



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PLANEJAMENTO FAMILIAR DAS NOVAS FAMÍLIAS – O  
PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DEMOCRATIZAÇÃO DA  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Jade Carolline Jascone

Rio de Janeiro  
2023

JADE CAROLLINE JASCONE

PLANEJAMENTO FAMILIAR DAS NOVAS FAMÍLIAS – O  
PAPEL DO JUDICIÁRIO NA DEMOCRATIZAÇÃO DA  
REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Monografia apresentada como exigência para  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato  
Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro.

Orientadora:

Prof<sup>ª</sup>. Christiane Maria Coelho  
Moreira

Coorientadora:

Prof<sup>ª</sup>. Mônica Cavalieri Fetzner Areal

Rio de Janeiro  
2023

JADE CAROLLINE JASCONE

PLANEJAMENTO FAMILIAR DAS NOVAS FAMÍLIAS – O PAPEL DO  
JUDICIÁRIO NA DEMOCRATIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Monografia apresentada como exigência de conclusão de  
Curso da Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da  
Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023. Grau atribuído: \_\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Des. Cláudio Brandão de Oliveira – Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro - EMERJ.

---

Convidada: Prof.<sup>a</sup> Ana Paula Teixeira Delgado – Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro - EMERJ.

---

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Christiane Maria Coelho Moreira – Escola da Magistratura do Estado do  
Rio de Janeiro - EMERJ.

---

A ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – EMERJ – NÃO APROVA NEM REPROVA AS OPINIÕES EMITIDAS NESTE TRABALHO, QUE SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(A) AUTOR(A).

Em homenagem a minha mãe,  
Debora, por tornar tudo possível.

## AGRADECIMENTOS

A Deus por toda a minha caminhada abençoada.

Aos meus pais, Debora e Carlos, por toda a confiança e todo o incentivo.

À minha mãe por ser minha referência de apoio e por ter proporcionado todas as condições econômicas e emocionais para minha formação profissional e acadêmica.

Ao meu querido padrasto, Gabriel, pelo carinho e apoio constante.

Ao meu amado pai, por todos ensinamentos e liberdade.

Aos meus amigos, por todo suporte e amparo, além do acolhimento em tantos momentos de aprendizado desta vida.

À EMERJ, por ter me oportunizado o desenvolvimento desta pesquisa.

À professora Christiane Maria Coelho Moreira, pela orientação jurídica durante o desenvolvimento do Trabalho de Monografia.

À professora Mônica Cavalieri Fetzner Areal por todo acompanhamento durante os semestres tornando possível a excelência deste trabalho.

Aos demais familiares e a todos os meus amigos, pela motivação e inspiração vindas de Santa Catarina, Dublin, São Paulo e Rio de Janeiro.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, tornaram essa jornada mais leve.

Muito obrigada.

[...] Planejamento familiar é a plenitude da vida humana e não a sua restrição, ao garantir maiores oportunidades a cada pessoa, libera o homem para que possa atingir sua dignidade individual e realizar seu potencial.

Organizações das Nações Unidas (ONU)

## SÍNTESE

Tendo em vista as novas possibilidades de reprodução humana que o progresso científico proporcionou e a falta de legislação para assentar o tema, vê-se necessário a discussão sobre os valores morais e legais que a reprodução assistida traz ao mundo jurídico moderno, assim como, a mudança do papel da mulher na sociedade. Além disso, propõe-se demonstrar a dissonância legislativa que se faz presente diante das novas famílias que adotam a reprodução *in vitro*, com o intuito de apontar o papel do judiciário nas referidas relações. Sendo assim, o presente trabalho tem por escopo apresentar a problemática decorrente da lacuna legislativa das diversas técnicas utilizadas de reprodução humana e como o judiciário auxiliará nessa falta. Por fim, abordar-se-á os posicionamentos jurisprudenciais, assim como, algumas das soluções mais adequadas diante da análise ao direito estrangeiro e aos casos trazidos ao judiciário para que sejam aplicados às novas situações enfrentadas no Brasil enquanto não houver definição normativa pelo legislador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reprodução Assistida. Fertilização *in vitro*. Lacuna legislativa. Direito Sucessório. Concepção *Post Mortem*.



## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS QUE ENVOLVEM A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELO DIREITO À VIDA, DIREITO DA MULHER E O DIREITO FUNDAMENTAL DO PLANEJAMENTO FAMILIAR.....	13
<b>1.1. Compreensão conceitual e evolução histórica do direito à vida.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2 As teorias referentes ao início do direito à vida, abordando a natureza do material genético .....</b>	<b>15</b>
<b>1.3. Evolução histórica dos direitos da mulher e seus reflexos no mercado de reprodução assistida.....</b>	<b>21</b>
<b>1.4 Direito à identidade genética do concebido e o melhor interesse da criança .....</b>	<b>27</b>
<b>1.5 Direito fundamental do planejamento familiar e a não intervenção estatal .....</b>	<b>29</b>
2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA - RHA.....	35
<b>2.1. Surgimento da reprodução assistida e da evolução dos métodos de fertilização .....</b>	<b>35</b>
<b>2.2. Princípios norteadores da reprodução humana assistida.....</b>	<b>38</b>
<b>2.3. A possibilidade da Fertilização <i>post mortem</i> e suas consequências.....</b>	<b>42</b>
<b>2.4. Declaração de vontade, testamento e seus efeitos sucessórios aos concebidos <i>post mortem</i> .....</b>	<b>46</b>
<b>2.5. Discussão perante os tribunais superiores e seu entendimento jurisprudencial .....</b>	<b>50</b>
3. A DEMOCRATIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA .....	56
<b>3.1. Acesso à Reprodução Assistida .....</b>	<b>56</b>
<b>3.2. Lacuna Legislativa e Efeitos jurídicos das decisões sobre reprodução assistida .....</b>	<b>63</b>
<b>3.3. A necessidade do poder público de encontrar a ponderação entre a Autonomia Privada e Interesse Público.....</b>	<b>68</b>
<b>3.4. A questão da Fertilização em clínicas frente ao direito estrangeiro .....</b>	<b>71</b>
CONCLUSÃO.....	76
REFERÊNCIAS .....	78

## SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Art. – Artigo

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CC – Código Civil

CFM – Conselho Federal de Medicina

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

CPC – Código de Processo Civil

CPP – Código de Processo Penal

DPVAT – Danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

ICSI – Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides

IVF – Fertilização in vitro

LC – Lei Complementar

Nº – Número

ONU – Organizações das Nações Unidas

P. – Página

Resp – Recurso Especial

RHA – reprodução humana assistida

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

GIFT – Transferência Intratubária de Gametas

ZIFT – Transferência Intratubária de Zigotos

§ – Parágrafo

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a falta de legislação e de unidade jurisprudencial diante das novas possibilidades de reprodução humana, proporcionadas pelo progresso científico, gerando certa insegurança jurídica para as partes, clínicas e para o Estado. Sendo assim, vê-se necessário a discussão sobre os valores morais e legais que a reprodução assistida traz ao mundo jurídico moderno.

O planejamento familiar passa a ser garantido como direito fundamental na Constituição de 1988 e, sendo ele previsto no texto constitucional como garantia cabe ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Entretanto, somente com o sancionamento da Lei Federal nº 9.263/96, veio a regulamentação do parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, alinhando a interpretação, os princípios e as penalizações envolvendo o planejamento familiar.

Ao longo do surgimento de leis auxiliares, como a mencionada Lei Federal nº 9.263/96, restou claro pelo legislador que é dever do Estado, utilizando-se do Sistema Único de Saúde (SUS) e demais áreas, garantir a implantação de ações voltadas para o planejamento familiar relacionadas à garantia de liberdade de escolha e dos direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole, Além disso, fica como disposição do Estado transmitir as formas de prevenção e prover a educação necessária para acesso a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

Contudo, ainda que o direito à saúde seja fundamental, não é absoluto. Percebe-se que a temática é dubitável tanto na doutrina quanto na jurisprudência, uma vez que é sensível a intervenção do Poder Judiciário nas relações familiares, além disso, um Estado subdesenvolvido não consegue administrar todas as questões públicas. Desta forma, as questões de cada caso acabam sendo trazidas ao judiciário diante da ausência normativa, ficando a cargo do juiz de direito ponderar entre o interesse público e interesse privado se utilizando dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não reflita o abismo de atender os interesses individuais e lesionar os interesses coletivos.

Sendo assim, o presente trabalho tem por escopo apresentar a problemática decorrente das diversas técnicas utilizadas de reprodução humana e sua lacuna legislativa, bem como a divergência nas decisões dos tribunais. Por fim, abordar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais diante de alguns casos de fertilização *in vitro*, assim como apontar algumas das

soluções mais adequadas para serem adotadas futuramente pelo país.

Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar a evolução histórica do direito familiar, abordando as diferentes formas de reprodução e como elas vêm sendo disciplinadas pelo direito ao longo dos anos, assim como o surgimento do direito fundamental do planejamento familiar. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de disposição dos embriões recolhidos na clínica e as opções existentes para sua utilização.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução histórica do direito à vida, buscando a natureza jurídica do material genético, bem como o desenvolvimento do direito da mulher e seus reflexos no mercado das clínicas de reprodução assistida. Discute-se, também, o direito do nascituro sobre sua identidade genética e posteriormente o melhor interesse da criança frente ao tema. Por fim, demonstra o planejamento familiar como bem jurídico tutelado diante dos demais direitos fundamentais e princípios constitucionais, com o objetivo de verificar a ocorrência de sua violação.

Cabe, ao segundo capítulo, desenvolver sobre a reprodução humana assistida (RHA) e alguns de seus ramos, como a inseminação anônima e heteróloga, mas, principalmente, pesquisa o crescimento exponencial da utilização de clínicas de fertilização por conta de a mulher estar engravidando cada vez mais tarde.

Aborda, também, o surgimento e os princípios norteadores da reprodução humana assistida e da evolução dos métodos de fertilização. Ademais, pondera sobre a possibilidade de utilização do embrião com a morte de um cônjuge e se seria possível a continuação da reprodução assistida. Assim como, apresenta quais as consequências da referida possibilidade no direito sucessório e se este caso seria declaração da vontade quando há contratação com clínica. Por fim, resta trazer algumas decisões recentes nos Tribunais Superiores e os casos que lhe deram causa.

O terceiro capítulo discorre sobre a democratização da reprodução assistida e como se dá o acesso aos cidadãos da utilização dessas técnicas. Além disso, busca demonstrar os efeitos jurídicos das decisões judiciais nos casos de fertilização *in vitro* diante da lacuna legislativa e, com isso, a necessidade do poder público de encontrar a ponderação entre a Autonomia Privada e o Interesse Público. Por fim, apresenta como o assunto é tratado no direito estrangeiro, com o fim de buscar soluções a serem aplicadas no Brasil.

A pesquisa é desenvolvida pelo método exploratório, uma vez que o pesquisador pretende proporcionar maior familiaridade com o problema, ou em outras palavras, explicitá-lo, para tanto o pesquisador pretende se valer de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial

pertinente à temática em foco, como legislação, doutrina e jurisprudência, que é analisada e fixada na fase exploratória da pesquisa.

Sendo assim, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, pois trabalha com significados, crenças e valores, apontando as relações entre as múltiplas fontes e discutindo com a teoria, analisando as relações de significado que se produzem em determinada cultura ou ideologia. Com isso, reflete a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à simples contagem de variáveis.

## 1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS QUE ENVOLVEM A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: UMA DISCUSSÃO PAUTADA PELO DIREITO À VIDA, DIREITO DA MULHER E O DIREITO FUNDAMENTAL DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Inicia-se este capítulo do trabalho apresentando a evolução histórica do direito à vida e dos direitos da mulher, de forma a comentar as teorias do direito à vida adotadas pela doutrina, legislação e jurisprudência brasileira e qual a natureza desse embrião *in vitro* para os recentes casos frente à ciência e ao judiciário. Além disso, traz a trajetória dos direitos das mulheres, os avanços e conquistas e como isso reflete no papel da mulher hoje diante da fertilização assistida.

Por fim, demonstra o planejamento familiar como bem jurídico tutelado diante dos demais direitos fundamentais e princípios constitucionais, com o objetivo de verificar a ocorrência de sua violação e como verifica-se a intervenção do Estado.

### 1.1. Compreensão conceitual e evolução histórica do direito à vida

Inicialmente, incumbe-se desenvolver sobre o conceito de vida, que é um bem jurídico tutelado considerado como direito fundamental básico do indivíduo desde a concepção - fixação do óvulo fecundado no útero, cientificamente comprovada e condiciona os demais direitos da personalidade, portanto, constitui cláusula pétrea, prevista no artigo 5º *caput* da CRFB<sup>1</sup>, assim como, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, em que a vida humana deve ser protegida contra tudo e contra todos, pois é objeto de direito personalíssimo.

O direito à vida é o principal direito garantido a todas as pessoas. Na conceituação de Moraes<sup>2</sup>, “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais”. No bojo desta discussão, Lenza<sup>3</sup> menciona que “o direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, *caput*, abrange tanto o direito de não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também

---

<sup>1</sup>BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11 mar. 2021.

<sup>2</sup>MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 30.

<sup>3</sup>LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 872.

de ter uma morte digna”.

Entretanto, nem sempre foi assim, analisando o Direito Romano, constata-se que, na época, a vida não era respaldada e tinha pouca importância em face das garantias fundamentais à pessoa, que eram insignificantes. Veja-se como exemplo o conceito de *pater familias*, que se refere ao pai da família, que além de ser identificado como o proprietário da família, também era o senhor dos escravos, da sua mulher e dos filhos, os quais podia vender, como fazia com os produtos agrícolas e pedaços de terras.

Além disso, os romanos elaboraram um bárbaro conjunto de leis, chamado de Lei das Doze Tábuas, fixando em um documento os costumes vividos à época. Tal legislação previa que diante de dívidas não pagas o credor pudesse desmembrar o devedor proporcionalmente ao valor da dívida e em última análise matar o devedor; ou vendê-lo como escravo. Além disso, permitia ao pai matar o filho que nascia disforme e dispunha que o pai teria sobre os filhos o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.

Ao longo do desenvolvimento das sociedades e dos direitos fundamentais foi possível observar a gradual personalização do direito, cujo a vida passou a ser cada vez mais protegida. Nota-se algumas transgressões na história, como o representado pelo nazismo de Hitler como instrumento de destruição total do direito à vida, em que a morte era uma sentença correlacionada à raça, além de estar presente toda falta de respeito possível à dignidade da pessoa humana, ficando como marco histórico negativo a humanidade.

Hoje, observa-se que o direito à vida é considerado soberano, protegido por todas as constituições anteriores e futuras e defendido em todas as nações. Percebe-se, inclusive, tratados entre países garantindo o direito à vida, como na Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica – 1969<sup>4</sup>, em seu artigo 4º “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Além disso, o nascituro, pessoa que ainda não nasceu, é titular de alguns direitos da personalidade, como o direito ao nascimento com vida, ao pré-natal, alimentos gravídicos e posteriormente convertidos em pensão alimentícia, entre outros. Nesse sentido, é possível encontrar diversas decisões dos superiores tribunais, garantindo direitos ao nascituro desde sua

---

<sup>4</sup>ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 22 out. 2021.

concepção. Dessa forma, a decisão do STJ no REsp n° 1661840<sup>5</sup>, dispõe: “nascimento constitui, em verdade, o marco para definir a data de pagamento do benefício, o qual se encontra, desde a concepção, assegurado ao nascituro, destinatário final do direito”.

No atual ordenamento jurídico o direito fundamental à vida é a base essencial para a obtenção da prerrogativa jurídica da pessoa natural, motivo pelo qual o Estado tem por dever assegurar a vida humana, durante toda a existência do indivíduo. O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA<sup>6</sup>, seguindo o preceito constitucional, também estabelece direitos personalíssimos ao nascituro, como o direito à vida, à saúde e à alimentação, conforme afirma em seu artigo 4º:

[...]É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. [...]

Entretanto, há divergência para os aplicadores do direito e doutrinadores quanto ao momento do surgimento de efeitos desses direitos fundamentais, pois o ordenamento jurídico não disciplina sobre o momento exato de início da vida humana nem o preciso instante em que os direitos de personalidade da pessoa natural surtem efeitos jurídicos.

## **1.2 As teorias referentes ao início do direito à vida, abordando a natureza do material genético**

Há grande discussão doutrinária e judicial acerca do início do direito à vida, trazendo algumas teorias defendendo diferentes pontos de origem. A Constituição Federal de 1988<sup>7</sup> faz menção somente ao próprio direito à vida da pessoa, como ter sua vida protegida pelo ordenamento jurídico, pois trata-se de um indivíduo já nativo, que significa nascido vivo, conforme defendido pela teoria natalista, em oposição às teorias concepcionista ou da personalidade condicional.

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp n° 1661840-RS*. Relator: Ministro Og Fernandes. Jurisprudência, 24 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/869799692/decisao-monocratica-869799703>>. Acesso em: 21 jan. 2023.

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei n° 8.069*, de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)>. Acesso em: 15 fev. 2022.

<sup>7</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.



Autores, como Sílvio Venosa<sup>8</sup>, afirmam que o Código Civil<sup>9</sup> adotou a Teoria Natalista, pois a interpretação legislativa traria a ideia de que exige o nascimento com vida para ter início à personalidade jurídica. Assim, antes do nascimento de qualquer forma não haveria personalidade, uma vez que defende que alguns direitos são inerentes somente àqueles que já existem fisicamente, ou seja, que nasceram com vida. Tal teoria dispõe que o nascituro não é pessoa, não possuindo, sequer, qualquer direito fundamental, uma vez que o Código Civil exige o nascimento com vida para obter a personalidade civil. Assim, constata-se que o nascituro, diante dessa teoria, possui apenas uma mera expectativa de direitos, que só seriam concretizados no nascimento e desde que com sinais vitais.

Contudo, resta o questionamento diante da teoria natalista, pois não sendo o nascituro pessoa humana, seria ele um objeto ou coisa? Depreende-se, que diante dos questionamentos firmados à teoria estaria indo de encontro ao ideal da personalização do Direito Civil, negando ao nascituro direitos fundamentais, como o direito à vida, integridade, honra, imagem e alimentos. Sendo assim, observa-se tal teoria em confronto com a pretensão de uma ampla tutela dos direitos que se baseiam na personalidade. Encontra-se essencialmente em choque frente às conquistas de garantias que a sociedade vem exigindo e vivenciando.

Há também a Teoria da Personalidade Condicional, defendida por autores como Clóvis Beviláqua<sup>10</sup> e Washington Monteiro<sup>11</sup>, cujo direitos fundamentais do nascituro mostram-se sujeitos a uma condição suspensiva, prevista no art. 121 do Código Civil<sup>12</sup>, devendo ser apontado um elemento accidental do negócio ou ato jurídico que submete a sua eficácia a um evento futuro e incerto, tratado neste caso como a incerteza do nascimento com vida. Considera-se o nascituro, nesta tese, como titular de um direito eventual. A título de acréscimo cite-se o art. 130 do Código Civil<sup>13</sup>: "ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo".

Essa pesquisa pretende questionar de forma construtiva a referida teoria, pois entende que afronta os direitos da personalidade quando os coloca sob a análise de condição suspensiva. Sabe-se que os direitos da personalidade materializam os direitos fundamentais, cujos quais não

---

<sup>8</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

<sup>9</sup> BRASIL. *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: 05 out. 2021.

<sup>10</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red. Livros, 2001.

<sup>11</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 44. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>12</sup> BRASIL, op. cit., nota 09. Art. 121: "Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto."

<sup>13</sup> Ibid.

podem se subordinar a qualquer condição, termo ou encargo. Além disso, afasta-se muito do entendimento utilizado contemporaneamente ao forçar o entendimento do artigo 121 do referido código diante da condição de nascer com vida, nota-se: “Art. 121 Considera-se condição a cláusula que derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”.

São quatro os elementos fundamentais para que se possa caracterizar a condição: a voluntariedade, a incerteza, a futuridade e a possibilidade. Primeiramente, nota-se estranheza ao relacionar o direito à vida com a vontade exclusiva das partes, pois tal liberdade não está presente no suposto negócio jurídico nascer com vida. Entende-se que os mencionados doutrinadores defendem a aplicação da condicional diante da presença de um fato futuro e a possibilidade ou não de acontecer. Entretanto, aponta-se que o início da personalidade civil não deverá ser tratado como negócio jurídico e, assim, não se pode exigir a presença dos referidos elementos a fim de caracterizar tal condição.

Por fim, tem-se a teoria concepcionista, de origem francesa, adotada majoritariamente, por doutrinadores como Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho<sup>14</sup>, Maria Helena Diniz<sup>15</sup>, Flávio Tartuce<sup>16</sup> e, ainda, Silmara Chinellato<sup>17</sup>, que surge como inovação para garantia dos direitos fundamentais, os quais passam a adotar a ideia de que o nascituro é pessoa humana, tendo garantias asseguradas por lei, ou seja, possuidor da personalidade civil, desde a sua concepção, sem que seja necessário o nascimento com vida. Vale ressaltar que concepção é a ação ou efeito de ser gerado um ser vivo, em consequência da fusão do espermatozóide com o óvulo e que o nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Diniz<sup>18</sup> afirma que os direitos do nascituro são resguardados desde a concepção:

[...]Nascituro é aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo; aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que pertenciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. [...]

Aqui, percebe-se que se afasta qualquer necessidade de preenchimento de algum outro

---

<sup>14</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 15. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 211.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 69.

<sup>16</sup> TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil: volume único*. 7. ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 113.

<sup>17</sup> ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinellato e. *Tulela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.13.

<sup>18</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. V.5. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 334.

requisito, como o nascimento com vida ou não. Silmara Chinelato e Almeida<sup>19</sup> conceitua nascituro como: “ser que está por nascer, já concebido e implantado no ventre materno *in anima nobile*, ao qual já estão reconhecidos todos os seus direitos”.

Tratando-se do assunto, o Supremo Tribunal de Justiça, em julgamento do REsp nº 399028/SP<sup>20</sup>, admitiu a reparação por dano moral em favor do nascituro pela morte do seu pai ocorrida antes do seu nascimento, em que afirmou: “o nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não o ter conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.”.

A possibilidade de alimentos gravídicos também seriam reforço à essa teoria, uma vez que são devidos ao nascituro, mas ajuizados e recebidos pela gestante, tratando-se de valores suficientes para cobrir despesas referentes a todo o período da gravidez para garantir o pleno desenvolvimento do nascituro a fim de assegurar o direito fundamental deste que é a vida. A previsão legal do dispositivo 6º da lei 11.804/2008<sup>21</sup> demonstra que o referido direito pertence ao nascituro, uma vez que prevê que com o nascimento os alimentos gravídicos serão convertidos automaticamente em pensão alimentícia.

A referida lei foi aplicada pelo entendimento da Terceira Turma do STJ<sup>22</sup>, em julgamento que corre em segredo de justiça. De acordo com o ministro Bellizze, com a transferência dos alimentos gravídicos a favor do nascituro após o nascimento com vida, ocorreria também a transferência da legitimidade da ação:

[...]Isso significa que, após o nascimento, passará a ser o recém-nascido a parte legítima para requerer a execução, seja da obrigação referente aos alimentos gravídicos, seja da pensão alimentícia eventualmente inadimplida. Nessa linha de raciocínio, o nascimento ocasionará o fenômeno da sucessão processual, de maneira que o nascituro (na figura da sua mãe) será sucedido pelo recém-nascido[...]

Salienta-se o informativo nº 547/2014<sup>23</sup> que adotou a teoria concepcionista uma vez

---

<sup>19</sup> BRASIL, op. cit., nota 17.

<sup>20</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 399028-SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Jurisprudência, 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>> Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>21</sup> BRASIL, *Lei nº 11.804*, de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 nov. 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6194.htm)> Acesso em: 16 fev. 2022.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp em segredo de justiça*. Relator: Marco Aurélio Bellizze. Notícias, 14 de junho de 2017. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Comunicacao/Ultimas-noticias> >. Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>23</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Informativo nº 547. REsp 1.415.727-SC*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Inofrmativo de Jurisprudência, 08 de outubro de 2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0547.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0547.pdf)> Acesso em: 05 out. 2021.

que, diante de casos de acidentes automotores garantiu à mãe do nascituro indenização por morte do seguro DPVAT - Danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre. No caso concreto, o Superior Tribunal de Justiça conferiu a indenização por morte do feto causado pelo acidente ajuizada pela mãe, tendo em vista aborto sofrido por ela, em razão de acidente de trânsito, conforme o julgado no REsp nº 1415727/SC<sup>24</sup>. O egrégio Tribunal, no mencionado acórdão, entendeu que “há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante”, ainda, deixou claro que tal posição deverá ser adotada independentemente da teoria defendida.

Por fim, o benefício foi concedido, sendo afirmado pelo Ministro Relator que “o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002<sup>25</sup> – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea”.

Ademais, Silmara Almeida<sup>26</sup>, ao discorrer sobre os direitos do nascituro, assinala:

[...] há direitos que não dependem do nascimento com vida, como o direito à vida, à integridade física, à saúde – direitos absolutos, erga omnes – e o direito a alimentos. Também não dependem do nascimento com a vida a curatela e a representação, as quais, juntamente com o direito a alimentos, já eram reconhecidas ao nascituro desde a concepção, pelo instituto do *bonorum possessivo ventris nomine* do Direito Romano [...].

Assim, identifica-se que a lei resguarda os direitos do nascituro. Além disso, a referida teoria traz direitos da personalidade, como o direito ao nome, à imagem e à sepultura para aquele que não nasceu com vida, denominado natimorto, conforme sustentado no enunciado nº 1 da I Jornada de Direito Civil<sup>27</sup> e validado pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça. Nessa perspectiva, pode-se afirmar que o nascituro tem acesso a direitos fundamentais como a sucessão, garantia à filiação, à doação, à representação, a adoção, a alimentos, à saúde, à vida, entre outros direitos que são assegurados à pessoa natural.

Seguindo esse entendimento, deve-se discutir o direito à vida diante dos direitos do embrião e suas consequências, pois trata-se de um tema muito controvertidos no mundo

---

<sup>24</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1415727/SC*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Jurisprudência, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>> Acesso em: 05 out. 2021.

<sup>25</sup> BRASIL, op. cit., nota 06.

<sup>26</sup> ALMEIDA, op. cit., p. 198.

<sup>27</sup>BRASIL. *Enunciado nº 1 da Jornada de direito civil I*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>> Acesso em: 18 mar. 2022.

jurídico, debatido inclusive no Supremo Tribunal Federal diante de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510<sup>28</sup> contra a Lei nº 11.105/2005<sup>29</sup>, Lei de Biossegurança, a qual autoriza a utilização de células-tronco embrionárias congeladas e sem uso por mais de três anos, desde que possua o consentimento expresso dos doadores do material genético em pesquisa e terapia, obtidas de embriões humanos produzidos *in vitro* e que não serão utilizados nos respectivos experimentos.

Na ação direta de inconstitucionalidade nº 3.510<sup>30</sup> do Distrito Federal foi esclarecido que a pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela referida lei, busca pelo estudo em pesquisa e cura de patologias e traumatismos. As células-tronco embrionárias são células alocadas em agrupamento, identificadas em todos os embriões humanos de até 14 dias. Tais embriões são de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, pois são produzidos laboratorialmente ou *in vitro*, e não espontaneamente ou *in vida*.

O escolhido pela Lei de Biossegurança<sup>31</sup>, apesar de certa forma afastar os embriões de uma humanização, não sinalizou um desprezo ou despreço pelo embrião extracorpóreo, mas defendeu a liberdade para encurtar caminhos que possam levar o avanço científico de diversas doenças. Seguindo o ponto de vista, percebe-se que a legislação infraconstitucional preserva, através de diversas maneiras, cada momento do desenvolvimento biológico do indivíduo. Porém, trata dos períodos como embrião sendo objeto de proteção pelo direito comum, pois considera o embrião pré-implanto um bem material a ser protegido, mas não considera como ser humano no sentido biográfico a que se refere a Constituição Federal.

Sendo assim, desarmonizam-se concepção e nascituro, somente sendo considerado como ser a partir do momento em que o embrião for inserido no útero feminino. O modo de intervir em laboratório e permanecer congelado *in vitro* é, para o embrião sozinho, impossível de desenvolvimento reprodutivo. Desse modo, reconhece-se que o zigoto, que é a primeira célula apresentando material genético humano resultante da fecundação, produzido extra corporalmente e cultivado e armazenado da mesma forma é considerado entidade embrionária do homem e não o indivíduo em condição de embrião.

---

<sup>28</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF*. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>> Acesso em: 06 out. 2021.

<sup>29</sup> BRASIL. *Lei nº 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 out. 2021.

<sup>30</sup> BRASIL, op. cit., nota 27.

<sup>31</sup> BRASIL, op. cit., nota 28.

Além disso, vale destacar as palavras do Ministro Joaquim Barbosa<sup>32</sup> que:

[...]a opção do casal por um processo *in vitro* de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis[...].

Vale distinguir neste momento a conceituação entre material genético, embrião *in vitro* e nascituro. O material genético trata do patrimônio genético de informações obtidas do DNA e RNA humanos e definem características relevantes e únicas não só dos indivíduos, como também de seus ascendentes e descendentes. Já o embrião *in vitro* consiste na fecundação do óvulo e espermatozóide em ambiente laboratorial, tornando-se um zigoto, que é a primeira célula apresentando material genético humano resultante da fecundação e após a divisão celular torna-se embrião. Enquanto, o nascituro é um termo jurídico para tratar do ser humano concebido de existência no ventre materno, ou seja, de vida intrauterina, mas ainda não nascido.

Diante das conceituações trazidas, nota-se que a natureza jurídica do zigoto antes de ser implantado no útero se aproxima a patrimônio genético, pois é visto como entidade embrionária do homem e deve ser protegido e regulado pelo direito comum. Sendo assim, defende-se nesta pesquisa que a natureza jurídica do embrião *in vitro* é de material genético que compreende as informações celulares de ambos os genitores.

### **1.3. Evolução histórica dos direitos da mulher e seus reflexos no mercado de reprodução assistida**

Na sociedade pós-modernismo, a mulher permanecia submetida ao poder patriarcal, em que o homem está posicionado hierarquicamente superior às mulheres e posteriormente ao poder marital, em que o marido é o chefe da família. Observa-se ao longo das tradições que o único papel da mulher era de buscar constituir família e prover ao homem e aos filhos. Esse momento marca a origem do vocábulo família, derivado do latim *famulus*, simbolizado no português como “escravo doméstico”. É neste contexto que se criou o ideal de um núcleo familiar.

Assim, por séculos a mulher esteve inserida no poder patriarcal e até os dias de hoje percebe-se vestígios desse machismo refletidos na sociedade. Segundo Scott<sup>33</sup>: “patriarcado é

---

<sup>32</sup> BRASIL, op. cit., nota 27.

<sup>33</sup> SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Tradução Guacira Lopes

uma forma de organização social onde suas relações são regidas por dois princípios basilares: as mulheres são hierarquicamente subordinadas aos homens, e os jovens estão subordinados hierarquicamente aos homens mais velhos, patriarcas da comunidade”. Esse é o conceito que representa perfeitamente a ideia do patriarcalismo.

A Revolução Industrial e em meio ao contexto da 1ª Grande Guerra Mundial proporcionaram a mulher a caminhar para uma realidade menos patriarcal, momento em que, com o surgimento de vagas de trabalho e com a ida dos homens à guerra, passa a conquistar minimamente certa independência, pois se encontravam sozinhas em seus lares e tinham que administrar as finanças deixadas pelos maridos e pais. Com o passar dos tempos, aos poucos, foi possível que a mulher alcançasse alguns postos empregatícios, principalmente nas indústrias. Mais adiante, cargos de liderança empresarial, organizacional e política, passam a contar com lideranças femininas, entretanto, com grandes complexidades de inúmeros níveis para a inserção igualitária nos papéis diante do histórico patriarcado que estão inseridas.

Logo, constata-se que o feminismo, que busca lutar por paridade entre homens e mulheres, passa por grandes êxitos ao longo dos anos. É notório o caráter evolutivo da temática dentro do constitucionalismo nacional. Observa-se a trajetória traçada ao longo do tempo no Brasil ao se analisar a partir da Constituição Brasileira de 1824<sup>34</sup>, pois nesta época não se percebe a participação da mulher na sociedade, e a próxima constituição, a Constituição da República em 1889<sup>35</sup>, continua nesse sentido, ao citar a mulher somente para se referir à filiação ilegítima.

Com a promulgação do Decreto Lei nº 7.247 em 19 de abril de 1879<sup>36</sup> passa a ser permitido o ingresso de mulheres nas universidades, contudo, a entrada nos bancos universitários ainda era considerada uma prerrogativa pois estava vinculada à vontade do homem, uma vez que as mulheres ainda precisavam da autorização de seus pais ou maridos para matricular-se nos cursos de nível superior.

Com a inserção das mulheres nas universidades, abriu-se diversas áreas em que passam

---

Louro. Porto Alegre, 1995, p. 75.

<sup>34</sup> BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em: 12 nov. 2021.

<sup>35</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)> Acesso em: 17 nov. 2021.

<sup>36</sup> BRASIL. *Decreto Lei nº 7.247*, em 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primário e secundário no município da Corte e o superior em todo o Império. Brasília. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>> Acesso em: 23 nov. 2021.

a ser inseridas, bem como, um leque de profissões que começam a exercer. A partir de então, pode-se destacar a imponente figura de Myrthes Gomes de Campos que, em 1899, tornou-se a primeira advogada mulher, causando grande divulgação nos jornais da época.

Então, no início do Século XIX, mulheres começaram a se organizar e dirigir manifestações para exigir espaço na área da educação e do trabalho. Percebe-se até os dias de hoje as diversas expressões feministas com o fim de obter inúmeros direitos, antes privados aos homens. Dentre as diversas conquistas, em 1917, as mulheres passaram a ser admitidas no serviço público.

Em 1928, Luzia Alzira Soriano de Souza, inaugurou como a primeira mulher a assumir o cargo do executivo ao ser eleita prefeita na cidade de Lages, no Rio Grande do Norte. Nesse caminho, o voto feminino se tornou direito nacional em 1932. Assim, em 1934, foi eleita Carlota de Queiroz, a primeira deputada federal a participar da Assembleia Nacional Constituinte.

Diante de um novo poder constituinte, com o advento da Constituição Federal de 1934<sup>37</sup>, ao definir o conceito de cidadania para o povo apontando o homem e a mulher a serem tratados com maior igualdade, em que a mulher passa a ter direitos políticos na sociedade. Localiza-se em no referido texto constitucional algumas vezes os termos “sufrágio universal”, cujo qual estabelecia que homens e mulheres detivessem o dever de votar para escolher os seus representantes. Entretanto, como contraponto da referida conquista, em 1946, o casamento ainda era considerado indissolúvel.

Nos anos 60, surge a pílula anticoncepcional, um marco histórico da conquista da independência feminina e libertação para as mulheres, onde passam a ter maior poder de escolha em constituir ou não uma família. Apesar dos avanços, era preciso uma igualdade constitucional para atender melhor às necessidades específicas, como a licença-maternidade, que ao ser assegurada como direito constitucional traz maior segurança e igualdade na contratação de empregados homens e mulheres.

Ao longo das iniciativas legislativas é instituída a Lei nº 4.121/1962<sup>38</sup> conhecida também como o Estatuto da Mulher Casada, que trazia grandes mudanças à sociedade, se adequando à evolução feminina. Tal Estatuto alterava artigos dispostos no Código Civil de

---

<sup>37</sup> BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 16 de julho de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

<sup>38</sup> BRASIL. *Lei nº 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846\\_publicacaooriginal-1-pl.html](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846_publicacaooriginal-1-pl.html)> Acesso em: 23 nov. 2021.



1916<sup>39</sup>, como o artigo 246, que passou a garantir à mulher a faculdade de trabalhar, além de ter resguardado o direito de auferir um patrimônio particular sem necessitar comunicar com os bens de família. Trazendo em seu escopo pela primeira vez a não obrigatoriedade do cônjuge para representá-la em sua tomada de decisões e administração patrimonial.

Nesta busca em adequação da evolução da sociedade pelo legislativo, em dezembro de 1977 foi sancionada a Lei nº 6.515<sup>40</sup>, trazendo um marco extraordinário para a independência feminina, pois trouxe à pauta a discussão a respeito da separação judicial e do divórcio, garantindo a liberdade feminina ao poder de escolha.

O advento das mencionadas leis, Lei nº 4.121/1962<sup>41</sup> e Lei nº 6.515/1977<sup>42</sup>, proporcionou a divisão do poder familiar do homem para com a mulher ao entregar à mulher maior paridade de armas para administrar sua família. Entre as inovações trazidas, destaca-se o fato de a mulher poder ser detentora da guarda dos filhos, direito este anteriormente restrito ao homem. O Estatuto da Mulher Casada<sup>43</sup> trouxe maior independência feminina, enquanto a Lei do Divórcio<sup>44</sup> inovou em trazer a possibilidade de dissolução do casamento, ocasionando para a mulher uma emancipação no que tange às suas relações conjugais.

As legislações em abstrato não são suficientes para mudar uma cultura de imposição à submissão da mulher. Políticas públicas são necessárias, assim como, intervenções políticas implementadas para mudar o contexto social do machismo. Isto posto, no Brasil foi implantada em 1985, na cidade de São Paulo a primeira Delegacia Especializada em Apoio à Mulher - DEAM, visando combater a violência de gênero predominante no país, sendo comumente encontrada nos lares brasileiros.

Enfim, promulga-se a Carta Magna de 1988<sup>45</sup>, conhecida como Constituição Cidadã, pois, além das diversas garantias constitucionais, menciona a igualdade perante a lei e reafirma a paridade de direitos e obrigações de homens e mulheres, como as licenças maternidade e paternidade, proibição de diferenças salariais, proteção no trabalho, estabilidade à gestante, desequiparação na aposentadoria são constitucionalizados como garantias fundamentais.

---

<sup>39</sup> BRASIL. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

<sup>40</sup> BRASIL. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

<sup>41</sup> BRASIL, op. cit., nota 37.

<sup>42</sup> BRASIL, op. cit., nota 39.

<sup>43</sup> BRASIL, op. cit., nota 37.

<sup>44</sup> BRASIL, op. cit., nota 39.

<sup>45</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

Entretanto, somente com a entrada em vigor da Lei nº 7.855 de 24 de outubro de 1989<sup>46</sup>, houve a revogação de um dos dispositivos que afrontam os direitos fundamentais previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT<sup>47</sup> que dispunha sobre a rescisão do contrato de trabalho feminino, tendo como justificativa o não consentimento empregatício por parte do pai ou marido, ou ainda, quando os homens sentiam ameaçados os vínculos familiares.

É expressa a desigualdade no antigo artigo 446, parágrafo único da Consolidação das Leis Trabalhistas: “Ao marido ou pai é facultado pleitear a rescisão do contrato de trabalho, quando a sua continuação for suscetível de acarretar ameaça aos vínculos da família, perigo manifesto às condições peculiares da mulher ou prejuízo de ordem física ou moral para o menor.”

Outra grande disparidade era o inciso do art. 219 do Código Civil de 1916<sup>48</sup> que dava legitimidade ao marido pedir a dissolução do casamento, em razão de ser este anulável, devido à consorte não ser mais virgem. “Art. 219. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge: [...] IV. O defloramento da mulher, ignorado pelo marido”. Tal desconformidade somente foi revogada no presente século XXI, em 2002, com a vigência da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002<sup>49</sup>, que instituiu o novo Código Civil brasileiro, substituindo o Código Civil de 1916<sup>50</sup>.

Destaca-se que em 2006 foi criada a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340<sup>51</sup>, considerada um salto para a proteção da mulher e vedação de práticas abusiva no seio familiar. A referida Lei visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, entendendo o cenário nacional de grande ocorrência de vítimas no ambiente familiar e principalmente a falta de denúncia da parte delas por diversos fatores como a sua segurança e a de seus filhos.

Já em 2015 entra em vigor a Lei nº 13.104<sup>52</sup> onde classifica o feminicídio como crime

---

<sup>46</sup> BRASIL. *Lei nº 7.855*, de 24 de outubro de 1989. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho, atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

<sup>47</sup> BRASIL. *Decreto Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

<sup>48</sup> BRASIL, op. cit., nota 38.

<sup>49</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>50</sup> BRASIL, op. cit., nota 38.

<sup>51</sup> BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

<sup>52</sup> BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível

hediondo, assim valorando a pena de homicídios contra a mulher, com o fim de melhor proteger o bem jurídico tutelado, a vida da mulher. O feminicídio é a nomenclatura utilizada para referir-se ao homicídio de mulher em razão de gênero, ou seja, pelo simples fato de ser mulher. Destarte, nas lições de Stela Nazareth Meneghel e Vania Naomi Hirakata<sup>53</sup>, “a expressão máxima da violência contra a mulher é o óbito. As mortes de mulheres decorrentes de conflitos de gênero, ou seja, pelo fato de serem mulheres, são denominados feminicídios ou femicídios”.

Diante dos fatos apresentados nota-se que a evolução histórica dos direitos das mulheres não envolve tão somente elas, mas sim o desenvolvimento ao longo dos tempos da construção familiar, observa-se como os núcleos familiares refletem a sociedade diante das conquistas feministas.

Tal ascensão nos direitos femininos abriram oportunidades para a mulher de construir uma carreira profissional. Assim, nos dias de hoje, percebe-se que a intenção de construir família para gerar filhos acaba sendo mais tardia ou ainda há a escolha de não os ter, pois a atividade ocupacional é prioridade na vida da mulher, assim como sempre foi na vida do homem. Nota-se como reflexo desse desenvolvimento, por exemplo, o direito à guarda compartilhada entre o casal para se tornar possível para a mulher se firmar profissionalmente.

Assim restou claro que tanto o princípio constitucional do planejamento familiar, quanto a mudança do papel da mulher na sociedade traz para o palco um conflito entre a conquista de autonomia e estabilidade financeira nos anos de maior produtividade, entre 20-40 anos, coincidindo com período de fertilidade mais propício a geração de filhos.

Em frente à tal realidade identifica-se a importância do congelamento de óvulos nas clínicas de fertilização assistida para utilização posterior, pois no momento atual é comum a mulher priorizar a especialização e aprimoramento profissional para só depois dos 30 a 40 anos constituir família com filhos.

Além disso, com a autonomia financeira da mulher surgem diferentes tipos de núcleos familiares, como a família homoafetiva, por exemplo um casal de mulheres ou a família monoparental, onde há somente a mulher e os filhos. Assim, verifica-se o crescimento do uso de clínicas de fertilização entre as famílias, bem como, a opção do uso de material genético anônimo.

---

em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

<sup>53</sup> MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. Femicídios: homicídios femininos no Brasil. *Rev. Saúde Pública*, V. 45, n.03, São Paulo Jun. 2011. Disponível em: <[www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300015&Ing=pt&nrm=so&tlng=pt](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300015&Ing=pt&nrm=so&tlng=pt)> Acesso em: 23 nov. 2021.

#### 1.4 Direito à identidade genética do concebido e o melhor interesse da criança

Diante da pesquisa exposta deve-se discutir a questão trazida sobre o direito do concebido por reprodução assistida de conhecer sua origem genética. O direito ao acesso à origem genética diz respeito ao direito de ter conhecimento de sua filiação, qualquer impedimento ao pleno exercício deste direito constitui-se em ato contrário ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Primeiramente, vale apontar o que é a identidade genética entende-se pela individualidade biológica do indivíduo e a sequência completa de DNA de um organismo, ou seja, o conjunto de todos os genes de cada ser humano, assim, o identificando, logo, é sinônimo de individualidade genética. Para melhor demonstração, Perlingieri<sup>54</sup> afirma que “é a continuidade orgânica imputada a cada indivíduo, estabelecida através de marcas distintivas como o nome ou a aparência e que são derivadas de sua biografia”.

Diante disso, afirma-se que o direito à identidade genética está dentre os direitos da personalidade, logo, é tratado como bem jurídico fundamental, objeto de proteção constitucional e deverá ser garantido à pessoa, principalmente à criança gerada pelo material genético anônimo, diante do melhor interesse da criança.

O referido direito pertence à dimensão da personalidade individual do ser humano, que implica na memória familiar conferida pelos seus antepassados da árvore genealógica, um direito à história autêntica pessoal de cada indivíduo. Com base em tal dimensão Donizetti<sup>55</sup> complementa que “o acesso à informação genética constitui um dos pilares da identidade pessoal”. Nessa linha de entendimento, Pereira<sup>56</sup> afirma que a identidade pessoal da criança e do adolescente “tem vínculo direto com sua identidade no grupo familiar e social”.

O direito à identidade por atingir os direitos fundamentais da personalidade do ser humano devem ser garantidos, uma vez que pode influenciar no desenvolvimento do indivíduo, no seu valor histórico, bem como, auxiliar em tratamentos médicos e psicológicos geneticamente herdados, como ensina Donizetti<sup>57</sup>:

---

<sup>54</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfil de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Regina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.37.

<sup>55</sup> DONIZETTI, Leila. *Filiação sócio-afetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 80.

<sup>56</sup> PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p.15.

<sup>57</sup> BRASIL, op. cit., nota 54, p. 03

Conquanto seja dispensável para a aferição da paternidade, a identidade genética é extremamente relevante quando vista no âmbito dos direitos da personalidade, uma vez que o alcance dessa identidade dará à pessoa humana algumas explicações sobre sua origem, permitindo, conseqüentemente, que o indivíduo tenha acesso a informações que refletirão diretamente no direito à vida. Os avanços alcançados pela ciência sinalizam a necessidade de o indivíduo conhecer os ascendentes biológicos mais próximos com o intuito de sanar eventuais predisposições a doenças transmissíveis hereditariamente, além de contribuir – é claro – para a construção da história protagonizada por cada um de nós.

Além disso, a referida garantia está prevista no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>58</sup>: "O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça".

Embora o direito fundamental à identidade genética não esteja expressamente consagrado na Constituição Federal, seu reconhecimento e proteção podem ser deduzidos, a partir do direito à vida e, de modo especial, com base no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Ademais, está tramitando o projeto de Lei do Senado Federal nº 90/1999<sup>59</sup>, aguardando aprovação da Câmara de Deputados, dispondo sobre a reprodução assistida. Mais especificamente o artigo 3º, parágrafo 2º em que prevê o direito a criança concebida de conhecer sua origem genética, ainda que se tratar de doação anônima de material genético, assim, leva em conta o interesse da criança em saber a sua origem genética, sendo também garantido pelo artigo 12º do referido projeto lei, conforme segue:

Art. 12. A criança nascida a partir de gameta ou embrião doado ou por meio de gestação de substituição terá assegurado, se assim o desejar, o direito de conhecer a identidade do doador ou da mãe substituto, no momento em que completar sua maioridade jurídica ou, a qualquer tempo, no caso de falecimento de ambos os pais.

O próprio Código Civil faz a distinção entre o parentesco civil e o natural no artigo 1593: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Assim, entende-se por natural o parentesco que resulte de laços de sangue e civil aquele criado pela lei e por afinidade.

---

<sup>58</sup> BRASIL, op. cit., nota 06.

<sup>59</sup> BRASIL, *Projeto de Lei do Senado nº 90, de 1999*. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Autoria: Senador Lúcio Alcântara (PSDB/CE). Disponível em: <[www.scielosp.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300015&Ing=pt&nrm=so&tIng=pt](http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300015&Ing=pt&nrm=so&tIng=pt)> Acesso em: 13 mar. 2023.

Maria Helena Diniz<sup>60</sup> interpreta de maneira mais completa o conceito de filiação, assim sendo:

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

Como se vê, quando se trata do instituto da filiação tem-se, em especial, a relação de parentesco entre os filhos e os pais, ou seja, de primeiro grau ascendente em linha reta, sendo consanguíneo, legal ou socioafetivo. Demonstra-se verdadeira a importância da identidade genética presente diante da dignidade da pessoa humana, além de melhor solucionar enfermidades hereditárias.

### **1.5 Direito fundamental do planejamento familiar e a não intervenção estatal**

O livre planejamento familiar passou a ser garantido na Constituição de 1988<sup>61</sup> como direito fundamental, cabendo ao Estado providenciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito. Entretanto, somente com o advento da Lei Federal nº 9.263/1996<sup>62</sup>, o legislador fundou a regulação do parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal, estipulando o planejamento familiar como direito de todo cidadão, que assim estabelece:

[...]§ 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. [...].

Deixou claro o legislador que é dever do Estado, utilizando-se do Sistema Único de Saúde – SUS e demais programas estatais, para garantir a implantação de ações voltadas para o planejamento familiar relacionadas à prevenção e educação para acesso a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade, podendo elas serem exercidas por instituições públicas e privadas, com o fim de assegurar o acesso à referida garantia

---

<sup>60</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*: Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 442.

<sup>61</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>62</sup> BRASIL. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)> Acesso em: 24 nov. 2021.

constitucional.

A deliberação de uma pessoa ou família ao optar por uma descendência ou filiação exprime uma disposição individual compreendida no próprio direito ao planejamento familiar e diretamente relacionado aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Trata-se da conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, conforme lecionado pelo Ministro Joaquim Barbosa na ADI nº 3510/DF<sup>63</sup>. Contudo, na prática este direito ainda parece bastante distante de ter o seu exercício garantido.

Há, ainda, a previsão em lei ordinária, que regulamenta o direito fundamental estabelecido na Constituição Federal, a saber, o artigo 1.565, § 2º do Código Civil<sup>64</sup>, que assim preleciona: “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.”

A lei regulamentadora do planejamento familiar, Lei nº 9.263/1996<sup>65</sup>, visa garantir o livre planejamento familiar pelo cidadão, sem que haja interferências estatais na sua decisão, bem como, a vontade de outros cidadãos não poderá extrapolar e atingir tal, ou seja, a fim de evitar estabelecer limites ou condições para o seu exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Trata-se de uma legislação inclinada à efetivação de políticas públicas de controle de natalidade e da promoção de ações governamentais dotadas de natureza promocional, que garantam a todos o acesso igualitário às informações, capital, ferramentas e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. Deste modo, as questões referentes às técnicas de inseminação artificial e engenharia genética estão embasadas nesses preceitos.

Toda população brasileira têm o direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva, cabendo ao Estado encarregar-se de administrar possíveis distúrbios da função reprodutora como problema de saúde pública, garantindo acesso a tratamento de esterilidade e reprodução assistida, bem como administrar tais políticas públicas para que os cidadãos tenham amplo e livre discernimento acerca da decisão a respeito da família que pretendem construir.

É possível analisar, diante das decisões dos superiores tribunais, a indicação da responsabilização estatal diante dos casos de saúde pública, presente, por exemplo, no REsp nº

---

<sup>63</sup> BRASIL, op. cit., nota 28.

<sup>64</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>65</sup> BRASIL, op. cit., nota 62.

1409527/RJ<sup>66</sup>, conforme segue:

[...] O direito à saúde, como consectário da dignidade da pessoa humana, deve perpassar todo o ordenamento jurídico pátrio, como fonte e objetivo a ser alcançado através de políticas públicas capazes de atender a todos, em suas necessidades básicas, cabendo, portanto, ao Estado, oferecer os meios necessários para a sua garantia [...].

Verifica-se o papel do estado como agente de recursos e suportes para o desempenho do poder familiar responsável. Nessa toada, cita-se novamente a Lei nº 9.263/96, que sem desprezar os princípios ora analisados, prevê que o SUS obriga-se a garantir programa de atenção integral à saúde que inclua, como atividade básica, a assistência à concepção e contracepção, conforme seu art. 3º, I, devendo ser oferecidos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Ademais, no julgamento do REsp nº 1795867-SP<sup>67</sup>, pode-se retirar parte da ementa do acórdão, afirmada pela Ministra relatora Nancy Andrighi, em que demonstra a importância do SUS como política pública:

[...] vale dizer que a Lei 9.263/96 diz respeito ao Estado e à prestação do serviço público de saúde. Por essa razão, a disponibilização pelo Sistema Único de Saúde de auxílio referente à reprodução assistida na modalidade fertilização in vitro constitui política pública que não se confunde nem é capaz de alterar a relação contratual-privada própria dos planos de saúde regulados pela LPS[...].

Entretanto, ainda que o direito à saúde seja fundamental, não é absoluto. Percebe-se um Sistema de Saúde que foi instituído com a finalidade de abarcar gratuitamente, integralmente, universalmente e de forma igualitária todos os cidadãos, dá lugar a um programa assistencial incompleto, por causa do estrangulamento financeiro, de um lado, e de outro por causa do aumento de demandas cada vez mais ilimitadas, deixando de responder à altura às necessidades de saúde de toda a sociedade.

O especialista em ciências sociais, Henrique Kujawa<sup>68</sup>, em um artigo publicado no

---

<sup>66</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1409527-RJ*. Relator: Ministro Humberto Martins. Jurisprudência, 08 de outubro de 2013. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/24275016>> Acesso em: 07 mar. 2023.

<sup>67</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1795867-SP*. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Jurisprudência, 04 de abril de 2019. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>> Acesso em: 07 mar. 2023.

<sup>68</sup> HENRIQUE, Kujawa. Colaborador do CEAP e Diretor de Pesquisa e Extensão da IMED. *A questão da saúde no Brasil*. Disponível em:<<http://www.ceap-rs.org.br/>> Acesso em: 24. nov. 2021.



Centro de Educação e Assessoramento Popular do Rio Grande do Sul ressalva:

[...] historicamente não se desenvolveu no Brasil uma política pública de saúde que primasse pela universalidade do acesso e integralidade do atendimento a lógica predominante sempre foi “para quem tem dinheiro a atenção e aos demais a caridade” (...) a construção do Sistema único de Saúde SUS com princípios de Universalidade, Integralidade e Equidade ocorreu e continua na contramão do modelo hegemônico, desde a década de 1960, que prima pela saúde privada de grupo (famosos planos de saúde) e a centralidade do modelo “hospitalocêntrico” que centra atenção à saúde nos procedimentos médicos, nos serviços de diagnóstico, prognóstico e hospitalares. Obviamente não se trata de ignorar ou menosprezar o papel destes profissionais e destes serviços para a saúde pública, contudo, é visível que se a política de saúde não qualificar a atenção básica e uma rede de atendimento que tenha resolutividade os hospitais vão sempre estar superlotados. A responsabilidade constitucional de garantir o direito à saúde é das três esferas de governo. Contudo, por mais que se tenha produzido regulamentação (...) não há um comprometimento no empenho dos recursos devidos nem tão pouco na definição clara das responsabilidades de cada gestor. Enquanto isso o cidadão fica a mercê do deputado “fura fila”, ou então dos albergues fornecidos por outros deputados generosos[...].

Fato é que, a Constituição Federal impõe ao Estado uma enorme gama de obrigações, principalmente no tocante aos chamados direitos sociais fundamentais, todavia a implantação de políticas públicas sociais que concretizam os direitos desta natureza carece de recursos que nem sempre o Estado consegue arcar, gerando uma enorme disparidade entre a realidade e a expectativa garantida constitucionalmente. Nesse diapasão entra a questão do custo dos direitos sociais, entre eles o direito à saúde para um Estado quebrado, tendo em conta a ordem constitucional quanto ao modo que deve ser prestado esse direito pelo Estado.

Percebe-se claramente o progressivo sucateamento da rede pública, o que contribui e muito para o aumento do caos na saúde pública, refletindo diretamente no atendimento prestado aos mais necessitados, que não tenham como custear um plano privado e muito menos acionar o Estado pelo meio judicial exigindo a prestação de um serviço de saúde, quando omitido ou não prestado de forma eficiente e adequado. O serviço básico de saúde não consegue ser suprido, quem dirá o investimento em um serviço de planejamento familiar com clínicas de reprodução assistida que ainda é visto como um luxo.

Verifica-se, dessa forma, que o acesso a esse armazenamento de óvulos para uso posterior e a utilização desse tipo de reprodução nos casos de dificuldades biológicas são limitados a um grupo específico de pessoas, uma classe que tem maior poder aquisitivo, representando a classe média alta, uma vez que tal tratamento requer estrondosos recursos financeiros. Assim, pode-se dizer que um Estado pobre acaba elitizando o acesso à saúde e se afastando do acesso democrático das referidas técnicas.

A ocorrência de omissões para com a saúde pública vem evidenciar que o Estado não

está aparelhado suficientemente para atender todos os cidadãos que dependem de um serviço de saúde, bem como não possui os fundos necessários para implementar tais investimentos. E essa problemática, conseqüentemente, obriga o Poder Judiciário a intervir, acabando por compelir o Estado a cumprir com o seu dever constitucionalmente imposto.

Entretanto, o juiz, ao impor tal obrigação ao Estado, lesiona o planejamento financeiro previamente estipulado de saúde pública, bem como, põe em risco o endividamento de um estado já quebrado. Desta forma, deve haver a atenta ponderação do juiz, pesando critérios como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não incida ao extremo de atender os interesses individuais em detrimento dos interesses coletivos.

As políticas públicas de saúde devem seguir a diretriz de reduzir as desigualdades econômicas e sociais. Contudo, quando o Judiciário assume o papel de protagonista na implementação dessas políticas, privilegia aqueles que estão com acesso à Justiça, seja por conhecerem seus direitos, seja por poderem arcar com os custos do processo judicial e advogados.

Por isso, a possibilidade de o Judiciário determinar a entrega gratuita desses serviços e técnicas de reprodução mais serviria à classe média que aos pobres. Igualmente, a exclusão das classes mais baixas se intensificaria dado ao fato de os recursos serem transferidos para este fim, deixando de cumprir com os programas institucionalizados, para o cumprimento de decisões judiciais, proferidas, em sua grande maioria, em benefício da classe média e alta<sup>69</sup>.

Assim, quanto mais os cofres públicos sofrem com o cumprimento de medidas coercitivas que obrigam o Estado à prestação de determinados serviços de saúde e ao pagamento de indenizações, menos recursos financeiros terão os cofres públicos para custear o direito à saúde a todos conforme a ordem constitucional, trata-se de uma limitação que o gestor das políticas públicas enfrenta ao tentar executá-la.

Desta forma, é cada vez maior o grau de precariedade na prestação da saúde pública, que penaliza especialmente as pessoas com menos condições financeiras e, que têm no Sistema Único de Saúde como a única forma de ver efetivado o direito fundamental à saúde.

Diante do exposto, nota-se que exigir do Estado, através do SUS ou instituições privadas, a reprodução assistida, que custam mais de trinta mil reais por casal para algumas tentativas, é irreal. Sendo assim, trata-se de um procedimento elitizado, pois para ter esse

---

<sup>69</sup> BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009, p. 26.

específico planejamento familiar requer muito patrimônio e no momento foge da realidade brasileira ter o tratamento fornecido pelo Estado.

Por fim, vale mencionar sobre não intervenção do Estado no planejamento familiar, que é norteado por alguns princípios de direito, dentre os quais sobressai o princípio da não intervenção, reforçados pelo artigo 1.513 e pelo parágrafo 2º, do artigo 1.565, ambos do Código Civil, intimamente ligado aos princípios da liberdade e da autonomia privada. O princípio da não intervenção veda que qualquer pessoa de direito público ou privado interfira nas decisões das famílias.

O tema foi abordado na Corte Interamericana de Direitos Humanos, como anotam Daniel Wunder Hachem e Alan Bonat<sup>70</sup>:

[...]No fim da década de 1990, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu duas sentenças nas quais consignou a existência de um direito de todo ser humano a criar e a desenvolver um projeto de vida. Tendo como ponto de partida a autonomia pessoal, entendeu a Corte que, quando um Estado priva gravemente o indivíduo da liberdade de traçar as metas pessoais que pretende alcançar, impedindo-o de desenvolver plenamente a sua personalidade e destruindo suas oportunidades de perseguir os seus objetivos de vida, tal situação suscita ‘danos ao projeto de vida, ensejadores do dever de reparação. Os mais célebres são os casos Loayza Tamayo versus Peru e o caso Villagran Morales versus Guatemala. Neles, a Corte Interamericana entendeu que aos Estados é proibido praticar condutas tendentes a obstaculizar as liberdades de cada indivíduo de estabelecer um projeto de vida e buscar sua plena realização existencial[...].

Ou seja, deve ser respeitada a liberdade de escolha de um casal e a livre iniciativa do cidadão no que se refere ao seu planejamento familiar, sendo proibida qualquer forma de coerção que se destine a intervir neste julgamento. Ao mesmo tempo que não pode o Estado deixar de tutelar a nova realidade familiar em que a filiação se dá cada vez mais tarde por parte das mulheres enquanto o planejamento familiar é uma questão importante que atinge as novas famílias, atentando-se à elitização das técnicas de reprodução assistida.

---

<sup>70</sup> BONAT, Alan; HACHEM, Daniel Wunder. *O Direito ao Desenvolvimento de um Projeto de Vida na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Educação como Elemento Indispensável*. Disponível em: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/1787-6381-1-PB.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2021.

## 2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA - RHA

O presente capítulo aborda o surgimento e os princípios norteadores da reprodução humana assistida, sua evolução histórica dentro da medicina e do mundo contemporâneo, bem como a necessidade da existência de tais técnicas e a forma que essa inovação vem moldando o ordenamento brasileiro e o padrão familiar.

Ademais, pondera sobre a possibilidade de aplicação do embrião com a morte de um cônjuge e se seria possível a continuação da reprodução assistida. Assim como, apresenta quais as consequências da referida possibilidade no direito sucessório e os efeitos dessa declaração da vontade quando há contratação com clínica. Por fim, aponta alguns julgamentos dos tribunais superiores com o fim de assegurar o posicionamento adotado atualmente em território nacional, ou seja, busca maior segurança jurídica baseada na jurisprudência.

### 2.1. Surgimento da reprodução assistida e da evolução dos métodos de fertilização

Diante dos fatos trazidos anteriormente no capítulo um, houve a necessidade do avanço científico possibilitando a geração tardia de filhos, de forma a melhor planejar o conflito entre os deveres da guarda na parentalidade responsável e o desenvolvimento profissional almejado pelas mulheres com o consequente vínculo familiar tardio.

Os primeiros experimentos da técnica de reprodução aconteceram em mamíferos, assistidos pelo biólogo italiano Lazzaro Spallanzani que realizou o procedimento em 1777. A primeira experiência da fecundação artificial homóloga em humanos ocorreu em 1799, após 8 anos de tentativas pelo médico inglês John Hunter<sup>71</sup>.

Em 25 de julho de 1978, houve o nascimento do primeiro bebê gerado por fertilização *in vitro*, Louise Brown, que representou um marco histórico no avanço das técnicas de reprodução assistida. Lesley Brown, após tentar engravidar de seu marido John por um período de nove anos, devido a um bloqueio em suas trompas, se submeteu a um procedimento experimental realizado pelos médicos Patrick Steptoe e Robert Edwards<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> SILVA, Fernanda Avellaneda. *Aspectos Éticos - Jurídicos no Direito de Filiação Produzidos na Reprodução Humana Assistida*. 2004. 90 f. Trabalho monográfico (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Presidente Prudente, São Paulo, 2004.

<sup>72</sup> VEJA ABRIL. *Robert Edwards revolucionou a medicina reprodutiva, dizem médicos*. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/saude/robert-edwards-revolucionou-a-medicina-reprodutiva-dizem-medicos/>>. Acesso em: 22 mar. 2022.

Desde então, com os avanços da biotecnologia, foram criadas diferentes técnicas para tornar possível que pessoas, diagnosticadas inférteis ou com dificuldades de sucesso na reprodução, fossem capazes de gerar filhos biológicos, além da possibilidade de congelamento de óvulo para uso tardio, a fim de garantir uma gravidez com o nascituro saudável.

Dentro da reprodução humana assistida há diversas técnicas utilizadas pelas clínicas, que serão apresentadas a seguir.

A inseminação artificial – IA, é uma técnica de Reprodução assistida na qual os espermatozóides são introduzidos na cavidade uterina através de um cateter, normalmente utilizados quando os espermatozóides não conseguem penetrar normalmente no canal cervical. Portanto, a concepção se dá no próprio ventre da mulher. Conforme afirma Janice Hinkle<sup>73</sup>, esse tipo de reprodução é indicado a mulheres que não apresentam qualquer anormalidade do sistema genital, devendo as tubas uterinas estarem livres de qualquer impedimento e os óvulos, disponíveis.

Segundo Lewis<sup>74</sup>, a IA é “a mais antiga tecnologia de reprodução assistida”, pois requer a extração do material genético do homem e a colocação no canal da mulher, sem requerer um manuseamento complexo do material pelo médico. Conforme explicita o autor, ela foi realizada em humanos, pela primeira vez, em 1790 e, por muitos anos a doação de espermatozóides era feita por médicos, os quais passaram a ser congelados e estocados a partir de 1953. Atualmente, os gametas masculinos doados são congelados e estocados em bancos de sêmen.

Quando os materiais genéticos do casal ou de um dos cônjuges são defeituosos pode-se utilizar o material de um doador(a). Conforme afirma Montenegro<sup>75</sup>, a inseminação artificial, já conceituada anteriormente, pode ser classificada como homóloga, quando se utiliza no referido procedimento a célula reprodutora do companheiro, ou heteróloga, quando utiliza-se o sêmen de um doador.

As mulheres também podem buscar uma doadora quando se encontram com insuficiência ovariana ou que buscam uma gravidez tardia, pois o óvulo envelhece com a mulher. Os casais também escolhem essa modalidade quando a parceira apresenta um distúrbio

---

<sup>73</sup> HINKLE, Janice L; CHEEVER, Kerry H; SUDDARTH, Brunner. *Tratado de enfermagem médico-cirúrgica*. 13. ed. V.2. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2016 [e-book].

<sup>74</sup> LEWIS, Ricki. *Genética Humana: conceitos e aplicações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 428.

<sup>75</sup> MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa; REZENDE FILHO, Jorge de. Rezende. *Obstetrícia fundamental*. 12. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2012 [e-book].

genético que pode ser transmitido aos filhos. Vale destacar que todos os métodos que recolhem os óvulos da mulher utilizam uma preparação prévia no corpo da mulher com a inserção de níveis hormonais estratosféricos. A receptora e a doadora recebem hormônios na preparação para esses procedimentos, alterando toda sua taxa hormonal com a intenção de extrair a maior quantidade de óvulos de uma vez.

A Fertilização *in vitro* – IVF, consiste na junção de um espermatozóide e um ovócito em um frasco de laboratório, com posterior implante do embrião já formado em laboratório no útero da doadora do ovócito ou no útero de uma genitora gestacional. Nesse caso, a fecundação se dá fora do corpo da mulher. Essa técnica se concretizou em julho de 1978, no norte da Inglaterra, quando houve o nascimento do primeiro “bebê de proveta” do mundo.

A Transferência Intratubária de Gametas – GIFT, que conforme Welter<sup>76</sup>, compreende na captação dos óvulos da mulher, através de laparoscopia, que é um procedimento minimamente invasivo, no qual pequenas incisões são feitas na região abdominal para introdução do equipamento com microcâmera chamado de laparoscópio. Enquanto o espermatozóide do homem é recolhido e ambos os gametas são colocados em um tubo especial, devidamente preparados e posteriormente introduzindo-os em cada uma das trompas de falópio, responsável pelo transporte de óvulos até o útero. Em suma, a fertilização ocorre no corpo da mulher, preservando um funcionamento reprodutivo mais natural. Entretanto, possui cerca de 26% de sucesso e custa, aproximadamente, metade da IVF.

A Transferência Intratubária de Zigotos – ZIFT, é uma variação da GIFT. Consiste na introdução de zigotos, os quais foram fertilizados *in vitro*, nas trompas uterinas da mulher, deixando-o encontrar seu próprio caminho até o útero. Segundo Lewis<sup>77</sup>, a diferença entre a ZIFT e a GIFT está na forma de fecundação. Pois a fertilização na ZIFT é operada externamente do corpo da mulher. Também possui uma taxa baixa de êxito, em aproximadamente 23% de sucesso. Enquanto na GIFT a fertilização dos materiais genéticos ocorre no corpo da mulher.

Finalmente, a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozóides – ICSI, surgiu em 1995, e consiste na fertilização de um único óvulo, após o recolhimento de apenas um espermatozóide, em que este é colocado diretamente no citoplasma daquele. Em seguida, o óvulo fecundado é transferido para o útero da doadora. A ICSI é útil para homens que têm baixas contagens de espermatozóides ou altas porcentagens de espermatozóides anormais. Tal técnica é considerada

---

<sup>76</sup> WELTER, Belmiro Pedro. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 219-220.

<sup>77</sup> BRASIL, op. cit., nota 39.

revolucionária, pois é mais eficaz que a IVF, a ICSI.

Embora a legislação civil brasileira faça menção às técnicas de inseminação artificial, o tema envolve muitos conflitos, tendo em vista a falta de normatização suplementar. Os métodos de reprodução assistida geram inúmeras controvérsias jurídicas, principalmente no que diz respeito às relações de parentesco biológicas e afetivas e os limites impostos pelas diversas normas sucessórias.

Para Venosa<sup>78</sup>, o Código Civil não é específico quanto à autorização e à regulamentação da reprodução assistida. Ele apenas menciona que os problemas existem e procura solucionar aqueles relacionados à paternidade.

Quanto à presunção de filiação de filhos concebidos a partir da utilização dessas técnicas, o artigo 1597 do Código Civil de 2002 diz:

[...]Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
 (...)
   
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
   
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
   
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido [...].

Diante da lacuna deixada pelo legislador, há uma demanda de legislação específica e adequada, uma vez que o Código Civil está obsoleto diante do assunto, assim, maior parte das questões atinentes à Reprodução Assistida estão reguladas pelo Conselho Federal de Medicina - CFM. Como por exemplo, a Resolução de nº 2.168/2017<sup>79</sup>, que determina a idade máxima para mulheres receberem embriões, de 50 anos. Já para ser um doador de gametas, a idade máxima é de 35 anos para mulheres e 50 anos para os homens. Entretanto, a maior parte das questões jurídicas relacionadas ao tema ainda são discutidas perante o Judiciário.

## 2.2. Princípios norteadores da reprodução humana assistida

Como demonstrado ao longo do trabalho, a construção da família vem mudando no decurso do tempo, a inserção da mulher no mercado de trabalho trouxe significativas características à nova disposição familiar. Além disso, traz a reprodução humana assistida como

---

<sup>78</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006 [e-book].

<sup>79</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2168*, de 10 de novembro de 2017. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, Brasília, 2017. Disponível em: <portal.cfm.org.br>. Acesso em: 25 nov. 2021.

método de constituir família, devendo assim ser considerada. Diante disso, o texto pátrio em diversos dispositivos afirma que família tem especial proteção do Estado a fim de tutelar não só os direitos individuais dos sujeitos, mas também as necessidades da sociedade familiar como um todo.

Além disso, a Constituição de 1988 preceitua para que sejam criadas ferramentas no sentido de diminuir a violência contra seus componentes no âmbito das relações familiares e garantir seus direitos fundamentais através de legislação especial como Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei Maria da Penha. Nesse sentido, importa destacar a redação do § 8º da lei maior<sup>80</sup>, o qual prevê que: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

O próprio parágrafo sétimo do artigo 226 da Constituição<sup>81</sup>, reconhece a família como sendo a base da sociedade, fundada nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e do planejamento familiar. Também são considerados princípios basilares o princípio da autonomia da vontade privada e o direito à vida, apontados adiante.

A dignidade da pessoa humana está expressamente consignada na Constituição Federal, nos artigos. 1º, inciso III e 226, § 7º<sup>82</sup>, com isso o Constituinte intentou garantir a democratização do planejamento familiar, dando ao casal a livre decisão sobre o assunto, coibindo interferências de qualquer entidade, inclusive religiosa. Este princípio constitui a base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente.

Percebe-se que o termo dignidade visa proteger dois aspectos distintos: um inerente à pessoa, pelo simples fato de ser, nascer pessoa humana e outro dirigido à vida das pessoas, à possibilidade e ao direito que têm as pessoas de viver uma vida digna, abrangendo os bens, direitos e meios necessários para uma existência respeitável ao ser humano. Em recente julgado do STJ, no REsp nº 1918421-SP<sup>83</sup>, pode-se retirar parte do acórdão no sentido de entender a

---

<sup>80</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>81</sup> Ibid. Art. 226, § 7º. “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Regulamento”.

<sup>82</sup> Ibid.

<sup>83</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1918421-SP*. Relator: Ministro Marco Buzzi. Jurisprudência da quarta turma, 08 de junho de 2021. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1270115923>> Acesso em: 11 mar. 2023.



posição jurisprudencial:

[...]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[...]

Nesse aspecto, a inviabilidade de filiação tão somente por causa da impossibilidade de conceber filhos e ter as clínicas fora do alcance financeiro de determinados grupos caracterizaria a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, por agredir a intimidade social, a livre vontade do sujeito e o direito ao aumento da prole, sem contar os prejuízos resultantes deste fato social que poderá sobremaneira trazer danos psicológicos e sociais na vida do indivíduo.

Já o princípio da paternidade responsável expressa a responsabilidade desde a concepção e se estende até que seja necessário e justificável o acompanhamento dos filhos pelos pais, respeitando-se assim, o mandamento constitucional do art. 227<sup>84</sup>, que nada mais é do que uma garantia fundamental.

O referido princípio se faz presente no âmbito da procriação assistida heteróloga, em que há a utilização de espermatozóide doado, diante do artigo 1597, V, do Código Civil<sup>85</sup>, que dispõe que “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Assim, percebe-se que o critério para aplicação do princípio não é da certeza de paternidade a se conferir no material genético, pois a circunstância de não haver relação sexual nesse caso não admite a impugnação posterior da paternidade biológica e faz com que devam ser considerados outros pressupostos fáticos em nítida observância ao princípio da paternidade responsável.

Destarte, ainda que o companheiro da gestante pretenda contestar a ligação de paternidade relativamente ao nascituro gerado, e prove que biologicamente não é o genitor da criança, a paternidade foi estabelecida no momento da concepção e início da gravidez. Relação devidamente protegida pelo instituto da paternidade responsável. A manifestação da vontade vinculada ao convívio conjugal e ao sucesso da técnica de procriação assistida heteróloga se

---

<sup>84</sup> Ibid.

<sup>85</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

mostra o elemento suficiente para constituir prova da paternidade que, desse modo, se torna certa, insuscetível de impugnação pelo cônjuge.

Assim, entende-se que a paternidade responsável é um dos princípios basilares para a reprodução assistida, ao lado do direito fundamental da dignidade da pessoa humana, para a formação da família contemporânea, pois constitui um dever que precisa ser cumprido tanto na formação como na manutenção da família pelos seus responsáveis. Assim, aproxima-se de um planejamento familiar racional e independente, para que os seus membros possam se desenvolver naturalmente e como melhor intentarem.

Vale mencionar que a paternidade responsável foi incluída de forma explícita no art. 27, da Lei nº 8.069/90<sup>86</sup>, conhecido como ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dispor que o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra todos. Além disso, a Convenção Sobre os Direitos da Criança, de 1989, ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990<sup>87</sup>, dispõe que toda criança terá direito, na medida do possível, de conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

Já o Livre Planejamento Familiar é um direito fundamental conceituado no artigo 2º Lei nº 9.263/1996<sup>88</sup> “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”. Além disso, tal princípio visa garantir a efetividade e o exercício de inúmeros outros direitos fundamentais e certa limitação ao exercício do Estado a fim de que não deturpe seu livre exercício dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo.

Nesse sentido, o artigo 1.565, § 2º do Código Civil<sup>89</sup>, preleciona que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.

Percebe-se que o princípio do livre planejamento familiar está diretamente ligado ao princípio da autonomia da vontade privada da pessoa. Tal princípio permite particulares de realizarem livremente atos na vida social que acabam gerando a criação de direitos e deveres. Para fins de entendimento, considera-se, a autonomia privada como o direito garantido constitucionalmente e dado como poder ao indivíduo para que este possa reger, com efeitos

---

<sup>86</sup> BRASIL, op. cit., nota 6.

<sup>87</sup> BRASIL. *Decreto nº 99.970*, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>88</sup> BRASIL, op. cit., nota 52.

<sup>89</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

jurídicos, suas próprias relações.

A autonomia privada tem o condão de determinar a formação familiar do cidadão e a consequente a filiação, nesse aspecto, transmudando-se para situações de reprodução assistida, as pessoas que deram início ao processo de reprodução assistida, por livre e espontânea vontade, são as únicas responsáveis pela filiação jurídica do embrião e do nascituro, inclusive, com abarcado pelo princípio de paternidade responsável.

Entretanto, os mencionados princípios ainda encontram óbices à sua efetivação, pelo que hão de percorrer um longo caminho até que possa ser plenamente garantido e concretizado, ainda mais diante da reprodução assistida, uma vez que é um procedimento elitizado e de difícil acesso a grande parte da população, dependendo de políticas públicas que viabilizem o gozo pleno dos princípios constitucionais.

Verifica-se que a reprodução assistida deverá estar envolvida por todos os princípios mencionados de forma conjunta para que haja a devida proteção e garantia ao método de estabelecer família. Importante a utilização de tais princípios no caso diante de tamanha omissão do legislativo, possibilitando ao magistrado prover a garantia do direito à reprodução assistida, à dignidade da pessoa humana, ao planejamento familiar, à autonomia da vontade privada e o direito à vida.

### **2.3. A possibilidade da Fertilização *post mortem* e suas consequências**

As novas técnicas de reprodução assistida acabam possibilitando a filiação biológica do casal após a morte do genitor, de modo que o homem ou a mulher que já haviam conservado material genético e já deram início ao processo da fertilização laboratorial como o recolhimento dos gametas, poderão autorizar que terceiro, como o cônjuge ou companheiro, utilize do mesmo após o seu falecimento. Tal possibilidade é prevista por Guilherme Calmon<sup>90</sup>:

[...]é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida[...].

Nota-se importante analisar a reprodução assistida *in vitro post mortem*, uma vez que

---

<sup>90</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A nova filiação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 732.

há extensa lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, diante da falta de regulamentação legal que aborda o instituto, desta maneira é necessário respaldar-se nos princípios constitucionais e observar o direcionamento jurisprudencial para assegurar os direitos do concebido, da genitora e da atuação da clínica de reprodução humana assistida.

Tal discussão tem grande interferência nas relações sucessórias, que também restaram esquecidas pelo ordenamento jurídico diante da hipótese, pois ao tratar do direito de herança aos filhos concebidos por fertilização *in vitro post mortem*, há uma grande problemática a ser discutida em relação ao concebido e os demais herdeiros já vivos, pois a concepção do material genético poderia se dar após a abertura do inventário.

Destaca-se que, mesmo não havendo lei admitindo expressamente a inseminação póstuma no Brasil, não há legislação proibitiva de tal procedimento, como ocorre na Alemanha e Suécia. Enquanto isso, na França, a inseminação após a morte continua sendo proibida, entretanto, está tramitando proposta legislativa para alterar o artigo 725 do Código Civil francês<sup>91</sup> (*Code Napoléon, de 1804*) objetivando prever o seguinte:

[...]Para suceder, é necessário existir no momento da abertura da sucessão, salvo nos casos de inseminação post mortem quando o marido defunto expressou inequivocamente a sua vontade, por ato notarial e sob a condição que a inseminação tenha sido feita nos 180 dias após a sua morte [...].

O Código Civil brasileiro<sup>92</sup>, ao tratar do assunto, no artigo 1.798, dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, assim, de modo geral, excluiria da participação da sucessão o concebido após a morte do autor da herança. Para Giselda Hironaka<sup>93</sup> “tanto podem ser herdeiros legítimos, testamentários, ou mesmo legatários os indivíduos que já tivessem nascido quando do momento do exato falecimento do de cujus, bem assim todos os que já estivessem concebidos no mesmo momento”.

O artigo 1.597, inciso IV, do Código Civil<sup>94</sup>, presume filho fruto do casamento os embriões excedentários das técnicas de reprodução assistida, inclusive menciona no dispositivo o termo “havidos a qualquer tempo” abrindo margem à possibilidade de fertilização *post*

---

<sup>91</sup> FRANÇA. *Code Civil des Français*, de 21 de março de 1804. Dispõe sobre questões do Direito Civil. Disponível em: < <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>> Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>92</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>93</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva Jur, 2019, p. 86.

<sup>94</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

*mortem* e sua devida sucessão. Assim como, o inciso III do referido artigo prevê a possibilidade de ser considerado filho o nascituro havido por fecundação com material genético do cônjuge, mesmo que falecido.

Apesar de o Código Civil reconhecer expressamente a possibilidade de reprodução assistida *post mortem*, não trouxe disposição específica acerca da sucessão nesses casos. Bem como, não regulamentou as formalidades que devem ser adotadas para o processo de fertilização póstuma.

Em relação ao embrião extrauterino, embora já concebido, não se enquadra perfeitamente ao referido dispositivo do código civil, pois não se encontra em desenvolvimento celular, uma vez que ainda não foi implantado dentro do útero. O desenvolvimento do embrião humano se inicia logo após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, entretanto, para que isso ocorra ele precisa ser fixado em um ambiente adequado, como o útero.

Assim, o embrião só irá se desenvolver caso ocorra a nidação, que é o processo de implantação do óvulo fecundado no endométrio, tecido que reveste a parte interna do útero, para então, fixar-se na parede uterina e encontrar as condições propícias para seu desenvolvimento. Dessa forma, notório entender que o os embriões crioconservados não se emolduram no conceito de nascituro ou de concebido, significa dizer que se trata de um processo biológico que têm lugar fora do sistema vivo, no ambiente controlado e fechado de um laboratório e que são feitos normalmente em recipientes de vidro.

Os recentes casos de grande repercussão tratam da possibilidade do uso de técnica conceptiva *post mortem*, em que sequer há embrião no momento do falecimento do genitor, de modo que a hipótese sob apreciação não envolve a problemática dos embriões excedentários já concebidos, mas sim a utilização do material genético do genitor falecido arquivado na clínica de reprodução.

Resta claro que, uma vez ambientado no útero materno, o embrião, tenha sido gerado de modo natural ou artificial, passa a gozar dos direitos reconhecidos ao nascituro, como o direito sucessório juntamente com os demais herdeiros. O debate engloba justamente qual a qualificação jurídica do nascido, mediante reprodução assistida ocorrida após a morte do *de cuius*, uma vez que se trata de situação anômala. Doutrina Eduardo de Oliveira Leite<sup>95</sup> que “solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto

---

<sup>95</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil*. V. XXI, Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 110.

de inseminação *post mortem*”.

Para alguns autores, como os mencionados, Eduardo de Oliveira Leite<sup>96</sup> e Guilherme Calmon Gama<sup>97</sup>, não se justificaria a utilização da inseminação *post mortem* uma vez que não existe mais o casal da relação, podendo acarretar transtornos psicológicos para a criança pois não haverá a possibilidade de estabelecimento do vínculo de paternidade.

O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal<sup>98</sup> prevê que “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”. Assim, o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, independente de qualificação e origem e atua em auxílio à situação do concebido após o falecimento do autor da sucessão e, no caso de interpretação restritiva à referida norma resultaria em marginalização do concebido frente aos demais irmãos.

Para Luiz Guilherme Loureiro<sup>99</sup>, a equidade entre os filhos deve atingir o significado formal e material. O autor explica que, a igualdade em sentido formal seria a vedação ao uso de termos como legítimos, naturais e bastardos. No que tange ao sentido material, a igualdade impede qualquer distinção ou diferença de regime jurídico que concretize um tratamento diferenciado que não seja por critérios objetivos e razoavelmente fundados, como afastar ao concebido póstumo o direito à sucessão do falecido genitor.

Deste modo, a interpretação do princípio constitucional deverá atender sua aplicação ao plano fático, em prol da harmonização do sistema legislativo, de modo extensivo a abranger também os filhos fecundados em laboratórios após a morte do parceiro. Segundo Figueredo e Giancoli<sup>100</sup>, “a igualdade entre os filhos é absoluta, não se admitindo quaisquer distinções. Deste modo, devem os filhos receber igual tratamento, formal e material”. Em decorrência disso, deverá haver o reconhecimento dos filhos, sem distinção entre eles, como legitimados para herdeiros os efeitos sucessórios.

Além disso, percebe-se a diferenciação dada ao material genético individualizado e guardado de cada genitor, defendido que não poderá ser utilizado pelo cônjuge sobrevivente *versus* o embrião já preparado e congelado, em que o casal já estava em processo de fertilização, o qual defende-se a utilização após a morte do genitor. Segundo o autor Guilherme Calmon

---

<sup>96</sup> Ibid.

<sup>97</sup> GAMA, op. cit., nota 89.

<sup>98</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>99</sup> LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 1.126.

<sup>100</sup> FIGUEIREDO, Fábio Vieira; GIANCOLI, Bruno Pandori. *Direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 223.

Gama<sup>101</sup>, o Código Civil de 1916, de forma menos rigorosa, definiu no sentido de que somente as pessoas que ao menos tinham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, poderiam sucedê-las.

Por fim, para que haja a possibilidades de utilização do embrião *post mortem* implica a existência de um projeto parental expressamente consentido, como o processo de fertilização já iniciado pelo casal. Ou seja, é necessário que o sémen recolhido se destine à inseminação da mulher com quem o falecido estivesse casado, ou vivesse em união de facto, e este faleça durante o período de conservação do embrião. No entanto, mesmo que haja recolha do material genético do casal, deve haver autorização expressa do falecido, ou processo não poderá avançar e o material deve ser destruído.

#### **2.4. Declaração de vontade, testamento e seus efeitos sucessórios aos concebidos *post mortem***

A Resolução n° 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina<sup>102</sup>, no item V.1, determina que o casal, ao adotar a criopreservação do material genético, deverá demonstrar expressamente a intenção quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, como o descarte, a doação ou a disposição completa do material genético para a outra parte.

Desta forma, a clínica e os genitores, em contrato particular, dispõem sobre a finalidade que o embrião congelado teria em caso de falecimento de um cônjuge, e, no caso da manifestação do casal de dar plena disposição do material genético ao cônjuge sobrevivente, possibilitaria a continuidade do processo de fertilização em andamento e a implantação o embrião *post mortem*.

No caso do divórcio, poderá haver a mudança de anuência dos acordos firmados sem que atinja o princípio fundamental da paternidade responsável ou a segurança jurídica do negócio, pois ninguém será obrigado a filiar-se. Entretanto, se o casal estava em processo de fertilização com disposição expressa ao cônjuge sobrevivente e este é impossibilitado de seguir com o procedimento por decisão judicial gera insegurança jurídica que prejudica a mulher

---

<sup>101</sup> GAMA, op. cit.

<sup>102</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM n° 1.358*, de 19 de novembro de 1992. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos., Brasília, 1992. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358\\_1992.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/1992/1358_1992.pdf)>. Acesso em: 18 mar. 2022.

participante no projeto parental. Causando um desequilíbrio na isonomia dos pais.

O direito das sucessões é o ramo do Direito que trata da transmissão do patrimônio de uma pessoa após a sua morte, regulamentando questões como a herança, a administração dos bens e a partilha entre os herdeiros. No Brasil, a sucessão ocorre de acordo com a lei, que estabelece a ordem de preferência dos herdeiros e as regras para a distribuição dos bens.

O Código Civil<sup>103</sup> regulamenta em seu livro V, o direito das sucessões, tratando-se de um conjunto de normas que disciplinam o direito da transmissão do patrimônio do falecido deixado para os herdeiros, como o ativo e passivo, entre eles bens, valores e dívidas, através de duas espécies de sucessão: os herdeiros necessários, também chamado de sucessão legítima e os herdeiros testamentários, previstos nos artigos 1.798 e 1.799, respectivamente.

Além disso, a Constituição Federal, prevê em seu artigo 5º, inciso XXX<sup>104</sup> a garantia do direito à herança, que estabelece que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, em conjunto com o Código Civil brasileiro, a partir do artigo 1.784, que prevê “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

No entanto, é importante destacar que o direito à herança não é absoluto e pode ser limitado por normas legais que buscam garantir a justiça social e a igualdade material. Por exemplo, a legislação brasileira estabelece limites à liberdade testamentária, impedindo que o testador disponha de todo o seu patrimônio da forma que desejar. Além disso, a lei também estabelece regras para a partilha dos bens em caso de ausência de um testamento.

Dentre alguns conflitos, o direito à herança pode ser objeto de disputas entre os herdeiros, o que pode levar à necessidade de intervenção do Poder Judiciário para solucionar a questão. Importante discussão doutrinária e jurisprudencial envolve a interpretação do art. 1798 do referido código<sup>105</sup>, que trata da sucessão legítima, o qual prevê a seguinte redação: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Os herdeiros necessários, são todas aquelas pessoas determinadas pela lei a receber parte do patrimônio. Estes contêm a legítima, ou seja, metade do patrimônio obrigatoriamente é destinado aos herdeiros necessários. Já o testamento é ato personalíssimo de declaração unilateral de manifestação da vontade em vida pelo qual o testador indicará a disposição de seus

---

<sup>103</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>104</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>105</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.



bens e, conseqüentemente, produzindo efeitos jurídicos após sua morte, respeitando as devidas formalidades e a limitação imposta pela legislação, como a legítima dos herdeiros necessários, como os descendentes, ascendentes e cônjuge. Destaca-se que o testador poderá alterar ou revogar total ou em parte o testamento, a qualquer tempo.

Ainda, em relação ao testamento, prescreve o artigo 1.857 do Código Civil<sup>106</sup> que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. É importante ressaltar que, no testamento, o falecido não pode dispor de todo o seu patrimônio da forma que desejar, pois a lei estabelece limites à liberdade testamentária. Além disso, é possível contestar o testamento caso sejam identificados vícios, como coação, fraude ou incapacidade mental do testador.

No que concerne aos direitos sucessórios dos ainda não concebidos, mas criopreservados pelo processo de fertilização *in vitro*, somente serão legitimados como herdeiros através da sucessão testamentária, mas para isso o magistrado irá indicar um curador para que este receba os bens da partilha enquanto o herdeiro não nasça. Assim, tratando-se de sucessão legítima o embrião concebido após o falecimento de seu pai, não terá direito à herança ficando de fora da sucessão.

Diante de tal apontamento aduz Maria Berenice Dias<sup>107</sup>:

[...]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 humana assistida *post mortem*[...].

Entretanto, com a ausência de uma lei específica que trate dos direitos sucessórios do concebido *post mortem*, ao se fazer uma análise de casos concretos, é necessário a utilização dos princípios constitucionais para que se tenha uma interpretação legal com o objetivo de que seja assegurado os direitos do nascituro.

De acordo com o Código Civil<sup>108</sup>, o filho concebido *post mortem* poderá herdar caso seja contemplado em testamento, mas tão somente nesta hipótese, caso em que seria excluído da herança legítima e teria sua parte testamentária limitada de acordo com a previsão legal.

---

<sup>106</sup> Ibid.

<sup>107</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 125.

<sup>108</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

Além disso, caso o *de cuius* não estipule testamento protegendo o nascituro, este ficaria desamparado de qualquer herança.

Todavia, o inciso I do artigo 1.799 do código afirma que “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”, reconhecendo, assim, a possibilidade de capacidade sucessória à prole que venha a ser concebida eventualmente à morte do *de cuius*, desde que concebido até dois anos após a abertura da sucessão, como dispõe o artigo 1.800 a seguir demonstrado:

[...]Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação e partilha, a curador nomeado pelo juiz.

(...)

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário pelo testador, caberão aos herdeiros legítimos[...].

Com a morte, a herança do falecido precisa ser titularizada e, por isso, o ordenamento jurídico brasileiro se utiliza do princípio de *saisine*, em que a morte procede a imediata transferência da herança aos seus sucessores legítimos e testamentários, visando impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido.

Em julgamento de 2022 da Segunda Seção do STJ<sup>109</sup>, que corre em segredo de justiça, o relator ao analisar os embargos, ministro Antônio Carlos Ferreira, afirmou que, assim que aberta a sucessão, o herdeiro, sem que haja o reconhecimento oficial prévio de tal circunstância, poderá imediatamente demandar seus direitos hereditários no processo sucessório.

Assim, quando aberta a sucessão, os descendentes do *de cuius* são chamados imediatamente. A divergência encontra-se em relação aos descendentes póstumos, que, apesar de serem considerados filhos, diante do artigo 1.798 não se enquadraria na sucessão legítima, não lhes sendo imputáveis direitos sucessórios por conta de sua concepção após a morte. Mas diante do artigo 1.799, em seu inciso I, como demonstrado acima, deveria haver a possibilidade do direito sucessório destes.

Assim, nota-se que conforme o mencionado artigo 1.798, legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão e, no caso do material

---

<sup>109</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Processo em segredo de justiça*. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Notícias, 23 de novembro de 2022. Disponível em: < <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Comunicacao/Ultimas-noticias> >. Acesso em: 13 mar. 2023.

genético, guardado em refrigeração especial para futura utilização inseminação artificial, somente terá direito na sucessão se disposto em testamento prevendo o direito daquele que venha a ser concebido com o material genético.

Diante de todo exposto, deve-se discutir acerca do testamento se há declaração da vontade válida quando contratado com a clínica em documento particular e se esta seria a via adequada para a manifestação da vontade. A problemática está diante da solenidade do testamento, que exige em lei, forma específica e publicidade ao ato.

## 2.5. Discussão perante os tribunais superiores e seu entendimento jurisprudencial

Recentemente, no dia 30 de agosto de 2021, o STJ proferiu entendimento, através do informativo nº 706<sup>110</sup>, diante do julgamento do REsp nº 1.918.421-SP, de que somente será permitida a implantação *post mortem* de embriões fertilizados *in vitro* se houver autorização expressa por testamento ou instrumento semelhante que o valha em formalidade e garantia. Dessa forma, entendeu que a manifestação da vontade do falecido em contrato com a clínica de reprodução assistida não é documento suficiente para permitir a implantação do embrião após a morte do cônjuge.

Na hipótese em análise, os cônjuges valeram-se da reprodução assistida homóloga, tendo a fertilização se realizado *in vitro*, a partir da utilização de material genético do próprio casal envolvido. A partir da fertilização promovida, destacaram-se em qualidade ao menos dois embriões, os quais foram criopreservados, não se concluindo a etapa de transferência de implantação no útero.

A decisão do julgado entendeu que a manifestação dos cônjuges posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana com a clínica não é meio adequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários. Pois a disposição póstuma atinge efeitos patrimoniais, sucessórios, da personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, como ao genitor, os demais sucessores e aos que seriam concebidos. Portanto, deve-se obedecer a forma expressa, alcançada por meio do testamento ou instrumento particular com a devida observância formal e garantia, por tratar de disposição de cunho existencial, sendo um de seus efeitos a geração de vida humana. Além disso, atinge significativamente o direito

---

<sup>110</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Informativo nº 706*. Informativo de Jurisprudência, 08 de junho de 2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisa\\_ruma\\_edicao&livre=0706.cod.](https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisa_ruma_edicao&livre=0706.cod.)>. Acesso em: 22 mar. 2022.

sucessório dos demais herdeiros.

Além disso, encontra-se regulado no mesmo sentido as disposições quanto à reprodução assistida *post mortem*. O próprio acórdão citado menciona a Resolução CFM nº 2.168/2017<sup>111</sup>, que prevê a possibilidade, mas contando com a existência de autorização prévia específica do *de cuius* para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.

Nessa linha de entendimento, o Provimento CNJ nº 63<sup>112</sup>, mais precisamente em seu artigo 17, parágrafo segundo, estabelece que, na reprodução assistida póstuma, além de outros documentos que especificam, 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.

Da mesma forma, o Enunciado nº 633 do CJF da VIII Jornada de Direito Civil<sup>113</sup> prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida pós morte por meio da maternidade de substituição, condicionada ao expreso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

Apesar da omissão quanto à forma legalmente admitida para utilização do material genético *post mortem* do artigo 1.597, III, do Código Civil<sup>114</sup>, deve haver manifestação de consentimento expreso do casal de modo a conferir segurança ao procedimento de reprodução assistida que poderá ser realizado mesmo após o falecimento do marido ou da esposa, também se estendendo aos companheiros, com base no princípio da igualdade entre os cônjuges em direitos e deveres, conforme entendimento do artigo 226, § 5º, da Constituição Federal<sup>115</sup>.

Ao contrário do entendimento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, há o voto vencido do Ministro Marco Buzzi, que defende que o Código Civil não estabeleceu forma prescrita em lei em que a autorização do cônjuge deverá ser realizada e, assim, deverá seguir a

---

<sup>111</sup> BRASIL, op. cit., nota 79.

<sup>112</sup> BRASIL. Congresso Nacional de Justiça. *Provimento nº 63* de 14 de novembro de 2017. Artigo 17, § 2º “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 uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

<sup>113</sup> BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 633* de 26 e 27 de abril de 2018. “É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expreso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira”. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

<sup>114</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>115</sup> BRASIL, op. cit., nota 1. Art. 226, § 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 17 abr. 2022.

normativa do artigo 107<sup>116</sup> do código que prevê “a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir” e afirma “Se pelo ordenamento jurídico admite-se a manifestação por quaisquer meios, é fato que quando essa declaração se dá por documento escrito, tal aquiescência afigura-se verdadeiramente sofisticada a denotar a perfectibilização do requisito atinente à prévia e expressa declaração de vontade”.

Vale ressaltar que o referido julgamento obteve votação de 3 a 2 dos ministros, demonstrando, assim, não se tratar de decisão unânime, nem de uma questão jurídica já consolidada.

Diante de um precedente julgado sobre o tema, nota-se que há o direito à supremacia da paternidade responsável, enquanto se questiona se a segurança jurídica resta prejudicada frente a essa arbitrariedade de mudança de anuência dos acordos previamente firmados.

Ademais, pode-se observar nos tribunais de primeira instância, antes mesmo do julgamento do caso no STJ, que já seguiam tal posicionamento de haver necessidade de manifestação expressa do falecido, como por exemplo, a decisão de 2015, do Embargos Infringentes nº 20080111493002 no Distrito Federal<sup>117</sup>:

[...]Diante da falta de disposição legal 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. 2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo"[...]

Ao se exigir certa padronização e formalidade na manifestação da vontade poderá proteger os indivíduos envolvidos, uma vez que acaba trazendo à relação uma segurança jurídica. 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. Além disso, tal instrumento permitirá que o cônjuge sobrevivente venha a concretizar o projeto parental do casal sem obstáculos.

Há, todavia, em tramitação no Senado, o Projeto de Lei (PL) 1.851/2022<sup>118</sup>, de autoria

---

<sup>116</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>117</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Embargos Infringentes Cíveis nº 20080111493002* de 25 de maio de 2015. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-df/199982428>> Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>118</sup> BRASIL, *Projeto de Lei nº 1.851/2022*. Altera o art. 1.597 do Código Civil para dispor sobre o consentimento presumido de implantação, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu

da senadora Mara Gabrilli do PSDB-SP, que aborda o “consentimento presumido” nos casos de falecimento de um dos cônjuges durante o processo de fertilização. A autora afirma que “A grande lacuna legislativa do ordenamento jurídico brasileiro sobre a reprodução assistida não encontra explicação lógica e razoável em debate algum sobre o tema”.

Atualmente a matéria é disciplinada por resolução do Conselho Federal de Medicina. Todavia, de acordo com a Senadora, a norma pelo CFM, “não tem a estatura de lei, em sentido formal, e foi concebida apenas para regular a conduta ética da classe médica” e se tratar de norma suplementar. Assim, sem previsão legal adequada muitos casos acabam chegando à discussão judicial.

O planejamento familiar, constitucionalmente previsto, não possui natureza coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, uma vez que ninguém será obrigado a filiar-se. Para execução do referido princípio há a autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, 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. Assim, mostra-se essencial que a manifestação da vontade se dê seguindo tais formalidades, para que não se extrapole da real intenção do *de cuius* para benefício próprio.

Recente decisão unânime referente ao Acórdão nº 1390652 da 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT<sup>119</sup>, consolidou que, após o divórcio do casal, os embriões que sobraem no processo de fertilização *in vitro* deverão ser descartados. O caso trata de um casal que após fazer o procedimento de fertilização homóloga obtiveram um filho e alguns embriões excedentes. Alguns anos depois, diante do divórcio, o ex-marido propôs ação para o descarte desses embriões. O tribunal de origem julgou procedente os pedidos.

A ex-esposa, ainda, arguiu, nas razões recursais, a observância do princípio do *pacta sunt servanda*, ou seja, da força obrigatória dos contratos, visto que o ex-marido firmou termo no momento da criopreservação, em cumprimento à exigência da Resolução nº 2.168/2017<sup>120</sup>

---

conjuntamente a técnica de reprodução assistida. Autoria: Senadora Mara Gabrilli (PSDB/SP). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9180662&ts=1674177512834&disposition=inline>> Acesso em: 13 mar. 2023.

<sup>119</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Acórdão nº 1390652* de 13 de dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/informativos/2022/informativo-de-jurisprudencia-n-450>>. Acesso em: 17 abr. 2022.

<sup>120</sup> BRASIL, op. cit., nota 79.

do Conselho Federal de Medicina quanto à destinação dos embriões excedentários, anuindo que, na hipótese de separação, eles ficariam sob a responsabilidade legal da ex-esposa.

No julgamento, o Colegiado afastou o postulado pela apelante, entendendo que “a vontade procriacional pode ser alterada ou revogada de maneira legítima e válida até a implantação do embrião criopreservado”, uma vez que, é legítima a desistência individual do genitor que participou do processo de reprodução assistida, a ensejar o descarte de embriões criopreservados, ante os princípios da paternidade responsável e da autodeterminação no planejamento familiar, vedada qualquer ação coercitiva por parte de instituições públicas ou privadas, uma vez que o planejamento familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto no art. 196, § 7º e art. 226<sup>121</sup>, possui natureza promocional, e não coercitiva.

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. O princípio da autodeterminação também no planejamento familiar assegura que a decisão de ter filho, de como tê-los, a quantidade, é uma decisão livre do casal.

Além disso, na operação das técnicas de reprodução assistida verifica-se um lapso temporal entre formação do embrião e a implantação no útero para gestação do feto. Desse modo, em atendimento aos princípios mencionados, a vontade procriacional daqueles que optem por essa técnica, caso queiram exercer a paternidade a partir dos embriões excedentários criopreservados, deve-se permanecer até a implantação na pessoa que gestou a criança. Por isso, o entendimento jurisprudencial segue no sentido de haver recente manifestação acerca dos embriões excedentários e, em caso de divergência entre o casal, deverá haver o descarte.

Ademais, tal manifestação de vontade dos genitores é uma exigência do Conselho Federal de Medicina no momento de se colher o consentimento informado. Contudo, conforme já demonstrado, o consentimento ali externado pode ser modificado ou revogado a qualquer momento. Quanto à reprodução assistida *post mortem* tal manifestação da vontade deve se dar de maneira incontroversa e para garantir a segurança jurídica de todas as partes exige-se algumas formalidades, conforme exposto no capítulo.

Diante da posição jurisprudencial em interpretação com a legislação existente, pode-se dizer que o adequado a ser adotado pelos casais é a utilização de documento público, como o testamento, para dispor da vontade após a morte no caso de deixar o cônjuge sobrevivente continuar com o procedimento clínico e gerar o nascituro posteriormente, tendo então um novo

---

<sup>121</sup> BRASIL, op. cit., nota 1.

sucessor. Assim, o contrato com a clínica não é suficiente para disposição de tal vontade e ela deverá orientar seus clientes sobre tal necessidade em caso de falecimento.



### 3. A DEMOCRATIZAÇÃO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

O presente capítulo aborda o caminho a ser seguido para que se possa incluir mudanças políticas auxiliares em uma direção mais democrática em relação a possibilidade da reprodução humana assistida possibilitando o acesso a quem quiser e precisar.

Ademais, demonstra a importância do Judiciário no papel do juiz de direito frente a lacuna legislativa e os efeitos de tal atuação no sistema público. Outrossim, aponta quais instrumentos normativos constitucionais e infraconstitucionais que permitem a defesa do direito à reprodução assistida.

Além disso, demonstra o impasse do poder público quanto à ponderação entre Autonomia Privada e questões de ordem pública, a fim de não prejudicar um Estado quebrado e, não deixar o cidadão sem acesso à saúde pública necessária.

Por fim, levanta as questões não resolvidas ainda no Brasil frente ao Estado estrangeiro de países desenvolvidos ou em desenvolvimento, respaldado no direito comparado, a fim de apresentar possíveis soluções a serem aplicadas.

#### 3.1. Acesso à Reprodução Assistida

O desafio do tema é alcançar o acesso ao direito fundamental da reprodução assistida. Pois, ainda que previsto constitucionalmente, são necessárias normas suplementares e políticas públicas para que possa ser alcançada sua efetividade e eficácia. Entretanto, a sua solidificação encontra obstáculos visto que depende da possibilidade do Estado de prover com as medidas públicas, como a devida assistência médica e legal para a democratização da reprodução assistida.

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal dispõe sobre a aplicabilidade iminente dos direitos fundamentais ao afirmar que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>122</sup>. Assim, extrai-se que, tais normas independem de ato normativo complementar e infraconstitucional, dessa forma, exige-se que sejam aplicadas sem limitações.

Por conseguinte, a Lei nº 9.263/1996, Lei de Planejamento Familiar<sup>123</sup>, no artigo 9º,

---

<sup>122</sup>BRASIL, op. cit., nota 1.

<sup>123</sup>BRASIL, op. cit., nota 62.

trata sobre o procedimento de reprodução assistida, garantindo que, para preservar o livre planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos. Assim, tem-se a previsão legal do direito, mas há falta de políticas públicas e normas suplementares a fim de materializar tal dispositivo. É comum a legislação prever tecnicamente o direito assegurado ao cidadão, mas ainda não dispor de como isso será feito, o que acaba afastando seu alcance real.

Percebe-se que os que possuem condições financeiras de arcar com os altos custos de tratamento, não vislumbram obstáculos ao exercício do direito e a concretização fática à reprodução, pois conseguem dispor de médicos e clínicas particulares de alto custo. Diferentemente do que ocorre em relação a grande parte da população, de classe média e classe média baixa, que se veem sem possibilidade de financiar esse procedimento, momento em que não encontram saída e muitos desistem da filiação.

Assim, tem-se a elitização dos direitos relacionados à reprodução assistida, uma vez que seu alcance é limitado ao poder monetário dos indivíduos, aumentando o abismo da desigualdade social de acesso aos cidadãos e intensificando a falta de tutela estatal às novas famílias, agravada pela omissão legislativa.

Diante do exposto, cabe problematizar o acesso às tecnologias relacionadas à reprodução assistida, considerando as diferentes classes econômicas existentes na sociedade brasileira. O autor Pedro Guedes Nascimento<sup>124</sup>, comenta que tal desigualdade relacionado ao acesso aos serviços de saúde, involuntariamente, por uma desigualdade já estrutural apresentada no país, constitui uma divisão em dois grupos: os que podem custear essas tecnologias e os que não podem. Desta maneira, o alcance de tais procedimentos se afasta para a maioria da população, a qual não pode arcar com os custos do tratamento de reprodução assistida.

Entretanto, é direito do cidadão exigir e dever do Estado (*lato sensu*) fornecer medicamentos, tratamentos e aparelhos necessários quando o indivíduo não puder prover sem privações do sustento próprio, principalmente se tratando de questões de livre planejamento familiar, direito à filiação e saúde pública, disciplinadas como direitos fundamentais pela Constituição.

Nesse caso, a materialização do referido direito fundamental depende, necessariamente, de conduta ativa prestacional do Poder Público, em financiar políticas

---

<sup>124</sup> NASCIMENTO, Pedro Francisco Guedes. *Reprodução, desigualdade e políticas públicas de saúde: uma etnografia da construção do “desejo de filhos”*. Tese (Doutorado) – Curso de Antropologia Social, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009, p. 42.

públicas que envolvem reprodução assistida, para assegurar o tratamento igualitário de saúde e o acesso aos cidadãos, como por exemplo, através do Sistema Único de Saúde - SUS.

Nesse sentido, por exemplo, foi instituída a Portaria nº 2.836/2011<sup>125</sup> incluindo no âmbito do SUS, a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT, garantindo, dentre outros, os direitos reprodutivos da população LGBT. Contudo, ainda que o estado defenda tal direito normativamente, o seu alcance depende da devida concretização fática, ou seja, práticas de efetivação e implementação, principalmente no que concerne ao acesso à tecnologia das técnicas de reprodução *in vitro* custeado pelo Estado ou de qualquer forma menos custosa aos indivíduos, pois imprescindíveis para o exercício da autonomia e do direito de procriar desses grupos.

Na ausência de possibilidade de investimento público solucionaria, em um primeiro momento, a previsão de parcerias e incentivos público-privadas, como investimento ao terceiro setor, em instituições particulares, aos planos privados de saúde e a clínicas particulares para em contrapartida funcionarem como viabilizadores e fornecedores dos tratamentos necessários para a utilização das técnicas de forma suplementar na falta destes pelo Estado.

Salienta-se, entretanto, que o STJ, no julgamento do REsp nº 1851062-SP<sup>126</sup>, firmou a tese recentemente no sentido de afastar a obrigação do plano de saúde de fornecer o tratamento necessário para a reprodução assistida, nesse sentido: "salvo disposição contratual expressa, os planos de saúde não são obrigados a custear o tratamento médico de fertilização *in vitro*."<sup>127</sup> Assim, deixa aberto ao plano de saúde dispor ou não do acesso às técnicas de reprodução em seus contratos.

Vale destacar que a Lei dos Planos de Saúde – Lei nº 9.656/1998<sup>128</sup> incluiu o planejamento familiar nas coberturas obrigatórias, atribuindo à Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS a competência para regulamentar a matéria. Ao fazê-la, o artigo 17,

---

<sup>125</sup>BRASIL. *Portaria nº 2.836*, de 1º de dezembro de 2011. Institui, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais - LGBT). Brasília. Disponível em: <[https://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/2011/prt2836\\_01\\_12\\_2011.html](https://bvsmms.saude.gov.br/bvsm/saudelegis/gm/2011/prt2836_01_12_2011.html)>. Acesso em: 30 mai. 2022.

<sup>126</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp nº 1851062-SP*. Segunda seção. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data do Julgamento: 13/10/2021. Disponível em:< <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1306298515/inteiro-teor-1306298608>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

<sup>127</sup>BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Tema repetitivo nº 1067*. Segunda seção. Precedentes qualificados, 07 de outubro de 2020. Disponível em:< [https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1067&cod\\_tema\\_final=1067](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1067&cod_tema_final=1067)>. Acesso em: 31 jul. 2022.

<sup>128</sup>BRASIL. *Lei nº 9.656*, de 03 de junho de 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm)>. Acesso em: 31 jul. 2022.

parágrafo único, da Resolução Normativa nº 465/2021<sup>129</sup> da ANS permitiu a exclusão da cobertura de inseminação artificial nos contratos de plano de saúde. Assim, fica a cargo de uma norma suplementar, como a Resolução da ANS, o gerenciamento do direito fundamental ao planejamento familiar.

Entretanto, verifica-se que a ANS não tem competência para regulamentar direito fundamental, bem como, com a previsão constitucional de tal direito não poderá ser limitada por órgão hierarquicamente inferior.

Ademais, a matéria e o alcance do direito fundamental à reprodução assistida demandam, além de previsão legal, de análise do caso concreto por profissionais, uma vez que diante de cada situação fática a depender de cada casal poderá se estabelecer o método mais adequado de reprodução assistida e as medidas necessárias para efetivação deste direito.

Além disso, é imperioso que os casais conheçam como cada tratamento funciona, assim como o devido acompanhamento deste casal, uma vez que se utiliza medicamentos e suplementação para chegar até a extração do material, sendo agressivo à pessoa, principalmente as mulheres, pois são elas que receberão a maioria dessas substâncias, quase todas injetáveis e de grande alteração hormonal. Ademais, o casal deve ser auxiliado por profissionais de outras áreas, uma vez que não é garantido o sucesso do procedimento e as diversas tentativas não sucedidas geram grandes abalos.

Todos esses procedimentos servem de base para os tratamentos de fertilização. Eles devem ser individualizados por vários fatores apresentados pelo casal, como a idade da paciente, os problemas médicos que envolvem cada caso de infertilidade e a logística para esse casal de estar diante de um longo acompanhamento médico, além dos fatores financeiros, morais e religiosos. De um modo geral, há inúmeros tipos de métodos a serem utilizados e os tratamentos são diferentes uns dos outros.

Assim, se vê indispensável o investimento no terceiro setor pelo Poder Público. O terceiro setor é assim chamado pois não se trata de instituições que fazem parte do setor público, nem do setor privado, dessa forma, estariam localizadas num terceiro setor e são tratadas como sociedade civil organizada. Sendo assim, são pessoas jurídicas de direito privado que não possuem fins lucrativos e que exercem atividade de interesse social, deste modo, podem receber de recursos públicos, incentivos fiscais ou outro tipo de parceria com o Estado.

---

<sup>129</sup>BRASIL. *Resolução Normativa nº 465*, de 24 de fevereiro de 2021. Brasília. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-rn-n-465-de-24-de-fevereiro-de-2021-306209339>>. Acesso em: 31 jul. 2022.

O terceiro setor é uma das saídas escolhidas em países desenvolvidos ou em desenvolvimento, uma vez que auxilia na execução de políticas públicas que devem ser oferecidas pelo Estado, buscando o aperfeiçoamento dos serviços prestados. No Brasil, a relação entre a instituição do terceiro setor e a administração pública deverá respeitar o disposto na Lei nº 13.019/2014<sup>130</sup>, que estabelece o regime jurídico entre elas.

Em adição ao apresentado, é essencial a instituição de políticas públicas a fim de providenciar treinamento aos profissionais da saúde, equipar os pontos de atendimento de clínicas da família e pontos do SUS e financiar tratamentos para que, diante de cada caso concreto, a depender da configuração familiar, haja a indicação do procedimento mais apropriado para cada indivíduo, auxiliando de forma suplementar aos cidadãos.

Entretanto, o Estado deverá se ater a um estudo científico de levantamento demográfico, uma vez que a demanda crescente da utilização do método de reprodução assistida poderá refletir em mudanças sociais ao nível de possivelmente atingir o crescimento demográfico. Pois, tais medidas poderiam refletir na considerável diminuição da população, diante da vontade cada vez mais marcante na população da filiação tardia ou a opção de não constituir família; ou ainda no aumento demográfico por proporcionar acesso a filiação de famílias que não conseguiam reproduzir.

Além disso, pode o poder público driblar o caráter hospitalocêntrico da assistência à saúde e agir com o intuito de distribuir a responsabilidade pública nas três esferas, sendo a União, estados e municípios, para promover a prevenção primária relacionada à infertilidade por ações preventivas e curativas a fim de diminuir os maiores gastos futuros com a reprodução assistida. Nesse caso, poderá ser adotado medidas de educação à população informando de forma preventiva sobre a infertilidade.

Ademais, seria de menor custo financiar os medicamentos utilizados nos tratamentos de infertilidade em casos que estes bastariam, bem como, treinar os profissionais para atendimento dessas situações, com o fim de já estar proporcionando ao casal um maior índice de êxito para a procriação, em vez de levar todos os casos à uma clínica de reprodução assistida

---

<sup>130</sup> BRASIL. *Lei nº 13.019* de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nºs 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2023.

com altos gastos.

Em alguns casos a utilização de suplementação e outros métodos preparativos, como medicamentos, melhorando a taxa sanguínea hormonal e de vitaminas, podem suprir a necessidade da fertilização *in vitro*, pois preparam melhor o corpo humano para a situação, ocasionando maior sucesso nas tentativas e posteriormente no procedimento.

Tais práticas também podem ser oferecidas por clínicas gerais, a partir de um primeiro atendimento, análise do exame de sangue e do material genético para apontar quais anormalidades a fim de supri-las. Além disso, poderá auxiliar os indivíduos que querem seguir com a reprodução assistida de forma preventiva, através de práticas de nutrição, saúde, taxa hormonal, sexualidade em geral. Percebe-se que a reprodução envolve uma multidisciplinaridade que pode ser atendida de forma preventiva e menos custosa pelo Estado.

Por fim, um investimento educacional teria reflexos na infertilidade, uma vez que a saúde pública pode influenciar diretamente nos problemas de reprodução, como, por exemplo, a correta alimentação, o sedentarismo, a obesidade, o alcoolismo, o tabagismo ao longo da vida etc. Principalmente com a tendência de constituir família cada vez mais tarde e, até com a longevidade populacional, deve-se buscar pelo Estado maior aperfeiçoamento da saúde preventiva ao longo da vida, evitando a chegada de pessoas para tratamentos mais graves e custosos.

A deficiência ou inexistência de serviços públicos relacionados ao planejamento familiar são normalmente justificadas com o argumento que outras questões são prioritárias no setor de saúde, principalmente para um país subdesenvolvido, em que o Estado não consegue entregar um setor de saúde com acesso completo aos cidadãos, qualificando uma saúde pública precária no país.

Além disso, diante da atuação da administração pública aplica-se o princípio da reserva do possível, em que prevê o exercício do Estado diante de três elementos ditos: a necessidade do serviço, a distributividade dos recursos públicos e a eficácia do serviço, ambos subordinado a existência de recursos públicos disponíveis para colocar em prática a intenção estatal.

Segundo entendimento de Nathalia Masson<sup>131</sup> a alegação da Reserva do Possível aborda um obstáculo jurídico e fático alegado pelo Poder Público em sua defesa, relacionado às delimitações de recursos financeiros públicos disponíveis que o impede de garantir os

---

<sup>131</sup>MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 290.

direitos e ofertar todas as prestações materiais demandadas e, em torno da irrazoabilidade da prestação exigida pelo indivíduo pois é a vontade de um particular contra a possibilidade de um estado prover para todos os cidadãos suas questões privadas.

Entretanto, tal fundamento não pode ser invocado pelo Estado com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais. Contudo, a omissão legislativa do dever do Estado em garantir o direito à reprodução assistida acarreta a falta de um impulsionamento em relação às políticas públicas que possam a vir concretizar o referido direito. A dificuldade está em achar um meio termo entre a possibilidade do Estado em prover a tecnologia de reprodução e a sua negativa diante de um direito fundamental por se tratar de um Estado quebrado.

Outrossim, ainda não há compreensão do impacto que a infertilidade exerce sobre a vida dos indivíduos, não apenas como problema de saúde, mas também como problema emocional e social, levando em consideração diversos aspectos da vida do sujeito, como a frustração do casal de não conseguir constituir família e se enxergar completado em meio a sociedade. Vale acrescentar as ações de planejamento reprodutivo dos indivíduos homoafetivos, em que, o desejo ou o direito à parentalidade precisa ser garantido, independentemente do diagnóstico de infertilidade.

Destaca-se, também, a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul<sup>132</sup>, no julgamento de um caso concreto em que a autora alegou obrigação do Estado no custeio dos medicamentos para pelo menos suprir a primeira fase do procedimento de fertilização *in vitro*. O tribunal decidiu que: “não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter os medicamentos para posterior tratamento para a fertilização *in vitro* não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público”.

Além disso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral do julgamento do Recurso Extraordinário nº 855.178/SE<sup>133</sup> consolidou entendimento de que o fornecimento gratuito de tratamentos e medicamentos necessários à saúde de pessoas hipossuficientes é de obrigação solidária entre a União, Estados e Municípios, podendo ser pleiteado de qualquer deles. Além disso, a tese previu a competência da autoridade judicial para

---

<sup>132</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *AI nº 70051341063* de novembro de 2012. Relator: Desembargador Francisco José Moesch. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112496170/agravo-de-instrumento-ai-70051341063-rs>>. Acesso em: 31 mai. 2022.

<sup>133</sup>BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 855.178/SE*. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 23 maio 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4678356>>. Acesso em: 13 jul. 2022.

direcionar o cumprimento de medidas conforme as regras de repartição de competências.

Evidencia-se que caso o Judiciário trate de resolver todas as causas nesse sentido, obrigando o Poder Público de fornecer todo medicamento e tratamento necessário, atinge o interesse público, gerando uma quebra financeira ainda maior e que requer um estudo de impacto financeiro e de orçamento do estado, fugindo da competência judiciária.

Assim, diante da falta estatal, sem que se afaste do seu papel originário, o Poder Judiciário deverá contribuir com a execução de políticas públicas, havendo um verdadeiro controle judicial, quando atingir os preceitos constitucionais através de mutirões, proporcionar justiça itinerante, ações sociais, promover o acesso à informação, entre outros.

Dessa forma, é evidente a necessidade de um Estado presente, ainda que quebrado, de viabilizar o acesso ao direito fundamental do planejamento familiar pelo meio de: políticas públicas preventivas e educacionais; regulamentação normativa da responsabilidade do poder público; a estimulação ao terceiro setor para suprir sua falta de serviços públicos de qualidade; o incentivo e benefícios fiscais às instituições privadas para tratamentos de forma suplementar diante de sua impossibilidade, a fim de democratizar o acesso à reprodução assistida e garantir o acesso dos direitos fundamentais.

### **3.2. Lacuna Legislativa e Efeitos jurídicos das decisões sobre reprodução assistida**

Frente aos avanços tecnológicos e diante de novos métodos de reprodução assistida é fundamental a gradativa adaptação legislativa, com a intenção de evitar abusos e limitar práticas que coloquem em risco os direitos fundamentais, como escolher as características do nascituro, por exemplo, se aproximando de uma eugenia, ao invés de se utilizar dos procedimentos para prevenir de doenças genéticas e demais más-formações, superar a infertilidade e garantir a filiação nas novas famílias. Além disso, somente de forma regulamentada poderá ser garantido efetivamente os direitos fundamentais do ser humano para ter acesso aos referidos métodos.

O assunto do acesso à reprodução assistida acaba chegando demasiadamente aos tribunais pela falta legislativa, sendo necessário o apoio do judiciário para suprimir tal omissão. Entretanto, com a necessidade de analisar cada caso concreto a ocorrência culmina na sobrecarga da esfera judiciária, além de gerar decisões divergentes entre os tribunais, momento em que os superiores tribunais aos poucos se vêm obrigados a definirem a pauta pela jurisprudência.

Ainda que haja resoluções do Conselho Federal de Medicina, não suprem a carência



legislativa e não possuem força de lei, justificando alta busca de solução litigiosa, conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet “Uma resolução não pode estar na mesma hierarquia de uma lei, pela simples razão de que a lei emana do poder legislativo, essência da democracia representativa, enquanto os atos regulamentares ficam restritos às matérias com menor amplitude normativa”<sup>134</sup>. Além disso, o poder normativo das resoluções é restrito ao âmbito administrativo interno, de modo que não podem criar direitos nem impor obrigações.

Logo, caberá ao juiz decidir as questões trazidas ao judiciário, levando em consideração o interesse privado e o interesse público, de modo que não atinja a economia do Estado e não gere um Estado ainda mais quebrado e deficiente. O juiz deverá ponderar quando tiver que obrigar o Estado a prestar serviços e quando tiver que impor ao plano de saúde a custear a fertilização ou parte dela e ainda. Pois não cabe tão somente ao Judiciário interferir na iniciativa privada dos planos de saúde, nem no custo orçamentário do Estado, bem como deverá pesar a situação de deixar uma pessoa, que não tem condições financeiras de custear o procedimento, sem acesso à reprodução assistida.

Grande parte da população brasileira não tem acesso às políticas públicas de planejamento familiar e reprodução planejada, assim, a falta de alcance da maior parte do povo aos métodos de reprodução assistida é esperado. Dessa forma, há necessidade normativa para garantir acesso e democracia e do estado em proporcionar a devida instrução preventiva sobre o planejamento familiar, pois não é viável que o Judiciário defina todas as demandas individuais. Ainda, cabe mencionar que parte dos cidadãos não têm acesso ao mundo forense.

Além do acesso aos métodos de reprodução assistida, caberá a legislação disciplinar sobre a formalidade da manifestação da vontade para haver possibilidade da fertilização *post mortem*, uma vez que tal tema chegou ao Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, espera-se que a pauta continue em discussão e que outros casos envolvendo o assunto chegue no STJ, pois ainda se encontra em divergência doutrinária e jurisprudencial pela falta normativa.

Nesse sentido, o STJ no recurso especial nº 1.918.421/SP<sup>135</sup>, decidiu, em 08 de junho de 2021, que para haver a utilização após morte dos embriões congelados é necessário a autorização expressa do falecido, efetivada por testamento público ou por documento análogo. Assim, através da jurisprudência fica definido, enquanto não houver determinação legislativa, a exigência de declaração expressa e com a devida publicidade, por isso a exigência de

---

<sup>134</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

<sup>135</sup>BRASIL, op. cit., nota 110.

testamento público ou formato similar com o mesmo poder de vinculação.

O próprio STJ admitiu a falta legislativa observada no voto do recurso especial abordado acima pelo ministro Luís Felipe Salomão<sup>136</sup>afirmando que o ordenamento jurídico brasileiro possui regulamentação insuficiente para a resolução de conflitos sobre reprodução assistida e o Código Civil de 2002 é omissivo quanto à possibilidade de utilização do material genético de pessoa falecida.

O fato de considerar o instrumento particular com a clínica inaceitável para permitir a fertilização após morte atinge diretamente a manifestação da vontade do falecido em vida, pois por um lado se ignora a vontade do *de cujus* que expressou no sentido de assinar o contrato particular com a clínica e fazer toda a coleta do material genético, afastando o valor jurídico da manifestação de vontade em contratos particulares quando envolver a concepção *post mortem*.

Enquanto por outro lado, se protege os direitos sucessórios ao exigir a publicidade do contrato para que haja o efeito *erga omnes* e a devida segurança jurídica quando é necessário que o testamento siga um rol de requisitos e formalidades.

Nesse assunto, vale destacar que, independentemente da demonstração da vontade do *de cujus*, os filhos ainda não concebidos são contemplados somente pela sucessão testamentária, de pessoas indicadas pelo testador, ou seja, inclui a pessoa inexistente ou nascituro, dando-se a ele um curador, cujo prazo de validade é de dois anos.

Portanto, por meio do testamento, o testador poderá contemplar a prole eventual. Prole eventual ou prole futura são os descendentes que não existiam à época de sua morte. A estes é reservada a possibilidade de herança, unicamente através de testamento.

A partir da abertura da sucessão a pessoa designada em testamento terá o prazo decadencial de 2 anos para conceber o herdeiro. Transcorrido o prazo legal sem a concepção de um herdeiro, a disposição testamentária caducará, retornando a quota definida em testamento aos herdeiros legítimos ou os demais herdeiros na linha vocacional.

Destaca-se que o herdeiro testamentário não irá herdar todos os bens ou direitos do *de cujus* se houver herdeiros necessários, o que limita a disponível pela metade o patrimônio disponível para os herdeiros testamentários, ou seja, de nenhuma maneira poderá ultrapassar cinquenta por cento do total do patrimônio.

O inciso I do Art. 1799 do Código Civil<sup>137</sup>, dispõe que podem ser chamados para

---

<sup>136</sup> Ibid.

<sup>137</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

sucessão testamentária os filhos ainda não concebidos de pessoa indicada pelo testador. Já o artigo 1800 do CC<sup>138</sup>, prevê o prazo de dois anos para que seja concebido o herdeiro esperado, caso não ocorra, a sucessão será feita aos demais herdeiros legítimos. Assim, percebe-se que nos casos de concepção *post mortem* do genitor, ainda que autorizada em instrumento público, só terá a devida proteção sucessória pelo testamento se a concepção ocorrer até 2 anos após a morte do genitor.

Há grande discussão doutrinária nesse sentido, uma vez que a são três correntes divergindo sobre o assunto. A corrente restritiva defendida por Tartuce<sup>139</sup> e Francisco Cahali<sup>140</sup> sustentam que, nessa situação, só o nascituro, isto é, o embrião já implantado no útero da mulher ao tempo da sucessão é que teria direito hereditário. Alegam, ainda, que se houvesse proteção ao futuro nascituro por prazo indeterminado ou maior de 2 anos, violaria o princípio da coexistência entre os descendentes e do direito adquirido dos herdeiros já contemplados, além de afrontar a segurança jurídica dos já herdeiros.

O princípio da coexistência, aplicado às sucessões, protegendo os herdeiros necessários, está previsto no artigo 1.798 do Código Civil<sup>141</sup>, dispondo que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Dessa maneira, há uma conexão direta com o princípio de *saisine*, que dispõe da transmissão imediata dos bens com a morte do autor da herança aos herdeiros vivos.

Já para a corrente ampliativa alegada por Silvio Rodrigues<sup>142</sup> e Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>143</sup> entendem que o embrião excedentário, existente ao tempo da sucessão, já é considerado “concebido”, de forma que, não havendo na lei nenhuma ressalva quanto ao modo de concepção (natural ou *in vitro*), tem vocação hereditária desde o cruzamento dos materiais genéticos, ainda que posteriormente sejam congelados.

Nesse sentido é o Enunciado 267 da III Jornada, em busca da isonomia entre o direito sucessório do filho inseminado *post mortem* e do filho concebido e nascido antes da morte do pai, faz uma extensão análoga do artigo 1.798 do Código Civil, “A regra do art. 1.798 do Código

---

<sup>138</sup> Ibid.

<sup>139</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito das Sucessões*. 7 ed. São Paulo: Método, 2014, p. 74.

<sup>140</sup> CAHALI, Francisco José. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimidade. In: HINORAKA, Maria Giselda. *Direito das sucessões e o Novo Código Civil*. IBDFAM. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 22.

<sup>141</sup> BRASIL, op. cit., nota 09.

<sup>142</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26. ed. V. 7. Atualização por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

<sup>143</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral*, no Direito de Família e no Direito das Sucessões. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010, p. 289.

Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

Sendo assim, os efeitos patrimoniais para o herdeiro concebido após a morte, embora se submetam às regras da sucessão testamentária, face à ausência de regulamentação legal, poderão ainda, se submeterem às regras do Enunciado 267, ou seja, em análise à esse entendimento, por meio de petição de herança será possível a participação do herdeiro na parte legítima da herança que é cabido somente aos herdeiros necessários.

Enquanto a terceira corrente, que é a minoritária, defendida pela professora Maria Berenice Dias<sup>144</sup> e Arnaldo Rizzardo<sup>145</sup> também afirmam que o concebido poderia entrar com a petição de herança, que tem o prazo prescricional de 10 anos diante dos demais herdeiros, e nesse sentido até o momento da petição de herança seriam considerados herdeiros aparentes.

A autora, ainda critica a primeira corrente em que o princípio constitucional da isonomia entre filhos é atingido pelo princípio da coexistencial, uma vez que se percebe uma diferenciação feita pelo ordenamento jurídico dos direitos sucessórios de filhos concebidos após 2 anos da morte e outros filhos que trata da prole eventual, violando direito constitucional, amparado pelo Art. 227, §6º da Constituição Federal<sup>146</sup>.

O STJ, em julgado de 26 de outubro de 2022, diante da divergência de decisões entres as turmas, definiu, no informativo nº 757<sup>147</sup>, que o termo inicial do prazo prescricional de 10 da petição de herança conta-se da abertura da sucessão, ou, em se tratando de herdeiro absolutamente incapaz, que seria o caso do concebido em clínica de reprodução assistida, da data em que completa 16 anos, momento em que, nasce para o herdeiro, ainda que não legalmente reconhecido, o direito de reivindicar os direitos sucessórios, conforme princípio da *actio nata*, que defende que o termo inicial do prazo prescricional é a data do nascimento da pretensão resistida, que decorre somente da ciência notória do fato lesivo.

É inegável que o legislador se veja obrigado a reconhecer plano jurídico para esta questão, haja vista se tratar da realidade cada vez mais inerente à sociedade. Uma possível saída

---

<sup>144</sup> DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 [e-book].

<sup>145</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 138-139.

<sup>146</sup> BRASIL, op. cit., nota 01.

<sup>147</sup> BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Informativo nº 757*. EAREsp 1.260.418/MG. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Inofrmativo de Jurisprudência, 21 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0757.cod.>> Acesso em: 28 mar. 2023.

para tanto é a estipulação de prazo para que este material genético acondicionado na clínica seja utilizado e um prazo máximo para que esta fertilização seja feita. Esta possibilidade já fora discutida pelo STF, em uma ação direta de inconstitucionalidade, a ADI nº 3510/DF<sup>148</sup>, que versava sobre o uso deste material genético dentro da lei de biossegurança, estipulando prazo de 3 anos para seu uso que, se não o feito, deveria ser descartado. Após referido prazo, o embrião implantado no útero e tendo vingado teria o prazo prescricional de 10 anos para petição ao direito de herança a partir do momento que completar a capacidade civil, ou seja, seus 16 anos.

Esta alternativa pode estabelecer, enfim, a segurança jurídica. Entretanto, tal previsão deverá estar de acordo com o Código Civil e demais disposições normativas, assim, cabe ao legislador regulamentar esse prazo de forma que não venha a ter divergências de prazos entre as normas e que haja a devida comunicação entre as leis existentes.

### **3.3. A necessidade do poder público de encontrar a ponderação entre a Autonomia Privada e Interesse Público**

Diante de todo o apresentado, identifica-se uma verdadeira judicialização do tema, evento em que significativas questões políticas, sociais e morais são solucionadas pelos Órgãos do Poder Judiciário ao invés de serem resolvidas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo, gerando grande disparidade entre decisões de diferentes tribunais, em que alguns têm seu direito respaldado pela sentença enquanto outros são privados dele.

Assim, resta ao Poder Judiciário garantir a aplicabilidade imediata e a máxima eficácia das normas constitucionais que conferem ao jurisdicionado o direito e o acesso a um sistema de saúde eficiente. Contudo, com isso, o Judiciário vem cumprindo o papel do Legislativo omissivo ao proferir decisões ao obrigar o Estado a materializar o direito fundamental de acesso à saúde, ao livre planejamento familiar e a reprodução assistida.

Percebe-se que a temática é sensível, pois há intervenção do Poder Judiciário nas relações entre o Estado e os particulares, devendo haver a atenta ponderação do juiz, analisando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não reflita o abismo de atender os interesses individuais e lesionar os interesses coletivos.

Nesse ínterim, pode-se formar uma desproporção, tanto ao expor o financiamento do

---

<sup>148</sup> BRASIL, op. cit., nota 28.

poder público em risco, quanto à divergência entre decisões de cada juiz para cada pleito particular. Consequentemente, surge uma tensão no judiciário diante da necessidade de encontrar a ponderação entre a autonomia privada e as questões de ordem pública, em que se discute o desequilíbrio da autonomia privada do particular de utilizar da fertilização *in vitro* e a condição do poder público, em um Estado pobre, de dispor da modalidade na rede pública.

Todavia, cabe ao poder público promover, mediante prestações materiais de forma positiva, os meios necessários ao alcance das condições mínimas indispensáveis a uma vida digna. Nesse sentido, discute-se a hipótese de a filiação e a reprodução assistida estarem envoltas pelo mínimo digno de uma vida, uma vez que afetam a vida do casal em diversos aspectos, como o social, psicológico e ao acesso do direito fundamental do planejamento familiar.

Entretanto, ainda que o direito à saúde seja fundamental, não é absoluto, ou seja, em caso de tensão entre dois ou mais direitos fundamentais cabe o sopesamento de um sobre o outro para a proteção do interesse da coletividade. Pois a falta do poder executivo se faz presente em situações mais primárias da vida humana, como a falta de leitos na UTI e de medicamentos necessários para a manutenção da vida dos cidadãos que acabam sendo de maior urgência para a sociedade e assim, tem prioridade no orçamento público.

A necessidade de pormenorizar o interesse público e privado é delicada ao judiciário, uma vez que o estado atual não tem como prover o acesso de todos os métodos a todos sem que isso atinja diretamente sua administração. Tais imposições não podem gerar grave prejuízo ao erário, a fim de evitar a quebra do estado.

Nesses casos, o risco de grave lesão à ordem e à economia públicas estando devidamente comprovadas, não podem interferir no Poder Executivo do Estado, conforme decisão de 2020 do STJ<sup>149</sup> “Comprovada a grave lesão à ordem e à economia públicas provocada por decisão liminar que interfere na gestão, na organização e no custeio de políticas públicas, invadindo a competência do Poder Executivo, é manifesto o interesse público em suspendê-la”.

Contudo, ainda é possível exigir que políticas públicas de prevenção e educação sobre os moldes de filiação e auxílio com medicamentos para possibilitar a reprodução assistida, pois estão no alcance do estado e das iniciativas público-privadas. Tal como, incentivos à pesquisa,

---

<sup>149</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt na SLS 2.714/SE*. Relator: Ministro João Otavio de Noronha. Julgado: 05/08/2020, Data de Publicação: DJe 13/08/2020. Disponível em < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/919813241>> Acesso em: 30 mar. 2023.

tendo em vista que o Estado está constitucionalmente implicado no Planejamento Familiar, direito à Saúde, direito Sucessório e direito de incapazes. Pois, os direitos fundamentais sociais estão diretamente relacionados às políticas públicas de melhoria, distribuição e redistribuição de recursos.

A inobservância do dever de proteção à saúde e à vida da população propicia a atuação do Judiciário nas questões relacionadas, quando provocado, no sentido de garantir o mínimo necessário aos cidadãos com acesso jurisdicional. Nesse sentido, esse papel de decisão judicial impondo a efetivação do acesso à saúde, se apoia diretamente na Constituição Federal, assim, não traduz qualquer tipo de afronta à independência entre os poderes.

Além disso, grande debate no judiciário diz respeito a qual órgão do estado que responderia pela responsabilidade pela saúde pública, pois o judiciário ao exigir a execução de medidas poderá apontar para o governo federal, estadual ou municipal. E nesse mesmo sentido, o Relator Ministro Luiz Fux, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381<sup>150</sup>, destacou a solidariedade passiva dos entes federativos para a prestação de serviços de saúde, bem como a necessidade de efetivação do direito social à saúde:

[...]A *ultimaratio* do art. 196 da CF é garantir a efetividade ao direito fundamental à saúde, de forma a orientar os gestores públicos na implementação de medidas que facilitem o acesso a quem necessite da tutela estatal à prestação de serviços médico-hospitalares e fornecimento de medicamentos, além de políticas públicas para a prevenção de doenças, principalmente quando se verificar ser, o tutelado, pessoa hipossuficiente, que não possui meios próprios para custear o próprio tratamento. Dessa forma, os artigos 23, II, e 198, § 2º, da CF impõem aos entes federativos a solidariedade na responsabilidade da prestação dos serviços na área da saúde, além da garantia de orçamento para efetivação dos mesmos[...].

A Organização Mundial da Saúde, bem como a Constituição Federal preconizam que o acesso à saúde é um direito de todos, assim, problemas relacionados a saúde pública, como a infertilidade e a impossibilidade de formação de núcleo familiar trazem implicações médicas, psicológicas e sociais aos indivíduos, momento em que o Estado brasileiro deve se ocupar de garantir o acesso aos tratamentos e meios científicos disponíveis para o cuidado da saúde dos sujeitos, direcionando parte do orçamento público para proporcionar tais políticas públicas, pois ainda que se trate de uma vontade privada de constituir família através desse método, acaba por atingir a coletividade.

---

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 607381/SC*. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 31/05/2011, DJ 16/06/2011, p. 116.

### 3.4. A questão da Fertilização em clínicas frente ao direito estrangeiro

No presente subcapítulo cabe analisar como a fertilização é tratada por alguns países mais desenvolvidos, tal qual apresentar como os direitos fundamentais do planejamento familiar e da saúde pública são garantidos aos cidadãos, com o fim de sugerir propostas através do direito comparado.

Além disso, deve-se observar a evolução histórica dos direitos relacionados à reprodução assistida enfrentada em diversos países, pois é um caminho que o Brasil vem traçando ao longo dos anos, passando por inúmeras alterações legislativas. Pode-se retirar da análise questões ainda não resolvidas no Brasil com propostas sugestivas.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, a Dinamarca é um dos principais países abordados quando se trata da reprodução assistida. Lá, cerca de 10% dos nascimentos envolvem alguma tecnologia de reprodução em clínicas<sup>151</sup>. Tal popularidade do procedimento se dá pelo acesso aos cidadãos, pois é de financiamento estatal.

Entretanto, através desse custeamento pelo Estado vem o controle estatal sobre a fertilização *in vitro*, em que critérios detalhados não são demonstrados publicamente, mas apenas pessoas consideradas aptas são aprovadas, por exemplo, as mulheres acima de 40 anos não recebem tratamento financiado pelo Estado e as que tiverem mais de 45 anos são impedidas de utilizar do procedimento, ainda que de forma particular.

Nesse sentido, apenas em 2007 foi aprovada a atual lei em vigor concedendo acesso a reprodução assistida custeado pelo Estado para todas as mulheres independente da sua orientação sexual. Previamente, com o ato da fertilização artificial de 1977 as mulheres solteiras ou homossexuais eram barradas de utilizar os métodos de fertilização, mesmo que nas clínicas particulares<sup>152</sup>.

Destaca-se que a natalidade na Dinamarca apresenta números extremamente baixos, e por isso é presente um esforço estatal em promover a modalidade de fertilização em clínicas com o fim de incentivar a população. Ademais, cada vez mais, o governo se afasta das

---

<sup>151</sup> IBDFAM. Assessoria de Comunicação. *Inteligência artificial e "turismo" da reprodução assistida em meio à pandemia desafiam Biodireito*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/9160/Intelig%C3%Aancia+artificial+e+%22turismo%22+da+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+em+meio+%C3%A0+pandemia+desafiam+Biodireito#:~:text=%2D%20A%20Dinamarca%20%C3%A9%20o%20pa%C3%ADs,assistida%20s%C3%A3o%20financiadas%20pelo%20governo>>. Acesso em: 12 jun. 2023

<sup>152</sup> BBC NEWS BRASIL. *Por que a reprodução assistida é tão popular na Dinamarca*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-45624407> Acesso em: 12 jun. 2023



limitações antes colocadas às mulheres mais velhas e casais homossexuais que buscavam pelo tratamento, em busca do crescimento populacional do país.

Na Espanha os tratamentos de fertilização também são gratuitos, mas em 2014 os tratamentos oferecidos pelo Estado foram limitados pelo partido conservador governante à época às mulheres heterossexuais e com um parceiro, constringendo as demais pagarem pelo tratamento em clínicas particulares. Apenas em 2021, após o fim do governo conservador, o país voltou a oferecer o tratamento para mulheres solteiras, lésbicas e bissexuais e passou a dar acesso a transexuais capazes de conceber<sup>153</sup>.

Portanto, percebe-se que na Europa, as regras para o setor variam bastante a depender de cada país e seu governo vigente. Alguns países Europeus já permitem a reprodução assistida por mulheres homossexuais ou solteiras, como a Suécia, Finlândia, Dinamarca, Reino Unido, Irlanda, Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Espanha, Grécia e, mais recentemente, Portugal. Entretanto, há países, como a Itália, que proíbem mulheres solteiras e casais gays de fazerem inseminação artificial ou de ter acesso à fertilização *in vitro*. Já em outros governos, como na Alemanha e Holanda, estabelecem limites de idade para ter acesso ao tratamento<sup>154</sup>.

No Brasil, a Resolução 2.320 de 2022<sup>155</sup> do CFM trouxe normas e princípios éticos que deverão ser adotados pelos médicos nas práticas de reprodução assistida no país. Assim, traz em seus dispositivos alguns assuntos relevantes abordados pelo presente trabalho. Percebe-se, também, a presença de requisitos e limitações assim como na legislação de outros países abordados acima.

Diante da exposição de motivos da referida norma, demonstrou estipulado no Brasil a idade máxima para as candidatas à gestação por técnicas de reprodução assistida de até 50 anos, mas permitindo exceções desde que cabíveis e motivadas pelos médicos.

Ademais, a resolução adverte que as técnicas de reprodução assistida não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo da criança, técnica recentemente adotada em alguns países, também chamado de sexagem, diante da presença ou ausência de cromossomo

---

<sup>153</sup> G1. *Espanha custeará tratamento de fertilidade de solteiras, lésbicas e trans que podem conceber*. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/11/10/espanha-custeara-tratamento-de-fertilidade-de-solteiras-lesbicas-e-trans-que-podem-conceber.ghtml>>. Acesso em: 26 jul. 2023.

<sup>154</sup> CALHAZ, Jorge et al. *Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)*. Disponível em: <<https://academic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201>>. Acesso em: 12 ago. 2023

<sup>155</sup> BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução n° 2320 de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida*. Brasília. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320\\_2022.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2023

Y, ou qualquer outra característica biológica da criança, como cores dos olhos, entre outros, exceto para evitar doenças relacionadas ao cromossomo no possível descendente.

Ainda, permite a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina e a utilização das clínicas de reprodução *in vitro* para casais homoafetivos. Entretanto, proibiu a mistura do material genético para casais homoafetivos, uma vez que dificulta o conhecimento da origem genética. Assim, o médico deve conhecer e apontar o material genético que deu origem ao embrião implantado.

Também reforça que antes da geração dos embriões, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino dos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, ou até se desejam doá-los. Por fim, foi normatizado pela resolução da CFM a permissão da reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material genético em vida, de acordo com a legislação vigente.

Vale lembrar que a devida validação do ato para uso posterior do material genético, conforme entendimento jurisprudencial já apresentado pelo trabalho no subtítulo 2.5, deverá ocorrer por testamento público ou ato com validade semelhante. Deverá ser observado o apontado pelo STJ, uma vez que a resolução da CFM não tem força vinculante normativa e de maneira ampla para alcançar os referidos casos, por isso chegam aos tribunais superiores, fixando jurisprudência a ser seguida.

Em relação ao anonimato na doação de óvulos, as doações espanholas são anônimas, já na Grã-Bretanha, por exemplo, ao atingir 18 anos os jovens têm o direito de pesquisar a identidade dos seus doadores genéticos. A partir de 2021 a França também exige a identificação dos doadores, para que, ao completar 18 anos, as crianças geradas possam ter acesso se assim desejarem.

Entretanto, no Brasil, frente a Resolução nº 2.320<sup>156</sup> manteve-se o anonimato para doação de material genético, mas, diante das inúmeras decisões judiciais permitindo a doação entre parentes, como entre irmãs, permitiu-se a doação de gametas ou embriões para parentes de até quarto grau, desde que não incorra em consanguinidade.

Na França, diferentemente de outros países, não é oferecido tratamento de reprodução assistida pelo governo, mas prevê o reembolso pela Seguridade Social francesa dos gastos médicos com a reprodução assistida, podendo ocorrer de forma parcial ou integral. A saúde

---

<sup>156</sup> Ibid.

pública na França adota um método similar ao terceiro setor, uma vez que há a coexistência do setor público na prestação dos serviços juntamente com o privado, operando com reembolsos aos cidadãos a depender do serviço utilizado no setor privado.

Entretanto, muitos cidadãos criticam que o contribuinte não deveria suportar as demandas da sociedade que não são questões de saúde básica. Todavia, tal gasto é ínfimo e não atinge o orçamento do estado, pois levando em consideração a quantidade de pessoas que de fato utilizam o tratamento e a média do custo do tratamento nos países da Europa que são mais baixos, não haverá interferência direta nos impostos pagos pelos cidadãos.

Quanto ao panorama da fertilização *post mortem*, alguns países, como a França, Itália, Suíça e a Dinamarca ainda a proíbem e, mesmo que haja manifestação em documento próprio do consentimento, não surtirá efeitos. Já em outros países, como o que ocorre no Brasil e na Inglaterra, a inseminação *post mortem* é permitida, mas não é garantido o direito sucessório, exceto se houver documento expresso nesse sentido, como o testamento particular.

Há também algumas particularidades de país para país, tal como a Espanha, que autoriza a inseminação após a morte no prazo de até 12 meses da morte do marido falecido, conforme Lei nº 14/2006<sup>157</sup>, desde que haja autorização expressa do dono do material genético para que seja reconhecida a paternidade e os direitos sucessórios<sup>158</sup>.

Entretanto, diferentemente do que é exigido no Brasil pelo STJ, na Espanha, o documento de autorização entre as partes e as clínicas particulares de reprodução é considerado válido para a manifestação da vontade do *de cuius*. Ademais, permite, ainda, excepcionalmente, que mesmo sem consentimento expresso, se a mulher já havia começado o processo de reprodução assistida antes do falecimento do marido, poderá dar continuidade ao procedimento. Assim, pode-se apontar que a Espanha priorizou o caráter exclusivo da manifestação da vontade das partes.

Em Portugal, já se adota o sistema de parcerias público-privadas (PPP) no setor de saúde do país. Dessa forma, hospitais particulares executam as prestações de serviços do Estado, na qual as atividades do setor público ficam a cargo do setor privado, em troca de incentivos fiscais, prestações pecuniárias, entre outros.

O investimento no terceiro setor, é favorável para o Estado, uma vez que, partilha a

---

<sup>157</sup> ESPANHA. *Lei nº 14*, de 26 de maio de 2006. Sobre técnicas de *reproducción humana asistida*. Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> >. Acesso em: 21 nov. 2022.

<sup>158</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012 [e-book].

responsabilidade de fornecer a saúde pública, os riscos e acaba aumentando a qualidade do serviço prestado, bem como, o seu acesso que fica mais diluído. Assim, proporciona o acesso à saúde, sem que atinja o financiamento estatal por se tratar de um serviço tão caro para o setor público quando precisa estar disposto para todas as pessoas.

Ao analisar o processo de acesso à reprodução assistida em alguns países desenvolvidos ou em desenvolvimento percebe-se que o progresso democrático da reprodução ganhou força ao longo do tempo através de projetos de leis nas Câmaras Legislativas e pelas manifestações do povo, exigindo uma posição do legislativo.

As disposições normativas em relação às leis estrangeiras variam a depender do atual governo agente, bem como vem sendo discutidas e alteradas diante do desenvolvimento de técnicas e da abrangência cada vez maior dos direitos fundamentais, presentes nos novos projetos de leis encaminhados, mas têm como principiológico a liberdade de escolha dos casais pelo acesso à fertilização *in vitro*, bem como, o custeio de grande parte do tratamento pelo Estado ou pelo menos incentivos para a utilização da prática pelas clínicas.

Percebe-se, assim, que o Brasil vem seguindo os passos dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento e aos poucos se vê regulamentada a matéria. Ademais, acerca do financiamento das técnicas pelo governo, deverá, aos poucos, seguir a tendência de países em desenvolvimento e países desenvolvidos, no sentido de proporcionar o acesso aos cidadãos que necessitam do tratamento, a fim de se aproximar à democratização da fertilização *in vitro*.

Nesse sentido, por se tratar de um direito fundamental e ser questão de ordem pública, a solução mais cabível para o Brasil, diante da situação do país, com o propósito de prover o acesso à reprodução assistida, é de investir em medidas do terceiro setor, assim sendo, parcerias do setor público com empresas e clínicas privadas, a fim de financiar e incentivar instituições que possam auxiliar o governo na execução das medidas públicas.

Desta forma, possibilitará aos cidadãos o acesso à reprodução humana assistida e demais auxílios nas questões de saúde pública envolvendo a reprodução para que possibilitem um acesso mais democrático de tais procedimentos, pois assim, seria possível obter um serviço de saúde de qualidade sem abalar o planejamento financeiro do Estado.

## CONCLUSÃO

Conclui-se com o apontado ao longo do trabalho que a reprodução assistida está cada vez mais presente no planejamento familiar contemporâneo, assim, deve-se analisar a problemática trazida por esta mudança, como a falta de acesso ao referido procedimento por diversas famílias e como o Estado deverá tratar a questão para expandir a saúde pública e o direito fundamental.

Diante disso, com a intenção de democratizar o acesso econômico e social à reprodução humana assistida, percebe-se a necessidade do Estado de gerar políticas públicas visando parcerias de caráter público-privada, bem como incentivos fiscais em troca da cooperação com as empresas privadas, empresas de plano de saúde e clínicas particulares de reprodução humana, de modo a fomentar o terceiro setor, a fim de contar com o auxílio destas para atender as demandas trazidas ao Estado para prestação dos serviços de saúde pública.

Além disso, pode ser tomada iniciativas subsidiárias como o preparo de profissionais da saúde para acompanhamento prévio das famílias, assim, fornecendo o tratamento que o casal deve passar antes mesmo da coleta dos materiais genéticos e sua administração em clínica particular, possibilitando o barateamento de todo procedimento e permitindo o acesso de diversos núcleos familiares, garantindo o acesso à saúde básica pelo Estado.

Bem como, deverá promover medidas de atuação preventiva pelo Estado, através do acesso à informação, ao educar a população sobre os hábitos não saudáveis que a longo prazo atingem a fertilidade, que pode ser evitado em muitos casos com estilo de vida saudável. O poder público poderá iniciar os trabalhos preventivos em escolas de educação primária e palestras para a comunidade, conseqüentemente evitando que muitos casos cheguem às clínicas no futuro e, assim, evitar o gasto excessivo do poder público com essas hipóteses.

Ademais, constata-se um grande problema normativo quando o Código Civil previu a filiação decorrente da fertilização *post mortem*, mas não atribuiu capacidade sucessória legítima aos filhos concebidos, acarretando uma discriminação inconstitucional entre os filhos. Assim, se vê necessário que a legislação brasileira resolva a problemática da vocação hereditária dos filhos gerados pela reprodução assistida após o falecimento do genitor. Uma vez que está diante de um embrião que não consta na ordem da sucessão legítima por não se enquadrar como nascituro, e, não poder ficar à disposição de ser inseminado de acordo com a vontade e o tempo da mãe, trazendo uma insegurança jurídica na partilha de bens.

No caso de o casal optar pela realização da fecundação artificial e seguindo a

formalidade da disposição da vontade do falecido, não haverá motivos para privar a criança dos seus direitos, pois a Carta Magna também preceitua que é liberdade do casal o planejamento familiar. Dessa maneira, os pais podem acordar que o projeto parental somente se concretizará após a morte de um deles.

Assim, ao se fazer a conjugação entre o Código Civil e a Constituição Federal, que dispõe sobre o princípio da igualdade entre os filhos, não importará sua origem, a fim de seguir um entendimento constitucional, não possibilitando discriminações, devendo o filho concebido *post mortem* ser considerado sucessor como qualquer outro filho. Caso a criança nasça após a partilha de bens lhe será resguardado o direito a petição de herança, devendo o ordenamento jurídico unificar o prazo de 10 anos a partir da maioridade civil, com o objetivo de ser reconhecida como herdeira necessária e assim receber a quota devida.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. 2006. Disponível em: < [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/8.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf)> Acesso em: 01 abr. 2020.

ALMEIDA, Maria Christina de. *DNA e estado de filiação à luz da dignidade da pessoa humana*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Tulela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo Oliveira (Org). *Grandes Temas da Atualidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Revista de Direito Social*, 34/11, abr- jun 2009.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem: um estudo sobre as consequências jurídicas no direito de família e sucessões*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2012.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. Campinas: Red. Livros, 2001.

BBC NEWS BRASIL. *Por que a reprodução assistida é tão popular na Dinamarca*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-45624407> Acesso em: 12 jun. 2023

BONAT, Alan; HACHEM, Daniel Wunder. *O Direito ao Desenvolvimento de um Projeto de Vida na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Educação como Elemento Indispensável*. Disponível em: <<file:///C:/Users/usuario/Downloads/1787-6381-1-PB.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2021.

BRASIL. *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: 05 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 08 set. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição Política do Império do Brasil*. 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm)> Acesso em: 12 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm)> Acesso em: 17 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. 16 de julho de 1934.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm)>  
Acesso em: 23 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 11 mar.  
2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº 5.452*, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho.  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm).> Acesso em:  
23 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Decreto Lei nº 7.247*, em 19 de abril de 1879. Reforma o ensino primario e secundario  
no municipio da Côrte e o superior em todo o Imperio. Brasília. Disponível em:  
<<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-7247-19-abril-1879-547933-publicacaooriginal-62862-pe.html>> Acesso em: 23 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Enunciado nº 1 da Jornada de direito civil I*. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej>> Acesso em: 18 mar. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 3.071*, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.  
Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm).> Acesso em:  
23 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.121*, de 27 de agosto de 1962. Dispõe sobre a situação jurídica da mulher  
casada. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4121-27-agosto-1962-353846-publicacaooriginal-1-pl.html>.> Acesso em: 23 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.515*, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade  
conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm).> Acesso em: 23 nov.  
2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.855*, de 24 de outubro de 1989. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho,  
atualiza os valores das multas trabalhistas, amplia sua aplicação, institui o Programa de  
Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho e dá outras providências.  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7855.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7855.htm).> Acesso em: 23 nov.  
2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069*, de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e  
dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 16 jul.  
1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em: 15  
fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.263*, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição  
Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências.  
Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm)> Acesso em: 24 nov.  
2021.



\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.105*, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do parágrafo 1º do art. 225 da Constituição Federal e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 06 out. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 11.804*, de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 nov. 2008. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6194.htm)> Acesso em: 16 fev. 2022.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 13.104*, de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 do Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm)> Acesso em: 23 nov. 2021.

\_\_\_\_\_. *Resolução nº 2320* de setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Brasília. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320\\_2022.pdf](https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2022/2320_2022.pdf)>. Acesso em: 12 jan. 2023

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade nº 3510/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>> Acesso em: 10 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *Informativo nº 547. REsp 1.415.727-SC*. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Inofrmativo de Jurisprudência, 08 de outubro de 2014. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/docs\\_internet/informativos/PDF/Inf0547.pdf](https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0547.pdf)> Acesso em: 05 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *Informativo nº 757. EAREsp 1.260.418/MG*. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Inofrmativo de Jurisprudência, 21 de novembro de 2022. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisarumaedicao&livre=0757.cod>> Acesso em: 28 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt na SLS 2.714/SE*. Relator: Ministro João Otavio de Noronha. Julgado: 05/08/2020, Data de Publicação: DJe 13/08/2020. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/919813241>> Acesso em: 30 mar. 2023.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp n° 399.028-SP*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Jurisprudência, 26 de fevereiro de 2002. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>> Acesso em: 05 out. 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp n° 1415727/SC*. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Jurisprudência, 04 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/293761/recurso-especial-resp-399028-sp-2001-0147319-0>> Acesso em: 05 out. 2021

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp. n° 1.617.970/RJ*. Relatora: Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1539607&tipo=0&nreg=201602037841&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161010&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 07 mai. 21

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. *REsp n° 1.661.840/RS*. Relator: Ministro Og Fernandes. Jurisprudência, 24 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/869799692/decisao-monocratica-869799703>> Acesso em: 21 jan. 2023.

CALHAZ, Jorge et al. *Survey on ART and IUI: legislation, regulation, funding and registries in European countries: The European IVF-monitoring Consortium (EIM) for the European Society of Human Reproduction and Embryology (ESHRE)*. Disponível em: <<https://academic.oup.com/hropen/article/2020/1/hoz044/5715201>>. Acesso em: 12 ago. 2023

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito Civil: Questões Fundamentais e Controvérsias na Parte Geral, no Direito de Família e no Direito das Sucessões*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 289.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 22. ed. V.5. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito civil brasileiro: Direito de família*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 442.

DONIZETTI, Leila. *Filiação sócio-afetiva e direito à identidade genética*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007, p. 80.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GOMES, José Jairo. *Reprodução Humana Assistida e Filiação na Perspectiva dos Direitos da*

Personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, 2005.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Direitos da Personalidade e Bioética. *Revista de Direito Renovar*. V.9. Rio de Janeiro, 1997.

G1. *Espanha custeará tratamento de fertilidade de solteiras, lésbicas e trans que podem conceber*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/11/10/espanha-custeara-tratamento-de-fertilidade-de-solteiras-lesbicas-e-trans-que-podem-conceber.ghtml>>. Acesso em: 26 jul. 2023.

HENRIQUE, Kujawa. Colaborador do CEAP e Diretor de Pesquisa e Extensão da IMED. *A questão da saúde no Brasil*. Disponível em:< <http://www.ceap-rs.org.br/>> Acesso em: 24. nov. 2021.

IBDFAM. Assessoria de Comunicação. *Inteligência artificial e "turismo" da reprodução assistida em meio à pandemia desafiam Biodireito*. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/9160/Intelig%C3%Aancia+artificial+e+%22turismo%22+da+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+em+meio+%C3%A0+pandemia+desafiam+Biodireito#:~:text=%2D%20A%20Dinamarca%20%C3%A9%20o%20pa%C3%ADs,assistida%20s%C3%A3o%20financiadas%20pelo%20governo>>. Acesso em: 12 jun. 2023

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto; AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Código Civil Comentado: Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial*. V. 16. São Paulo: Atlas, 2003.

MENEGHEL, Stela Nazareth; HIRAKATA, Vania Naomi. *Femicídios: homicídios femininos no Brasil*. Rev. Saúde Pública, V. 45, n.03, São Paulo Jun. 2011. Disponível em: <[www.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-89102011000300015&Ing=pt&nrm=iso&tIng=pt](http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-89102011000300015&Ing=pt&nrm=iso&tIng=pt)> Acesso em: 23 nov. 2021.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. 44. ed. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 22 out. 2021.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p.15.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Regina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.37.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. 3. ed. São Paulo: Forense, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*. Tradução Guacira Lopes Louro. Porto Alegre, 1995.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*: volume único. 7. ed. Rev., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VECCHI, Sabah Fachin. *O livre planejamento familiar e o papel do estado como agente subsidiário de recursos e suportes para o desempenho do poder familiar responsável*. Âmbito Jurídico. Revista 172. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-172/o-livre-planejamento-familiar-e-o-papel-do-estado-como-agente-subsidiario-de-recursos-e-suportes-para-o-desempenho-do-poder-familiar-responsavel/>> Acesso em: 25 nov. 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. 7 ed. V.7. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

WIDER, Roberto. *A Reprodução Humana Assistida*: aspectos do Biodireito e da Bioética. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.