

A (des)necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido em projetos parentais *post mortem*

The (Un)need for Free and Informed Consent Form in Post Mortem Parental Projects

Guilherme Soares de Araújo*

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar estritamente a questão do consentimento na reprodução humana assistida *post mortem*, buscando obter esclarecimentos na doutrina e na legislação sobre a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do titular acerca do uso do material genético criopreservado, em caso de falecimento, e como deve se dar esta manifestação, se a manifestação de vontade procriativa deve ser expressa, ou poderia ser presumida, se há um limite temporal para exercer a manifestação de vontade em projetos parentais *post mortem*, e se poderia ser suprida por outros vetores e pela reconstrução judicial da vontade procriativa.

Palavras-chaves: reprodução assistida *post mortem*; consentimento; termo de consentimento livre e esclarecido; manifestação de vontade para procriação.

ABSTRACT

The present study aims to strictly analyze the issue of consent in post-mortem assisted human reproduction, seeking to obtain clarifications in doctrine and legislation on the (un)need for express manifestation during the holder's lifetime regarding the use of crytpreserved genetic material, in case of death, and how this manifestation should take place, whether the manifestation of procreative will should be expressed, or could be presumed, if there is a time limit for exercising the expression of will in post-mortem parental projects, and whether it could be supplied by others vectors and the judicial reconstruction of the procreative will.

Keywords: post mortem assisted reproduction; consent; free and informed consent form; manifestation of will for procreation.

1 INTRODUÇÃO

Com os avanços na área da medicina e da biotecnologia, com a implementação de novas tecnologias reprodutivas, que permite auxiliar nos processos de reprodução humana, com a criopreservação de material genético, se faz necessário ter instrumentos normativos para acompanhar estes avanços, para tratar e regular temas importantes como a reprodução humana assistida e a possibilidade de utilização do material genético para procriação *post mortem*.

A importância do estudo sobre o tema deste artigo encontra justificativa diante dos questionamentos judiciais sobre o consentimento na reprodução assistida *post mortem*, que tem gerado a busca pela reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, diante da ausência

Artigo submetido em 26 de março de 2025 e aprovado em 7 de maio de 2025.

* Mestre em Direito Privado – PPGD – PUC Minas. Especialista em Direito Processual pela Pós-Graduação *Lato Sensu* do Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais — IEC PUC Minas; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas; Advogado; E-mail: guilhermesoares19@hotmail.com - Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4326841007468621>

da manifestação de vontade procriativa expressa em vida, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Para a fertilização *post mortem* é necessário analisar as consequências da utilização do material criopreservado após a morte de seu titular, e a importância do consentimento livre e esclarecido como garantia da segurança jurídica para a realização da técnica de reprodução humana assistida póstuma.

Diante do cenário atual onde se apresentam novas situações jurídicas existenciais, no âmbito do biodireito e da bioética sobre reprodução humana, surge a necessidade de regulação para a proteção jurídica para casos relacionados a reprodução humana assistida *post mortem*, como garantia da autodeterminação das pessoas envolvidas, para a efetiva proteção e concretude deste direito, que é necessário para resguardar a autonomia privada dos envolvidos.

Portanto, o objetivo principal deste estudo será analisar a necessidade, a importância e a relevância do consentimento, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, que conste a manifestação expressa da vontade procriativa para a realização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, apresentando questionamento sobre a forma que se deve ocorrer esta manifestação, se de forma expressa, ou se poderia ser presumida, se poderia ser comprovada por outros meios de demonstração, e sobre a existência ou não de um limite temporal para exercer tal manifestação, visando garantir a segurança jurídica do procedimento procriativo.

A pretensão desta pesquisa é buscar respostas na doutrina e na legislação brasileira para os questionamentos acima, diante da lacuna no ordenamento brasileiro, sobre o consentimento para realização das técnicas de reprodução humana assistida.

Não há a pretensão de esgotar os questionamentos sobre o tema em discussão, mas apenas levantar o debate sobre estas questões que envolvem a proteção da autonomia da vontade procriativa e o direito ao livre planejamento familiar.

O presente estudo será elaborado e desenvolvido a partir da pesquisa bibliográfica, da consulta à legislação vigente, e por meio da análise das Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

2 O CONSENTIMENTO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Conforme previsto na Resolução CFM nº 2.320/2022, em normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, dentre os princípios gerais, “o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida” (Brasil, CFM, 2022), acrescentando que:

Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA devem ser detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida. (Brasil, CFM, 2022)

Conforme previsto na Resolução do CFM, o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os interessados em se submeter às técnicas de reprodução assistida, que devem expressar o seu consentimento por meio da declaração, que deve ser própria às disposições para procedimentos *post mortem*.

As Resoluções do Conselho Federal de Medicina apresentaram contínua evolução sobre a reprodução assistida *post mortem*, conforme abaixo:

- RESOLUÇÃO CFM nº 1.358/1992: não trata. (Brasil, CFM, 1992)
- RESOLUÇÃO CFM nº 1.957/2010: Item VIII – Não constitui ilícito ético a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2010)
- RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013: Item VIII – É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2013)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.121/2015: Item VIII - É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2015)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017: Item VIII – É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2017)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.294/2021: Item VIII – É permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2021)
- RESOLUÇÃO CFM nº 2.320/2022: Item VIII – É permitida a reprodução assistida post mortem, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente. (Brasil, CFM, 2022)

Apenas a Resolução CFM nº 1.358/1992 não tratou da reprodução assistida *post mortem*, todas as resoluções seguintes consideraram que é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado.

A Recomendação do CFM nº 1/2016 esclarece o que é consentimento livre e esclarecido, dispondo que:

O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante legal, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados. (Brasil, CFM, 2016)

O consentimento deve ser tratado como a questão central para a utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*, diante da importância da disponibilização do material genético criopreservado do falecido(a) para utilização após a sua morte.

Para Sá e Araujo (2024, p. 228), “frisamos que não devem ser tratados como sinônimos os termos “consentimento livre e esclarecido”, “consentimento informado” e “consentimento livre e informado”.

Conforme dizeres de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

O exercício da autonomia bioética ou da autonomia privada biojurídica demanda não apenas a manifestação de vontade, mas também, a existência de uma vontade discernida e consciente, originada da competência da pessoa em receber e compreender informações completas e adequadas e, somente a partir disso, se autodeterminar, livre de condicionantes externos. (Sá; Araujo, 2024, p. 228)

Assim, “justifica-se que a nomenclatura “consentimento livre e esclarecido”, usada atualmente, é a mais adequada”. (Sá; Araujo, 2024, p. 228)

O consentimento livre e esclarecido consiste no ato de decisão por meio do qual o paciente ou seu representante legal deve expressar sua concordância e aprovação, após as

informações e explicações sobre os procedimentos que serão realizados, sobre os riscos e outras informações necessárias para esclarecimentos médicos e sobre a responsabilidade do profissional.

Conforme entendimento de Sá e Araujo (2024, p. 231), “firmamos o entendimento de que cabe ao titular do gameta (genitor) e aos titulares do embrião (genitores) a decisão quanto ao uso destes”.

No mesmo sentido, em se tratando de gametas, Sá e Araujo observam que, “certamente a decisão é menos conflituosa, porquanto não há maiores impasses em se entender que as células reprodutivas são biologicamente vinculadas àquele ou àquela que lhe deu origem (o patrimônio genético é individual)”. (Sá; Araujo, 2024, p. 231)

No caso de embriões, para Sá e Araujo “a situação é mais complexa, já que este é formado por material genético duplo, deixando de ser vinculado biologicamente a apenas uma pessoa”. (Sá; Araujo, 2024, p. 231)

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

a vontade daqueles que demandaram o uso da técnica para a satisfação de um projeto parental deve ser expressamente manifestada no termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), consoante a recomendação de elaboração contida em resolução cidadã do CFM. (Sá; Araujo, 2024, p. 231)

Sobre a autonomia privada e o consentimento livre e esclarecido, “no campo biológico, o poder de autodeterminação do paciente pode ser sintetizado na expressão consentimento livre e esclarecido” (Sá; Naves, 2023, p.65)

Conforme observado por Teixeira e Rettore “o ideal é que esse consentimento seja colhido da forma mais segura possível, tendo em vista as consequências dele derivadas”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259)

Para Ana Luiza Maia Nevares “em relação à reprodução humana assistida *post mortem*, a conjugação dos princípios indicados está presente no consentimento informado daquele que deixa o material genético congelado sobre o seu uso após a morte”. (Nevares *et al.*, 2024, p. 204)

Sobre o consentimento em projetos parentais *post mortem*, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, salientam que:

o consentimento é pressuposto a todo procedimento assistido procriativo e é concretizado pelo termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), garantidor da manifestação da autonomia do paciente e instrumento que proporciona o gerenciamento dos possíveis riscos da relação. (Sá; Araújo, 2024, p. 227)

Os aspectos médicos que envolvem as circunstâncias da aplicação de uma técnica de reprodução assistida devem ser minuciosamente detalhados e expostos aos participantes interessados no procedimento. As informações devem atingir inclusive dados de caráter biológico, jurídico e ético.

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore:

Não é demais dizer que na reprodução *post mortem* a questão deve se ater à identificação do consentimento, porque o respeito à vontade é o respeito à autonomia e à própria personalidade (sendo que mesmo o sujeito falecido permanece como centro de interesses a serem tutelados): assim, a questão não deve ser tratada sob a perspectiva de que o material genético deixado seria uma propriedade ou um bem sujeito à herança, pois corresponde não apenas a uma parte do corpo da pessoa com potencial de gerar vidas humanas. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

A Recomendação do CFM nº 1/2016 dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica:

O esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, efeitos colaterais, complicações, duração, cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos. (Brasil, CFM, 2016)

Conforme a Recomendação do Conselho Federal de Medicina, o esclarecimento deve ser claro, pertinente e suficiente, e deve abordar questões sobre as justificativas, os objetivos esperados, os benefícios, os riscos, os efeitos colaterais, as complicações, a duração, os cuidados e outros aspectos específicos inerentes à execução, tendo como objetivo obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização dos procedimentos médicos que serão realizados.

Ainda sobre o consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016 esclarece que:

Em situações normais, somente após devidamente esclarecido o paciente poderá manifestar sua anuência, ou não, decidindo por si, de forma autônoma e livre de influência ou de qualquer intervenção de elementos de erro, simulação, coação, fraude, mentira, astúcia ou outra forma de restrição. (Brasil, CFM, 2016)

Conforme entendimento de Flaviana Rampazzo Soares, sobre a Recomendação CFM 1/2016:

A Recomendação CFM 1/2016 apresenta-se como uma importante ferramenta de *soft law* indicativa dos elementos a se considerar na fase informativa, a reforçar a necessidade de “esclarecimento claro, pertinente e suficiente sobre justificativas, objetivos esperados, benefícios, riscos, o qual tem o objetivo de obter o consentimento livre e a decisão segura do paciente para a realização de procedimentos médicos (Soares *et al.*, 2024, p. 189)

Quanto as informações e os esclarecimentos fornecidos pelo médico, na apresentação do termo de consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016 dispõe que:

As informações e os esclarecimentos dados pelo médico têm de ser substancialmente adequados, ou seja, em quantidade e qualidade suficientes para que o paciente possa tomar sua decisão, ciente do que ocorre e das consequências que dela possam decorrer. O paciente deve ter condições de confrontar as informações e os esclarecimentos recebidos com seus valores, projetos, crenças e experiências, para poder decidir e comunicar essa decisão, de maneira coerente e justificada. (Brasil, CFM, 2016)

De acordo com o Conselho de Federal de Medicina, a reprodução humana assistida *post mortem* é admitida desde que haja prévia autorização específica da pessoa falecida para o uso do material genético congelado.

Quanto ao consentimento nos procedimentos médicos, normalmente é utilizada a forma verbal para obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados, sendo realizado o registro apenas em prontuário hospitalar. Mas a recomendação é que seja elaborado por escrito, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Sobre a possibilidade de retirada do consentimento, de acordo com a Recomendação do CFM nº 1/2016:

O paciente pode retirar seu consentimento a qualquer tempo, sem que daí resulte a ele qualquer desvantagem ou prejuízo, exceto se a retirada do consentimento, quando já iniciado o procedimento médico, implicar possibilidade de dano, risco ou qualquer tipo de prejuízo ao paciente. (Brasil, CFM, 2016)

Para Rosângela Viana Zuza Medeiros, tratando sobre a importância do esclarecimento para a autodeterminação:

O esclarecimento para a autodeterminação é oriundo do instituto do consentimento informado e visa permitir a autodeterminação da pessoa para consentir ou negar consentimento para a realização de intervenções médicas, este esclarecimento configura-se, portanto, como um pressuposto, também, da liberdade individual. (Medeiros *et al.*, 2024, p. 235)

Os Enunciados da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal tratam do Consentimento para realização de técnicas de reprodução assistida *post mortem*.

O Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe sobre a paternidade presumida, nos seguintes termos:

Enunciado n. 106 (I Jornada de Direito Civil) Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (Brasil, CJP, 2002)

O Enunciado nº 106 apresenta a possibilidade da paternidade presumida do falecido, sendo necessário a autorização expressa para a utilização do material genético.

O Enunciado nº 633 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe sobre a reprodução assistida após a morte:

Enunciado n. 633 (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

Art. 1.597: É possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente, o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma – por meio da maternidade de substituição, desde que haja expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira. (Brasil, CJP, 2018)

Foi apresentada a seguinte justificativa para o Enunciado nº 633 da VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:

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

homóloga é indispensável o consentimento do casal, o que se reforça em matéria de reprodução póstuma quanto ao uso do material fecundante congelado. (Brasil, CJP, 2018)

Conforme apontado pelo participantes da VIII jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, apesar do silêncio do inciso III do artigo 1.597 a respeito do assunto, deve-se exigir o consentimento expresso da mulher falecida para que o marido ou companheiro realize o sonho do casal de ter um filho, por meio do uso de material fecundante congelado e da maternidade de substituição, e na conclusão foi levado em conta o princípio da igualdade entre os cônjuges.

A Recomendação do CFM nº 1/2016 também trata do “assentimento livre e esclarecido”, para garantir o direito de informação do paciente legalmente incapaz, do qual dispõe que:

O assentimento livre e esclarecido consiste no exercício do direito de informação do paciente legalmente incapaz, para que, em conjunto com seu representante legal, possa, de forma autônoma e livre, no limite de sua capacidade, anuir aos procedimentos médicos que lhe são indicados ou deles discordar. Crianças, adolescentes e pessoas que, mesmo com deficiência de ordem física ou mental, estão aptas a compreender e a manifestar sua vontade por intermédio do assentimento, de forma livre e autônoma, não devem ser afastadas do processo de informação e compreensão do procedimento médico que lhes é recomendado. (Brasil, CFM, 2016)

A função do consentimento livre e esclarecido é explicada na Recomendação do CFM nº 1/2016:

O consentimento livre e esclarecido, direito do paciente e dever do médico, tem tripla função: a) Cumprir o papel primordial de respeitar os princípios da autonomia, da liberdade de escolha, da dignidade e do respeito ao paciente e da igualdade, na medida em que, previamente a qualquer procedimento diagnóstico e/ou terapêutica que lhe seja indicado, o paciente será cientificado do que se trata, o porquê da recomendação ou como será realizado. A informação deve ser suficiente, clara, ampla e esclarecedora, de forma que o paciente tenha condições de decidir se consentirá ou não; b) Efetivar estreita relação de colaboração e de participação entre médico e paciente; c) Definir os parâmetros de atuação do médico. (Brasil, CFM, 2016)

Existem alguns questionamentos em torno do consentimento, como, se seria possível o consentimento tácito, ou presumido, ou se o consentimento deve ser claro e expresso, se é possível considerar o consentimento implícito por estar subentendido a manifestação de vontade. Também se questiona se a manifestação de vontade pode se dá por meio do testamento para a fertilização *post mortem*.

Sobre a importância da informação ao paciente, a Recomendação do CFM nº 1/2016, apresenta a seguinte observação:

Assim, a informação ao paciente não é ato meramente burocrático, desumano e único, mas uma etapa da relação médico-paciente que leva em consideração os aspectos humanísticos envolvidos no processo. A informação gradual contribui para evitar danos ao paciente na comunicação da verdade sobre sua doença. Em determinadas situações, nem tudo deve ser dito imediatamente, mas somente aquilo que o paciente está em condições de suportar. (Brasil, CFM, 2016)

Conforme disposto na Recomendação do CFM “são elementos do consentimento livre e esclarecido, os iniciais, os informativos, a compreensão da informação e a capacidade para consentir”. (Brasil, CFM, 2016)

Como elementos do consentimento livre e esclarecido, são apresentados os conceitos de elementos iniciais, elementos informativos e compreensão da informação, pela Recomendação do CFM nº 1/2016:

Os critérios para obtenção do consentimento livre e esclarecido são expressos em três fases: a) Elementos iniciais: são as condições prévias que tornam possível o consentimento livre e esclarecido, quais sejam: efetivação das condições para que o paciente possa entender e decidir e a voluntariedade ao decidir, ou seja, a liberdade do paciente para adotar uma decisão. b) Elementos informativos, ou seja, a exposição da informação material, com a explicação da situação, recomendações e indicações diagnósticas e terapêuticas. A informação material inclui dados sobre diagnóstico, natureza e objetivos da intervenção diagnóstica ou terapêutica necessária e indicada, alternativas, riscos, benefícios, recomendações e duração. Os elementos informativos devem ser esclarecedores, a fim de propiciar uma decisão autônoma. A autonomia de decidir depende da compreensão da informação, o que não significa informação de detalhes técnicos desnecessários. c) Compreensão da informação: apenas ocorre se os dois primeiros elementos estiverem consolidados. O ato do consentimento, em si, compreende a decisão a favor, ou contra, do plano diagnóstico-terapêutico proposto e/ou a escolha entre as alternativas propostas. (Brasil, CFM, 2016)

Assim, os pacientes estarão aptos a tomar uma decisão livre e autônoma, “se tiverem condições para entender a informação material, julgá-la em relação a seus valores, pretender certo resultado e comunicar, livre e coerentemente, seus desejos ao médico, manifestando sua voluntariedade”. (Brasil, CFM, 2016)

Sobre a obtenção do consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016, esclarece que:

O consentimento é um processo, e não um ato isolado. Como processo, o consentimento esclarecido incorpora a participação ativa do paciente nas tomadas de decisão, o que é essencial na relação médico-paciente. O consentimento é mais do que um acordo, é um processo contínuo que envolve trocas de informações e um diálogo que permite, igualmente, explorar emoções, crenças e sentimentos, além de dados técnicos. (Brasil, CFM, 2016)

Desta forma, “o consentimento do paciente deve ser obtido após o médico ou a pessoa capacitada por ele indicada esclarecê-lo, suficientemente, sobre o procedimento médico a que será submetido”. (Brasil, CFM, 2016)

A Resolução do Conselho Federal de Medicina e a Recomendação do CFM nº 1/2016, juntas, abordam a obrigatoriedade, e apresentam esclarecimentos sobre o consentimento livre e esclarecido, para a realização de procedimentos médicos em geral.

3 A (DES)NECESSIDADE DO TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO EM PROJETOS PARENTAIS *POST MORTEM*

Para a realização das técnicas de reprodução humana assistida a Resolução do Conselho Federal de Medicina dispõe sobre a necessidade de preenchimento do termo de consentimento livre e esclarecido.

A Resolução CFM nº 2.320/2022, prevê que “o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida”. (Brasil, CFM, 2022)

Conforme estabelece o item VIII, da Resolução 2.320/2022 do CFM, “é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente”. (Brasil, CFM, 2022)

Conforme previsto pela Associação Brasileira de Reprodução Assistida (2018, p.05), sobre o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido:

Os pacientes que buscam se submeter aos procedimentos de Reprodução Assistida devem ser informados sobre os riscos e benefícios das técnicas que lhe serão aplicadas. Bem como receber orientações pré e pós procedimento, direitos que lhe são garantidos, e demais informações. Considerando que se tratam de procedimentos complexos, os pacientes deverão ser muito bem informados para que possam dar o seu consentimento para aplicação das técnicas em questão. Para tanto, deve ser disponibilizado o devido Termo de Consentimento Livre e Esclarecido: documento hábil, cabível e indispensável (trata-se de uma obrigação do profissional de saúde). (Associação Brasileira de Reprodução Assistida, 2018, p.05)

A manifestação de vontade do falecido para fertilização *post mortem* deve ser expressa por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, conforme determinado pela Resolução do CFM, que informa que “o documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (Brasil, CFM, 2022)

A Recomendação do CFM nº 1/2016 esclarece que, para os procedimentos médicos “que envolvem maior ou grande complexidade, como exames invasivos, cirurgias, transplantes e outros, a critério médico, recomenda-se consentimento livre e esclarecido escrito, que recebe o nome de termo de consentimento livre e esclarecido”. (Brasil, CFM, 2016)

A Resolução do CFM também trata sobre a criopreservação de gametas ou embriões, no item V, nº 3, determinando 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, e se desejam doá-los”. (Brasil, CFM, 2022)

A questão central à reprodução assistida *post mortem* diz respeito ao consentimento, e a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do cônjuge acerca do uso do material genético congelado, em caso de falecimento.

Neste sentido, é necessário analisar qual a relevância do TCLE no direcionamento do material genético deixado por alguém que faleceu, e por quais meios poderiam ser manifestado o consentimento específico da pessoa que deixou o material genético congelado para a realização da reprodução humana assistida *post mortem*.

Para Teixeira e Rettore “a parentalidade oriunda de um procedimento de reprodução assistida está intrinsecamente vinculada à manifestação de vontade em prol do projeto parental”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 257)

Sobre a importância do termo de consentimento livre e esclarecido, Juliane Queiroz tem o seguinte entendimento:

No que se refere às técnicas de reprodução assistida, o Termo de Consentimento Informado assume importância singular. Além de estabelecer a observância ao Princípio da Autonomia do paciente na relação com o médico, ele permite delimitar os campos de atuação de todas as pessoas envolvidas, prevendo as consequências e atribuindo vínculos e responsabilidades jurídicas. (Queiroz, 2015, p.173)

O Provimento nº 149 do Conselho Nacional de Justiça, determina a apresentação de termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para o uso do material biológico preservado, nos seguintes termos:

Artigo 513, § 2.º 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. (Brasil, CNJ, 2023)

O Provimento nº 149 do CNJ estabelece a necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido, diante da relevância da procriação *post mortem*, no caso de filho(s) nascidos com a utilização da técnica de reprodução humana assistida.

Sobre a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do cônjuge acerca do uso do material genético em caso de falecimento, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, expõem que:

O desafio sobre o tratamento da matéria fica ainda mais pungente quando se trata de reprodução humana assistida *post mortem*, diante da ausência de normas sobre o tema pois, no debate sobre o planejamento familiar, faz-se relevante perquirir sobre a formalização da autonomia privada projetada sobre a filiação que pode se concretizar após a morte. Nesse contexto, o escopo desse estudo é verificar como pode se dar o consentimento no caso da reprodução assistida *post mortem*, qual a forma de externá-lo? Ele pressupõe um prazo de validade? (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 251)

Conforme observado por Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, nota-se, portanto, que ambas as regulações, “preenchendo a laguna deixada pela legislação que, como visto, não traz disposição a esse respeito, apontam como indispensável a existência de consentimento do falecido, prévio, expresso e específico, para fins de reprodução *post mortem*” (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 257)

Sobre o termo de consentimento livre e esclarecido, com relação a tomada de decisão entre a clínica e o cônjuge sobrevivente, sobre a utilização do material genético criopreservado, após da morte de um dos doadores, deve observar que apesar de ser permitida a reprodução assistida *post mortem*, é necessário que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Conforme entendimento de Teixeira e Rettore “por se tratar de um tipo de filiação cujas raízes estão na manifestação de vontade, a identificação do consentimento torna-se questão central à prática da reprodução humana assistida”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

O termo de consentimento informado, nos casos de procriação *post mortem*, “serve como dimensionador da vontade do titular do material genético no sentido de autorizar a realização da técnica, insistindo na genitorialidade mesmo com a sua morte” (Queiroz, 2015, p.173)

Desta forma, o termo de consentimento livre e esclarecido deve ser disponibilizado aos titulares do material genético que será deixado sob a guarda da clínica, pois, é por meio deste termo que o casal, cônjuges ou companheiros, deverão expressar por escrito sua pretensão quanto ao destino que deverá se dado ao material genético criopreservado, principalmente para a técnica de reprodução assistida, nas hipóteses, como de falecimento de um ou ambos doadores, e também de separação do casal.

A procriação assistida *post mortem* “suscita, dentre diversas e complexas problematizações, a definição da titularidade do material genético criopreservado, após a morte do seu titular originário”. (Queiroz, 2015, p.128)

Sobre o TCLE, Juliane Queiroz observa que “a ampliação do valor do Termo de Consentimento Informado ocorre pelo fato de que a decisão de se reproduzir depende da vontade comum ou da conciliação volitiva que determina o projeto parental do casal”. (Queiroz, 2015, p.173)

Sobre o problema da atualidade da manifestação decisória, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo entendem que a “construção adequada do TCLE no âmbito dos processos assistidos procriativos perpassa pela análise da sua validade jurídica, na medida em que revela a celebração de um negócio jurídico (ou contrato) que envolve a vontade dos sujeitos da relação” (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Diante disto, para Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “submete-se o TCLE aos requisitos de validade do negócio jurídico, quais sejam os previstos no artigo 104 do Código Civil: agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

O termo de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e deve conter a concordância por escrito, e obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

Sobre o termo de consentimento livre e esclarecido, orienta-se elaborar um texto específico para cada procedimento, conforme previsto na Recomendação do CFM nº 1/2016:

O documento Consentimento Livre e Esclarecido precisa conter, em seu teor, informações particulares específicas do procedimento que será realizado, seus objetivos, riscos, benefícios, sua duração e suas alternativas, entre outras. Dessa forma, recomendase a redação de um documento para cada procedimento, contendo o teor específico das informações a serem oferecidas. (Brasil, CFM, 2016)

O termo de consentimento livre e esclarecido tem uma importância ainda maior no caso de utilização do material genético ou de embrião excedentário após a morte de um dos doadores do material genético. Por isso que há a necessidade de autorização prévia por meio do consentimento livre e esclarecido dos envolvidos, dispondo sobre o destino que será dado ao material genético.

4 A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE PARA PROcriação *POST MORTEM*

Quanto à manifestação de vontade para procriação humana assistida *post mortem*, há de se discutir a possibilidade do genitor ou genitora biológica manifestar “tal vontade procriativa futura muito antes à execução da procriação, e se a vontade, para ser legítima e/ou legal, precisaria ser atual, e se deve ser considerada por manifestação expressa ou caberia aferi-la por outros vetores de demonstração”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Em matéria de procriação medicamente assistida “pode-se propor vários interesses tuteláveis, divididos em categorias: a) interesses das pessoas que desejam procriar; b) interesses dos procriados; c) interesses do Estado”. (Queiroz, 2015, p.77)

Entre os primeiros, interesses do desejantes, conforme apontamentos de Juliane Queiroz:

podem-se distinguir interesses-fim, tais como: criar uma família; transmitir os próprios genes; ter herdeiros; viver a experiência da gestação, do parto e da maternidade; viver a experiência da paternidade; e, possuir o “normal atributo da fertilidade. Como os interesses-meios, o de ser tratado com respeito e atenção durante o processo reprodutivo, gozar da discipulação e ser informado sobre os riscos e vantagens dos serviços médicos com fins de controle da reprodução. (Queiroz, 2015, p.77)

Para a reprodução assistida *post mortem* é necessário que o cônjuge falecido tenha deixado em vida a sua manifestação, por escrito, permitindo a utilização do seu material genético em caso de falecimento, e este consentimento deve ser registrado por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

O projeto parental deve ser elaborado em vida, entre o casal, e de forma conjunta, onde os cônjuges ou companheiros deverão expressar por escrito sua pretensão quanto ao destino que será dado ao material biológico criopreservado, para reprodução assistida, no caso de projetos parentais assistidos *post mortem*.

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, a análise da validade do termo deve observar também:

a manifestação de vontade, que precisa ser fruto, como já apontado, de um processo de esclarecimento e informação, para que encontre legitimidade real, além de não se revelar submissa a qualquer vício de negócio jurídico (como a coação, o erro, a lesão, o dolo ou o estado de perigo). Há consenso em se pensar que a análise da validade dessa manifestação de vontade tenha que passar pela aferição da presença de vícios que possam a contaminar. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

A manifestação de ambos os cônjuges se faz necessária no sentido de afirmar a associação do casal no desejo de procriar (Queiroz, 2015, p.173)

Para Araújo e Sá, a autonomia na construção da procriação medicamente assistida tem papel relevantíssimo e, em se “tratando de vontade prospectiva, como é o caso da procriação *post mortem*, é ainda mais relevante a clareza da decisão manifestada pelo consentimento ou dissentimento acerca do uso do gameta congelado ou do embrião criopreservado”. (Sá; Araújo, 2024, p. 230)

Nos dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore “o meio mais seguro e eficaz de estabelecimento da filiação deva ser através de um termo de consentimento livre e esclarecido específico e devidamente assinado”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259)

De acordo com Sá e Naves, “a autonomia privada requer que não haja condicionadores externos diretos à manifestação externa de vontade, isto é, a vontade deve ser livre, não podendo comportar quaisquer vícios, sejam sociais ou do consentimento”. (Sá; Naves, 2023, p.68)

A vontade daqueles que demandaram o uso da técnica para a satisfação de um projeto parental, conforme entendimento de Sá e Araújo, “deve ser expressamente manifestada no termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE), consoante a recomendação de elaboração contida em resolução citada do CFM”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Nesse sentido, para Sá e Araújo, o termo também “pode prever manifestações individuais distintas, ou seja, um/uma demandante determina que, em caso de sua morte, o embrião deve ser descartado e o/a outro/outra entenda pela transferência (no próprio útero ou em útero de substituição)”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

De toda maneira, “o uso de embriões para fins de filiação somente deve ocorrer se as vontades não forem discordantes, não cabendo a decisão a apenas um dos genitores.” (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

Para os procedimentos de reprodução assistida, a vontade dos participantes deve se expressa, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de dissolução da sociedade conjugal, ou da união estável, em caso de doença grave ou em caso de falecimento de um ou ambos os doadores do material genético, ou também no caso de desistência do procedimento, seja por qualquer motivo, do tratamento que se pretendia realizar.

De acordo com Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “podemos vislumbrar várias situações que, de forma alguma, são taxativas, é possível que o demandante determine a utilização do gameta para a confirmação do projeto parental; a doação para terceiros; ou mesmo o seu descarte”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

No Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, os proponentes devem expressar sua manifestação quanto ao destino que será dado aos gametas congelados e embriões criopreservados em caso de morte de um deles ou de ambos.

4.1 Manifestação de vontade expressa x presumida

Outro tema de grande relevância que deve ser discutido na análise sobre a manifestação de vontade do falecido(a), e sobre o consentimento livre e esclarecido, é se a manifestação de vontade procriativa deve ser expressa, ou se poderia ser presumida por meios de outros vetores.

As normas deontológicas preveem que há a necessidade de autorização prévia, de forma escrita e expressa por meio do consentimento livre e esclarecido, para todos os envolvidos e interessados na utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Conforme as normas deontológicas “o documento de consentimento livre e esclarecido deve ser elaborado em formulário específico e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão entre as partes envolvidas nas técnicas de reprodução assistida”. (Brasil, CFM, 2022)

Para Sá e Araújo, “embora não haja obrigatoriedade de que o TCLE seja feito por escrito, elaborá-lo de outra forma pode contribuir para implicações que levem à responsabilidade civil do médico, para além das múltiplas situações biojurídicas”, diante à possibilidade de problemas decorrentes do uso das técnicas de procriação assistida. (Sá; Araújo, 2024, p. 230)

Sobre o consentimento livre e esclarecido verbal e consentimento livre e esclarecido escrito, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016, esclarece que:

Sob o ponto de vista da comprovação da concordância do paciente, assim como sobre se o consentimento foi obtido com respeito à autonomia, se foi obtido de forma suficiente ao perfeito esclarecimento do paciente, não há dúvidas de que o consentimento escrito é o que melhor se presta a tal. (Brasil, CFM, 2016)

Quanto ao consentimento livre e esclarecido, a Recomendação do CFM nº 1/2016, dispõe que o consentimento escrito é a melhor forma, para comprovar a concordância das partes envolvidas.

Conforme os dizeres de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore “a parentalidade oriunda de um procedimento de reprodução assistida está intrinsecamente vinculada à manifestação de vontade em prol do projeto parental”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

O Projeto parental assistido *post mortem* deve fazer referência expressa sobre a implantação do material genético criopreservado, por meio do consentimento, conforme previsto na Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe que “é permitida a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização específica para o uso do material biológico criopreservado em vida, de acordo com a legislação vigente”. (Brasil, CFM, 2022)

Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, acrescentam que, “por se tratar de um tipo de filiação cujas as raízes estão na manifestação de vontade, a identificação do consentimento torna-se questão central a prática da reprodução humana assistida”. (Teixeira; Rettore., 2024, p. 258)

Pois, sem o consentimento manifestado previamente, numa eventual discussão judicial, será necessário comprovar a manifestação de vontade para utilização do material genético, por outros meios de prova que apontem para a comprovação da vontade para a fertilização *post mortem*.

Na reprodução *post mortem*, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, entendem que “a questão deve se ater à identificação do consentimento,

porque o respeito à vontade é o respeito à autonomia e a própria personalidade, sendo que mesmo o sujeito falecido permanece como centro de interesses a serem tutelados. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 258)

Em se tratando de embriões criopreservados, “a procriação *post mortem* deve ser garantida se houver manifestação expressa dos demandantes para que o/a sobrevivente execute o projeto parental por meio da transferência embrionária ou através da gestação por substituição”. (Sá; Araújo, 2024, p. 231)

O Enunciado nº 106 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, dispõe que “ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, [...] sendo obrigatória, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”. (Brasil, CJF, 2002)

O Enunciado nº 106 da Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, faz menção a autorização por escrito do falecido para utilização do material genético congelado.

Para Sá e Araújo, como premissa da discussão, “há que se ressaltar que toda pessoa que decide congelar gametas ou embriões precisa expressar sua vontade, com clareza, quanto a destinação deles, de modo a evitar conjecturas acerca do propósito da criopreservação”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Nesse sentido, “o projeto parental, definidor da paternidade, só pode ser decidido pela própria pessoa em vida, ou por ato de disposição de última vontade”. (Queiroz, 2015, p.164)

De acordo com Juliane Queiroz, “configura-se, pois, de primordial importância, a determinação da disponibilidade do material genético após a morte do seu titular, é necessário definir de que maneira, para qual finalidade e para qual indivíduo pode ser transferida tal titularidade”. (Queiroz, 2015, p.129)

O Provimento CNJ n. 63 no seu art. 17, § 2º estabelece que, na reprodução assistida *post mortem*, “além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”. (Brasil, CNJ, 2017)

O Enunciado n. 633 do CJF da VIII Jornada de Direito Civil prevê “a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira”. (Brasil, CJF, 2018)

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

Diante da complexidade da questão que pode envolver, inclusive, direitos de terceiros, firmamos o entendimento de que a manifestação de vontade deve ser expressa, podendo ser revelada por meio da escrita ou por meios digitais inequívocos, trazendo, com clareza, quais alternativas a pessoa ou o casal admite no que concerne ao material criopreservado (gametas ou embriões) (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Diante do que foi apresentado acima, constata-se que a manifestação de vontade deve ser expressa, por se tratar de assunto de grande relevância, que pode gerar variadas implicações, discussões e consequências, pois de outra forma, poderia gerar insegurança quanto a manifestação de vontade e o consentimento livre e esclarecido.

4.2 Limite temporal para a manifestação da vontade procriativa

Sobre o momento temporal para a manifestação de vontade procriativa, o questionamento que pode ser feito é, se poderia o genitor ou genitora biológica manifestar tal vontade procriativa, mesmo que futura, muito antes à execução da procriação, ou se, a vontade

procriativa póstuma, precisaria ser atual, para ser válida e legítima. Se existe um limite temporal para que esta vontade de procriação possa ser manifestada pelas partes.

Quanto a manifestação de vontade procriativa, questiona-se, se existiria um limite temporal que deve ser observado. Sobre a validade do consentimento, indaga-se, se há limitação de prazo para os casos de reprodução póstuma, dada a impossibilidade de renovação do consentimento.

Desta forma, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, apresentam tal questionamento, se, “poderia o genitor ou genitora biológica manifestar essa vontade procriativa futura muito antes à execução da procriação? A vontade, para ser considerada legítima e/ou legal, precisaria ser atual?” (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Conforme observado por Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, o problema da vontade “se concentra na temporalidade dela, ou seja, em avaliar se essa manifestação de vontade para ter filhos careceria de expressão atualizada ou poderia ser feita em contexto diferente e muito anterior à realização do projeto procriativo”. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Sobre a necessidade de existir um prazo de validade para o consentimento, conforme entendimento de Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore “o prazo de validade do consentimento tem o propósito de garantir a atualidade da manifestação de vontade do dono do material genético, exigindo a confirmação da manutenção de seu propósito ou, em caso de mudança, o cancelamento da autorização”. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 266)

Conforme observado por Sá e Araújo, “em caso de congelamento de embriões, originados por doação de gametas, está-se diante de uma procriação de natureza heteróloga, em que o(a) falecido(a) manifestou previamente sua vontade de integrar o projeto parental”. (Sá; Araújo, 2024, p. 237)

A respeito do prazo de validade do consentimento, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, tem o seguinte entendimento:

Entende-se compreensível e até mesmo proveitosa a fixação de prazo de validade do consentimento enquanto vivo o titular do material, a fim de garantir sua contemporaneidade e conferindo-lhe maior segurança (o que também condiz com a previsão de possibilidade de revogação do consentimento, que se entende acertada, já que se trata de um direito da personalidade), no caso de óbito, a questão ganha maior complexidade. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 266)

Em complementação ao raciocínio acima, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, observam que:

Por um lado, pode-se entender desarrazoada essa exigência, por não mais haver que se falar na possibilidade de mudança de vontade daquele que veio a falecer; porém, por outro, surgem problemas da perspectiva sucessória, na medida em que um herdeiro poderá ser concebido muitos anos após o falecimento, gerando uma insegurança patrimonial, a partir da possibilidade de se suscitar questões sobre se a herança deverá ou não ficar reservada, por exemplo. (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 266)

Conforme se observa no ordenamento brasileiro, em relação a filiação *post mortem*, não há previsão na lei sobre a existência de um limite temporal, para a manifestação de vontade para a procriação.

Portanto, “o Código Civil deverá determinar qual o prazo para uso e transferência do material congelado, porquanto isso repercute na capacidade de herdar”. (Sá; Araújo, 2024, p. 239)

O entendimento de Sá e Araújo, é no sentido de que “o Código Civil deve contemplar, primeiro, as alterações quanto à filiação nos casos de procriação *post mortem*, para ato contínuo, definir as regras sucessórias”. (Sá; Araújo, 2024, p. 240)

Para Maria Berenice Dias (2016, p. 648):

Depois da implantação do óvulo, o consentimento não admite retratação, pois já se encontra em andamento a gestação. No entanto, a autorização não pode ter duração infinita, cabendo figurar a hipótese de divórcio ou fim da união estável. Separado o casal, é necessário reconhecer a possibilidade de revogação do consentimento, contanto que ocorra antes da implantação do embrião no ventre da mulher.

Nas palavras de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo:

Uma vez esclarecido o fim a ser dado ao material biológico congelado, o momento em que a decisão foi tomada só tem relevância quanto a possibilidade de incidência de vícios. Não importa há quanto tempo essa vontade foi manifestada; se não houve alteração, ela deve ser cumprida. (Sá; Araújo, 2024, p. 232)

Sobre a presunção dos filhos, na reprodução humana assistida, o Anteprojeto de Revisão e Atualização do Código Civil prevê no art. 1.598-A, que “Presumem-se filhos dos cônjuges ou conviventes os havidos, a qualquer tempo, pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida por eles expressamente autorizadas.”. (Brasil, 2024)

O parágrafo único, do art. 1.598-A dispõe que “a autorização para o uso, após a morte, do próprio material genético, em técnica de reprodução humana assistida, dar-se-á por manifestação inequívoca de vontade, por instrumento particular, escritura pública ou qualquer das formas de testamento”. (Brasil, 2024)

Conforme disposto no Anteprojeto do Código Civil, há a presunção de filhos, para os havidos, a qualquer tempo, pela utilização de técnicas de reprodução humana assistida, com menção, por eles expressamente autorizadas.

Conforme cenário atual de regulação da reprodução humana assistida no ordenamento brasileiro, em relação a filiação *post mortem*, não há previsão na lei sobre a existência de um limite temporal, para a manifestação de vontade para a procriação. A norma deontológica do Conselho Federal de Medicina também não trata de um limite temporal.

Desta forma, não encontra óbice a realização da técnica de reprodução assistida *post mortem* pelo decurso temporal da manifestação de vontade para realizado de projeto parental póstumo.

5 CONCLUSÃO

Para acompanhar os constantes avanços no campo da reprodução medicamente assistida, diante das atualizações na área da medicina e da biotecnologia, se torna necessário criar uma lei específica, ou alterar o Código Civil, para contemplar a regulamentação das técnicas de reprodução humana assistida, apresentando parâmetros para solução de controvérsias em casos de procriação humana assistida, principalmente para os casos de reprodução *post mortem*.

Conforme apurado neste trabalho, por meio das normas atuais que regulamentam as técnicas de reprodução assistida, e pela pesquisa na doutrina, é possível constatar que a questão central à reprodução assistida *post mortem*, diz respeito ao consentimento, e a discussão diz respeito a (des)necessidade de manifestação expressa em vida do titular, acerca do uso do material genético, em caso de falecimento.

Entende-se que o projeto parental deve ser elaborado em vida, entre o casal, e de forma conjunta, onde os cônjuges ou companheiros deverão expressar por escrito sua pretensão, quanto ao destino que será dado ao material biológico criopreservado para reprodução assistida, no caso de projetos parentais assistidos *post mortem*.

É necessário que haja discussão sobre os projetos procriativos *post mortem* e suas implicações patrimoniais, pois, no campo das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, o tema é bastante discutível no que tange às relações de parentesco, principalmente quanto as consequências relacionadas à questão sucessória e patrimonial.

Por isso, diante das incertezas e divergências, faz-se necessário a definição, por meio de lei específica, para tratar da manifestação de vontade, do termo de consentimento livre esclarecido, e sobre um limite temporal para tal manifestação de vontade para os casos de procriação *post mortem*.

A utilização do material genético para a finalidade de procriação, somente deve ocorrer com a concordância do casal, pois a decisão do projeto parental procriativo, cabe aos genitores, por meio da manifestação de vontade conjunta.

Para os procedimentos de reprodução assistida, a vontade dos participantes deve se expressa, quanto ao destino que será dado aos embriões criopreservados em caso de dissolução da sociedade conjugal, ou da união estável, em caso de doença grave ou em caso de falecimento de um ou ambos os doadores do material genético, ou também no caso de desistência do procedimento, seja por qualquer motivo, do tratamento que se pretendia realizar.

Conforme previsto na Resolução do Conselho Federal de Medicina, o consentimento livre e esclarecido é obrigatório para todos os interessados em se submeter às técnicas de reprodução assistida, que devem expressar o seu consentimento por meio da declaração, que deve ser própria às disposições para procedimentos *post mortem*.

Diante disto, observa-se, a relevância e necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido, que deve ser elaborado, preenchido e assinados, na discussão do projeto parental procriativo *post mortem*.

O consentimento deve ser tratado como a questão central para a utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*, diante da importância da disponibilização do material genético criopreservado do falecido(a) para utilização após a sua morte.

Desta forma, nota-se a relevância do TCLE no direcionamento do material genético deixado por alguém que faleceu, como o meio de manifestar o consentimento prévio, expresso e específico, para a realização da técnica de reprodução humana assistida *post mortem*, com o material genético congelado.

Para os casos de procriação *post mortem* o termo de consentimento livre, esclarecido e informado, serve como dimensionador da vontade do titular do material genético congelado, de forma a autorizar a realização da técnica de reprodução assistida, no sentido de insistir no desejo de filiação, mesmo após o falecimento.

As normas deontológicas preveem que há a necessidade de autorização prévia, de forma escrita e expressa por meio do consentimento livre e esclarecido, para todos os envolvidos e interessados nas técnicas de reprodução assistida.

É de grande importância que seja dada a determinação da disponibilidade do material genético, após a morte do seu titular, sendo necessário definir de que maneira, para qual finalidade e para qual indivíduo pode ser transferida a titularidade.

Diante do que foi apresentado neste trabalho, constata-se que a manifestação de vontade deve ser expressa, e deve conter a especificação da destinação do material genético, após o falecimento do titular, por se tratar de assunto de grande relevância, que pode gerar variadas implicações e discussões, pois de outra forma, poderia gerar insegurança quanto a manifestação de vontade e do consentimento.

Conforme se observa no ordenamento brasileiro, em relação a filiação *post mortem*, não há previsão na lei sobre a existência de um limite temporal, para a manifestação de vontade procriativa. A norma deontológica também não trata de um limite temporal.

A existência de um limite temporal seria relevante para definir um prazo no qual o material genético possa ser utilizado após o falecimento do titular, para a finalidade de procriação *post mortem*, pois, diante da sucessão hereditária, seria gerada uma insegurança jurídica quanto ao direito sucessório, na falta de um limite temporal para que o material genético congelado pudesse ser utilizado para procriação póstuma.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. Reprodução Assistida. **Um guia fácil e descomplicado de Saúde e Direito**. 1ª Edição, 2018. Disponível em: <https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>; Acesso em: 25 Set. 2024.

BRASIL. Congresso Nacional, **Anteprojeto de lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, que institui o Código Civil. Dispõe sobre a atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e da legislação correlata. Minuta de texto final ao anteprojeto apresentada em 26/02/2024. Brasília: Congresso Nacional, 01 de jul. 2022. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/153893>

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 18 set. 2014.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 106. I Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em 26 set. 2024.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Enunciado nº 633 da VIII Jornada de Direito Civil**. Brasília: CJF, 2018. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/viii-enunciados-publicacao-site-com-justificativa>. Acesso em: 22 ago. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Recomendação CFM nº 1/2016**. Dispõe sobre o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica. 2016 [acesso 10 set. 2024]. Disponível: https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.992, de 19 de novembro de 1992**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 1.957, de 06 de janeiro de 2011**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.013, de 09 de maio de 2013**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.121, de 24 de setembro de 2015**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2015/2121>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.168, de 10 de novembro de 2017**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.294, de 15 de junho de 2021**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM n. 2.320, de 20 de setembro de 2022**. Adota normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Acesso em 17 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 63 do CNJ, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos ofícios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. (Brasil). Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em 19 set. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento n. 149 do CNJ, de 30 de agosto de 2023**. Institui o Código Nacional de Normas da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça - Foro Extrajudicial (CNN/ CN/CNJ-Extra), que regulamenta os serviços notariais e de registro. (Brasil). Brasília, DF, 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/5243>. Acesso em 19 set. 2024.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição. São Paulo. Editora Revista do Tribunais, 2016. Disponível em: <https://ceaf.mpac.mp.br/wp-content/uploads/2-Manual-de-Direito-das-Familias-Maria-Berenice-Dias.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2024.

MEDEIROS, Rosângela Viana Zuza *et al.* O Conhecimento da Origem Genética: uma breve análise para além do vínculo parental na reprodução humana medicamente assistida. In: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 1º Ed. 2024

NEVARES, Ana Luiza Maia *et al.* Impactos na Sucessão do Filho Concebido Via Reprodução Humana Assistida *Pós-Mortem*. In: MASCARENHAS, Igor; DADALTO,

Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 1º Ed. 2024

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Reprodução Assistida *Post Mortem*: Aspectos jurídicos de filiação e sucessório**. Curitiba: Editora UFPR, 2015.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e biodireito**. 6ª. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2023.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. **Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2024.

SOARES, Flaviana Rampazzo *et al.* Concepção após o Procedimento de Esterilização Voluntária: consentimento, termo de consentimento e processo de escolha esclarecida, sob o enfoque jurisprudencial. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 1º Ed. 2024.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado *et al.* A (des)necessidade de manifestação expressa em vida do cônjuge acerca do uso do material genético em caso de falecimento. *In*: MASCARENHAS, Igor; DADALTO, Luciana (org.). **Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar**, Indaiatuba, SP: Editora Foco, 1º Ed. 2024.