dêem à mulher condições de passar, com segurança, pela gestação e pelo parto e proporcionem aos casais a melhor chance de ter um filho sadio. De conformidade com definição acima de saúde reprodutiva, a assistência à saúde reprodutiva é definida como a constelação de métodos, técnicas e serviços que contribuem para a saúde e o bem-estar reprodutivo, prevenindo e resolvendo problemas de saúde reprodutiva. Isto inclui também a saúde sexual cuja finalidade é a intensificação das relações vitais e pessoais e não simples aconselhamento e assistência relativos à reprodução e a doenças sexualmente transmissíveis.

integridade física e o direito de não sofrer discriminação nem coerção – e, em 1995, na China, foram endossados na Conferência Mundial sobre a Mulher em Beijing.<sup>120</sup>

Sobre o tema, Jussara Meirelles discorre que o casal pode livremente decidir sobre a oportunidade de ter filhos ou o número de filhos que pretende ter. Para tanto, os indivíduos tem o direito de acesso aos meios científicos disponíveis para realizar o projeto de parentalidade. Assim, defende que o direito à reprodução assistida se insere como um dos direitos reprodutivos.<sup>121</sup>

Partilhando de nosso entendimento, Flávia Piovesan afirma que os direitos reprodutivos se apresentam como um “conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana”.<sup>122</sup>

Piovesan elenca, à luz do direito internacional, os seguintes direitos reprodutivos:

- a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;
- b) o direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos;
- c) o direito a ter acesso a informações e meios seguros, disponíveis, acessíveis; e
- d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva.<sup>123</sup>

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves citam o julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2012, caso “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica”, em que o direito à procriação foi reconhecido como integrante dos direitos humanos e enaltecem que os métodos alternativos de reprodução humana têm ampliado o direito à liberdade de procriação.<sup>124</sup>

Diante da explanação acerca do fundamento que ensejou o surgimento do testamento genético, é possível concluir que o direito de se reproduzir ou procriar,

<sup>120</sup> PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos. 10. ed., rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 453.

<sup>121</sup> MEIRELLES, Jussara. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e cidadania: o Novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002, p. 394.

<sup>122</sup> PIOVESAN, Flávia. op. cit. p. 447.

<sup>123</sup> Idem, ibidem, p. 455

<sup>124</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. – 5. Ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 110.

ainda que posteriormente à sua morte, deve ser respeitado, não somente porque se constitui um direito humano, mas também porque se trata de um exercício de autodeterminação do indivíduo, de querer gerar um ser semelhante, deixando sua continuidade biológica.

Portanto, o desejo pela imortalidade deve ser prestigiado pelo ordenamento jurídico por se tratar de um interesse existencial, porém ele deve ser conjugado com os limites postos pelo princípio da dignidade da pessoa humana que será concebida e pelo princípio do melhor interesse da criança.

Assim, no item seguinte serão apresentadas as disposições normativas existentes no Brasil e em outros países no que diz respeito à reprodução assistida póstuma.

### **2.2.2 Disposições Normativas Relacionadas à Reprodução Assistida Póstuma no Brasil e em Outros Países**

A reprodução assistida póstuma somente se tornou possível com o advento das modernas técnicas da engenharia genética, mais precisamente da criopreservação do material genético. Por meio desta, preservam-se as gametas (óvulo, sêmen e embrião) a temperaturas muito baixas, em torno de 196º Celsius negativos, com o uso de nitrogênio líquido, para posteriormente proceder ao descongelamento e permitir futura fertilização *in vitro*, mesmo após o falecimento do gerador do material genético.

No direito brasileiro a única norma legal que dispõe sobre essa permissão de reprodução assistida posteriormente à morte do gerador de gametas é o artigo 1597, inciso III, do Código Civil, que assim dispõe: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.<sup>125</sup>

Diante dessa frágil regulamentação legal que acarreta inúmeras dúvidas aos operadores de direito, há aqueles que defendem a possibilidade da inseminação artificial homóloga *post mortem*, em face dos princípios da liberdade e da autonomia privada, e outros que discordam da prática da aludida técnica de

---

<sup>125</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 31 ago.2019.

fertilização, sob argumento de ferir os princípios da paternidade responsável, melhor interesse da criança e o próprio projeto parental.<sup>126</sup>

O direito brasileiro pouco transcorre sobre o assunto e a doutrina se divide em três correntes, aqueles que defendem a total proibição, outros que aceitam a reprodução assistida *post mortem*, porém sem que a criança gerada tenha direito à herança do genitor falecido e, por fim, existem aqueles que defendem a possibilidade de uso da técnica de modo a garantir à criança gerada os seus direitos sucessórios.<sup>127</sup>

Com efeito, a prática dessa reprodução assistida posterior à morte de um dos cônjuges foi regulamentada na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.168/2017 que cuidam das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida e dispõe no item VIII que: “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”.<sup>128</sup>

Recentemente, em 15 de junho de 2021, foi publicada uma nova Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.294/2021<sup>129</sup> que repetiu a disposição acima, porém inovou em alguns aspectos, dentre eles na possibilidade de doação de gametas para parentesco de até 4º grau, de um dos receptores (primeiro grau – pais/filhos; segundo grau – avós/irmãos; terceiro grau – tios/sobrinhos; quarto grau – primos), conforme item IV.2 da Resolução 2.294/2021.

Em 2017, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento n.º 63 de 14.11.2017, dispondo sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, e no §2º do art. 17 disciplinou que: “Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além dos documentos elencados nos incisos do *caput* deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o

<sup>126</sup> FISCHER, Karla Ferreira de Camargo Fischer. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>. Acesso em 09 out. 2021. p. 3.

<sup>127</sup> ARAUJO, J. P. M. de; ARAUJO, C. H. M. de. Biodireito e legislação na reprodução assistida. Medicina (Ribeirão Preto), [S. l.], v. 51, n. 3, p. 217-235, 2018. DOI: 10.11606/issn.2176-7262.v51i3p217-235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/152104>. Acesso em: 5 maio. 2022, p. 232.

<sup>128</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2168/2017. Publicado em 10.11.2017. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 31 ago. 2019

<sup>129</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021

uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”.<sup>130</sup>

Em 27 de abril de 2018, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ/CJF), durante a VIII Jornada de Direito Civil, aprovou o Enunciado 633 alusivo ao artigo 1.597, do Código Civil<sup>131</sup>, dispondo que: “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 expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira”<sup>132</sup>. A justificativa apresentada ao enunciado foi a seguinte:

Nos casos de reprodução assistida homóloga – inclusive após o falecimento de um dos dois -, apesar do silêncio da norma codificada (CC, art. 1.597, III), deve haver manifestação de consentimento expresso do casal de modo a conferir segurança ao procedimento de reprodução assistida que poderá ser realizado mesmo após o falecimento do marido. Da mesma forma, ainda que a pessoa falecida seja a esposa, será possível que o viúvo venha a ter acesso à reprodução assistida póstuma desde que obviamente através da maternidade de substituição com outra mulher emprestando gratuitamente seu corpo para a gestação. Com base no princípio da igualdade entre os cônjuges (marido e esposa) em direitos e deveres (CF, art. 226, §5º) – o que também se aplica aos companheiros – , a mulher pode expressamente autorizar que seu material fecundante congelado possa ser utilizado mesmo após a sua morte, permitindo que seu marido (ou companheiro) venha a concretizar o projeto parental do casal. Conclui-se, portanto, que também nos casos de reprodução assistida homóloga é indispensável o consentimento do casal, o que se reforça em matéria de reprodução póstuma quanto ao uso do material fecundante congelado.<sup>133</sup>

Diante de tais regulamentações, verifica-se que a reprodução assistida póstuma permitida pelo nosso ordenamento jurídico é aquela em que o material reprodutivo é utilizado pelo cônjuge ou companheiro do falecido para concretizar o projeto parental do casal por meio da fecundação artificial homóloga (é usado somente o material biológico dos pais), e desde que haja autorização específica, por

<sup>130</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 63/2017. Publicado em 14.11.2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2525>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

<sup>131</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

<sup>132</sup> BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Enunciado n.º 633. Publicado em abril de 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

<sup>133</sup> BRASIL, ibidem, 2018.

meio de instrumento público ou particular com firma reconhecida. Como bem ressaltado no enunciado acima, ante o princípio da igualdade, também é possível a reprodução assistida homóloga *post mortem*, quando seja a mulher a falecida.

Nesse sentido, infere-se que o Código Civil se limita a tratar da presunção de paternidade na reprodução assistida homóloga. Quanto à reprodução assistida heteróloga, em que há doação por terceiro anônimo de material biológico, não há essa presunção legal. Contudo, defende-se neste trabalho a possibilidade da utilização de reprodução assistida heteróloga *post mortem*, desde que haja expreso consentimento de autorização de todos os envolvidos no projeto parental, seja a pessoa falecida o homem ou a mulher. Neste último caso, se valerá da técnica da gestação de substituição.

Essa autorização, prevista no Brasil, guarda muita semelhança com o testamento genético, na medida em que se permite a utilização de seu material fecundante congelado posteriormente à sua morte, diferenciando-se quanto ao tipo de fecundação e à destinação.

Com efeito, o panorama apresentado acima evidencia que o testamento genético é muito mais amplo do que essa autorização, porquanto naquele é possível que uma pessoa solteira faça disposições acerca do destino de seu material genético, inclusive prevendo que uma pessoa desconhecida possa gerar seu filho, como aconteceu no caso de Cohen, citado anteriormente.

Portanto, conclui-se que, não obstante ainda não haja previsão legal expressa do testamento genético no Brasil, existem algumas disposições deontológicas<sup>134</sup> e doutrinárias a serem aplicadas a esse instrumento jurídico, inclusive limites a serem respeitados, os quais serão tratados e relacionados no capítulo 3.

Em relação às disposições normativas do testamento genético em outros países, explica a jurista Suzana Popovic-Montag<sup>135</sup> que a legislação do Canadá exige o consentimento prévio por escrito do doador para usar postumamente seu material genético. A lei de reprodução humana assistida que regulamenta a doação de material genético dispõe na seção 8 que o consentimento do doador é necessário

---

<sup>134</sup> Referem-se às resoluções editadas pelo Conselho Federal de Medicina.

<sup>135</sup> POPOVIC-MONTAG, Suzana. Children conceived after death. *The Lawyer's Daily* – Published by LexisNexis Canada. Tuesday, May 30, 2017. Disponível em: <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/3806/children-conceived-after-death>. Acesso em 01 dez. 2021.

antes que qualquer material possa ser removido do corpo ou usado para qualquer finalidade específica.

Recentemente, Claudia Sanchez ressaltou o número crescente de decisões canadenses em que os tribunais tentaram resolver questão cada vez mais relevante do uso póstumo ou extração de material genético reprodutivo após a morte de um indivíduo. Assevera que muitos canadenses desconhecem a exigência prevista em lei de que o indivíduo deve dar consentimento prévio informado e por escrito para uso do material genético *post mortem* e, por isso, os cônjuges sobreviventes levam a questão à Justiça.

Cita uma decisão da Colúmbia Britânica, L.T. v D.T. Estate (Re), 2019 BCSC 2130, que envolvia a extração *post mortem* de material reprodutivo humano. Nesse caso, o tribunal emitiu uma ordem urgente para recuperar material reprodutivo humano do falecido, após sua morte, a pedido de seu cônjuge sobrevivente, e essa recuperação deveria ocorrer dentro de 36 horas a partir do momento da morte e o armazenamento em uma clínica de fertilização até que o assunto fosse devidamente decidido. O marido faleceu inesperadamente, sem deixar testamento esclarecendo seu desejo de ter seu material reprodutivo recuperado e usado após sua morte, e o tribunal considerou que não havia provas suficientes para apontar o consentimento prévio informado. O Tribunal de Apelação da Colúmbia Britânica mais tarde confirmou a decisão.

Por fim, Sanchez reforça a importância de se pensar sobre esse tipo único de “propriedade” ao fazer seu testamento, trazendo disposições testamentárias adequadas que contemplem o uso póstumo ou a extração de material reprodutivo após a morte<sup>136</sup>.

É com base nessa linha de pensamento que se afirma que é preciso testamentar de forma clara seus desejos em vida, de modo a evitar gasto de tempo, dinheiro e até mesmo de ter que lidar com questões tão importantes em meio ao luto pela perda de um ente querido.

Nos Estados Unidos, a tecnologia que permite a reprodução assistida póstuma desafiou as leis de herança, sendo um dilema tanto para os ricos quanto para os não tão ricos, eis que estes recorrem aos tribunais na esperança de receber

---

<sup>136</sup> SANCHEZ, Claudia. Estate planning and use of reproductive material after death. Thursday, January 27, 2022. Disponível em: <<https://www.thelawyersdaily.ca/estates/articles/33094/estate-planning-and-use-of-reproductive-material-after-death>> Acesso em 24 fev.2022.

benefícios federais, enquanto aqueles possuem a preocupação atinente aos bens deixados pelo falecido.<sup>137</sup>

Em seu artigo publicado no jornal *New York Times*, Paul Sullivan traz esse assunto sobre filhos concebidos postumamente e aponta algumas reflexões jurídicas apresentadas por professores renomados. Cita as palavras de Susan M. Wolf, professora de direito da Universidade de Minnesota: “A reprodução póstuma é a tempestade perfeita de interesses conflitantes”, pois há o parceiro sobrevivente querendo reproduzir, os interesses do falecido, as crianças pré-existentes que não desejam que seus interesses sejam diluídos e outras crianças que são trazidas para a cena.

O artigo traz exemplo desses conflitos, citando uma decisão de 2007 do Tribunal do Condado de Nova Iorque, em que duas crianças concebidas postumamente buscavam na justiça o direito a uma herança de milhões de dólares deixada pelo avô. Nesse caso, os netos póstumos foram considerados descendentes e com direito a distribuição da herança.

Outro caso judicial citado é o *Astrue v. Capato*, em que Karen K. Capato ajuizou ação em face da Administração da Previdência Social para reivindicar benefícios para gêmeos concebidos após a morte de seu marido. Para a Suprema Corte dos Estados Unidos a lei estadual é que disciplina tais reivindicações, motivo pelo qual como o pai falecido morava na Flórida e lá não se reconhece filhos postumamente concebidos não mencionados em testamento, Karen não poderia receber benefícios da Previdência Social pelos filhos gêmeos.

De acordo com Sullivan, um terço dos estados possuem leis que reconhecem os direitos das crianças concebidas postumamente e cita Ohio como um dos Estados que não lhes permite receber benefícios federais.

Diante disso, é preciso compreender que ter o direito de usar material genético para conceber uma criança não significa necessariamente ter o direito de herdar.

Portanto, o mais aconselhado a fazer é dispor em testamento que o embrião ou a gameta congelada seja utilizada dentro de um limite de tempo, pois, do

---

<sup>137</sup> SULLIVAN, Paul. Fertility treatments produce heirs their parents never knew. Friday, September 13, 2013. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2013/08/30/fertility-treatments-produce-heirs-their-parents-never-knew.html>> Acesso em 24 fev.2022.

contrário, poderia ser usado décadas depois, ser considerado descendente mas não elegível para a herança.

Paul Sullivan ressalta que dos estados que aprovaram leis que esclarecem os direitos de herança de crianças concebidas postumamente, oito estabeleceram prazos de um a três anos. Em Nova Iorque, exige-se o consentimento por escrito de uma pessoa de que o material genético pode ser usado postumamente e estabelece um limite de tempo para a concepção e o nascimento da criança.

Segundo Alma Maria Rodriguez Guitian, o legislador espanhol exige de forma expressa o consentimento do cônjuge falecido para a inseminação com seu material reprodutivo e o prazo estabelecido para o uso de tal material é de 12 meses após a morte. Deve ser também especificada a beneficiária, no caso a mulher tem que ser devidamente identificada de modo a não deixar dúvidas.<sup>138</sup>

Marina Menezes Cruz e Leonardo Barreto Ferraz Cominho, ao discorrer sobre o reconhecimento jurídico da fertilização *in vitro post mortem* e os seus efeitos sucessórios, faz uma breve análise sobre o Direito Estrangeiro acerca do tema:

O ordenamento jurídico espanhol[31] regulamenta as técnicas de reprodução assistida, porém para isso o falecido marido deverá deixar autorizado mediante testamento ou escritura pública, sendo assim o concebido terá apenas o direito à filiação, não há previsão legal sobre o direito à herança.

Na Inglaterra[32] a legislação prevê e autoriza a fertilização *post mortem*, porém para efeitos sucessórios se faz necessário de testamento do *de cuius*.

O direito francês[33] não autoriza a fecundação artificial *post mortem*, contudo, caso seja feito o procedimento, o concebido terá direito à herança.

Para o direito alemão[34], a prática das técnicas assistidas póstumas é considerada crime, podendo a mulher do falecido sofrer sanções.

Os Estados Unidos[35] tratam com mais liberalidade este assunto, sendo assim, as legislações dos Estados-membros regulamentam as técnicas de reprodução humana assistida e permitem o direito à filiação e herança mesmo com a morte do genitor.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> GUITIAN, Alma Maria Rodriguez. La reproducción artificial post mortem em España: estudio ante um nuevo dilema jurídico. Disponível em: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572015000200013](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000200013). Acesso em 02 fev. 2022.

<sup>139</sup> COMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; CRUZ, Marina Menezes. O reconhecimento jurídico da fertilização *in vitro post mortem* e os seus efeitos sucessórios. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/373308084/o-reconhecimento-juridico-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-e-os-seus-efeitos-sucessorios>> Acesso em 05 mar.2022.

Diante desse retrato normativo dos diversos países sobre a reprodução assistida póstuma, é possível inferir que diversos interesses em conflito surgem com o nascimento de crianças resultado do avanço científico e que as legislações dos referidos países, por vezes, não contemplam as lides trazidas ao Judiciário.

Assim, a fim de comprovar a existência desses conflitos de interesses decorrentes do nascimento de filhos póstumos, serão trazidos ao presente trabalho relatos de caso ocorridos em Israel e que estão diretamente atrelados ao testamento genético.

### **2.2.3 Relatos de Casos Israelenses Atrelados ao Testamento Genético**

Feita a explanação sobre a reprodução assistida póstuma permitida pelo ordenamento brasileiro, pelo Canadá, pelos Estados Unidos da América e pela Espanha, passa-se a analisar e discutir neste trabalho alguns relatos de caso que se tornaram precedentes em Israel.

Conforme noticiado no sítio virtual da “New Family Organization”<sup>140</sup> e como já fora relatado acima, o caso que se tornou o estopim para tanto precedentes em Israel foi o de Kevin Cohen, soldado falecido em Gaza em 2002, cujo desejo à paternidade foi comprovado e atendido pela Corte Israelense a pedido de seus pais em 2007. Estes, exercendo o direito reconhecido de escolher uma mulher que pudesse ser mãe do filho de Cohen, o fez, do qual resultou o nascimento de uma neta em novembro de 2013.

Em 2009, o Tribunal da Família de Israel aprovou também a vontade biológica verbalizada por Idan Snir e permitiu que seus pais doassem seu material genético reprodutivo para que uma mulher solteira gerasse um filho de Idan. O mesmo ocorreu em 2011, com o diferencial de que já havia um testamento genético escrito, em que Baruch Posniansky autorizou seus pais a eleger uma mulher solteira para ser mãe de seu filho póstumo. Há relatos também de que, em 2013, mais três novos bebês nasceram de mães solteiras após a morte de seu pai.<sup>141</sup>

---

<sup>140</sup> NEW FAMILY. Biological Will. Disponível em: <<https://www.newfamily.org.il/en/biological-will-precedents-2/>> Acesso em 31 ago.2019.

<sup>141</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

Como ressalta Irit Rosenblun, tais casos validaram legalmente o testamento genético, permitindo que o direito dos homens a ter filhos mesmo após a morte e independentemente de uma parceira certa fosse respeitado. Com isso também reconheceram os benefícios para todas as partes interessadas, sobretudo para a criança que saberá quem foi seu pai e, por certo, conviverá com seus avós, levando-se em conta o fato de que a mulher solteira optou por receber uma doação de esperma de um pai conhecido em vez de um doador anônimo.<sup>142</sup>

Diante de tais relatos, verifica-se que o contexto em que o testamento genético surgiu em Israel se deve ao fato de que muitos jovens daquele país, ao defenderem seu território no conflito instaurado na Faixa de Gaza, situada entre Egito e Israel, falecem sem terem tempo de deixar seu legado biológico, vale dizer, seus filhos. Por isso, muitos pais desses soldados socorreram à Corte Israelense buscando o reconhecimento do desejo à continuidade biológica, inclusive Rosenblun relata a criação de um banco de esperma para os soldados das Forças de Defesa de Israel.

Com efeito, esse instrumento inovador ganhou o mundo e também aperfeiçoamentos, porquanto inicialmente era reconhecido tão-somente o direito dos homens a serem pais, não estendendo às mulheres. Nesse sentido, surgiu o primeiro caso de maternidade póstuma do mundo. Keren e Nissim congelaram um embrião e, posteriormente ao falecimento de Keren em razão de um câncer, contratou-se uma mãe de aluguel nos Estados Unidos, onde nasceu a criança Ayash que está sendo criada por Nissim e sua atual esposa.

Segundo relatos, o casal já tentava engravidar há anos usando tratamentos de fertilidade. Contudo, Keren, com 35 anos, foi diagnosticada com câncer cerebral, quando resolveram congelar alguns embriões, e, mais tarde, quando soube que sua situação médica era irreversível, ela fez seu marido prometer que encontraria uma “barriga de aluguel” para a concepção dos filhos deles. Com sua morte, Nissim procurou a Organização Nova Família e, por meio dela, conseguiu autorização na justiça para que o hospital entregasse ao pai os embriões.<sup>143</sup> Portanto, Nissim

---

<sup>142</sup> Idem, *ibidem*, loc. cit.

<sup>143</sup> VORZIMER, Andrew. Woman becomes a mother two years after her death. The Spin Doctor. Publicado em 15.6.2011. Disponível em:< <http://members.eggdonor.com/blog/2011/06/15/woman-mother-years-death/>>. Acesso em 06 set.2019.

atendeu o desejo de sua esposa Keren Ayash e ela tornou-se mãe de um menino dois anos após seu falecimento ocorrido em novembro de 2009.<sup>144</sup>

Trata-se de um caso diferente dos demais relatados, porquanto se utilizou da cessão de útero alheio não para um homem solteiro, mas sim para um homem que já possuía um embrião gerado quando de sua união. Nesse caso, não se vislumbra empecilho para que essa prática venha a ser utilizada no Brasil, até porque é permitida a cessão temporária de útero alheio, desde que atendidos os novos requisitos constante do item VII da recente Resolução do CFM n.º 2.294/2021.<sup>145</sup>

Apresentados os casos práticos do testamento genético em Israel, é de suma importância trazer ao presente trabalho a compreensão sobre o conteúdo e o alcance da vontade externada por meio deste instrumento jurídico. No capítulo primeiro já foram apresentadas as diversas concepções de autonomia e ressaltado que a expressão autonomia privada se afigura genérica no contexto deste trabalho, motivo pelo qual serão utilizados os termos autonomia existencial e autodeterminação.

Como frisado anteriormente, o indivíduo ao destinar seu material genético para a reprodução assistida póstuma está promovendo um interesse existencial, vale dizer, o direito humano à continuidade biológica. Trata-se de um exercício de autodeterminação do indivíduo de querer gerar um ser semelhante.

Para tanto, no item seguinte serão discutidas questões relacionadas à autonomia existencial ou autodeterminação aplicada no testamento genético, mas sem deixar de repisar alguns conceitos imprescindíveis relacionados à autonomia.

#### **2.2.4 Autonomia Existencial Aplicada no Testamento Genético**

Para compreender a autonomia existencial aplicada no testamento genético é de suma importância discorrer inicialmente sobre os atos de autonomia no campo do biodireito e após especificamente sobre a autonomia do próprio testador e

---

<sup>144</sup> HAARETZ. Israeli woman becomes mother two years after dying of cancer. Publicado em 14.06.2011. Disponível em: < <https://www.haaretz.com/1.5021891> >. Acesso em 06 set.2019.

<sup>145</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021.

também da pessoa designada por ele para custodiar e destinar seu material biológico criopreservado.

Como bem ressalta Pietro Perlingieri, os atos de autonomia possuem um denominador comum que consiste na “necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis” e que essa utilidade social dos atos e atividades não apresentem contradição com a segurança, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.<sup>146</sup>

A autonomia se apresenta como ponto de partida de pelo menos uma das partes interessadas na negociação de direitos subjetivos, mas também de deveres de solidariedade, não somente econômica, mas social e familiar. Exemplos trazidos são os atos de disposição do próprio corpo.<sup>147</sup>

Nesse sentido, Perlingieri afirma que não é possível construir uma figura negocial unitária, representada por uma disciplina comum, eis que a negociação apresenta-se cada vez mais com técnicas e formas diversificadas.<sup>148</sup>

Vale transcrever as palavras de Maria Helena Diniz:

O direito do ser humano à autonomia da vontade gera a obrigação dos demais de respeitá-lo, acatando a decisão tomada pelo titular do direito sobre seu plano de vida e ação. Esse respeito à autodeterminação fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, atendendo-se ao imperativo categórico Kantiano de que o ser humano é um fim em si mesmo.<sup>149</sup>

Como bem ressaltam Ana Paula Silveira Lêdo e Roberto Wagner Marquesi:

Os sujeitos serão livres para se autodeterminar, desde que no exercício dessa autonomia não provoque danos a outrem. A solidariedade perpassa todos esses elementos, pois atitudes cooperativas, protetivas, recíprocas e cuidadosas para com o sujeito concreto determinam o modo como o ser humano exercitará sua liberdade, respeitando o valor do outro, igualmente digno.<sup>150</sup>

A autonomia privada passa a ser vista com base na sua concepção bioética, atrelada à capacidade de decisão livre sobre os objetivos pessoais, amparada num

<sup>146</sup> PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 19.

<sup>147</sup> Idem, Ibidem, p. 19.

<sup>148</sup> Idem, Ibidem, p. 19.

<sup>149</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 474

<sup>150</sup> LÊDO, Ana Paula Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 3, p.248-286, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p248. ISSN: 2178-8189, p. 278.

consentimento livre, esclarecido e informado, devendo “ser respeitada a liberdade de escolha do paciente, seu direito de autodeterminação, de manifestação livre de sua vontade, de sua privacidade”.<sup>151</sup>

Nesse sentido, adota-se a terminologia autonomia existencial ou autodeterminação para se referir à autonomia do indivíduo para destinar seu material genético a fim de gerar um filho posteriormente à sua morte.

Com efeito, o indivíduo possui o direito de disposição de seu material fertilizante, óvulo, no caso das mulheres, e, sêmen, no caso dos homens. Assim, o direito de dispor de partes renováveis do corpo humano é também um ato existencial.

Esclarecida essa questão da autodeterminação no testamento genético, o grande questionamento que se faz é se o testador é totalmente livre para dispor quanto ao destino de seu material reprodutivo humano e se a pessoa designada a dar esta destinação está vinculada a essa vontade biológica externada.

Neste trabalho, essa pessoa designada será cunhada como testamenteiro, vale dizer, a pessoa designada a dar cumprimento às disposições testamentárias. Com efeito, nos termos do art. 1.976 do Código Civil, “o testador pode nomear um ou mais testamenteiros, conjuntos ou separados, para lhe darem cumprimento às disposições de última vontade”<sup>152</sup>, e entende-se que a geração de um filho póstumo se enquadre como uma disposição de última vontade.

Feitos tais esclarecimentos, vale discorrer inicialmente sobre a autonomia do testador. Quanto a esse ponto específico, é possível verificar que o destino que ele pretende dar ao seu material biológico (óvulos ou espermatozóides) se limita aos negócios biojurídicos autorizados no Brasil, tais como, gestação de útero alheio, as variadas técnicas de reprodução assistida permitidas, avaliação gênica de cromossomos, diagnóstico pré implantacional, etc. Logo, ao fazer o testamento, não se permite prescrever procedimentos que não são autorizados legalmente, como, por exemplo, aquele que determina o sexo da criança, práticas eugênicas, clonagem, entre outros.

---

<sup>151</sup> PONA, Éverton Willian. Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade. Curitiba: Juruá, 2015, p. 157.

<sup>152</sup> BRASIL. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm)>. Acesso em: 31 ago.2019.

Outro ponto a ser pensado é se poderia o(a) doador(a), solteiro(a) e sem companheiro/a, testamentar que seu material fecundante fosse utilizado por uma pessoa desconhecida a ser escolhida pela pessoa designada por ele no seu testamento, no caso o testamenteiro, ou mesmo escolher alguém de sua convivência para gerar um filho seu após sua morte, inclusive com contratação de gestação de útero alheio.

Em uma análise superficial sob o aspecto da autonomia, não se vislumbra óbice à validade desse testamento, sobretudo porque o cumprimento dessa vontade biológica está condicionada à anuência da pessoa designada a escolher a futura mãe/pai e/ou da própria pessoa que irá gerar o filho.

Desse modo, conclui-se que a autonomia do doador encontra evidentemente limites quanto a algumas técnicas de reprodução e a vontade dele somente será cumprida caso a pessoa designada concorde fielmente com as disposições constantes do documento.

Veja-se que, ao testar, o doador pode documentar, por exemplo, que seu esperma seja “custodiado” por sua mãe e que esta escolha uma mulher que aceite as gametas doadas para poder gerar um filho de ambos, como aconteceu no caso de Keivan Cohen, já relatado acima.

No entanto, pode ocorrer que a mãe do doador não queira gerar um neto, vale dizer, atender a vontade biológica deixada no testamento. Diante disso, não há dúvida de que a vontade da pessoa designada a dar destino ao material (o testamenteiro) deve se sobrepor à vontade do doador falecido (o testador), sobretudo porque são decisões que implicam em liberdade de escolha e no início de uma vida, cujo foco deve ser sempre a criança a ser gerada.

Ao discorrer sobre atos de autonomia existencial que envolvem terceiros, Rose Melo Vencelau Meireles conclui que:

Resta, portanto, afirmar que a autonomia da pessoa é merecedora de tutela quando exercida em função do desenvolvimento da sua personalidade, o que deve ser ponderado concretamente com outros princípios fundantes também do conteúdo jurídico da dignidade humana, especialmente, se os efeitos do ato de autonomia existencial recaírem também sobre um terceiro que, por um lado, não deve ser prejudicado, por outro, não pode ter sua personalidade desenvolvida às custas de instrumentalização de outrem.<sup>153</sup>

---

<sup>153</sup> MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 200.

Em sentido semelhante, Melissa Cabrini Morgato leciona que o princípio da autonomia não pode ser considerado direito absoluto, devendo ser limitado por meio do respeito à dignidade e à liberdade dos outros sujeitos de direito. Sintetizou sua ideia, asseverando que “a decisão do ser autônomo tem como fronteira a liberdade e a dignidades dos outros”.<sup>154</sup>

Para Luigi Ferri, é preciso a coexistência de liberdades, ao asseverar que direito subjetivo é a “liberdade que respeita a liberdade dos outros” e que “a limitação que é ínsita na ideia de direito é uma limitação formal, constituída, de liberdade: é a liberdade do outro, a liberdade do próximo”.<sup>155</sup>

Portanto, a vontade do testador é limitada pela liberdade de escolha do testamenteiro, ou seja, da pessoa designada a dar a destinação certa ao seu material reprodutivo humano, especialmente porque se a vontade do doador for de gerar um filho isso implicará também na liberdade e dignidade de outros sujeitos de direito.

Assim, a vontade biológica, externada no testamento genético, não vincula de forma obrigatória a pessoa determinada para gerar seu filho, ainda que seja seu cônjuge ou companheiro, assim como também não vincula a pessoa que tenha por incumbência escolher um terceiro para utilização de seu material reprodutivo para fins de parentalidade.

É óbvio que não se pode obrigar alguém a fazer cumprir disposições testamentárias de cunho existencial como essas relatadas acima, mas também não se pode proibir a pessoa que queira dar fiel cumprimento às disposições de última vontade constantes do testamento genético.

Diante dos limites traçados à autonomia do testador, do testamenteiro e também da pessoa que poderá gerar o filho póstumo, é possível concluir pela importância de se externalizar a vontade de continuidade biológica posteriormente à sua morte em um testamento, pois esse desejo existencial possui reflexos nos direitos de terceiros.

Portanto, é recomendável que se instrumentalize a vontade procracional por meio do testamento, a fim de não gerar dúvidas futuras, sobretudo porque não há

---

<sup>154</sup> MORGATO, Melissa Cabrini, *Bioética e Direito: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético humano*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011, p. 65.

<sup>155</sup> FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959, p. 208.

legislação brasileira a respeito desse tema e as decisões dos Tribunais são divergentes.

Não obstante a aludida recomendação, mostra-se relevante apontar neste trabalho alguns aspectos positivos e também negativos com relação ao testamento genético. Como já frisado anteriormente, trata-se de um instrumento inovador e que deve ser alvo de debates e críticas, a fim de que ele possa ser devidamente instituído no ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.2.5 Aspectos Positivos e Negativos do Testamento Genético**

Como já ressaltado acima, é de suma importância ao presente trabalho apresentar e tecer alguns comentários acerca dos aspectos positivos e negativos do testamento genético, sobretudo porque diz respeito a possível surgimento de um ser vivo.

O primeiro ponto favorável a ser trazido e que é enfatizado por Rosenblum é que o testamento genético trouxe uma solução para alguns dilemas apresentados pelas novas tecnologias de reprodução. Um deles é o caso em que a pessoa realiza uma produção independente com doação anônima de gametas, e, por esse motivo, os filhos acabam não possuindo registro genético, árvore genealógica e família estendida<sup>156</sup>. Contudo, utilizando-se óvulos ou espermatozoides, doados por pessoa

---

<sup>156</sup> Importante referir análise feita pelas autoras Ana Luiza Mendes Mendonça e Daniela Braga Paiano sobre o direito à identidade genética: “Nesse cenário, todo indivíduo tem direito a descobrir suas origens genéticas, podendo-se afirmar que trata de um direito de personalidade considerando que, a despeito do não tratamento direto do direito à identidade pelo Código Civil, os direitos de personalidade compreendem tudo o que é referente à pessoa humana. [...] Portanto, embora exista uma insuficiência normativa no Brasil a respeito da manutenção (ou não) do anonimato do doador na técnica de reprodução assistida heteróloga, conclui-se que deve ser preservado e assegurado à pessoa concebida por procriação artificial que utiliza material fecundante de terceiro o direito de busca de sua identidade genética, em detrimento do anonimato do doador. Contudo, deve ser algo regulamentado, bem como deve ser vedada a sua banalização e a concessão de estado de filiação, de direitos sucessórios, e demais direitos patrimoniais decorrentes (como alimentos). Ou seja, a busca pela identidade genética não deve gerar vínculo de filiação.” (MENDONÇA, Ana Luiza Mendes. PAIANO, Daniela Braga. Contrato de Doação de sêmen e a (im)possibilidade de conhecer a origem genética no Brasil e em outros ordenamentos. In: Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito: discussões sobre negócios biojurídicos – Vol. II/ [organizadoras] Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Juliana Carvalho Pavão, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador. – Londrina, PR: Thoth, 2020, p. 22 e 35/36).

identificada por meio de testamento genético, é possível que todas as pessoas sejam beneficiadas.<sup>157</sup>

Como assevera Rosenblum, beneficiam-se os pais do falecido doador que poderão se tornar avós e continuar sua linhagem biológica, o pai ou a mãe designada, pois conhecerão a herança genética de seu filho e, sobretudo, a criança que obterá um registro genético completo, conhecerá suas origens e ainda terá uma família extensa.

Assim, a criança, não obstante nascer sem conhecer seu ascendente direto porque o pai ou a mãe já é falecido, saberá e conhecerá sua identidade genética, assim como se sentirá pertencido, sobretudo porque a família do falecido participará da vida da criança que vai nascer, pois assim o desejaram.

Outro ponto positivo do testamento genético é que ele pode concretizar o direito humano à continuidade biológica, ainda que posteriormente à sua morte. Como defende Vera Lúcia Raposo, o direito reprodutivo é uma realização de um desejo pela imortalidade.<sup>158</sup>

Desse modo, se o indivíduo manifestou expressamente sua vontade procriacional durante a vida e autorizou a utilização de suas gametas posteriormente à sua morte, é de ser considerada e avaliada a vontade da pessoa humana de querer deixar seu legado biológico.

Além disso, é relevante ressaltar que, com o falecimento do doador do material genético poderá haver o descarte de embriões, caso estes não sejam utilizados para a reprodução assistida póstuma e caso não haja autorização do casal para doação anônima de embriões a pacientes inférteis ou à pesquisa científica. Contudo, tanto a doação anônima quanto a destinação para fins científicos são hipóteses raras de ocorrer, sobretudo porque é necessário o consentimento de ambos os genitores, nos termos do art. 5º da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005).<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> NEW FAMILY. Biological Will. Disponível em: <<https://www.newfamily.org.il/en/biological-wills/>> Acesso em 31 ago.2019

<sup>158</sup> RAPOSO, Vera Lucia. O Direito à Imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro. Coimbra: Almedina, 2014, p. 118.

<sup>159</sup> BRASIL. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. 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)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

Portanto, é possível afirmar que, com a concretização do testamento genético, evita-se o descarte do embrião e atribui-se um destino digno a ele, uma vez que o embrião será destinado à reprodução assistida póstuma.

Na doutrina contemporânea, sempre foi alvo de debate o número excessivo de descarte de embriões, tanto é que recentemente o Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de se evitar desnecessariamente o descarte de embriões excedentários, delimitou o número de embriões gerados em laboratório a oito, nos termos no item V2 da Resolução do CFM 2.294/2021.<sup>160</sup>

A propósito, por meio do Decreto 5.591/2005, foi atribuída ao Ministério da Saúde a criação de um cadastro atualizado de embriões humanos obtidos em laboratório para fins de fertilização *in vitro* e que não foram devidamente implantados.<sup>161</sup>

Contudo, somente em 2008, com a publicação da Resolução de Diretoria Colegiada/Anvisa RDC 29/2008, o Sistema Nacional de Produção de Embriões (SisEmbrio) foi criado. Segundo dados extraídos do 13º Relatório do SisEmbrio, no ano de 2019 foram congelados 100.380 embriões para uso em técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), tendo sido transferidos ao útero da paciente 25.949 embriões, tanto a fresco como descongelados, e descartados 83.236 embriões, sendo que apenas 22 embriões congelados foram doados para pesquisas com células-tronco em 2019.<sup>162</sup>

Esse cenário apresentado deixa claro que estão sendo produzidos inúmeros embriões excedentários e que a grande maioria deles está sendo descartado. Nesse sentido, o cumprimento da vontade externada por meio do testamento genético para gerar um filho póstumo se afigura como um meio de se evitar que o embrião que foi congelado seja descartado com a morte de um dos genitores.

Em sentido oposto, Maria Helena Diniz apresenta alguns pontos desfavoráveis ao testamento genético, ao frisar que a reprodução assistida *post mortem*:

<sup>160</sup> BRASIL. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: < [https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf) >. Acesso em: 01 dez.2021.

<sup>161</sup> FROENER, Carla; CATALAN, Marcos. A reprodução humana assistida na sociedade de consumo. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 36.

<sup>162</sup> ANVISA. 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaOTVjMDYxOGMtMmNlYy00MjQ3LTg3Y2ltYTAxYTQ4NTkxYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MGM3LW13MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030> Acesso em 02 mar.2022.

[...] traz inúmeros problemas ético-jurídicos, como: o da determinação da filiação; o dos direitos sucessórios; o da paternidade ou maternidade valiosa, que requer fertilização com gametas de pessoas ilustres, violando o princípio da seleção natural, podendo, ainda, gerar a comercialização de material fertilizante e de zigotos. Com isso fere-se a dignidade, a identidade genética e a integridade psíquica da criança.<sup>163</sup>

Nesse sentido, Maria Helena Diniz defende a necessidade de se proibir legalmente a reprodução humana assistida *post mortem* e, caso haja permissão legal, deve-se prescrever quais serão os direitos do filho, inclusive sucessórios.<sup>164</sup>

Eduardo de Oliveira Leite também tece inúmeras críticas à reprodução assistida póstuma, ao ponderar que a monoparentalização compromete de forma séria o processo de independência e socialização da criança.<sup>165</sup> Defende ainda que o interesse do legislador é de garantir à criança uma família formada por ambos os genitores.<sup>166</sup>

Sobre a temática calha relevar que parte da doutrina desaprova a reprodução assistida póstuma por também violar o direito da criança à convivência familiar, asseverando que o infante não teria contato com o pai biológico e isso comprometeria seu desenvolvimento social e psicológico.

Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf levantam um questionamento bioético sobre gerar um filho que de antemão não conhecerá um dos seus genitores, trazendo ao debate o choque de dois direitos personalíssimos: o direito à procriação e o direito à biparentalidade biológica. Indagam se o direito reprodutivo da mãe sobrepõe-se ao direito à biparentalidade do filho e concluem dizendo ser difícil chegar-se num consenso para essa resposta.<sup>167</sup>

Patrícia Ferreira Rocha se posiciona sobre o questionamento, defendendo que o fato de a criança ter pai e mãe vivos não lhe garante o pleno desenvolvimento

<sup>163</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 602.

<sup>164</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 633.

<sup>165</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal. – 2. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 97.

<sup>166</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 151.

<sup>167</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. C. do R. F. D. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 221-242, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984>. Acesso em: 5 maio. 2022, p. 225.

e afirma que o “exercício unilateral do planejamento familiar não colidiria necessariamente com o princípio, também constitucional, do melhor interesse da criança, pois esse não corresponde ao crescimento e desenvolvimento dos filhos em famílias tradicionais, composta pela biparentalidade, numa triangulação clássica: pai, mãe e filho”.<sup>168</sup>

Portanto, a responsabilidade exclusiva de somente um dos genitores não pode ser considerada danosa ao filho, sobretudo se a família oferecerá afeto, cuidados e atenção ao infante, proporcionando-lhe uma boa educação. Como bem frisa Ana Carolina Pedrosa Massaro: “O interesse real do menor não está adstrito ao convívio familiar pura e simplesmente, mas ao convívio familiar sadio, contínuo e juridicamente amparado e reconhecido”.<sup>169</sup>

Não obstante os relevantes posicionamentos apresentados, entende-se que os aspectos positivos trazidos por Irit Rosenblum são relevantes no cenário social atual, em que muitos filhos somente conhecem a identidade genética da mãe, porque frutos de fertilizações por doador de esperma anônimo. Conforme pesquisa relatada no livro “O nome do meu pai é doador”, é constante a inquietude dos filhos gerados por essa técnica de reprodução em relação as suas origens e a saúde deles também é afetada, porquanto se identificou que “eles são duas vezes mais propensos a abuso de substâncias químicas quando comparados com quem conhece os pais biológicos”.<sup>170</sup>

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro caminhou no sentido de admitir e tutelar as diversas modalidades de entidades familiares pós-modernas, superando o paradigma de família biparental, composta necessariamente por pai e mãe.

Cristiano Chaves de Farias defende que não se pode fixar um modelo familiar uniforme e que a família deve ser compreendida conforme os movimentos que constituem as relações sociais ao longo do tempo.<sup>171</sup> Ensina ainda o aludido

<sup>168</sup> ROCHA, Patrícia Ferreira. A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise de legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32730/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Patricia%20Ferreira%20Rocha.pdf>. Acesso em 02.fev.2022, p. 60/61.

<sup>169</sup> MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. Famílias in vitro: um ensaio sobre a harmonização entre o direito das famílias monoparentais e homoafetivas ao planejamento familiar e o direito do menor à biparentalidade, 2014, p. 5.087/5.088.

<sup>170</sup> COSTA, Rachel. Elas querem saber quem são seus pais: Jovens gerados com doação anônima de óvulos e esperma iniciam movimento pelo direito de conhecer seus pais biológicos. Revista Isto é. Publicado em 18.3.2011. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/129046\\_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS](http://www.istoe.com.br/reportagens/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS)>. Acesso em: 04 set. 2019.

<sup>171</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. Escritos de direito de família. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris,

autor que não é crível que a estrutura familiar esteja presa a ideias estáticas e que sejam submetidas a valores pertencentes a um passado distante.<sup>172</sup>

Maluf, ao discorrer sobre a família na pós-modernidade e apontando os aspectos civis e bioéticos, pondera que:

O conceito de família tomou outra dimensão no mundo contemporâneo, estendendo-se além da família tradicional, oriunda do casamento, para outras modalidades, muitas vezes informais, tendo em vista o respeito à dignidade do ser humano, o momento histórico vigente, a evolução dos costumes, o diálogo internacional, a descoberta de novas técnicas científicas, a tentativa da derrubada de mitos e preconceitos.<sup>173</sup>

Na pós-modernidade, existem outros conceitos de família além da matrimonial, da formada na união estável, da monoparental, por pessoas do mesmo sexo. Nesse cenário, surgem: a família anaparental, a família pluriparental, da família eudemonista e a família paralela.<sup>174</sup>

É com base nessa linha de pensamento que se afirma que não existe um modelo ideal ou preferencial de família, assim como não há um modelo familiar mais adequado ao melhor interesse da criança, eis que é o caso concreto quem determinará ou definirá isso. Portanto, não se pode excluir a família monoparental ou homossexual como opção adequada de família a uma criança.

Nesse sentido, a ausência de convivência com o pai falecido não pode se tornar empecilho à reprodução póstuma, sobretudo se a vontade procracional foi manifestada de forma expressa e adequada e os interesses da futura criança foram salvaguardados.

---

2017, p. 3.

<sup>172</sup> Idem, *ibidem*, p. 4.

<sup>173</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. C. do R. F. D. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 221-242, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984>. Acesso em: 5 maio. 2022, p. 235 e 236.

<sup>174</sup> Idem, *ibidem*, p. 226. Os autores definem a família anaparental como “a relação familiar baseada na *affectio* e na consciência mútua, entre pessoas que apresentem grau de parentesco”. A família pluriparental, também denominada de família mosaico, é entendida como a “entidade familiar que surge com a ruptura de anteriores vínculos familiares e conseqüente formação de novos vínculos, que incluem os filhos oriundos das relações anteriores, e também aqueles que o casal têm em comum”. A família eudemonista é conceituada como “a família cuja formação de corre do afeto, ou seja, cuja viabilidade produz felicidades nos seus componentes, bem supremo da existência humana”. Por fim, a família paralela se configura quando “um dos integrantes participa como cônjuge de mais de uma família”.

Partilhando de nosso entendimento, Patrícia Rocha pondera que o fato de a reprodução póstuma impedir o genitor falecido de exercer sua função parental não pode levar à conclusão de que esta função não poderia ser plenamente realizada por outro ente familiar, ressaltando que o novo perfil familiar fundamentado no afeto traz a ideia de que o papel de pai ou mãe não deve ser exercida impreterivelmente pela figura dos genitores.<sup>175</sup>

Neste contexto, é possível concluir que a família pós-moderna está fundada diretamente nas relações de afeto e que a família monoparental é reconhecida pelo ordenamento jurídico, com fundamento no princípio da igualdade entre as entidades familiares.

Portanto, verifica-se que há diversos pontos positivos que devem ser levados em consideração quanto ao testamento genético, o que justifica a análise de sua viabilidade e implementação no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo nos contratos de criopreservação de material genético.

---

<sup>175</sup> ROCHA, Patrícia Ferreira. A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise de legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32730/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Patricia%20Ferreira%20Rocha.pdf>. Acesso em 02.fev.2022, p. 62.

### 2.3 O TESTAMENTO GENÉTICO E SUA RELAÇÃO COM O CONTRATO DE CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS E EMBRIÕES

Em todo o contrato de criopreservação de material genético (óvulos, sêmen e embriões) é imprescindível a existência de cláusula dispondo sobre a destinação de óvulos, espermatozoides ou embriões após o falecimento de seu responsável, visto que não se pode preservar tais materiais eternamente, sobretudo porque é custoso.

Portanto, ao firmar esse contrato de congelamento, o paciente deve decidir o destino dos materiais fertilizantes em caso de morte, podendo ser destinados ao descarte, à doação anônima e também à utilização *post mortem*, a fim de conceber um filho póstumo. Neste momento, surge a necessidade de um complemento ao contrato: o testamento genético, documento específico para o exercício da autodeterminação quanto à utilização do material genético após o falecimento. Portanto, sem a existência do contrato de criopreservação de material reprodutivo desnecessário o testamento genético, eis que no Brasil não se permite a coleta de sêmen após o falecimento, como ocorre em outros países.

Importante salientar que é grande a dificuldade de se conseguir tais contratos, visto que as clínicas de reprodução assistida somente disponibilizam os instrumentos contratuais aos pacientes que farão os procedimentos relacionados à reprodução assistida e muitas dessas clínicas também possuem o receio de utilização indevida desses contratos.

Em razão da dificuldade de acessar tais tipos de informações contratuais, neste trabalho apenas serão analisadas as disposições sobre a destinação póstuma do material genético em dois documentos brasileiros, um deles intitulado “contrato para criopreservação de material genético” (em anexo) e o outro denominado de “Termo de Autorização e Consentimento Livre e Esclarecido para Técnicas de Manipulação Laboratorial de Gametas e Embriões” (em anexo). Os demais documentos são estrangeiros, dando especial importância ao Modelo de consentimento expresso instituído pela Lei do Estado de Nova Iorque – EPTL § 4-1.3.

Além disso, serão apresentadas algumas decisões proferidas por diversos tribunais do Brasil sobre a reprodução assistida póstuma, especificamente acerca da forma de autorização, e uma decisão recente do Superior Tribunal de Justiça no

Recurso Especial 1918421/SP, trazendo os votos daqueles que divergiram do entendimento prevalente.

Serão ainda tecidos alguns comentários sobre os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional a respeito da reprodução assistida póstuma e tecidos alguns comentários acerca da lei do estado de Nova Iorque sobre o tema.

Por fim, será apresentada uma sugestão de “lege ferenda” e alguns requisitos mínimos que deve conter o testamento genético a ser aplicados aos contratos de criopreservação de gametas e embriões.

### **2.3.1 Destinação Póstuma do Material Genético: Autorizações das Clínicas de Reprodução Assistida e o Testamento Genético**

Quando da formalização da criopreservação de material genético (gametas e embriões) nas clínicas de reprodução assistida, o proprietário do material normalmente externa sua vontade ou não de permitir sua utilização posteriormente à morte. Assim, sendo afirmativo seu desejo, é comumente fornecido ao paciente um termo de autorização prévia específica.

No Brasil, em regra, esse termo é lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida, nos termos do Provimento n.º 63 do Conselho Nacional de Justiça <sup>176</sup>, que regulamenta a padronização das certidões de nascimento, casamento, óbito e certidão de inteiro teor em todo o território brasileiro.

Consta do aludido provimento uma seção específica sobre a reprodução assistida e nela se ressalta da necessidade desse “termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado” <sup>177</sup> para fins de registro e de emissão da certidão de nascimento.

Contudo, é importante ressaltar que o Provimento n.º 63 do Conselho Nacional de Justiça não disponibiliza ou sugere modelo desse termo de autorização, tampouco esclarece quais informações mínimas devem conter o termo. Desse modo, a redação desse documento fica a cargo das clínicas de reprodução assistida.

Infelizmente, não se logrou êxito no acesso a tais termos ou autorizações redigidas pelas clínicas de reprodução assistida pelos motivos já expostos

---

<sup>176</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 63/2017. Publicado em 14.11.2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2525>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

<sup>177</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 63/2017. Publicado em 14.11.2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2525>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

anteriormente. Portanto, a análise a ser realizada neste trabalho se restringirá às disposições contidas no modelo de “contrato para criopreservação de material genético” (em anexo) e também no “Termo de Autorização e Consentimento Livre e Esclarecido para Técnicas de Manipulação Laboratorial de Gametas e Embriões” (em anexo).

No modelo contratual (em anexo) consta do item 19 a seguinte redação:

USO DO MATERIAL GENÉTICO PRESERVADO APÓS O FALECIMENTO DO SEU RESPONSÁVEL: para a efetiva utilização post-mortem de qualquer material genético para fins reprodutivos, a pessoa que o produziu deverá deixar uma autorização específica assinada e com firma reconhecida por autenticidade. Não é permitida pela legislação brasileira a sua utilização sem este termo feito em vida. Caso seja seu desejo, solicitar este termo à nossa equipe.

Para o caso de falecimento:

Descrever abaixo se autoriza ou não a utilização do material biológico criopreservado por outra pessoa em caso de falecimento; caso autorize, por gentileza escreva o nome e CPF da pessoa autorizada.

Para o uso efetivo nessa situação, o termo específico deverá ser assinado e a firma reconhecida por “autenticidade”, em conformidade com o provimento 63 de 14/11/2017, do CNJ.

Pela leitura de tal dispositivo contratual, especificamente no trecho “Caso seu desejo, solicitar este termo à nossa equipe”, verifica-se que o termo de autorização somente é entregue ao paciente caso ele solicite à equipe da clínica de fertilidade, de modo que não se pode aferir se a clínica explica e informa ao paciente seus direitos enquanto detentor do material genético criopreservado.

Infere-se ainda que no próprio contrato é possível declinar a pessoa autorizada a utilizar seu material fecundante. Portanto, não devem ser raras as situações em que a pessoa autoriza o destinatário do material genético colocando o nome e sua identificação no contrato, mas não assina o termo de autorização específica com firma reconhecida por autenticidade, como assim recomenda o contrato.

Nesse ponto, é de suma importância destacar que tais falhas procedimentais acarretam muitas vezes a impossibilidade de o destinatário gerar um filho póstumo, restando frustrada a vontade externalizada verbalmente pelo falecido mas não devidamente expressa em documento com força jurídica ou

mesmo pela incompletude do documento colhido pela clínica.

Além disso, Espolador e Pavão ressaltam que essa documentação da vontade dos pacientes, colhida nas clínicas de reprodução assistida, não é fiscalizada, de modo que o documento firmado pelos pacientes pode ser invalidado juridicamente em razão de não observar princípios básicos do direito brasileiro, tal como o dever de informação de forma clara e esclarecida.<sup>178</sup>

Nessa perspectiva, Carla Froener e Marcos Catalan discorre que:

O consentimento a ser obtido, como se percebe, há de ser deveras bem informado. A manifestação de vontade a ser colhida, na forma escrita, daqueles que buscam a reprodução humana pressupõe compreensão prévia, clara e ampla de todas as possibilidades – as que provam felicidades e as que causam incômodo e dor – latentes no procedimento indicado ou sugerido, restando claro que a dimensão formal que molda uma assinatura aposta sobre um termo mal elaborado ou que foi submetido à apreciação dos pacientes momentos antes da realização de atos médicos, obviamente, por si só, não comprova que o consentimento foi externado de modo livre e esclarecido.<sup>179</sup>

Assim, percebe-se que o consentimento colhido nas clínicas de fertilização deve ser livre e esclarecido, não podendo uma assinatura aposta em termo de autorização mal elaborado ser considerada suficiente para se permitir a concepção de um filho póstumo.

Portanto, a fragilidade desses documentos apresentados pelas clínicas de reprodução assistida aos pacientes não traz segurança jurídica àquelas pessoas que pretendem que sua vontade de procriação seja atendida mesmo após sua morte, vez que a autorização pode ser contestada judicialmente, até mesmo pela própria clínica que a colheu.

Soma-se a isso o fato de que existem clínicas que nem mesmo informam essa opção de reprodução assistida *post mortem* ao paciente, deixando o contrato de criopreservação de material genético sem qualquer disposição sobre a vontade ou não do paciente de consentir no uso de seu material genético após seu falecimento.

<sup>178</sup> ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; PAVÃO, Juliana Carvalho. Possibilidade de disposição sobre a destinação de embriões no pacto antenupcial. In: Relações jurídicas familiares sob uma ótica contemporânea: volume II/coordenadoras Daniela Braga Paiano, Rita de Cássia R. Tarifa Espolador. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 76.

<sup>179</sup> FROENER, Carla; CATALAN, Marcos. A reprodução humana assistida na sociedade de consumo. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 57.

É o caso do item “5C” relativo à criopreservação de óvulos contida no “Termo de Autorização e Consentimento Livre e Esclarecido para Técnicas de Manipulação Laboratorial de Gametas e Embriões” (em anexo), em que não há a opção de autorizar a utilização do óvulos *post mortem*, conforme a seguir colacionada:

5) Criopreservação de óvulos

Estou/estamos cientes de que após a aspiração dos folículos ovarianos pode ser realizada a criopreservação da totalidade ou parte dos óvulos obtidos e viáveis (Maduros), a fim de evitar a formação de embriões excedentes. Esta decisão deverá ser determinada por critérios médicos e/ou laboratoriais. Deste modo:

[...]

C) Fui/fomos informados e AUTORIZO/AUTORIZAMOS que caso ocorra a criopreservação de óvulo(s), em caso de morte ou doença debilitante, a equipe da Clínica X<sup>180</sup> está autorizada a (assinalar somente UMA opção):

Doar os ÓVULOS anonimamente a outro paciente infértil após o prazo definido em legislação vigente

Descartar os ÓVULOS após o prazo definido em legislação vigente

Pela breve leitura, constata-se que a clínica de fertilização não disponibilizou à paciente a opção de destinar seus óvulos após sua morte para a concepção de um filho. Houve omissão da clínica ao não fornecer instrumentos para que sua eventual vontade de autorizar alguém a utilizar seu material genético para gerar um filho seu fosse externalizada.

No entanto, no mesmo documento, consta do item “7B” a possibilidade de o detentor da amostra seminal, em caso de ausência deste, autorizar sua esposa ou parceira a descongelar os espermatozoides para tratamentos de reprodução assistida. Veja-se a disposição constante do termo de autorização (em anexo):

7) Descongelamento de espermatozoides

Estou/Estamos cientes que amostras seminais criopreservadas podem ser utilizadas para tratamentos como inseminação artificial, FIV com óvulos próprios ou provenientes de doação e ciclos que

<sup>180</sup> O nome da clínica foi ocultado por motivos éticos.

utilizam óvulos descongelados. Deste modo:

[...]

B) Fui/Fomos informados que a amostra seminal criopreservada não pode ser utilizada em minha ESPOSA/PARCEIRA sem minha autorização conjunta. Deste modo, em minha AUSÊNCIA:

( ) AUTORIZO o DESCONGELAMENTO e MANIPULAÇÃO de minhas amostras seminais para tratamentos de reprodução assistida em minha esposa ou convivente, abaixo identificada:

NOME \_\_\_\_\_

( ) NÃO AUTORIZO o DESCONGELAMENTO e MANIPULAÇÃO de minhas amostras seminais para tratamentos de reprodução assistida em minha esposa ou convivente, Para que não parem dúvidas, assino abaixo:

Esposo/Parceiro Nome

Assinatura

( ) NÃO SE APLICA, pois não irei(mos) DESCONGELAR ESPERMATOZÓIDES.

Analisando-se tal redação, verifica-se que essa autorização é demasiadamente simples e incompleta, inclusive apenas se refere à ausência da pessoa e não ao falecimento desta. Além disso, não há manifestação expressa de que o detentor da amostra seminal pretende gerar um filho mesmo após sua morte, o que acarretará dúvidas no momento em que, caso autorizado o descongelamento e a manipulação do sêmen, sua parceira queira gerar um descendente.

Ainda no “Termo de Autorização e Consentimento Livre e Esclarecido para Técnicas de Manipulação Laboratorial de Gametas e Embriões” (em anexo), no item “8G” atinente à criopreservação de embriões, consta a opção de utilização dos embriões em caso de morte ou doença debilitante de um dos conviventes. Confira-se:

#### 8) Criopreservação de Embriões

Estou/Estamos cientes de que após a fertilização dos óvulos, podem ser obtidos embriões passíveis de serem criopreservados. Deste modo:

[...]

G) Fui/fomos informados e AUTORIZO/AUTORIZAMOS que caso ocorra a criopreservação de embriões e em caso de morte ou doença debilitante de um dos conviventes, a equipe da Clínica X<sup>181</sup> está autorizada a (assinalar somente UMA opção):

- Doar os embriões anonimamente a outro paciente infértil
- Descartar os embriões (após prazo definido em legislação vigente).
- Utilizar os embriões para tratamentos de reprodução assistida, conforme desejo do outra(o) convivente.

A despeito de conter a opção de destinação dos embriões para futura fertilização caso assim deseje a/o convivente, a redação é sucinta e incompleta. Isso porque não há determinação de identificar a pessoa para a qual o material fecundante será destinado, tampouco a manifestação da vontade: se a pessoa deseja ter um filho posteriormente à sua morte.

É possível ainda notar que esse termo de autorização e consentimento acima citado é genérico, não tendo sido confeccionado especificamente à determinada pessoa. Basta assinalar com um “X” a opção desejada e o termo está findo e acabado, dando-se aparência de uma “autorização de adesão”, fazendo-se uma analogia ao contrato de adesão, em que as cláusulas estão estabelecidas unilateralmente pelo proponente, sem que o aderente possa discutir ou modificar seu conteúdo.

Como há disposições existenciais relacionadas à possível surgimento de um novo ser, a autorização deve ser individualizada e não genérica. Além disso, imprescindível que a clínica de reprodução assistida esclareça às partes de forma prévia, clara e ampla as possibilidades de destinação do material criopreservado em caso de morte ou doença debilitante, inclusive ressaltando as repercussões jurídicas de se autorizar a utilização de material fecundante posteriormente à sua morte para gerar um filho.

Não se pode perder de vista também que é preciso abarcar o maior número de situações possíveis em tais documentos, de modo que não deixem dúvidas quanto à vontade da pessoa falecida. Em outras palavras, o detentor do material genético deve indicar o destinatário do material genético, a finalidade da utilização, o prazo dessa utilização, entre outras situações que serão discutidas mais a frente.

---

<sup>181</sup> O nome da clínica foi ocultado por motivos éticos.

Como já frisado anteriormente, não se trata de simples acordo patrimonial, pois há escolhas existenciais relacionadas ao projeto parental que devem ser exteriorizadas no documento ou termo de autorização de forma clara, de modo a evitar que a vontade externalizada seja contestada posteriormente à morte do detentor do material genético.

Assim, em decorrência desses documentos incompletos e dessas “autorizações de adesão”, inúmeras ações são ajuizadas trazendo discussões acerca da vontade do falecido ou da falecida de se tornar pai ou mãe, ainda que posteriormente à sua morte.

Em verdade, esse termo de autorização apresentado nas clínicas de reprodução assistida aos pacientes no momento de concluir um contrato de criopreservação de material fecundante é insuficiente, sobretudo se for para atender a vontade da pessoa falecida de gerar um filho póstumo.

Esse termo de autorização já vem pronto e acabado, não tendo o paciente o direito de modificar o seu conteúdo. Portanto, em tais documentos não se pode contemplar todas as disposições possíveis nos dias atuais.

Nesse cenário apresentado e diante dessa ausência de disposições individualizadas nos documentos firmados nas clínicas de reprodução assistida, defende-se que o testamento genético, lavrado por escritura pública, seja o documento mais adequado para abordar as questões alusivas à destinação de gametas e embriões para conceber os filhos posteriormente à sua morte.

Com efeito, a destinação dos gametas (óvulos e sêmen) ou embriões congelados por meio do testamento genético concederia força jurídica a um assunto de suma importância para as diversas áreas do direito, familiar, sucessório, previdenciário, entre outros.

Assim, não se pode aceitar que a concepção de um filho posteriormente à sua morte seja tratada em uma disposição contratual dentro de uma clínica de reprodução assistida ou em um termo de autorização simplista, sem qualquer discussão relacionada aos direitos do futuro filho concebido.

É preciso que os interesses do filho a ser gerado também sejam resguardados e para isso o testamento genético mostra-se como o documento mais adequado ao melhor interesse da criança, eis que uma simples autorização do material genético *post mortem* não atenderia esse princípio constitucional do menor.

Com a finalidade de sugerir ao final deste trabalho alguns requisitos mínimos que devem conter o modelo de testamento genético aplicado aos contratos de criopreservação de material genético e que atenda os interesses de todas as pessoas envolvidas, sobretudo da criança eventualmente gerada após o falecimento de um de seus genitores, passa-se a analisar um modelo de consentimento expresso instituído pela Lei do Estado de Nova Iorque.

### 2.3.2 A Lei do Estado de Nova Iorque – EPT § 4-1.3 e seu Modelo de Consentimento Expresso

Em 14 de novembro de 2014, o governador Cuomo do Estado de Nova Iorque aprovou um novo estatuto, o EPT § 4-1.3, intitulado como herança de filhos concebidos após a morte de um genitor genético <sup>182</sup>. Essa lei foi promulgada para estabelecer claros requisitos de como os filhos genéticos são elegíveis para herdar de patrimônio de seus pais.

Essa legislação estadunidense define "materiais genéticos" como esperma ou óvulos (células-ovo). Um "genitor genético" é definido como um homem que fornece esperma ou uma mulher que fornece óvulos com a finalidade de conceber um filho após sua morte. Uma criança concebida a partir do material genético e nascida após a morte do genético pai é definido como um "filho genético".

Nessa lei consta que o genitor genético deve expressamente consentir, em instrumento escrito, o uso de seu material genético e autorizar uma pessoa a tomar decisões sobre o uso de tais materiais após sua morte, sendo denominada pela lei como "pessoa autorizada". <sup>183</sup>

Esse expresso consentimento deve ocorrer no máximo sete anos antes da morte do pai genitor e ele deve ser datado e assinado pelo genitor na presença de

---

<sup>182</sup> ESTADO DE NOVA IORQUE. New York Consolidated Laws, Estates, Powers and Trusts Law - EPT § 4-1.3 Inheritance by children conceived after the death of a genetic parent. Ao que parece, trata-se o EPT § 4-1.3 de um parágrafo contido no "New York Consolidated Laws, Estates, Powers and Trusts Law", que traduzido livremente significa leis consolidadas sobre heranças, poderes e "trust" (**institutos legalmente utilizados por famílias a fim de gerenciar e proteger patrimônio**), sendo que o EPT § 4-1.3 é intitulado como heranças de filhos concebidos após a morte de um genitor genético (tradução livre). Disponível em: <<https://codes.findlaw.com/ny/estates-powers-and-trusts-law/ept-sect-4-1-3.html>> Acesso em 10 fev.2022.

<sup>183</sup> Tradução livre de: "authorized person".

duas testemunhas, sendo que nenhuma delas pode ser a pessoa autorizada no documento.

A lei prevê ainda que um suplente à pessoa autorizada pode ser selecionada em caso de autorização caso a pessoa morra antes do genitor genético. A revogação do consentimento por escrito pode ser feito por uma nova escrita, executado de forma semelhante ao consentimento, não podendo ser alterado ou revogado por uma disposição do testamento do genitor genético.

Consta ainda dessa lei que a pessoa autorizada deve comunicar a disponibilidade do material genético (com a finalidade de conceber uma criança) aos herdeiros por meio de cartas testamentárias e de administração de espólio, e que o instrumento escrito deve ser apresentado no prazo de sete meses da morte do pai genético no Tribunal de Substituição <sup>184</sup> para que este conceda as cartas ao espólio do pai genético.

Outro ponto importante dessa lei é que estabelece que a criança genética deve estar no útero dentro de vinte e quatro meses após o falecimento do pai genético e nascido o mais tardar Trinta e três meses após a morte dos pais para se qualificar para herdar.

Apresentados alguns pontos principais dessa lei estadunidense, verifica-se que a lei concedeu um prazo para que a vontade do pai genético seja atendida e durante esse prazo a herança fica suspensa, somente vindo a distribuir seu patrimônio após o prazo de 33 meses após o falecimento.

Com efeito, a crítica a essa lei se refere à omissão do estatuto quanto a definir materiais genéticos apenas os óvulos e esperma, deixando de abarcar os embriões congelados. Amy F. Altman indaga por que uma criança concebida de um congelado embrião de um pai falecido não possuem os mesmos requisitos de uma criança concebida de esperma ou óvulos congelados. <sup>185</sup>

Amy levanta outra polêmica, ao indagar sobre o que deve acontecer caso o consentimento escrito dado pelo genitor genético se contradiz com o acordo manifestado no contrato de armazenamento de gametas. Como bem enfatizado, isso pode levar a mais disputas ou atraso na obtenção do material genético e, finalmente,

---

<sup>184</sup> Tradução livre de: "Surrogate-se Court". Esse tribunal especial de Nova Iorque cuida de casos envolvendo assuntos de falecidos, incluindo inventários, testamentos e administração de espólios. Ele também lida com adoções

<sup>185</sup> ALTMAN, Amy F. New Inheritance Rights for Children Conceived After Death. Disponível em: <<https://studylib.net/doc/8138530/new-inheritance-rights-for-children-conceived-after-death>> Acesso em 10.fev.2022.

um atraso na possível concepção e nascimento de uma criança dentro de trinta e três meses a contar da data da morte do descendente.<sup>186</sup>

Diante dessas incertezas, verifica-se que o prazo estipulado na lei estadunidense para que o filho póstumo possa ser considerado herdeiro seja insuficiente para a concepção e nascimento, seja porque haverá discussão judicial a respeito do cumprimento da vontade do falecido, seja porque a pessoa destinatária do material genético possa ter razões legítimas de saúde para o atraso em engravidar.

Como anexo a essa lei, consta o seguinte modelo de consentimento expresso:

EU, ,

(Seu nome e endereço)

consinto com o uso do meu (espermatozóide ou óvulo) (referido abaixo como meu “material genético”) para conceber um filho ou filhos meus após minha morte, e autorizo

(Nome e endereço da pessoa)

decidir se e como meu material genético será usado para conceber um filho ou filhos meus após minha morte.

No caso de a pessoa acima autorizada falecer antes de mim ou não puder exercer a autoridade que eu designo

(Nome e endereço da pessoa)

decidir se e como meu material genético será usado para conceber um filho ou filhos meus após minha morte.

Entendo que, a menos que revogue este consentimento e autorização em documento escrito assinado por mim na presença de duas testemunhas que também assinam o documento, este consentimento e autorização permanecerá em vigor por sete anos a partir desta data e que não posso revogar ou modificar este consentimento e designação por qualquer disposição em meu testamento.

Assinei isso . . . . . dia dos .....,

.....

(Sua assinatura)<sup>187</sup> (tradução livre)

---

<sup>186</sup> Idem, ibidem, loc. cit.

Por meio desse documento modelo apresentado pela Lei do Estado de Nova Iorque, verifica-se que é imprescindível que haja disposição no testamento do tempo de geração desse filho após o falecimento de algum dos genitores, de modo que a criança possa se qualificar como herdeira dos pais genéticos.

Sobre os direitos sucessórios dos filhos concebidos por técnica de reprodução assistida *post mortem*, vale transcrever o posicionamento de Maria Berenice Dias:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227, § 6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC, art. 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários. A normatização abrange não apenas as pessoas vivas e concebidas no momento da abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por técnica de reprodução assistida *post mortem*.<sup>188</sup>

Portanto, a reprodução assistida póstuma exige um documento de vontade devidamente subscrito a fim de deixar clara a questão sucessória do filho póstumo, eis que no momento da abertura da sucessão é preciso que os direitos dos filhos a serem concebidos sejam resguardados. Desse modo, justifica-se a importância do testamento genético no momento de se criopreservar as gametas e os embriões para futura geração de filho póstumo.

Nesse sentido, o modelo de consentimento apresentado pela Lei do Estado de Nova Iorque – EPT § 4-1.3 demonstra a importância de se estabelecer prazo à concepção e nascimento do filho póstumo a fim dele ser qualificado como herdeiro do falecido. No entanto, verifica-se que o documento é incompleto, pois não contempla os embriões e também a possibilidade de o prazo para concepção e

---

<sup>187</sup> ESTADO DE NOVA IORQUE. New York Consolidated Laws, Estates, Powers and Trusts Law - EPT § 4-1.3 Inheritance by children conceived after the death of a genetic parent. Disponível em: <<https://codes.findlaw.com/ny/estates-powers-and-trusts-law/ept-sect-4-1-3.html>> Acesso em 10 fev.2022.

<sup>188</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual das sucessões. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 125.

nascimento ser prorrogado em caso de discussão judicial ou até mesmo uma dificuldade na geração e gestação do filho póstumo.

Desse modo, defende-se a necessidade de disposições testamentárias cuidadosamente elaboradas prevendo algumas hipóteses de prorrogação do prazo para que o filho póstumo possa ser gerado e, assim, ser qualificado como herdeiro. Essa importância de testamentar evita, muitas vezes, o ajuizamento de ações judiciais, pois tendo um documento devidamente redigido e completo da vontade do falecido, inclusive quanto à destinação de material genético, a solução jurídica tende a não ser levada ao Poder Judiciário, onde as decisões são divergentes, como se verá no item seguinte.

### **2.3.3 Decisões Divergentes no Brasil sobre Reprodução Assistida Póstuma e o Resp. 1918421/SP**

Em razão da omissão da legislação em face da regulamentação da reprodução assistida no Brasil inúmeros casos relativos à utilização do material genético após o falecimento do detentor são levados ao Poder Judiciário, inclusive até ao Superior Tribunal de Justiça.

No Brasil, há uma decisão em que “o juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, concedeu liminar para a professora Kátia Lenerneier, 38 anos, poder usar o sêmen congelado do marido e fazer uma inseminação artificial” mesmo sem ter deixado autorização escrita <sup>189</sup> e, segundo a mesma fonte, desse procedimento resultou o nascimento de uma menina em junho de 2011.

Maria de Fátima e Bruno Torquato comentam sobre esse caso asseverando que houve uma reconstrução judicial da vontade do marido falecido, por entender o juízo que havia uma “manifestação expressa” de vontade dele quanto à paternidade, embora não tivesse deixado por escrito tal assentimento, e que houve tão somente a necessidade de suprimento judicial da vontade, eis que a clínica não se negou a realizar o procedimento de inseminação. <sup>190</sup>

---

<sup>189</sup> ARAÚJO, Glauco. Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná. Globo. Publicado em 27.05.2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>> Acesso em 06 set.2019.

<sup>190</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. – 5. Ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021, p. 125.

O juízo da 13ª Vara Cível de Curitiba enfatiza na sentença que a normatização interna do Conselho Federal de Medicina “não supre a falta de regulamentação legal da matéria nem corresponde a ela, pretendendo simplesmente regular a ética, não a legalidade da conduta do profissional da medicina ou dos procedimentos que realiza”.<sup>191</sup>

Assim, diante dessa lacuna na lei, entendeu o juízo da 13ª Vara Cível de Curitiba que a vontade do falecido deve ser concretizada, mesmo ausente o termo de consentimento prévio, pois ela foi inequívoca e manifestada em vida.

Em sentido diametralmente oposto, o acórdão proferido pela 3ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, assim ementado:

ACÇÃO DE CONHECIMENTO- UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR – AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO – PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA – MÉRITO – AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA – IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. 1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º do CPC. 2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva de direito sucessório, vencido Desembargador Revisor. **3. Diante da falta de disposição expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. (grifo)** 4. Recurso conhecido e provido (Apelação Cível nº20080111493002, 3ª Turma. Tribunal de Justiça do DF, Relator: Nídia Corrêa Lima, Julgado em 03/09/2014).<sup>192</sup>

Portanto, a 3ª Turma do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por maioria, entendeu que a vontade para a utilização do material genético criopreservado *post mortem* deve ser expressa, em observância ao princípio da autonomia. O Desembargador Flávio Rostirola<sup>193</sup>, em seu voto, levantou o questionamento se a autorização da inseminação pretendida não violaria o direito do morto, tendo em vista

<sup>191</sup> PARANÁ. 13ª Vara Cível de Curitiba. Autos 27862/2010. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Sentença prolatada em 06 mar. 2012.

<sup>192</sup> BRASIL. Apelação Cível nº 20080111493002, 3ª Turma. Tribunal de Justiça do DF, Relator: Nídia Corrêa Lima, Julgado em 03/09/2014.

<sup>193</sup> BRASIL. Apelação Cível nº 20080111493002, 3ª Turma. Tribunal de Justiça do DF, Relator: Nídia Corrêa Lima, Julgado em 03/09/2014.

que a paternidade deve ser desejada e não imposta, ressaltou ainda que não se pode presumir que alguém queria ser pai depois de morto e que a expressa manifestação de vontade do doador vigora de forma inquestionável, de acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Essas duas decisões de tribunais diversos demonstram que os entendimentos judiciais a respeito da autorização para utilização de material genético após o falecimento são variados, ocasionando, assim, insegurança jurídica.

Contudo, recentemente, a maioria da 4ª Turma do STJ concluiu, de forma inédita, o julgamento sobre a possibilidade de implantação de embriões após a morte de um dos cônjuges no Resp. 1918421/SP (em anexo) <sup>194</sup>. Os ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Antônio Carlos Ferreira decidiram pela imprescindibilidade do consentimento expresso e inequívoco para permitir a implantação do material biológico do cônjuge falecido, e, de consequência, não autorizaram a realização do procedimento pelo cônjuge sobrevivente.

Os ilustres ministros do STJ enfatizaram na ementa do acórdão que “o Brasil adota um sistema permissivo composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais”, destacando-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina que prevê a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, e o Provimento CNJ n.º 63 que estabelece que o termo de autorização prévia específica do falecido deve ser lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

O acórdão cita ainda a Lei da Biossegurança quanto ao destino dos embriões excedentários, o qual já foi devidamente tratado e analisado no presente trabalho, e o Enunciado n. 633 do Conselho da Justiça Federal, estabelecido na VIII Jornada de Direito Civil, que prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

O STJ, ao discorrer sobre o planejamento familiar fundamentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, traz o

---

<sup>194</sup> BRASIL. REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021.

princípio da autonomia da vontade como preceito orientador do planejamento familiar. Partilhando de nosso entendimento, os ministros lecionam que:

[...] 9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas.

10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito. [...] <sup>195</sup>

Em voto divergente, a Ministra Maria Isabel Gallotti sustentou que existiu a autorização para a implantação dos embriões na medida em que foi assinalada a opção no contrato de que o embrião ficasse na custódia do cônjuge sobrevivente, não tendo o falecido selecionado a opção “descarte”. Assim, concluiu dizendo que “essa custódia tem a única e exclusiva finalidade de deixar na mão do cônjuge sobrevivente decidir se pretende implantá-los e quando fazê-lo”.

Em sentido semelhante, o Ministro Relator Marco Buzzi apresentou os seguintes argumentos:

[...] Entretanto, apesar das normas administrativas do CNJ em certa medida imporem a forma escrita, é inequívoco que o Poder Legislativo 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 post mortem.

Célebres doutrinadores comungam da compreensão, segundo a qual o consentimento do marido não precisa ser, necessariamente, por escrito, mas deve ser prévio (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 402), admitindo, até mesmo, que a autorização marital possa ser conferida na forma verbal, desde que devidamente comprovada (LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, p. 53).

A despeito da discussão atinente à forma da autorização, é absolutamente incontroverso, pois constante da lei de regência, que a manifestação de vontade do cônjuge ou companheiro deve ser livre, prévia e expressa, ou seja, a declaração volitiva tem,

<sup>195</sup> BRASIL. REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021.

necessariamente, de ser conclusiva, contundente, categórica e explícita, a fim de que seja conhecida de maneira imediata e sem titubeio a verdadeira intenção do indivíduo.<sup>196</sup>

Diante do explanado, verifica-se que o STJ, em observância à Resolução do Conselho Federal de Medicina e ao Provimento n.º 63 do CNJ, ressaltou na parte final do acórdão que “a declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo”.

Como bem ressaltado no acórdão, a decisão de autorizar a utilização de embriões *post mortem* possuem efeitos patrimoniais e sucessórios, porém se relaciona intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos. Por tudo isso, a vontade deve ser expressa e incontestável, devendo se concretizar por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

A ausência de legislação específica para a questão da reprodução assistida póstuma no Brasil leva a decisões diferenciadas em vários tribunais desse longo território, o que leva à insegurança jurídica daqueles que acreditam que ao, declarar sua intenção após sua morte perante uma clínica de reprodução assistida ela será atendida.

Assim, a fim de evitar tal insegurança, o documento mais adequado a ser instrumentalizado por aqueles que queiram que seu projeto parental seja respeitado, ainda que posteriormente à sua morte, é o testamento genético. Por meio dele, deixa-se expressamente documentado seu desejo de procriação, a fim de permitir sua imortalidade.

Diante de tudo isso, verifica-se que o Brasil está no caminho para a adoção da prática testamental de destinar material fecundante permitindo a reprodução póstuma. Afinal, o testamento genético não pode ser encarado como ficção científica, mas

---

<sup>196</sup> BRASIL, STJ, REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num\\_registro=202100242516](https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.2&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202100242516). Acesso em: 02 mar.2022.

como um meio legal de se cumprir o desejo de uma pessoa de ter filhos e, assim, deixar seu legado, sua continuidade biológica.

Com o objetivo de apresentar uma sugestão de “lege ferenda”, de modo a viabilizar no Código Civil o testamento genético, serão tecidos alguns comentários sobre os projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional a respeito da reprodução assistida póstuma.

### 2.3.4 Projetos de Lei Concernentes ao Tema

Atualmente, todas as tentativas de edição de uma lei tendo por objeto a reprodução humana assistida restaram fracassadas. Contudo, existem alguns projetos de lei em trâmite com o intuito de regulamentar essa matéria, dentre os quais serão citados os mais relevantes para este trabalho.

Um projeto de lei que recentemente veio a tona em razão de parecer aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania foi o 1184/2003<sup>197</sup>. Este sugere alterações que dificultam a busca pela reprodução assistida e representa um grande retrocesso na área da infertilidade humana, eis que proíbe o congelamento de embriões, a doação de óvulos, a biópsia embrionária, o útero de substituição, etc. Portanto, ele vem totalmente na contramão da recente Resolução do CFM.

Para Carla Froener e Marcos Catalan, o aludido projeto de lei é marcado pelo anacronismo, pois proposto no Senado em 1999, e pelo preconceito, ao permitir que a reprodução assistida só possa ser utilizada como forma de superar as patologias, impedindo o acesso de tal técnica pelas pessoas solteiras e casais homossexuais. Os aludidos autores tecem inúmeras críticas ao projeto e concluem dizendo que ele representa “incontestemente retrocesso frente à inovação tecnológica das ciências médicas e às possibilidades parentais associadas à contemporaneidade”.<sup>198</sup>

Há também em trâmite o projeto de lei 4892/2012<sup>199</sup> que propõe a instituição do Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização

---

<sup>197</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 1184/2003. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/118275> >. Acesso em 02.fev.2022.

<sup>198</sup> FROENER, Carla; CATALAN, Marcos. A reprodução humana assistida na sociedade de consumo. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 61.

<sup>199</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 4.892/2012. Disponível em: <

das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Apenso a ele há ainda os projetos de lei 115/2015<sup>200</sup> e 7.591/2017<sup>201</sup>.

O projeto de lei 7.591/2017 almeja acrescentar parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão, conforme a seguinte redação: “Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida”.

Patrícia Rocha discorre sobre alguns projetos de lei:

Os Projetos de Lei 115/2015<sup>290</sup>, 4.892/2012<sup>291</sup> e 1.184/2003<sup>292</sup> somente permitem o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, quando houver manifestação específica para o uso do seu material biológico criopreservado. E, mesmo quando as proposições legais em trâmite não disciplinam expressamente a reprodução póstuma, determinam a necessidade de manifestação de vontade quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de falecimento de um ou de ambos os titulares do material genético, a exemplo do PL 2.061/2003, 1.135/2003 e 2.855/1997. Já o Projeto de Lei 7.701/2010, além de exigir a expressa anuência para o uso post mortem, determina que a inseminação deve ser feita em até 300 (trezentos) dias após o óbito.<sup>202</sup>

Importante trazer à lume também o projeto de lei 9.403/2017<sup>203</sup> que visa estabelecer o direito à sucessão de filho gerado por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, alterando-se o artigo 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), a fim de que ele passe a vigorar com a seguinte redação:

---

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022> >. Acesso em 02 fev.2022.

<sup>200</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 115/2015. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504> >. Acesso em 02 fev.2022.

<sup>201</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 7.591/2017. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486> >. Acesso em 02 fev.2022.

<sup>202</sup> ROCHA, Patrícia Ferreira. A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise de legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32730/1/DISSERTA%20c3%87%20c3%83O%20Patricia%20Ferreira%20Rocha.pdf>. Acesso em 02.fev.2022, p. 101/102.

<sup>203</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 9.403/2017. Disponível em: < <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166809> >. Acesso em 02.fev.2022.

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que: I – os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através: a) Testamento público; ou b) Testamento particular; ou c) Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médicos-hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal de Medicina ou Conselhos Regionais de Medicina. II – nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial.

Pelo texto apresentado pelo projeto de lei citado acima, verifica-se que é preciso aprimoramento jurídico por parte dos deputados que apresentam projetos de lei de tamanha importância ao mundo jurídico, vez que por uma breve leitura é perceptível os erros de grafia, notadamente nos termos “cônjuges”, “testamento”, “útero”.

Com efeito, tais críticas se prestam a demonstrar um dos motivos pelos quais as normas relativas à reprodução humana assistida ainda não foram aprovadas no ordenamento jurídico brasileiro. Há também de se levar em conta o fato de que não há discussão acalorada sobre o assunto e não há interesse direto para que tais projetos sejam aprovados.

Portanto, essa ausência de legislação específica no Brasil leva impreterivelmente à insegurança jurídica, não sendo possível garantir ao indivíduo que declara sua intenção de gerar um filho póstumo perante uma clínica de reprodução assistida que sua vontade será atendida.

A fim de se evitar discussão judicial, defende-se que o documento mais adequado a ser instrumentalizado por aqueles que queiram que seu projeto parental seja respeitado, ainda que posteriormente à sua morte, é o testamento genético em que o indivíduo deixa documentado de forma clara seu desejo de procriação.

Nesse sentido, conclui-se ser de suma importância a redação adequada e cuidadosa do testamento genético, sobretudo porque essa disposição existencial refletirá em aspectos patrimoniais, tais como, herança, pensão por morte, etc.

Além disso, as autorizações que são redigidas pelas clínicas de reprodução assistida são insuficientes para contemplar todas as disposições de destinação de material genético existentes no mundo.

Diante da insuficiência da declaração, o testamento genético se apresenta como meio legítimo e jurídico para salvaguardar a vontade do testador, demonstrando, assim, sua viabilidade nos contratos de criopreservação de material genético, sugerindo-se o testamento como um anexo ao contrato.

Como bem ressaltado pelo Superior Tribunal de Justiça <sup>204</sup>, no acórdão do Resp. 302767, a exigibilidade das formalidades do testamento deve ser acentuada em razão da preservação dos dois valores a que elas se destinam. Primeiramente, para assegurar a vontade do testador, uma vez que após seu falecimento não poderá confirmar a sua vontade, corrigir distorções ou até mesmo esclarecer o que tiver sido expresso de forma obscura ou confusa. O segundo valor é proteger o direito dos herdeiros do testador, sobretudo dos seus filhos.

Nesse sentido, o testamento genético se afigura como o meio mais adequado e seguro para salvaguardar a vontade do falecido de gerar um filho, assegurar aos destinatários, e também resguardar o melhor interesse deste, sejam eles de índole psicossocial e também patrimoniais, sobretudo os interesses sucessórios.

### **2.3.5 Sugestão de “Lege Ferenda” e de Requisitos Mínimos do Testamento Genético Aplicado aos Contratos de Criopreservação de Gametas e Embriões**

É de sapiência cursiva que somente a norma jurídica possui o padrão de efetividade e de integral alcance. As normas deontológicas são regulamentações alternativas e desprovidas de juridicidade, de cogência e de sanção, e não se prestam como substitutivas da norma legal.

Por isso, torna-se mais premente a necessidade de ter uma legislação para regularem situações jurídicas não disciplinadas em lei, sobretudo aquelas

---

<sup>204</sup> BRASIL, STJ, REsp: 302767 PR 2001/0013413-0, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 05/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 24/09/2001 p. 313 RDR vol. 22 p. 369 RJADCOAS vol. 35 p. 110 RSTJ vol. 148 p. 467 RT vol. 798 p. 232 SJADCOAS vol. 120 p. 56. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7927730/recurso-especial-resp-302767-pr-2001-0013413-0-stj>>. Acesso em: 5 maio.2022.

relacionadas às práticas biomédicas. As consequências devem ser delineadas de modo que se evite um progresso tecnológico sem uma proteção adequada da vida, fundada no primado da pessoa humana.

Como bem ressaltam Carlos Alberto Dabus Maluf e Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf “é primaz a edição de norma regulamentadora que enfrente com eficácia tema tão complexo e atual a fim de que se preservem os direitos fundamentais dos envolvidos nas técnicas de reprodução artificial, tendo em vista os transtornos que gera na determinação dos elos familiares”.<sup>205</sup>

Nesse sentido, verifica-se que há um evidente descompasso entre o avanço tecnológico e a normatização jurídica que necessita ser regularizado. O silêncio legislativo provoca insegurança jurídica em uma área sensível da sociedade, em que a vida humana é alvo de intervenções constantes.

É preciso um debate amplo e democrático acerca desse tema, não podendo se admitir que os limites de atuação relacionados ao início e fim da vida sejam impostos pelo Conselho Federal de Medicina, sobretudo porque há sérios reflexos no campo da filiação e das sucessões, sem se adentrar a outras searas jurídicas.

A despeito da força normativa das resoluções do CFM, muitas dessas prescrições deontológicas não está em conformidade com a Constituição Federal, e essa tarefa de compatibilização está sendo feita pelo Poder Judiciário, em razão do vácuo normativo sobre as normas relacionadas à reprodução humana no Brasil.

O ministro Luis Felipe Salomão, no voto proferido no REsp 1918421/SP, citado anteriormente, salientou que o ordenamento jurídico brasileiro possui regulamentação insuficiente para a resolução de conflitos sobre reprodução assistida, citando como exemplo o Código Civil de 2002 que é omissivo quanto à possibilidade de utilização do material genético de pessoa falecida.

Diante disso, sugere-se uma alteração no Código Civil, a fim de acrescentar um parágrafo no artigo 1597 nos seguintes termos: “Nas hipóteses de reprodução assistida póstuma, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material reprodutivo criopreservado, lavrado por instrumento público”.

---

<sup>205</sup> MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 221-242, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984>. Acesso em: 5 maio. 2022, p. 239.

Em relação à preservação dos bens desse futuro sucessor, é possível aplicar de forma analógica o art. 1800, §4º do Código Civil, que prescreve: “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”. Mas, a fim de se evitar discussões judiciais desnecessárias e diante de ausência de regras claras a respeito, é preciso estabelecer um prazo para a atribuição dos direitos sucessórios do filho gerado por meio de reprodução assistida *post mortem*.

Portanto, é relevante propor neste trabalho o acréscimo de um parágrafo quinto ao art. 1.800, com a seguinte disposição: "Em caso de reprodução assistida póstuma e não havendo testamento dispondo sobre o prazo de concepção e o direito sucessório desse eventual filho, aplica-se o prazo de dois anos previsto no parágrafo quarto, podendo haver prorrogação por mais dois anos em caso de comprovada dificuldade de gestar”.

Em relação ao testamento genético, sugere-se que um modelo seja criado e anexado ao Provimento do CNJ para que os cartórios de todo o país tivessem acesso a eles e, desse modo, houvesse uma padronização documental relativa ao testamento genético.

No presente trabalho, restringe-se a sugerir alguns requisitos mínimos que deve conter o testamento genético a ser aplicado aos contratos de criopreservação de gametas e embriões. Os requisitos sugeridos são os seguintes:

- a) Autorização expressa do detentor do material genético para utilização do material criopreservado para conceber postumamente seu filho;
- b) Especificar a pessoa que será autorizada a tomar decisões sobre o uso do material genético, indicando o nome completo, número de identidade e endereço;
- c) Indicar um suplente à pessoa autorizada caso esta venha a falecer antes do genitor genético;
- d) Especificar o prazo dessa autorização após o falecimento, podendo constar que o prazo poderá ser prorrogado em caso de alguma pendência judicial ou dificuldade comprovada de engravidar no aludido prazo fixado;
- e) Deve ser assinada pelo genitor genético na presença de duas testemunhas que também assinam o instrumento, ambas com pelo

menos dezoito anos de idade e nenhuma das quais é uma pessoa autorizada pelo instrumento a tomar decisões sobre o uso do material genético do genitor genético;

- f) O testador deve garantir ao filho a ser concebido postumamente o direito à herança e, caso haja eventual pensão por morte, também deverá haver disposição a respeito, de modo a resguardar os direitos do filho póstumo;
- g) Em relação às técnicas de reprodução assistida a serem especificadas e utilizadas, caso realizadas no Brasil, deve-se observar a Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.294/2021.

Enfim, essas foram apenas algumas sugestões do que deve conter um testamento genético a ser aplicado nos contratos de criopreservação de material reprodutivo, com a finalidade de salvaguardar a vontade externalizada pelo detentor do material após sua morte e também de proteger os direitos desse filho póstumo. Contudo, trata-se de um tema muito recente, controvertido e transdisciplinar, de modo que há muito ainda para ser discutido pelos operadores do direito, mas também pelos profissionais da Psicologia, Sociologia, entre outras áreas do saber.

### 3 CONCLUSÃO

O testamento genético se trata de uma forma inovadora de negócio jurídico, por meio do qual o testador externaliza a vontade do projeto parental por meio de destinação do material genético criopreservado para a reprodução assistida *post mortem*. Contudo, para que esse testamento ocorra, é imprescindível que primeiramente haja a criopreservação de gametas e embriões, de modo a permitir sua utilização póstuma.

O testamento é a principal forma de exercício da autonomia privada. Esse princípio da autonomia ganhou grande importância no Estado Liberal em que o indivíduo passou a ser valorizado, sendo denominada autonomia da vontade. Porém, com o Estado Social, a autonomia passa a ser limitada pela ordem pública e pelos princípios da justiça contratual e da boa-fé, advindo a ideia de autonomia privada.

Com a modernidade e com o surgimento do Biodireito, defendem alguns autores a autonomia privada existencial ou autodeterminação para se referir ao poder do indivíduo de se autorregulamentar, com vistas às escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade.

Diante das diversas concepções de autonomia e considerando que a expressão autonomia privada se afigura genérica no contexto deste trabalho, escolheu-se utilizar os termos autonomia existencial e autodeterminação, uma vez que o indivíduo ao destinar seu material genético para a reprodução assistida póstuma está promovendo um interesse existencial, vale dizer, o direito humano à continuidade biológica.

Nesse cenário de incertezas sobre o início da vida, a reprodução humana e a morte, surge um dos campos mais polêmicos e férteis do direito atual o Biodireito. Ele atua na resolução de conflitos e também na preservação de direitos, sendo a pessoa humana o centro dessas relações negociais existenciais.

Não obstante a falta de uma codificação, o Biodireito pode ser considerado um ramo autônomo do direito em razão da linguagem técnica própria, dos princípios específicos da precaução, da autonomia privada, da responsabilidade e da dignidade da pessoa humana, e sobretudo pelas interpretações próprias.

No campo do Biodireito e com o avanço das biotecnologias relacionadas à reprodução humana, surge uma nova modalidade negocial denominada “negócio

biojurídico”, expressão apresentada por Rose Melo Venceslau Meireles. Neste trabalho utilizou-se o termo “negócio biojurídico” para referenciar qualquer negócio jurídico relacionado às biotecnologias e que tem por objeto situações jurídicas existenciais cujo foco é o ser humano e sua dignidade.

Cite-se como exemplos de negócios biojurídicos existentes no cenário atual da biotecnologia o contrato de fertilização *in vitro*, o contrato de diagnóstico genético pré-implantacional, a gestação de substituição ou cessão temporária do útero, e o contrato para criopreservação de material genético.

Por meio desse negócio biojurídico, o paciente contrata uma clínica de fertilização que presta esse tipo de serviço médico para preservação do material genético (embriões, óvulos, sêmen) e posterior utilização mediante autorização, sendo que as limitações desse tipo contratual estão dispostas na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.294/2021.

Com efeito, a importância de trazer peculiaridades desse contrato de criopreservação de material genético se justifica em razão de o testamento genético depender necessariamente dele, eis que, somente haverá a disposição de vontade testamental, caso ocorra o congelamento das gametas ou embriões.

Não obstante a falta de regulamentação no Brasil sobre o testamento genético, infere-se que é plenamente possível a existência de disposições existenciais no testamento, nos termos do §2º do art. 1.857 do Código Civil. Portanto, o testamento genético é viável e é um exemplo prático dessa disposição legal.

Esse instrumento jurídico surgiu em Israel em 2001 com a advogada israelense e fundadora da “New Family Organization”, Irit Rosenblum, a qual denominou o documento como “The Biological Will”, que, no Brasil, é comumente conhecido como testamento genético.

O primeiro caso de reprodução póstuma do mundo com um parceiro desconhecido foi com o doador Keivan Cohen, soldado da Força de Defesa de Israel que, em 2002, fora morto a tiros em Gaza. No ano de 2007, após comprovarem no tribunal de Israel que Cohen desejava ter filho, os pais dele adquiriram o direito de designar uma mulher para engravidar com o material genético criopreservado do filho. A filha de Cohen veio ao mundo em 2013.

Após esse precedente, a Corte de Israel passou a exigir consentimento por escrito para a reprodução póstuma, sendo que, em 2012, aprovou pela primeira vez

a implementação de um testamento genético, quebrando os limites da natureza para criar esse novo paradigma nas famílias.

No Brasil, o testamento genético é um tema recente e, em razão de sua complexidade, ainda precisa ser muito debatido em âmbito acadêmico, jurídico e social, e o presente trabalho se restringe a iniciar o diálogo e a reflexão sobre esse instrumento inovador.

Pode-se dizer que um dos fundamentos do testamento genético seja o direito fundamental à reprodução humana, na perspectiva constitucional do planejamento familiar e de sua relação com a autonomia reprodutiva. O desejo da procriação é inato à pessoa humana e uma forma de combater a mortalidade, representando a continuidade da família.

No âmbito internacional, o direito básico de todo indivíduo de tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência foi consagrado pela Conferência do Cairo, sendo que, em 1995, na China, foi endossado na Conferência Mundial sobre a Mulher em Beijing.

Com efeito, verifica-se que o desejo pela imortalidade deve ser prestigiado pelo ordenamento jurídico por se tratar de um interesse existencial, porém ele deve ser conjugado com os limites postos pelo princípio da dignidade da pessoa humana que será concebida e pelo princípio do melhor interesse da criança.

Em relação à reprodução assistida póstuma, o Brasil apresenta uma frágil regulamentação, ao dispor no artigo 1597, inciso III, do Código Civil, que os filhos havidos por fecundação artificial homóloga presumem-se concebidos na constância do casamento, mesmo que falecido o marido.

Diante disso, três correntes surgiram: aqueles que defendem a total proibição, outros que aceitam a reprodução assistida *post mortem*, porém sem que a criança gerada tenha direito à herança do genitor falecido e, por fim, existem aqueles que defendem a possibilidade de uso da técnica de modo a garantir à criança gerada os seus direitos sucessórios.

Ante a ausência de normal legal, a prática dessa reprodução assistida posterior à morte de um dos cônjuges foi regulamentada na Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 2.168/2017 que cuidam das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Recentemente, em 15 de junho de 2021, foi publicada uma nova Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/2021 que repetiu a disposição acima, porém inovou em alguns aspectos, dentre eles na

possibilidade de doação de gametas para parentesco de até 4º grau, de um dos receptores.

A legislação estrangeira diverge quanto à reprodução assistida póstuma. No Canadá exige-se o consentimento prévio por escrito do doador para usar postumamente seu material genético, o mesmo ocorre no Estado de Nova Iorque, sendo que nesse estado americano há lei estabelecendo um limite de tempo para a concepção e o nascimento da criança. Na Espanha também se exige esse consentimento expresso e estabelece o prazo de 12 meses para que a inseminação *post mortem* ocorra.

Em relação ao direito à herança do filho póstumo, a Inglaterra exige o testamento do falecido para reconhecer os efeitos sucessórios, enquanto que na França, não obstante a reprodução *post mortem* não ser autorizada, reconhece-se que o concebido terá direito à herança, caso seja realizado o procedimento. No Estado de Nova Iorque também há previsão da criança concebida postumamente ser considerada herdeira.

Em relação à autonomia existencial aplicada no testamento genético, conclui-se que ela deve ser analisada sob um prisma direcionado à dignidade da pessoa humana e também aos limites impostos pelas leis vigentes quanto às técnicas biotecnológicas.

Assim, é de suma importância que seja imposto limites a essa autonomia existencial, sobretudo porque diz respeito ao começo de uma possível vida humana. Portanto, essa autonomia não deve ser entendida como absoluta, especialmente no testamento genético, em respeito à dignidade e à liberdade dos outros sujeitos de direito do negócio biojurídico.

Em face disso, observa-se que o testador possui autonomia limitada pelos procedimentos biotecnológicos permitidos pelo ordenamento e também pela autonomia da pessoa designada a destinar o material biológico (óvulos, esperma ou embriões), a qual possui poder de decisão sobre cumprir ou não as disposições testamentárias. Portanto, a liberdade do testador é limitada pela própria liberdade da/o “guardiã(o)” do material genético.

Diante dos limites traçados à autonomia do testador, do testamenteiro e também da pessoa que poderá gerar o filho póstumo, é possível concluir pela importância de se externalizar a vontade de continuidade biológica posteriormente à

sua morte em um testamento, pois esse desejo existencial possui reflexos nos direitos de terceiros, sobretudo da criança a ser concebida.

No presente trabalho, cotejando os aspectos positivos e negativos do testamento genético, verifica-se que os pontos positivos apresentados – a criança conhecerá suas origens e terá uma família extensa, o direito humano à continuidade biológica poderá ser concretizado, evitar-se-á o descarte do embrião criopreservado - justificam a análise de sua viabilidade e implementação no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo nos contratos de criopreservação de material genético.

Após a análise de um contrato de criopreservação de material genético e de um termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para técnicas de manipulação laboratorial de gametas e embriões, conclui-se que há falhas quanto às autorizações com intuito de destinar o material genético *post mortem* e que esse fato pode impossibilitar o destinatário do gameta ou do embrião de gerar um filho póstumo.

Assim, infere-se que as autorizações que são redigidas pelas clínicas de reprodução assistida são genéricas e insuficientes para contemplar todas as disposições de destinação de material genético existente e para dar segurança à vontade externalizada pelo detentor do material após sua morte.

Em decorrência dessa incompletude, diversas ações são ajuizadas com o fim de se discutir acerca da vontade do falecido ou da falecida de se tornar pai ou mãe, ainda que posteriormente à sua morte. Para se evitar discussões desnecessárias, defende-se que o testamento genético, lavrado por escritura pública, seja o documento mais adequado para abordar as questões alusivas à destinação de gametas e embriões para conceber os filhos posteriormente à sua morte.

Por meio do testamento genético, é possível conceder força jurídica à destinação póstuma do material reprodutivo criopreservado nas diversas áreas do direito, familiar, sucessório, previdenciário, entre outros. O testamento genético também se revela como o documento mais adequado ao melhor interesse da criança, pois nele é possível salvaguardar os interesses do filho a ser gerado postumamente, enquanto que em um termo de autorização simplista firmado em uma clínica de reprodução assistida passa-se totalmente despercebido o direito da criança a ser gerada.

Analisando-se a Lei do Estado de Nova Iorque e o modelo de consentimento instituído por ela, demonstra-se a necessidade de se estabelecer prazo à concepção e nascimento do filho póstumo a fim dele ser qualificado como herdeiro do falecido. Reforça-se também a possibilidade de o prazo para concepção e nascimento ser prorrogado em caso de discussão judicial ou até mesmo uma dificuldade na geração e gestação do filho póstumo.

Diante disso, defende-se neste trabalho a necessidade de disposições testamentárias cuidadosamente elaboradas prevendo algumas hipóteses de prorrogação do prazo para que o filho póstumo possa ser gerado e, assim, ser qualificado como herdeiro. A importância de testar surge também para se evitar o ajuizamento de ações judiciais e as inúmeras decisões divergentes dos tribunais de todo o Brasil.

Além disso, a legislação brasileira é falha quanto ao assunto reprodução assistida humana, sobretudo quando diz respeito à utilização dessa técnica após o falecimento de um dos detentores do material genético criopreservado. Em decorrência disso, surgem decisões diferenciadas em vários tribunais desse longo território, o que leva à insegurança jurídica daqueles que acreditam que ao declarar sua intenção após sua morte perante uma clínica de reprodução assistida ela será atendida.

Importante frisar, no entanto, que recentemente a maioria da 4ª Turma do STJ concluiu, de forma inédita, o julgamento sobre a possibilidade de implantação de embriões após a morte de um dos cônjuges no Resp. 1918421/SP, afirmando que a vontade do indivíduo deve ser expressa e incontestável, devendo se concretizar por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

Diante desse precedente, reforça-se a ideia de que o Brasil está no caminho para a adoção da prática testamental de destinar material fecundante permitindo a reprodução póstuma, e que o testamento genético não pode ser encarado como ficção científica, mas como um meio legal de se cumprir o desejo de uma pessoa de ter filhos.

Não obstante existam inúmeros projetos de lei sobre a reprodução humana assistida, nenhum deles está em vias de ser aprovado, seja porque não há discussão acalorada sobre o assunto, seja porque não há interesse direto de que tais projetos sejam aprovados.

Diante de tal insegurança jurídica, resta sugerir como modificação legislativa o acréscimo de um parágrafo no artigo 1597 do Código Civil e também de um parágrafo quinto no art. 1800 do Código Civil. O primeiro para deixar clara a necessidade de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para uso do material reprodutivo criopreservado e o segundo para estabelecer um prazo para a atribuição dos direitos sucessórios do filho gerado por meio de reprodução assistida póstuma.

Em relação ao testamento genético, restringe-se a apontar alguns requisitos mínimos deste negócio biojurídico e recordar que a vontade de procriação deve ser externalizada numa redação adequada do testamento, sobretudo porque essa disposição existencial refletirá em aspectos patrimoniais, tais como, herança, pensão por morte, etc.

Desse modo, conclui-se que o testamento genético se mostra viável e adequado nos contratos de criopreservação de material reprodutivo, de modo a evitar que cláusulas mal redigidas pelas clínicas de reprodução assistida obste a vontade do falecido a ser atendida por seus destinatários e também como meio de salvaguardar os direitos do filho póstumo. Por fim, defende-se o testamento genético como um meio legítimo e jurídico de celebrar a vida.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Figueirêdo. O testamento genético. Disponível: <<http://www.ibdfam.org.br/artigos/950/Testamento+gen%C3%A9tico>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

ALTMAN, Amy F. New Inheritance Rights for Children Conceived After Death. Disponível em: <<https://studylib.net/doc/8138530/new-inheritance-rights-for-children-conceived-after-death>> Acesso em 10.fev.2022.

AMARAL, Ana Claudia Corrêa Zuin Mattos do; HATOUM, Nida Saleh; HORITA, Marcos Massashi. O Paradigma Pós-Moderno Do Negócio Jurídico E A Necessidade De Uma Nova Concepção Na Contemporaneidade. Scientia Iuris, Londrina, v. 21, n. 2, p. 261-297, jul. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n1p262. ISSN: 2178-8189.

AMARAL, Francisco. Direito civil. Introdução. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ANVISA. 13º Relatório do Sistema Nacional de Produção de Embriões. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiOTVjMDYxOGMtMmNIYy00MjQ3LTg3Y2ItYTAXyYkYjFkIiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWVzZjMtNGQzNS04MGM3LWI3MDg1ZjVIZGQ4MSJ9&pageName=ReportSection770f72a0cca27de07030> Acesso em 02 mar.2022.

ARAÚJO, Glauco. Justiça autoriza professora a usar sêmen de marido morto no Paraná. Globo. Publicado em 27.05.2010. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>> Acesso em 06 set. 2019.

ARAUJO, J. P. M. de; ARAUJO, C. H. M. de. Biodireito e legislação na reprodução assistida. Medicina (Ribeirão Preto), [S. l.], v. 51, n. 3, p. 217-235, 2018. DOI: 10.11606/issn.2176-7262.v51i3p217-235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rmrp/article/view/152104>. Acesso em: 5 maio. 2022.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral do Direito Civil. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2012.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. Negócio Jurídico. Existência, validade e eficácia. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os limites da autonomia privada em face da perspectiva civil-constitucional. Direitos Fundamentais & Justiça, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016.

BETTI, Emilio. Teoria Geral do Negócio Jurídico. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada. São Paulo: Saraiva, 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: Direito Contratual temas atuais, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007.

BRANDELLI, Leonardo. Publicidade Registral nas relações contratuais. In: Direito Contratual temas atuais, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007.

BRASIL. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Enunciado n.º 633. Publicado em abril de 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2168/2017. Publicado em 10.11.2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Federal de Medicina. Resolução n.º 2294/2021. Publicado em 15.06.2021. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294\\_2021.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf)>. Acesso em: 01 dez.2021

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Provimento n.º 63/2017. Publicado em 14.11.2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2525>>. Acesso em: 31 ago. 2019.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 9.236, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm)>. Acesso em: 31 ago.2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 31 ago.2019.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 02 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. STJ. REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021.

\_\_\_\_\_. STJ, REsp: 302767 PR 2001/0013413-0, Relator: Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Data de Julgamento: 05/06/2001, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: --> DJ 24/09/2001 p. 313 RDR vol. 22 p. 369 RJADCOAS vol. 35 p. 110 RSTJ vol. 148 p. 467 RT vol. 798 p. 232 SJADCOAS vol. 120 p. 56. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7927730/recurso-especial-resp-302767-pr-2001-0013413-0-stj>>. Acesso em: 5 maio.2022.

\_\_\_\_\_. TJ/DF. Apelação Cível nº 20080111493002, 3ª Turma. Tribunal de Justiça do DF, Relator: Nídia Corrêa Lima, Julgado em 03/09/2014.

BRAVO, Frederico Castro y. El negocio jurídico. Madrid: Editorial Civitas, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 1184/2003. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/118275>>. Acesso em 02 fev.2022.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 4.892/2012. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em 02 fev.2022.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 115/2015. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em 02 fev.2022.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 7.591/2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486>>. Acesso em 02.fev.2022.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei 9.403/2017. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166809>>. Acesso em 02 fev.2022.

CLOTET, Joaquim. Bioética: Uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

COMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; CRUZ, Marina Menezes. O reconhecimento jurídico da fertilização in vitro post mortem e os seus efeitos sucessórios. Disponível em: <<https://ferrazbar.jusbrasil.com.br/artigos/373308084/o-reconhecimento-juridico-da-fertilizacao-in-vitro-post-mortem-e-os-seus-efeitos-sucessorios>> Acesso em 05 mar.2022.

COSTA, Rachel. Elas querem saber quem são seus pais: Jovens gerados com doação anônima de óvulos e esperma iniciam movimento pelo direito de conhecer seus pais biológicos. Revista Isto é. Publicado em 18.3.2011. Disponível em: <[http://www.istoe.com.br/reportagens/129046\\_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS](http://www.istoe.com.br/reportagens/129046_ELAS+QUEREM+SABER+QUEM+SAO+SEUS+PAIS)>. Acesso em: 04 set. 2019.

DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 5. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. O estado atual do biodireito. 8. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. A autodeterminação nos negócios biojurídicos: uma necessária releitura da autonomia privada sob o aspecto liberal. *Revista de Biodireito e Direitos dos Animais*, e- ISSN: 2525-9695, Brasília, v. 3, n. 1, p. 57–73, Jan/Jun. 2017.

ESTADO DE NOVA IORQUE. New York Consolidated Laws, Estates, Powers and Trusts Law - EPT § 4-1.3 Inheritance by children conceived after the death of a genetic parent. Disponível em: <<https://codes.findlaw.com/ny/estates-powers-and-trusts-law/ept-sect-4-1-3.html>> Acesso em 10 fev.2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Escritos de direito de família*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano:Giuffrè, 1959.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo Fischer. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/224.pdf>. Acesso em 09 out. 2021.

FROENER, Carla; CATALAN, Marcos. *A reprodução humana assistida na sociedade de consumo*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 16. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GUITIAN, Alma Maria Rodriguez. La reproducción artificial post mortem em España: estudio ante um nuevo dilema jurídico. Disponível em: [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572015000200013](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572015000200013). Acesso em 02 fev. 2022.

HAARETZ. *Israeli woman becomes mother two years after dying of cancer*. Publicado em 14.06.2011. Disponível em: < <https://www.haaretz.com/1.5021891>>. Acesso em 06 set.2019.

KUSNETZOFF, Juan Carlos. Aspectos emocionais do casal infértil. In: BADALOTTI, Mariângela, TELOKEN, Claudio. PETRACCO, Álvaro. *Fertilidade e infertilidade humana*. Rio de Janeiro: MEDSI, 1997.

LÊDO, Ana Paula Silveira; MARQUESI, Roberto Wagner. O princípio da boa-fé objetiva como densificador da dignidade humana nas relações negociais. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 21, n. 3, p.248-286, nov. 2017. DOI: 10.5433/2178-8189.2017v21n3p248. ISSN: 2178-8189.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Famílias monoparentais: a situação jurídica de pais e mães solteiros, de pais e mães separados e dos filhos na ruptura da vida conjugal*. – 2. Ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo. Contratos. 1ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MASSARO, Ana Carolina Pedrosa. Famílias in vitro: um ensaio sobre a harmonização entre o direito das famílias monoparentais e homoafetivas ao planejamento familiar e o direito do menor à biparentalidade, 2014.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. C. do R. F. D. A família na pós-modernidade: aspectos civis e bioéticos. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 108, p. 221-242, 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67984>. Acesso em: 5 maio. 2022

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MENDONÇA, Ana Luiza Mendes. PAIANO, Daniela Braga. Contrato de Doação de sêmen e a (im)possibilidade de conhecer a origem genética no Brasil e em outros ordenamentos. In: Questões atuais dos negócios jurídicos à luz do biodireito: discussões sobre negócios biojurídicos – Vol. II/ [organizadoras] Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral, Juliana Carvalho Pavão, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador. – Londrina, PR: Thoth, 2020, p. 22 e 35/36.

MEIRELLES, Jussara. Filhos da reprodução assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Família e cidadania: o Novo Código Civil Brasileiro e a vacatio legis: Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/Del Rey, 2002.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Negócios Biojurídicos. In: Pona, Éverton Willian; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos; MARTINS, Priscila Machado (coord.). Negócio Jurídico e liberdades individuais: autonomia privada e situações jurídicas existenciais. Curitiba: Juruá, 2016.

MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano de existência. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOARES, Maria Celina Bodin de. A causa dos contratos. Revista Trimestral de Direito Civil. Rio de Janeiro: Padma, n. 21, jan./mar. 2005

MORGATO, Melissa Cabrini. Bioética e Direito: limites éticos e jurídicos na manipulação do material genético humano. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NEW FAMILY. *Biological Will*. Disponível em: <https://www.newfamily.org.il/en/biological-wills/> Acesso em 31 ago.2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em <<http://www.unfpa.org.br/Arquivos/relatorio-cairo.pdf>>. Acesso em 03 dez. 2021.

PARANÁ. 13ª Vara Cível de Curitiba. Autos 27862/2010. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Sentença prolatada em 06 mar. 2012.

PASSARINHO, Nathalia. Inseminação com sêmen de morto requer autorização prévia, diz TJDF. *Globo*. Publicado em 24.9.2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2014/09/inseminacao-com-semen-de-morto-requer-autorizacao-previa-diz-tjdft.html>>. Acesso em 02 set. 2019.

PAVÃO, Juliana Carvalho. ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquitti Tarifa. Termo de Consentimento Livre e Esclarecido como mecanismo de afastamento do erro nos negócios biojurídicos, *Revista dos Tribunais*, vol. 1001/2019, pág. 189/204, março/2019.

PAVÃO, Juliana Carvalho. *Bebê-doador: limites e possibilidades do negócio biojurídico*. Londrina, PR: Thoth, 2021.

PERLINGIEIRI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direito humanos*. 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 10. ed., rev., ampl. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2017.

PONA, Éverton Willian. *Testamento vital e autonomia privada: fundamentos das diretivas antecipadas da vontade*. Curitiba: Juruá, 2015.

POPOVIC-MONTAG, Suzana. Children conceived after death. *The Lawyer's Daily* – Published by LexisNexis Canada. Tuesday, May 30, 2017. Disponível em: <https://www.thelawyersdaily.ca/articles/3806/children-conceived-after-death>. Acesso em 01 dez. 2021.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (org). *A disponibilidade do material genético – sêmem – após a morte de seu titular*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 285.

RANZONI, Raisa Mandja. *Direito reprodutivo e os beneficiários da procriação assistida: uma análise legislativa e jurisprudencial*. Disponível em: [https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37359/1/ulfd136441\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37359/1/ulfd136441_tese.pdf). Acesso em 20 nov. 2021

RAPOSO, Vera Lucia. *O Direito à Imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*. Coimbra: Almedina, 2014.

RENDTORFF, Jacob Dahl. Basic principles in Bioethics and Biolaw. University of Copenhagen. Disponível em < <https://www.bu.edu/wcp/Papers/Bioe/BioeRend.htm> > Acesso em 02 mar.2022.

RIVABEM, Fernanda Schaefer. Biodireito: uma disciplina autônoma? Rev. Bioét. (Impr). 2017; 25 (2): 282-9, disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v25n2/1983-8042-bioet-25-02-0282.pdf>>, Acesso em 04 dez. 2021.

ROCHA, Patrícia Ferreira. A construção do conceito jurídico de concepção: uma análise de legitimidade sucessória a partir da reprodução humana assistida *post mortem*. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/32730/1/DISSERTA%c3%87%c3%83O%20Patricia%20Ferreira%20Rocha.pdf>>. Acesso em 02 fev.2022.

SÁ, Maria de Fátima Freire e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. Maria de Fátima Freire de Sá, Bruno Torquato de Oliveira Naves. – 5. Ed. – Indaiatuba, SP: Editora Foco, 202.

SANCHEZ, Claudia. Estate planning and use of reproductive material after death. Thursday, January 27, 2022. Disponível em: <<https://www.thelawyersdaily.ca/estates/articles/33094/estate-planning-and-use-of-reproductive-material-after-death>> Acesso em 24 fev.2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. Reprodução humana assistida: um direito fundamental? Curitiba: Appris, 2015.

SAUWEN, Regina Fiúza e HRYNIEWICZ, Severo. O direito “in vitro” – Da bioética ao biodireito. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000.

SÉGUIN, Elida. Biodireito. 3ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

SEMPlici, Stefano. Onze teses de bioética. São Paulo, SP: Ideias & Letras, 2012.

SULLIVAN, Paul. Fertility treatments produce heirs their parents never knew. Friday, September 13, 2013. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2013/08/30/fertility-treatments-produce-heirs-their-parents-never-knew.html>> Acesso em 24 fev.2022.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. O princípio da autonomia privada e o direito contratual brasileiro. In: Direito Contratual temas atuais , coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2007.

VORZIMER, Andrew. *Woman becomes a mother two years after her death. The Spin Doctor*. Publicado em 15.6.2011. Disponível em:<  
<http://members.eggdonor.com/blog/2011/06/15/woman-mother-years-death/>>.  
Acesso em 06 set. 2019.

## ANEXOS

**ANEXO – ACÓRDÃO NA ÍNTEGRA DO RESP. 1918421/SP**

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

1. A negativa de prestação jurisdicional não se configura quando todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa são considerados pelo órgão julgador, estabelecendo-se, de modo claro e fundamentado, a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes. 2. Nos termos do entendimento do STJ, é inviável, em recurso especial, a verificação de ofensa/aplicação equivocada de atos normativos interna corporis, tais como regimentos internos, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/1988.3. No que diz respeito à regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, o Brasil adota um sistema permissivo composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino. 4. Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados. Dispõe, ademais, que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas da fertilização in vitro para fins de pesquisa e terapia. 5. Especificamente quanto à reprodução assistida post mortem, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente. 6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida post mortem, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. 7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII

Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira. 8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade. 9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas. 10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito. 11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético post mortem. 12. A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição post mortem, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia. 13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação post mortem de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo. 14. Recursos especiais providos. (REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021)