XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

NORMA SUELI PADILHA

RICARDO STANZIOLA VIEIRA

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Norma Sueli Padilha; Ricardo Stanziola Vieira.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-660-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Biodireito. 3. Direito dos animais. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

É com imensa alegria que retornamos, neste XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, às atividades presenciais deste Grupo de Trabalho, uma vez que, desde 2020, com o início da pandemia COVID-19, os eventos do CONPEDI vinham sendo realizados de forma online.

Durante os dias 07, 08 e 09 de dezembro de 2022, na bela cidade catarinense de Balneário Camboriú, no campus da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, o maior encontro da pesquisa e pós-graduação em direito voltou a ser realizado presencialmente e tivermos a satisfação de coordenar o Grupo de Trabalho de BIODIREITO E DIREITO DOS ANIMAIS I , que contou com a apresentação de trabalhos de pesquisadores de diferentes instituições e das diversas regiões do País.

A qualidade das pesquisas apresentadas eleva sempre mais a importância deste Grupo de Trabalho, que concentra nos eventos do CONPEDI, um nível de destaque e excelência na produção do conhecimento científico nestas áreas tão inovadoras do Direito,, que representam novos desafios colocados ao universo jurídico.

Deste modo honra-nos apresentar a comunidade acadêmica os artigos apresentados e debatidos neste evento de grande magnitude para a pesquisa na pós-graduação em Direito no País e publicados no presente ANAIS, conforme descrição que se segue:

A COMERCIALIZAÇÃO DE GAMETAS FEMININOS E A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO ONEROSA NO BRASIL, de autoria de Cassia Pimenta Meneguce , Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador , Ana Lúcia Maso Borba Navolar. O artigo analisa a possibilidade da comercialização de gametas femininos e da gestação de substituição onerosa no Brasil. O objetivo é evidenciar que o Brasil necessita de lei em sentido formal regulamentando a reprodução humana assistida, sendo que atualmente, diante da omissão legislativa aplica-se a Resolução 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DOS ANIMAIS, do autor Eid Badr, co-autoria com Cid da Veiga Soares Júnior, neste artigo os autores demonstram a necessidade da implementação da educação ambiental no sistema de ensi no brasileiro visando a proteção dos animais

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO ANIMAL NA CONTEMPORÂNEIDADE – UMA PAUTA EDUCATIVA PARA A SOCIEDADE Neste artigo o autor Fábio Da Silva Santos analisa o papel da educação ambiental no processo de conscientização da população sobre os interesses dos animais não-humanos.

A NATUREZA JURÍDICA DA CESSÃO DE GESTAÇÃO: UMA ANÁLISE À LUZ DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, dos autores Claudia Aparecida Costa Lopes e Valéria Silva Galdino Cardin. O artigo refere-se a cessão de gestação, sendo aquela na qual uma mulher é escolhida para gestar a prole de uma pessoa ou casal idealizadores de um projeto parental, objeto de análise do estudo a natureza jurídica contratual deste método de procriação.

A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA NA RESOLUÇÃO N° 2.320 /2022 DO CFM: APONTAMENTOS SOBRE OS PRINCIPAIS ASPECTOS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE, das autoras Mylene Manfrinato Dos Reis Amaro e Valéria Silva Galdino Cardin, que visa analisar as técnicas de reprodução assistida previstas na Resolução n° 2.320/2022 do CFM, como por exemplo: a redução embrionária, a eugenia; o diagnóstico genético pré-implantacional; a gestação de substituição; a reprodução post mortem e o anonimato do doador.

A SUCESSÃO PROCESSUAL DOS ANIMAIS dos autores Vicente de Paula Ataide Junior , Zenildo Bodnar , Welton Rübenich analisa as questões processuais relativas à capacidade processual dos animais em juízo.

A VULNERABILIDADE DAS MULHERES DIANTE DA PROIBIÇÃO DO ABORTO NO BRASIL: UMA ANÁLISE BIOÉTICA À LUZ DA METÁFORA DAS CAPAS E DA TEORIA DA POBREZA COMO PRIVAÇÃO DE CAPACIDADES, de autoria de Júlia Sousa Silva e Ana Thereza Meireles Araújo. A pesquisa tem como objeto geral verificar de que maneira a proibição do aborto se converte em mais uma vulnerabilidade a que mulheres estão expostas, em especial mulheres em frágil condição socioeconômica,.

AS DIRETRIZES ANTECIPADAS DA VIDA COMO FORMA DE BIOETICA NA GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, das autoras Ines Lopes de Abreu

Mendes de Toledo e Roberta Gonçalves Leite dos Santos. O artigo analisa o instrumento das “diretrizes antecipadas da vida”, que se trata de uma escritura pública declaratória que assegura o respeito à dignidade da pessoa humana, e que permite ao paciente escolher previamente a que tipo de tratamento médico deseja ou não ser submetido, preservando o direito à vida e morte como antecipação de expressão de sua vontade caso não possa mais expressar sua vontade.

BIOÉTICA NA FORMAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE MENTAL: UMA ANÁLISE SOBRE A INTERFACE ENTRE BIOÉTICA, PSICOLOGIA E PSIQUIATRIA. Artigo de autoria de Marcele de Jesus Duarte Monteiro , Raimundo Wilson Gama Raiol e Hamanda de Nazaré Freitas Matos. O estudo tem como objetivo discorrer sobre a formação de psicólogos e psiquiatras sob a égide da bioética, sendo profissionais de saúde que lidam diretamente com o sofrimento mental de indivíduos que já carregam o estigma da loucura. A abordagem desenvolvida no trabalho se baseia na bioética principiológica proposta por Beauchamp e Childress, mediante o uso de metodologia dedutiva, centrada em pesquisa bibliográfica e documental.

CESSÃO TEMPORÁRIA DE ÚTERO E A MUDANÇA DO PARADIGMA MATER SEMPER CERTA EST, das autoras Mylene Manfrinato Dos Reis Amaro , Janaina Sampaio De Oliveira e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão. O objetivo do presente artigo é analisar a definição da maternidade na gestação de substituição, pois referida técnica colocou em questão o brocado “mater semper cert est” que via como certa a maternidade daquela que gestava a criança.

GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: O DIÁLOGO DAS FONTES ENTRE A RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2.320/2022 E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Artigo de autoria de Ana Paula Floriani de Andrade , Helena Maria Zanetti de Azeredo Orselli , Priscila Zeni De Sa. Este artigo tem o objetivo geral de analisar o diálogo das fontes entre a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320 /2022 e o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente a Constituição Federal e o Código Civil no que tange à gestação de substituição, visto que ainda é um tema que carece de uma legislação que o regulamente.

IMPLICAÇÕES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DAS SUCESSÕES, das autoras Ana Lúcia Maso Borba Navolar , Cassia Pimenta Meneguce e Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador, o artigo apresenta algumas implicações que a reprodução humana assistida póstuma gera no campo do direito das famílias e das sucessões. Objetiva demonstrar que em

razão da previsão legal constante no artigo 1.597, III e IV do Código Civil, a criança gerada nestas condições é presumivelmente filha do falecido que submeteu à criopreservação o seu material genético

O BEM-ESTAR ANIMAL E A INSEGURANÇA ALIMENTAR, de autoria de Maria Carolina Rosa Gullo , Vinícius Moreira Mendonça e Tiago Bregolin Bertuzzo. O artigo analisa a relação existente entre a melhoria do bem-estar animal e as estratégias de combate à fome e insegurança alimentar, bem como o papel do direito internacional nessa temática.

O CONTROLE DA DISPONIBILIDADE DO DIREITO PERSONALÍSSIMO AO CORPO DA GESTATRIZ NO CONTRATO DE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO, de autoria de Claudia Aparecida Costa Lopes , Lucas Henrique Lopes Dos Santos e Cleber Sanfelici Otero . O artigo analisa a técnica de reprodução assistida de gestação de substituição que envolve direitos personalíssimos que costumam ser questionados social e juridicamente, quando da resolução de casos concretos conflitivos.

O DIREITO DOS ANIMAIS NA OBRA DE BRUNO LATOUR de autoria de Elisa Maffassiolli Hartwig. Neste artigo a autora se analisa a concepção de direito animal do antropólogo francês Bruno Latour.

O PAPEL DA BIOTECNOLOGIA NA SUBSTITUIÇÃO DE TESTAGEM EM ANIMAIS NÃO HUMANOS NA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DOS COSMÉTICOS: A ENTRADA DO BEM ESTAR ANIMAL COMO UM ELEMENTO DO FAIR TRADE, dos autores Marjorie Tolotti Silva de Mello,, Iasna Chaves Viana e Adilson Pires Ribeiro. Neste artigo os autores analisam a substituição dos animais por recursos alternativos na indústria de cosméticos.

OS ANIMAIS COMUNITÁRIOS NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS, de Heron Gordilho em coautoria com Juliana Nascimento analisa a nova figura do animal comunitário na jurisprudência brasileira.

SAÚDE E BIOÉTICA DOS CORPOS TRANS: REFLEXÕES ACERCA DA DES (CONTINUIDADE) DE GÊNERO, das autoras Janaína Machado Sturza e Paula Fabíola Cigana. Este estudo tem como objetivo essencial promover uma interlocução entre saúde e bioética dos corpos trans, especialmente sob a perspectiva da sexualidade na concepção foucaultiana, apresentando possibilidades de entrelaçamento com questões de gênero, em um espaço circunscrito pelo biopoder.

Balneário Camboriú, 19 de novembro de 2022.

Professor Dr. HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO – UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA

Professora Dra. NORMA SUELI PADILHA – UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

Professora Dr. RICARDO STANZIOLA VIEIRA – UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAI - UNIVALI

IMPLICAÇÕES DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM NO DIREITO DAS FAMÍLIAS E DAS SUCESSÕES

IMPLICATIONS OF HOMOLOGOUS ASSISTED HUMAN REPRODUCTION POST MORTEM ON FAMILY AND SUCCESSION LAW

Ana Lúcia Maso Borba Navolar
Cassia Pimenta Meneguce
Rita de Cassia Resquetti Tarifa Espolador

Resumo

Este artigo apresenta algumas implicações que a reprodução humana assistida póstuma gera no campo do direito das famílias e das sucessões. Objetiva-se demonstrar que em razão da previsão legal constante no artigo 1.597, III e IV do Código Civil, a criança gerada nestas condições é presumivelmente filha do falecido que submeteu à criopreservação o seu material genético. Para tanto, é necessário que por ocasião do congelamento, os envolvidos esclareçam de forma indubitável se autorizam a utilização desse material em caso de falecimento, sendo que de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, a autorização deve se dar através de testamento ou outro instrumento equivalente. As maiores discussões sobre a temática se concentram no campo do direito sucessório, especialmente no que se refere à eventual condição de herdeiro necessário do filho gerado por meio da reprodução assistida homóloga póstuma. Em que pese a doutrina mostrar-se dividida, o entendimento que mais corresponde à realidade do direito civil constitucionalizado é aquele que se inclina a considerar herdeiro necessário o filho advindo nessa condição, em observância ao princípio da dignidade da pessoa humana e da vedação de tratamento diferenciado entre os filhos.

Palavras-chave: Reprodução assistida homóloga, Direito sucessório, Direito das famílias, Inseminação artificial, Fertilização in vitro

Abstract/Resumen/Résumé

This article presents some implications that posthumous assisted human reproduction generates in the field of family and succession law. The purpose is to demonstrate that due to the legal provision contained in article 1,597, III and IV of the Civil Code, the child generated under such conditions is presumed to be the child of the deceased who submitted his/her genetic material to cryopreservation. Therefore, it is necessary that, at the time of the freezing, those involved clarify in an undoubted manner whether they authorize the use of such material in case of death, and, according to the Superior Court of Justice, the authorization must be given through a will or other equivalent instrument. The greatest discussions on the subject are concentrated in the field of inheritance law, especially with regard to the possible condition of necessary heir of the child generated by posthumous homologous assisted reproduction. Although the doctrine is divided, the understanding that most corresponds to the reality of constitutionalized civil law is that which inclines to

consider the child born in this condition a necessary heir, in compliance with the principle of human dignity and the prohibition of differential treatment between children.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Homologous assisted reproduction, Inheritance law, Family law, Artificial insemination, In vitro fertilization

INTRODUÇÃO

Busca o presente artigo trazer reflexões acerca da reprodução assistida homóloga *post mortem* no direito das famílias e das sucessões. Isso porque recentemente o Superior Tribunal de Justiça enfrentou o tema no que se refere aos requisitos que devem ser observados para tornar válida a autorização para concepção após a morte de quem promoveu a criopreservação dos gametas ou embriões.

Inicialmente são analisadas situações jurídicas existenciais, nas quais se inserem os direitos da personalidade, perpassando pela autonomia que todos os indivíduos têm de livremente autorregular e decidir o próprio destino, inclusive, no que se refere à liberdade para executar o planejamento familiar, desde que respeitadas as normas de ordem pública e os demais limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico como um todo.

A legislação brasileira trata de forma incipiente as questões referentes à reprodução humana assistida, embora a biomedicina e a biotecnologia esteja em estado muito avançado, e cobrando respostas jurídicas para diversas questões daí decorrentes. Atualmente a RA é regulamentada por Resolução do Conselho Federal de Medicina e por Provimentos do Conselho Nacional de Justiça.

A pesquisa apresenta como problemas norteadores deste estudo os seguintes questionamentos que geram reflexos no direito das famílias e das sucessões: Quais são os requisitos para tornar válida a autorização emitida pelo titular do material genético para concepção póstuma? O filho gerado pela técnica denominada reprodução assistida homóloga *post mortem* pode ser considerado herdeiro necessário?

Sob essa perspectiva o trabalho apresenta como objetivo geral investigar a posição da doutrina e da jurisprudência, especialmente analisar julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, bem como investigar as repercussões jurídicas no campo do direito das famílias e das sucessões.

Deste modo, a pesquisa exerce sua função de relevância social, fomentando discussões a respeito do tema tão importante na esfera jurídica.

Foi utilizado o método dedutivo e o tipo de pesquisa usado foi o bibliográfico, utilizando-se de livros, artigos, teses e jurisprudência. Foi utilizada a doutrina de Rolf Madaleno, Maria Helena Diniz, Pietro Perlingieri, Arnaldo Rizzardo, Cristiano Chaves,

Nelson Rosenvald, Maria Berenice Dias, dentre outros.

Por fim, diante da inércia legislativa no campo da reprodução humana, prevalece que para validade da autorização para utilização do material genético post mortem a autorização deve ser feita por meio de testamento ou documento equivalente, sendo inadequado para tanto o contrato firmado com a clínica de RA. No direito sucessório, a melhor solução seria a aplicação do princípio da igualdade entre todos os filhos, sendo afastada a tese de que o filho concebido postumamente não seria herdeiro, sendo essa a interpretação que corresponde ao princípio da dignidade da pessoa humana.

1. SITUAÇÕES JURÍDICAS EXISTENCIAIS E A AUTODETERMINAÇÃO

A liberdade que o indivíduo dispõe na seara do direito privado chama-se autonomia, que vem a ser o direito de regular-se por suas próprias leis.

Na visão clássica, os negócios jurídicos, especificamente os contratos, representavam o ideal do liberalismo político, ou seja, estavam calcados na autonomia da vontade (representando a ausência de intervenção do Estado na autonomia das partes) e obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*). Explica Nalin (2006, p. 108 - 109) que

> não era o Estado o grande fomentador das relações contratuais, mas o próprio homem, revestido de direito subjetivo absoluto, pois natural de liberdade, sempre tendo como pressuposto formal a igualdade de seus pares. Ao Estado cabia apenas a fiscalização dos atos praticados pelos indivíduos, objetivando preservar tais direitos subjetivos plenos, não cabendo a intervenção nesta seara individual.

O individualismo e o subjetivismo são a chave desse momento histórico. Teresa Negreiros (2006, p. 25) explica que a vontade – como expressão da liberdade – passa a ser o cerne do contrato,

> o cenário jurídico-filosófico do século XVIII - o século das Luzes da liberdade, do indivíduo e do contrato - vai espraiar-se na teoria jurídica desenvolvida ao longo do século XIX, resultando na formulação de princípios, categorias e valores que, em torno da autonomia privada, até hoje governam correntes significativas do pensamento civilístico.

Isso se reflete na liberdade para contratar como e com quem quiser, dispor da sua propriedade como bem entender, associar-se e mover-se com quem e para onde quiser etc., ou seja, a autonomia da vontade é prevalente.

Enuncia Kant (apud NEGREIROS, 2006, p. 26) proposição interessante que dá suporte à autonomia da vontade, "Quando alguém decide alguma coisa a respeito de um outro é sempre possível que este faça àquele algum tipo de injustiça, mas toda a injustiça é impossível quando ele decide por si próprio".

Onde impera o princípio da autonomia da vontade, a lei não delimita as questões contratuais, as partes são livres para se autorregularem – quando a lei estabelece os contornos contratuais, não se chama mais autonomia da vontade, senão, autonomia privada.

No entanto, injustiças foram cometidas no amplo império da vontade nos negócios jurídicos, pois, muitas vezes, apesar dos contratantes serem capazes, não estão em igualdade, o que ocasiona a submissão de um ao poderio do outro.

Daí porque o surgimento do Estado Social influenciou a teoria geral dos contratos; a intervenção do Estado na relação entre os particulares mitiga a autonomia da vontade, valoriza-se a liberdade material em detrimento a liberdade formal (paradigma do liberalismo), dessa forma, a autonomia contratual não é mais sem regras, possui limites, em razão disso, passa a ser chamada de autonomia privada. (LIMA; MARQUESI; SOARES, 2018, p. 6)

Autonomia privada, então, é o poder das partes de autorregularem os interesses privados, entretanto, dentro dos limites do ordenamento jurídico. Para José Ascensão (2010, p. 70), “significa que a ordem jurídica global admite que os particulares participem da construção da sua própria ordem jurídica, embora nos quadros da ordem jurídica global”. Ou seja, há uma certa limitação na liberdade de contratar, para que nenhuma das partes seja dominada pela outra.

Ou seja, usa-se a lei para que uma das partes não fique à mercê da vontade da outra (não seja escravo do negócio), ainda que tal negócio tenha sido feito com a vontade livre.

No âmbito da autonomia privada o ordenamento jurídico se torna um muro em torno da autonomia, de forma que o indivíduo é livre para estabelecer o objeto, sujeito e demais termos do negócio jurídico, no entanto, não pode contrariar a lei, os princípios e demais fontes do direito. As normas jurídicas estarão apenas controlando para que não haja abusos, não determinando e impondo os termos contratuais, os sujeitos podem regular seus interesses particulares nos limites legais; é a noção de liberdade como não dominação, de modo a prevalecer a dignidade humana.

Exemplificando, em julgado paradigma em nível mundial, o Conselho de Estado Francês – mais alto grau da jurisdição francesa – entendeu correta a decisão do prefeito do município de Morsang-sur-Orge que interditou o estabelecimento que promovia disputas de arremesso de anões – com consentimento e vontade dos anões - por ofensa à dignidade humana, nos seguintes termos:

> Considerando que a atração de arremesso de anão que consiste em ter um anão arremessado por espectadores leva ao uso como projétil de uma pessoa portadora de deficiência física e apresentada como tal; que, por seu próprio objeto, tal atração mina a dignidade da pessoa humana; que a autoridade investida do poder de polícia municipal poderia, portanto, proibi-la mesmo na ausência de circunstâncias locais particulares e mesmo quando medidas de proteção tivessem sido tomadas para garantir a segurança da pessoa em questão e que esse cidadão se prestasse livremente a esta exposição, mediante remuneração; (...)[1] (FRANÇA, 1995)

O que demonstra a transição de que a vontade não é absoluta, ela está subordinada ao ordenamento jurídico.

No mais, há também que se mencionar também o modelo clássico de negócio jurídico: os sujeitos (titulares de um direito subjetivo) ligados pela sujeição de um deles ao direito subjetivo do outro, o que Karl Larenz (1978, p. 278) explica como,

> Hemos designado la 'relación jurídica' como un 'nexo jurídico' entre personas. Él término 'nexo' indica que toda relación jurídica significa una 'vinculación' – de uno o varios participantes, o de todos los demás en relación con el único titular". E ainda complementa: "(…) todas las relaciones jurídicas son nexos jurídicos entre personas en cuanto sujetos de derecho, cuyos elementos esenciales son los derechos y obligaciones o vinculaciones jurídicas correspondientes a aquéllos.

Ademais, na concepção tradicional dos negócios jurídicos, como requisitos objetivos estão: agente capaz, e o objeto lícito, possível, determinado ou determinável; como requisito subjetivo: exige-se que a vontade das partes em celebrar o negócio seja livre e espontânea; e como requisito formal: forma prescrita ou não defesa em lei.

---

[1] No original: "Considérant que l'attraction de lancer de nain consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération (...)"

Diante disso, nota-se que muitas relações atuais não se enquadram no conceito de negócio jurídico tradicional. Cite-se, por exemplo um novo modelo em que os sujeitos envolvidos não são titulares de um direito subjetivo, mas sim de interesses juridicamente relevantes para o Direito, nesses termos, o objeto deixa de ser exclusivamente patrimonial, passando para a seara existencial. (LÊDO; SABO; AMARAL, p. 12).

Essa nova categorização: negócios jurídicos existenciais, seria para aquelas relações que não tem o lucro como elemento principal, seriam aqueles que tem como objeto o "mínimo existencial das pessoas, o que lhes confere o caráter de essencialidade, no sentido de que acessam bem jurídicos fundamentais como a liberdade, a honra, a moradia, a educação etc." (MARQUESI; MARTINS, 2016), o que seria um contraponto aos negócios jurídicos patrimoniais: aqueles que visam o lucro.

Francisco Amaral (2018, p. 367) explica as relações jurídicos existenciais como manifestações ou intervenções destinadas a alterar as condições normais de existência,

> essas intervenções compreendem as práticas científicas próprias da chamada engenharia genética, *lato sensu*, as ações sobre o DNA humano (análise molecular do genoma humano e a utilização dos genes humanos), as ações sobre células humanas ou sobre embriões (processo de fecundação *in vitro* e congelamento, manipulação e experimentação), e ações sobre os indivíduos (a transferência de genes, transplante de órgãos humanos, a reprodução assistida, a esterilização e controle da natalidade, e ainda a eutanásia, os tratamentos médicos e a proibição ou recusa de transfusão de sangue por motivo religioso, caso em que o direito à vida deve ser prioritário (AMARAL, 2018, p. 368).

Também o testamento vital, conhecido como "diretiva antecipada da vontade" que seria a orientação da própria pessoa ao profissional médico para abreviar a vida em caso de sofrimento, (não se trata de eutanásia, mas de ortotanásia) (AMARAL, 2018, p. 367), o objeto do testamento seria dispor sobre os procedimentos que a pessoa deseja ou não ser submetida quando portadora de uma doença ameaçadora da vida. Esterilização e controle da natalidade; a circulação contratual de embriões e células-tronco, com intuito de reprodução e regeneração humana, onde os interessados definem antecipadamente as características e o destino do nascituro, entre outras peculiaridades da biotecnologia atinentes à existência humana etc. (LÊDO, SABO, AMARAL, p. 16)

Todos esses exemplos não preenchem um ou alguns dos requisitos do conceito de negócio jurídico. Nesses casos, explicam Isabela Lêbo, Ana Paula Sabo e Ana Cláudia Amaral (2017, p. 12) que "a relação jurídica dá lugar a situações jurídicas subjetivas existenciais

formadoras de centros de interesses relevantes, que também devem ser tutelados e selecionados, ainda que ausente legislação prévia".

Especificamente quanto aos negócios jurídicos existenciais, uma crise se instaurou quando se nota que o objeto do negócio seria a personalidade do sujeito de direito. Assim,

> como poderia o indivíduo ser sujeito de direitos, na concepção clássica e, ao mesmo tempo, conformar-se como objeto da relação jurídica? Tratava-se de uma contradição lógica, pois não era possível à ciência jurídica daquele momento aceitar a fusão entre o sujeito e o objeto da relação jurídica. (PONA, AMARAL, 2016, p. 57)

Daí porque se diz que a visão clássica do negócio jurídico se encontra superada. Nesse momento de pós modernidade, surge a dúvida de como tutelar essas relações existenciais (assegurar ao homem os chamados direitos da personalidade, tais como a liberdade quanto à disposição do corpo, a liberdade intelectual, a liberdade de expressão, entre outras garantias asseguradas pela Constituição de 1988), e também como equilibrar e limitar a intervenção do Estado e de particulares nos interesses existenciais do indivíduo.

Para muitos, a resposta é a autodeterminação, que seria o poder do indivíduo se auto reger. Pelo que pontuam Isabela Lêbo, Ana Paula Sabo e Ana Cláudia Amaral (2017, p. 12 – 13),

> A proteção objetiva de situações jurídicas existenciais, portanto, se opera por meio da liberdade do indivíduo considerar sua existência. O livre desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação, a possibilidade para a criação, modificação ou extinção de situações no campo da subjetividade, tudo isso se vale da autonomia privada para ganhar corpo no mundo jurídico. Novos interesses surgiram com graus diversos de importância, sendo necessária a utilização dos critérios expostos anteriormente, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, como norte para seleção daqueles de maior relevância.

As autoras Isabela Lêbo, Ana Paula Sabo e Ana Cláudia Amaral (2017, p. 18) propõe então um meio termo entre os modelos liberal e intervencionais, seria um modelo de contrato intermediário em que exista intervenção do Estado, mas apenas quando tenha que assegurar a satisfação de necessidades básicas dos contratantes, ou seja, apenas quando seja essencial. E complementam que "o modelo intermediário não seria excludente, resultando em uma intervenção nos contratos de forma gradual em função da identificação das necessidades humanas".

Outra forma de encarar a situação, seria com uma nova categoria de negócios jurídicos, que são denominados por Rose Melo Vencelau Meireles de negócios biojurídicos:

> A biotecnologia está no cerne dessa questão, na medida em que possibilita a escolha sobre aspectos do próprio corpo que podem promover efeitos constitutivos, modificativos ou extintivos. Nesses casos, conforme antes mencionado, a autonomia ganha a forma de negócio jurídico. Como têm por referencial objetivo aspectos da saúde e do corpo do declarante, foram aqui chamados de biojurídicos (MEIRELES, 2016, p. 115)

A justificativa para tal criação é de que igualar tais situações simplesmente ao termo genérico (negócios jurídicos) seria um tanto simplista. E com essa nova categorização, ficaria claro que nem todas as normas nos negócios patrimoniais incidiriam também nos negócios biojurídicos, o que resolveria algumas questões jurídicas.

Juliana Pavão e Rita de Cássia Espolador (2018, p. 257), exemplificam que o artigo 111 do Código Civil prevê o silêncio como anuência em casos em que não é necessária a manifestação de vontade, e isso não deve ser aplicado estritamente a esses negócios de natureza existencial, quanto mais nos biojurídicos.

Assim, conclui-se que nesse momento de pós-modernidade, o negócio jurídico clássico e moderno, "triangulado por sujeitos titulares de direitos subjetivos e por objetos respaldados na ordem legal" (LÊDO, SABO, 2017, p. 20) mostra-se insuficiente para satisfazer as novas demandas, sendo necessária a readaptação do instituto, sobretudo nas relações/situações jurídicas existenciais.

2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Antes do ingresso no objeto central da pesquisa, é se de questionar se o ser humano possui direito fundamental à perpetuação de sua linhagem com a adoção de técnicas especializadas (reprodução assistida).

Atualmente tal somente é possível graças às avançadas técnicas da biomedicina e biotecnologia, sendo que a reprodução humana assistida auxilia aquelas pessoas que não podem procriar de forma natural em razão de esterilidade, infertilidade ou outro problema médico que os impeçam de constituir família. Além desses impedimentos, a técnica auxilia as famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, que em muitas vezes recorrem à RHA para exercer o direito de procriação. Tais disposições estão previstas na atual Resolução do

Conselho Federal de Medicina[2], que é o instrumento que dispõe das regras a serem observadas na adoção da técnica pelos pacientes e especialmente pela comunidade médica.

É de se pontuar que tais técnicas são basicamente a inseminação artificial, em que apenas há a introdução do espermatozoide na cavidade uterina sem o contato sexual; e a fertilização *in vitro* (FIV), em que tanto o espermatozoide quanto o óvulo são juntados fora do corpo da mulher e então, o embrião é implantado nela. E em ambas as técnicas é possível que ocorra a reprodução homóloga – em que há a utilização do material genético do próprio casal – ou da reprodução heteróloga – em que se utiliza material genético de um terceiro doador .

Voltando-se à questão do direito fundamental, na Constituição Brasileira há norma específica que trata do planejamento familiar - § 7º do art. 226 – estabelecendo que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito.

Quanto à dignidade da pessoa humana nesse contexto, Sérgio Ferraz (1992, p. 20) expõe que

> implica um compromisso do Estado e das pessoas para com a vida e a liberdade de cada um, integrado no contexto social: (...) a cada um é reconhecido o direito de viver livremente, em harmonia com o todo social, com a certeza de que suas virtualidades poderão expandir-se e concretizar-se, num conceito coletivo a todos benefícios. (FERRAZ, 1991, p. 20)

E tal foi a preocupação a respeito do tema que, em 1996, se promulgou a lei 9.263 para a regulação do § 7º do art. 226, definindo o planejamento como um conjunto de ações de promoção da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, aumento ou limitação da prole individualmente ou pelo casal, conforme se verá nos tópicos seguintes.

2.1 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

A reprodução humana assistida póstuma ocorre, conforme explica Arnaldo Rizzardo (2019, p. 876), quando o titular do material genético criopreservado falece antes do emprego do sêmen ou da colocação do embrião no útero da uma mulher. Ela pode ser homóloga ou heteróloga.

Interessa ao presente estudo, portanto, a fertilização assistida homóloga póstuma que

[2] Resolução 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina.

“é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a gestação a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal (...)”, conforme ensinam FARIAS e ROSENVALD (2016 p.594-595).

A reprodução humana póstuma pode ocorrer tanto por meio da inseminação artificial quanto pela fertilização *in vitro*. Segundo Maria Helena Diniz (DINIZ, 2022, p.1059): “a fertilização in vitro concretiza-se pelo método ZIFT que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido (...), para depois introduzir o embrião no seu útero”. Neste caso, conforme se observa, cria-se o embrião na proveta que posteriormente poderá ser introduzido no útero da mulher. Diferentemente ocorre com a inseminação artificial, que ainda de acordo com Maria Helena Diniz, se processa mediante o método GIFT, ou seja, ocorre a inoculação do sêmen diretamente no útero da mulher, que formará o embrião se houver fecundação do óvulo no interior do corpo humano.

No Brasil a reprodução assistida homóloga *post mortem* encontra previsão legal no que se refere à presunção de filiação, no artigo 1.597, incisos III e IV do Código Civil de 2002; porém a legislação brasileira não trata de forma aprofundada questões relativas a essa temática o que deixa inúmeras questões a serem resolvidas pelo Judiciário, por Resoluções do Conselho Federal de Medicina e por Provimentos do Conselho Nacional de Justiça.

A indesejada omissão legislativa faz com que surjam muitas incertezas nesse campo. A despeito do tema, importante relembrar que Miguel Reale Junior, relator do Projeto de Lei que culminou no atual Código Civil de 2002, explicou nas Diretrizes Fundamentais que o futuro código tinha como um de seus princípios

> Não dar guarida no Código senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa sedimentação e estabilidade, deixando para a legislação aditiva a disciplina de questões ainda objeto de fortes dúvidas e contrastes, em virtude de mutações sociais em curso, ou na dependência de mais claras colocações doutrinárias, ou ainda quando fossem previsíveis alterações sucessivas para adaptações da lei à experiência social e econômica. (REALE, 1975).

Lamentavelmente o legislador não aproveitou a oportunidade de regulamentar a reprodução humana assistida no momento adequado. Em que pese alegar que a pretensão era tratar de assuntos já sedimentados, quando da publicação do Código Civil já eram realizadas técnicas de reprodução humana assistida no Brasil, sendo que o primeiro bebê de proveta que se tem notícias no Brasil, nasceu em 7 de outubro de 1984[3]. Deste modo, antes mesmo da

[3] Disponível em https://brasil.estadao.com.br/blogs/arquivo/ha-27-anos-o-primeiro-bebe-de-proveta-do-pais/#:~:text=25%20de%20julho%20de%201978,de%20julho%20do%20ano%20seguinte. Ac. 10/10/2022

publicação do atual código as técnicas de reprodução humana já estavam sendo largamente aplicadas no País.

Atualmente o instrumento que trata de forma mais completa da reprodução humana assistida é a Resolução nº. 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina.

2.2 REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* NO DIREITO DAS FAMÍLIA

A Constituição Federal ao estabelecer no o parágrafo 7ª do artigo 226 que o planejamento familiar é livre decisão do casal, e que é dever do Estado proporcionar, inclusive, os meios científicos necessários para realização da constituição da família eleva a reprodução humana assistida ao patamar de direito fundamental, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Rolf Madaleno (2020 p.119) ao discorrer sobre os direitos fundamentais, explica que "a Carta Magna colaciona diversos princípios, muito deles expressos, outros, engajados no espírito da Constituição, e vários deles endereçados ao Direito de Família".

Reforçando o argumento de que a reprodução assistida é um direito fundamental e que compete ao Estado promover sua concretização, a Lei nº. 9.263/96 que regulamenta o planejamento familiar estabelece no artigo 2º, que: "entende-se planejamento familiar como 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".

Para Arnaldo Rizzardo (2019, p. 654) "importante questão que integra o direito de família diz respeito à filiação, posto que os filhos são uma das razões maiores do casamento, representando a continuidade da espécie, e sendo uma amostra do futuro da humanidade".

Ao atribuir ao Estado o dever constitucional de fornecer os meios necessários para que todas as pessoas possam exercer o direito de constituir família, inclusive os meios científicos, conclui-se que este direito deve ser garantido a todos os indivíduos que por algum motivo estejam medicamente impedidos de procriar naturalmente, especialmente aquelas pessoas desprovidas de recursos financeiros.

Em seu artigo 9º a Lei acima citada estabelece que: "para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das

pessoas, garantida a liberdade de opção".

Deste modo, não se desconhece que a intervenção estatal no âmbito familiar deve ser mínima, devendo as famílias ter autonomia para atuar de forma livre nesse ambiente, porém a intervenção será legítima quando se mostrar necessária para promover a realização de direitos fundamentais. O Estado deve fornecer tratamento reprodutivo junto à rede pública de saúde para aquelas pessoas que necessitarem desse recurso.

No Brasil, desde 2012 os programas de reprodução assistida e inseminação artificial são oferecidos pelo SUS, conforme se extrai da Portaria 3.149 de 28 de dezembro de 2.012[4], do Ministério da Saúde.

Muitas vezes as pessoas que necessitam utilizar o sistema único de saúde (SUS) para realização de técnicas de reprodução humana assistida precisam recorrer ao Judiciário, que vem corroborando o dever estatal de custear o tratamento reprodutivo, conforme se observa da decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ), na Apelação Cível nº. 0006500-48.2013.8.19.0026[5]:

> (...) **POSSIBILIDADE. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. ESTADO QUE, PARA ALÉM DE PRESTIGIAR A AUTONOMIA DA VONTADE NO QUE SE REFERE AO PLANEJAMENTO FAMILIAR, DEVE FORNECER OS MEIOS NECESSÁRIOS PARA O EXERCÍCIO DE TAL DIREITO. INTELIGÊNCIA DO PARÁGRAFO 7º DO ARTIGO 226 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA**. ASSISTÊNCIA EM PLANEJAMENTO FAMILIAR QUE INCLUI A OFERTA DE TODOS OS MÉTODOS E TÉCNICAS PARA A CONCEPÇÃO CIENTIFICAMENTE ACEITOS.. (grifei).

Portanto, compete ao Estado proporcionar os meios necessários para que as pessoas possam concretizar o projeto parental, ofertando e custeando na rede pública de saúde tratamento reprodutivo com todas as técnicas cientificamente aceitas pela comunidade médica.

Feitas as considerações iniciais acerca do dever estatal contribuir com a realização do projeto parental, passa-se a analisar a repercussão da reprodução humana assistida no âmbito do direito de família.

O Código Civil ao tratar da presunção de filiação, menciona que os filhos gerados por técnicas de reprodução humana assistida presumem-se concebidos na constância do

---

[4] https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt3149_28_12_2012.html Acesso em 21 out. 2022

[5] http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A23BE4ECFC1A863F4DEBFA9766C53B3DC506423E0953 Acesso em 12 out 2022.

casamento, nas hipóteses legais, previstas no artigo 1.597, incisos III, IV e V.

Arnaldo Rizzardo (2019, p. 677), ao tratar da temática, pontua que em relação ao inciso III do art. 1.597, "opera-se a presunção de que a concepção se deu durante o casamento na fecundação artificial homóloga, não importando se falecido o marido (...) a presunção decorre do fato de que tanto o sêmen quanto o óvulo e do marido e da mulher".

Percebe-se que em relação à presunção de filiação, o assunto não demanda maiores debates, já que conta com expressa previsão legal. Mas ainda essa previsão não é suficiente para regulamentar toda a matéria que exige análise jurídica aprofundada diante de sua complexidade, como exemplo, no que se refere à forma como deve ser a autorização dada pelo cônjuge/companheiro em casos de reprodução assistida homóloga póstuma.

Em que pese a lacuna legislativa, a Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, prevê que: É permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente (Seção VIII).

Em sentido similar, ao dispor sobre os documentos necessários para registro de crianças geradas por meio das TRHA, o Provimento nº. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça estabelece no §2º, do artigo 17 que: Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem* (...) 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.

Importante destacar que tanto as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, quanto os Provimentos do Conselho Nacional de Justiça possuem caráter administrativo, não tendo força de lei, embora sejam instrumentos importantes, sempre levados em consideração nas decisões relativas à reprodução assistida.

Em decisão emblemática, no julgamento do Recurso Especial nº 1.918.421 – SP[6], o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu quais requisitos devem ser observados para tornar possível a utilização do material genético após o falecimento do titular do material genético criopreservado. No Acórdão ficou estabelecido que:

> A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição post mortem, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se

[6] https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021-Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuva-exige-autorizacao-expressa-do-falecido--decide-Quarta-Turma.aspx Acesso em 12/10/22.

> 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.** 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 excedentário**s**, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo. (STJ/Recurso Especial nº 1.918.421, 2021-STJ). (grifei).

Importante relembrar que o código civil não traz qualquer exigência acerca da forma a ser observada para que seja exarado o consentimento para implantação do embrião ou sêmen, mas diante do atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça, somente será possível a inseminação artificial *post mortem* quando existir autorização expressa, formalizada por testamento ou documento que o valha, sendo inadequado o contrato padrão assinado pelos pacientes na clínica de reprodução humana assistida.

A título de complementação, importante destacar que tramita no Senado Federal o Projeto de Lei nº. 1.851/2022[7] que prevê a possibilidade de implantação póstuma de embriões congelados do casal que se submeteu à técnica de reprodução assistida, ainda que inexista prévia autorização do cônjuge ou companheiro falecido, já que o fato de se submeterem conjuntamente ao congelamento do material genético, pressupõe que o fizeram com a finalidade de procriação e, se não pretendem usar o material genético após o falecimento, a manifestação deverá ser expressa nesse se sentido.

Enquanto não sobrevenha lei regulamentando a matéria, por ora prevalece o entendimento externado no Recurso Especial nº 1.918.421 – SP, isto é, para que seja implantando o embrião ou utilizado gametas congelados, é necessário que exista testamento ou outro documento idôneo nesse sentido, não sendo suficiente o contrato padrão firmado entre pacientes e clínica de reprodução humana assistida.

Preenchidos os requisitos exigidos para tornar válida a autorização para que o parceiro sobrevivo gere seus filhos através da reprodução assistida *post mortem*, a questão é pacífica no que se refere à presunção de filiação em relação ao parceiro já falecido. Isso porque o artigo 1.597, Inciso III do Código Civil é expresso ao estabelecer a presunção de filiação da criança gerada por meio das TRHA *post mortem*.

---

[7] Senado Federal. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893 acesso em 13 out 2022.

Ultrapassada a análise da reprodução assistida póstuma no direito de família, passa-se a analisar seus reflexos no direito sucessório, campo em que o assunto é mais tormentoso.

2.3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM NO DIREITO DAS SUCESSÕES

A Constituição Federal de 1988 veda que seja dado tratamento diferenciado aos filhos, independentemente de sua origem, estabelecendo a completa igualdade entre eles[8]. Mas nem sempre foi assim. Relembre-se o teor do artigo 377 do revogado Código Civil de 1916 segundo o qual: "Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária".

Observa-se, portanto, que desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 foram afastadas as normas discriminatórias entre os filhos. Na vigência do Código Civil de 1916 embora houvesse diferenciação entre os filhos, esse paradigma foi se alterando a partir de 1988. Sobre o tema, Alvaro Villaça de Azevedo esclarece que:

> Desde a edição do Código Civil de 1916, existiam princípios constitucionais então vigentes, que impediam a discriminação entre categorias de filhos. Qualquer lei que discrimine os filhos, estabelecendo restrições quanto a seus direitos é inconstitucional e afronta o princípio de Direito Natural da preservação da dignidade da pessoa humana. (AZEVEDO, 2019, p. 404).

E, hoje qualquer interpretação no sentido de promover a desigualdade entre os filhos, como por exemplo, entendimento de que o filho biológico concebido *post mortem* não seria herdeiro, deve ser tida como inconstitucional. Discorrendo sobre o tema, Arnaldo Rizzardo enfatiza que:

> Os direitos decorrem do simples fato da filiação, e não da circunstância de se nascer em determinado momento, antes ou depois da união matrimonial, ou paralelamente a esta, mas em união com pessoa estranha. A distinção outrora existente não mais perdura, uma vez que a Constituição veda qualquer designação que leve à desigualdade. Todo filho é simplesmente filho, seja qual for a natureza do relacionamento de seus pais. (RIZZARDO, 2019, p. 657)

Assim, prevalece a absoluta igualdade entre os filhos com todos seus efeitos jurídicos, sejam eles patrimoniais ou pessoais, dentre eles o direito de herança, assim como tantos outros assegurados constitucionalmente.

Conforme tratado anteriormente, em relação à presunção de filiação, inexiste

[8] Artigo 227, §6º da CF/88. § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

divergência jurídica acerca de sua ocorrência quando utilizado material biológico congelado de um dos pais na reprodução assistida homóloga *post mortem*, já que essa é a disposição expressa constante no artigo 1.597, inciso III e IV.

Em relação aos reflexos da RHA no âmbito do direito sucessório, o assunto é mais tormentoso. Isso porque ao tratar da vocação hereditária, o artigo 1.798 do Código Civil estabelece que são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Ao tratar do assunto, Orlando Gomes (2012, p.30) explica que "o direito de suceder do *nascituro* depende de já estar concebido no momento da abertura da sucessão (...) e a possibilidade de se atribuir parte da herança ao embrião inseminado após a morte do *de cujus* dependerá de lei complementar que a regulamente.

Segundo o entendimento acima exarado, deve ser analisado o momento da concepção para que seja ou não considerado herdeiro sucessível, já que para ser herdeiro deve estar concebido ou ter nascido no momento da abertura da sucessão. Para o referido doutrinador, somente poderá ser considerado herdeiro o filho concebido *post mortem* se existir lei que assim preveja.

Ato discorrer sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves (2021, p.32) defende que " não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial post mortem, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (...) a questão é tormentosa e cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para sua solução".

De fato, se a lei trouxesse previsão expressa acerca do tema, certamente diversas questões seriam solucionadas e muitos problemas evitados. Ocorre que o ordenamento jurídico é omisso no ponto, cabendo a doutrina e jurisprudência enfrentar o assunto.

Para Eduardo de Oliveira Leite em se tratando de fertilização *in vitro*, sendo o embrião formado quando quem disponibilizou o material genético ainda era vivo, será este considerado herdeiro, já que concebido no momento da abertura da sucessão. Porém, quando utilizado sêmen congelado para posterior implantação do corpo feminino, a conclusão será diversa, pois para ele

> Em se tratando de criança concebida in vitro (sem recurso a um terceiro doador) e cujo pai faleceu antes da implantação do embrião, a hipótese é cientificamente plausível, já que a congelação do embrião permite sua conservação. A criança herdaria de seu pai porque concebida na data da abertura da sucessão. No caso de criança simplesmente concebida, a máxima infans conceptus pro nato habetur

> quoties de commodis ejus agitur confere a aptidão a herdar sob a condição de nascer com vida. Quanto à criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nessa hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. (LEITE, 2009. p. 141-142).

Ao analisar o tema ora debatido, imprescindível relembrar que a Constituição Federal de 1988 traz como princípio o tratamento igualitário entre todos os filhos, independentemente de qual origem sejam, estabelecendo a plena igualdade entre eles.

Nesse ponto, Alvaro Villaça de Azevedo (2019, p. 404) esclarece que "Qualquer lei que discrimine os filhos, estabelecendo restrições quanto a seus direitos é inconstitucional e afronta o princípio de Direito Natural da preservação da dignidade da pessoa humana".

Atualmente devem ser afastadas as interpretações que culminem em discriminação entre os filhos, como ocorria na vigência do Código Civil de 1.916, como previa o artigo 377 daquele código que assim dispunha: "Quando o adotante tiver filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolve a de sucessão hereditária". Portanto, havia repugnante discriminação entre os filhos, que eram categorizados de acordo com a origem.

A Constituição Federal de 1988 afastou as normas que davam tratamento diferenciado entre os filhos, sendo que qualquer interpretação no sentido contrário, como o entendimento de que o filho biológico concebido *post mortem* não deve ser considerado herdeiro, deve ser tido como inconstitucional. Nesse sentido, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald defendem que:

> Promovendo uma interpretação sistêmica dos comandos dos arts. 1.597, III, e 1.798 do Código de 2002, diferentes conclusões surgem. Se já havia *concepção laboratorial,* quando do falecimento do genitor, o filho terá direito sucessório, uma *vez* que o art. 1.798 é de clareza solar ao afirmar que capacidade para suceder é reconhecida em *favor* de quem *nasceu ou foi concebido.* Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre filhos (que é princípio de inclusão). (FARIAS; ROSENVALD, 2016 p. 599).

Portanto, o direito sucessório do filho concebido após a morte do genitor (a) deve ser interpretado visando evitar discriminação entre os filhos, prática refutada constitucionalmente (art. 227 §6º, CF). Com base no princípio da igualdade jurídica entre os filhos, Maria Berenice Dias defende que:

> (...) a legislação não proíbe a inseminação post mortem e a Constituição consagra a igualdade entre os filhos. Não se pode, portanto, admitir legislação

> infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido. (...). Com isso, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial homóloga post mortem e amplos direitos sucessórios, não se restringindo à sucessão testamentária. A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial post mortem pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Ainda que não tenha havido a concepção ao tempo da morte do proprietário do sêmen, o filho terá direito sucessório na hipótese de ter o genitor expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização pudesse ocorrer depois de sua morte. (DIAS, 2015, p.402).

Conclui-se que a despeito da inexistência de lei especifica sobre a temática, a doutrina moderna tende a reconhecer como legitimado a suceder, na condição de herdeiro necessário, ao filho advindo das técnicas de reprodução humana assistida homóloga póstuma.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa apresentou estudo acerca dos reflexos da reprodução assistida *post mortem*, no campo do direito das famílias e das sucessões.

Inicialmente tratou do conceito de negócio biojurídico, que são aqueles negócios relacionados à saúde e corpo do indivíduo, cujas decisões estão na esfera de sua autonomia privada..

Em seguida, foram apresentadas as formas de reprodução humana assistida, quais sejam, inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, destacando as principais diferenças entre elas. Ficou evidente que no Brasil inexiste lei em sentido formal regulamentando o tema, sendo que os instrumentos que regulamentam a matéria são as Resoluções do Conselho Federal de Medicina e Provimentos do Conselho Nacional de Justiça e a jurisprudência, quando o judiciário é convocado para resolver as questões relacionadas ao tema.

Posteriormente, foi abordado o posicionamento atual da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que estabeleceu quais são os requisitos autorizadores para perfectibilizar a inseminação artificial homóloga *post mortem*, ficando estabelecido que o consentimento deve ser expresso por meio de instrumento público ou outro instrumento equivalente.

Foram abordados alguns princípios, dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana, do livre planejamento familiar, da igualdade entre os filhos, além de abordar a reprodução humana assistida como direito fundamental do ser humano, como comando orienador da atuação estatal no dever de promover os meios necessários para realização do

projeto parental.

Por fim, no que se refere à problemática apresentada inicialmente, a conclusão que se chega é que no âmbito do direito de família a discussão gira em torno da forma como deve ser externada a autorização, prevalecendo que deve ocorrer de forma expressa, por meio de testamento ou documento que o valha, consoante se observa da fundamentação do Recurso Especial nº 1.918.421, 2021-STJ.

No campo do direito das sucessões, foram apresentados correntes doutrinárias divergentes, por meio da corrente que entende que ao filho concebido postumamente por meio das técnicas de RA deve ser atribuída a condição de herdeiro com fundamento no princípio da igualdade entre os filhos e na dignidade da pessoa humana.

Foi apresentado também a corrente que defende que ao filho somente deve ser atribuída a condição de herdeiro quando o material criopreservado for o embrião já que nesse caso foi concebido antes da abertura da sucessão e, por fim, existem ainda aqueles que defendem que o filho concebido por inseminação artificial post morem, seria filho biológico mas não seria herdeiro em nenhuma situação, já que sequer havia sido concebido quando da abertura da sucessão.

Por fim, depois da análise de todas as correntes doutrinárias, conclui-se que inexiste divergência acerca da condição de filho biológico àquele concebido por meio das técnicas de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, sendo que a autorização deve ser expressa por meio de testamento ou instrumento dotado de formalidade equivalente. Já no que respeita aos direitos sucessórios do filho assim concebido, embora exista divergência doutrinária, a interpretação que melhor atende os princípios da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana é atribuir ao filho biológico a condição de herdeiro necessário.

REFERÊNCIAS

AMARAL, ANA C. C. Z. M.; PONA, Ewerton W. **A vida numa casca de noz? A insuficiência do conceito de direito subjetivo e a potencialidade das situações jurídicas como categoria base para aplicação do direito e realização da autonomia privada.** In: Pona, Everton Willian; Amaral, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do; Martins, Priscila Machado.. (Org.). Negócios Jurídicos e Liberdades Individuais: Autonomia Privada e situações jurídicas existenciais. Juruá Editora, 2016, v. 1, p. 21-74.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil. Teoria Geral.** Volume III. Relações e Situações Jurídicas. Coimbra Editora. 2002.

AZEVEDO Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito de família**– 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM nº 2.320/2022.** Publicada no D.O.U. de 15 de julho de 2021, seção I, p. 60. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cfm-n-2.320-de-1-de-setembro-de-2022-430447118 . Acesso em: 10 out 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 10 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.

FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias** - 9. ed. rev. e atual - Salvador: Ed JusPodivm, 2016.

FERRAZ, Sergio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução.** Porto Alegre: Fabris, 1991.

FRANÇA. Conselho de Estado. **Decisão n° 136727**, publicada em 27 de outubro de 1995. Disponível em: https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CE/decision/1995-10-27/136727. Acesso em 10 de outubro de 2022.

GOMES, Orlando, **1909-1988. Sucessões**. - 15. ed. rev. e atual. / por Mario Roberto Carvalho de Faria - Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro** - Direito das Sucessões - Volume 7 - 15ª Edição, Saraiva, 2021.

LÊDO, Ana Paula Ruiz; SABO, Isabela Cristina; AMARAL, Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do. **Existencialidade humana: o negócio jurídico na visão pós-moderna.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 6, n. 1, 2017.

LIMA, Caroline Melchiades Salvadego Guimarães de Souza; SANTOS, Pedro Henrique Amaducci Fernandes dos; MARQUESI, Roberto Wagner. **Negócios jurídicos contemporâneos: a efetivação da dignidade da pessoa humana com alicerce nos contratos existenciais.** Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 7, n. 3, 2018. Disponível em: <http://civilistica.com/negocios-juridicos-contemporaneos/>. Acesso em 20 de outubro de 2022.

LEITE, Eduardo de Oliveira- **Comentários ao Novo Código Civil,** volume XXI: do direito das sucessões: (Arts. 1.784 a 2.027).- Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família.** – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

MARQUESI, Roberto Wagner; MARTINS, Priscila Machado. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e negócios jurídicos existenciais.** 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.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: Conceito Pós-Moderno.** 2 ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NEGREIROS, Tereza. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAVÃO, Juliana Carvalho; ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. **Paradigma contemporâneo e os negócios biojurídicos: Seleção Embrionária.** Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 2, p.244-271, jul. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de direito civil** – Vol. VI / Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. – 24. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. 2a ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direitos de Família.** 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Guilherme; MITIDIEIRO Daniel. **Curso de direito constitucional** – 8. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999

SUPERIOR TIRBUNAL DE JUSTIÇA/ STJ. Disponível em: **https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100242516&dt_publicacao=26/08/2021** Acesso em 09/10/2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. TJRJ. Disponível em: **http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004A23BE4ECFC1A863F4DEBFA9766C53B3DC506423E0953** Acesso em 12 out 2022.