



**CREMEB**  
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA

**PARECER CREMEB Nº 14/13**

(Aprovado em Sessão Plenária de 05/04/2013)

**Expediente Consulta Nº 018.621/2012**

**Assunto:** Fertilização *in vitro* com material biológico de doador falecido.

**Relatora:** Consª Maria Lúcia Bomfim Arbex

**EMENTA:** A reprodução assistida *post mortem* pode ser realizada desde que haja autorização prévia expressa do falecido para o uso do material biológico criopreservado. Ceder material ou realizar o procedimento sem o consentimento do doador, poderá ensejar a responsabilização ética e civil da Clínica.

**DAS CONSULTAS:**

**1 – Em 14.11.12**, a consulente relata ao CREMEB que ela e o esposo tentavam “*construir uma família*” há mais de 04 anos através de vários tratamentos inexitosos. Mesmo após inseminação artificial e uma fertilização *in vitro* não obtiveram sucesso e pouco antes de realizarem outra FIV, o marido foi a óbito num acidente.

. A consulente informa que a Clínica onde realizou a FIV tem material congelado do seu marido e contrato assinado para implantação deste material no seu organismo. Acrescenta que eles sonhavam ter um(a) filho(a); que colocou o plano de saúde na justiça e ganhou “*três tentativas*”, porém está sentindo um pouco de resistência da Clínica para continuar o tratamento.

. Solicita colaboração do CREMEB e pergunta se vai precisar buscar ajuda judicial, além de questionar se, caso tenha sucesso, poderá registrar a criança com o nome do pai, esclarecendo que na época do contrato ela e o esposo tinham união estável depois convertida em casamento.

. Anexa cópias dos Contratos firmados com a Clínica para a **Fertilização In Vitro e Para Congelamento e Preservação de Sêmen**.

**2 – Em 28.11.2012**, a Clínica de fertilização em foco se manifesta ao CREMEB, através da sua Diretora Médica e da médica assistente da consulente, nos seguintes termos:

. O casal foi atendido em **11.10.2010**, com histórico de infertilidade há três anos. De início foram aplicadas técnicas de baixa complexidade. A tentativa de inseminação intrauterina, prevista para novembro, foi adiada pelo casal, por dificuldades do esposo comparecer à Clínica para o tratamento. Foi sugerido congelamento de sêmen para viabilizar continuidade do tratamento. Em **janeiro/2011**, é reiniciado o tratamento e o marido congela sêmen. Assinados os contratos específicos para os serviços.

. Em **fevereiro/2011**, o casal foi submetido a um ciclo de FIV sem gravidez(...) Mantida indicação de FIV. Paciente adia tratamento para tentar viabilizá-lo via convênio.

. Em **17.10.12**, a Clínica recebe e-mail da paciente informando falecimento do seu marido. Em **18.10.2012**, ela solicita informação sobre o sêmen criopreservado e refere ter liminar para tratamento de Fertilização *in vitro*, expressando seu desejo de prosseguir tratamento.

. Em contato com a paciente, se recomendou maior reflexão antes de se tomar a decisão e orientou a mesma a manter adimplência do Contrato de Congelamento e Preservação de Sêmen até definir posição.

. Como o marido não deixou documento expresso sobre uso de seu material genético em caso de seu falecimento, a Clínica se obrigou a observar as determinações contidas na legislação pertinente ou, na ausência



**CREMEB**  
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA

desta, nas normas expedidas pelo CFM (Cláusula 5ª do Contrato firmado). Assim, a Clínica solicita ao CREMEB parecer específico sobre o caso.

#### **DA DOCUMENTAÇÃO anexada:**

- Autorização para Fertilização *In Vitro* – Trata dos direitos e deveres das partes Contratada e Contratante durante os serviços de Reprodução Assistida.
- Autorização para Congelamento e Preservação de Sêmen (Contrato firmado entre a Clínica e o doador do sêmen) – Pode-se destacar as seguintes cláusulas:

**Cláusula Segunda** - *A Contratada compromete-se a somente liberar o material congelado expressamente por escrito pelo Contratante e pelo seu médico assistente.*

**Cláusula Quarta** - *Na hipótese de falecimento do Contratante a Contratada obriga-se a observar as determinações contidas na legislação pertinente ou na ausência desta, as normas expedidas pelo Conselho Federal de Medicina.*

#### **DA FUNDAMENTAÇÃO:**

- O **CÓDIGO CIVIL/2002** trata das técnicas de reprodução assistida e de suas implicações jurídicas de forma sucinta. O artigo 1597, nos incisos III e IV, faz referência à técnica de reprodução assistida homóloga.

Da leitura do **inciso III**, verifica-se a possibilidade de fecundação ainda que falecido o marido, garantindo a presunção de paternidade; enquanto no **inciso IV**, há a possibilidade de embriões excedentes não serem descartados, sendo mantidos em processo de crio preservação. Isto possibilita que estes embriões sejam utilizados após a morte do doador, havendo assim, a fecundação da mulher.

Vislumbra-se que o Código Civil apenas procurou dar solução ao aspecto da paternidade. Dessa forma, a doutrina pátria discute e polemiza o tema, uma vez que o Código Civil em seu **artigo 1.798** prevê que somente as pessoas vivas e já concebidas podem herdar no momento da abertura da sucessão.

- O **CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL**, visando balizar a interpretação do inciso III do art. 1597 citado acima elaborou o **Enunciado 106**, com o seguinte teor:

*“Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, é 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 obrigatório, ainda, que haja autorização do marido para que se utilize seu material genético após a morte.”*

Portanto, além da imprescindível autorização escrita do marido ou companheiro falecido, a mulher deverá estar na condição de viúva para que possa ser inseminada artificialmente, gerando um filho do *de cujus*. Entende-se que, nesta condição, se afasta a presunção de paternidade do segundo marido (CC art. 1598).

- A **RESOLUÇÃO CFM 1957/2010**, que revogou a Res. Nº 1358/92, trata das normas éticas para a utilização das técnicas de **Reprodução Assistida (RA)**, e dispõe em seu Anexo Único, entre outros:



**CREMEB**  
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA

...As técnicas de RA têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana (...) quando outras terapêuticas tenham se revelado ineficazes (...)

O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores (...) As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O consentimento informado estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de RA (...)

As clínicas que aplicam técnicas de RA são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, manuseio, conservação e descarte de material biológico humano, devendo apresentar (...)um diretor técnico responsável por todos os procedimentos médicos e laboratoriais executados, que será um médico registrado no CRM de sua jurisdição(...)

(...) do total de embriões produzidos, os excedentes serão criopreservados; 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 falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (...)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(...)

- Do **PARECER DA AJUR/CREMEB**, sobre a matéria, destacam-se os seguintes pontos:

Os contratos de autorização para FIV e para congelamento de sêmen firmados entre a consulente, seu falecido esposo e a Clínica, não contém nenhuma cláusula disciplinando a destinação do material congelado em caso de óbito do doador. O documento autorizando o congelamento do sêmen dispõe que acontratada somente poderá liberar o material sob documento escrito pelo contratante e seu médico assistente. Inexiste autorização expressa para fins de utilização pós morte do material.

Ressalte-se que a matéria não é regulamentada na legislação brasileira. Clínicas de reprodução se baseiam na supracitada resolução do CFM, que dispõe pela necessidade de manifestação por escrito quanto ao destino dado aos pré-embriões congelados.

No caso em tela, a presença de contrato firmado para o tratamento traz a presunção de que o doador desejava constituir família com a consulente, porém, a resolução CFM é clara ao exigir documento por escrito deixado pelo falecido afirmando o desejo de continuidade do tratamento mesmo em caso de morte. A resolução trata de norma ética de conduta médica, para utilização das técnicas de RA, e não de norma jurídica, o que pode disseminar opiniões divergentes sobre o tema.

- Dos **PRINCÍPIOS BIOÉTICOS**: Das diversas técnicas de reprodução assistidadeocorrem inúmeras implicações jurídicas e éticas, impondo à Bioética uma preocupação relevante sobre o tema:

Os princípios da não maleficência, da isonomia, da beneficência e da autonomia, são amplamente utilizados na busca pela correta utilização destas técnicas. Segundo determinação do CFM, o princípio da autonomia é requisito indispensável no consentimento informado, sendo obrigatório o consentimento explícito dos pacientes inférteis e doadores numa eventual reprodução assistida. Resta claro que ninguém



**CREMEB**  
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA

deve ser compelido a se submeter a uma técnica de RA, sob pena de ferir tanto um princípio da Bioética, como uma ordem legal.

O consentimento deverá ser assinado antes de iniciado o tratamento, também na inseminação artificial post-mortem, em que o cônjuge, doador de sêmen a ser utilizado, deverá declarar expressamente sua concordância com um futuro uso, nesta caso, mesmo após a sua morte.

## PARECER:

A partir do século XX, a ciência alcançou através do experimento e do avanço tecnológico inúmeras descobertas direcionadas a melhorar a existência humana. O advento das técnicas de **Reprodução Assistida** é um exemplo disso, além de inegável avanço nas ciências humanas, ele trouxe muitos questionamentos e discussões jurídicas e éticas sobre suas consequências no campo social.

Como já destacado, o Código Civil aborda muito sucintamente as técnicas de RA - ainda hoje não há legislação específica sobre o tema, apesar de tramitarem vários Projetos de Lei disciplinando a matéria - mas, além das implicações jurídicas, a discussão sobre o tema deve perpassar pela Bioética, traduzida como uma espécie de equilíbrio que deve estar presente nas questões que envolvem a ciência e os avanços que dizem respeito a vida humana.

A **inseminação post mortem (IPM)** é assunto controvertido nos diversos ordenamentos jurídicos e traz discussões em todo o mundo, sendo proibida em alguns países e admitida com ressalvas em outros - a maioria entendendo que tal método não deve ser autorizado.

Além dos diversos problemas jurídicos, como estabelecer a quem caber o direito de decidir sobre o esperma ou sobre o embrião depositado ou quais as responsabilidades da clínica de fertilização, uma das questões mais relevantes é que a criança assim nascida não se beneficia de uma estrutura biparental de filiação, estando condicionada a uma família monoparental, ou seja, o filho já nasce órfão de pai, o que afetará seu pleno desenvolvimento, visto que quando um dos genitores opta por esta formação familiar suprime da criança o direito de convivência com o outro já falecido.

Apesar da legislação atribuir paternidade do inseminado ao *de cujus*, saber se a vontade de procriar deve ser protegida para além da morte, é tema que divide os doutrinadores em duas correntes principais. A que defende esta proteção, argumenta ser convergente com o direito da criança à existência. Aquela que sustenta a impossibilidade desta técnica, diz que ela não assegura o direito do filho a uma estrutura familiar formada por ambos os pais.

A corrente contrária à IPM considera que os cônjuges formam uma única parte no contrato firmado para a prestação do serviço. As declarações de vontade devem ser expressas e cada uma somente tem relevância jurídica quando unidas, formando uma única manifestação de vontade, assim, **para esta corrente, a morte funciona como causa revogadora da permissão dada pelo doador, para que ocorra a inseminação.**

O que se tem hoje como base para uma regulamentação da matéria é a Resolução CFM 1957/2010, que revogou a de Nº 1358/92. A Resolução do CFM, embora sem força de lei, estabelece as normas éticas para a





**CREMEB**  
CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA

utilização das técnicas de RA, considerando além de outros, a necessidade de harmonizar o uso destas técnicas com os princípios éticos, demonstrando que há mais de 20 anos a medicina possui interpretações próprias relativas ao tema.

A citada Resolução traz disposições sobre o assunto, mas ainda é insuficiente para regulamentar outras possíveis controvérsias, como, se a mulher tem o direito de se inseminar após o falecimento de seu esposo, optando pela formação de uma família monoparental; se a privação da convivência paterna não afeta a dignidade desse menor; e como ficam os direitos sucessórios nesse caso. Contudo, o dispositivo é inequívoco quanto a ser indispensável a autorização expressa do doador para o uso do material genético em ocorrendo o seu falecimento e sobre a responsabilidade da Clínica que aplica técnica de RA.

### **CONCLUSÃO:**

Buscando esclarecer as questões levantadas pela paciente e pela Clínica, e com fundamento nas normas citadas, pode-se concluir que a **inseminação *post mortem*** é tema muito controverso e polêmico, sendo salutar que a Clínica tenha adotado uma postura expectante quanto a realização do procedimento.

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado. Ressalte-se que, na situação em análise, o Contrato firmado dispõe que a Clínica se compromete a só liberar o material congelado expressamente por escrito pelo doador e pelo seu médico assistente e, na hipótese de falecimento do doador, a Clínica se obriga a observar as determinações contidas na legislação pertinente e nas normas expedidas pelo CFM. Os contratos não contem nenhuma cláusula disciplinando a destinação do material congelado em caso de óbito do doador.

Em não havendo a manifestação expressa no sentido de que seja feita a IPM, a Clínica que realizou o procedimento ou liberou o material genético para que ele fosse utilizado, poderá ser responsabilizada ética, civil e objetivamente. Assim, entende-se prudente e amparada na norma, a conduta da Clínica em não continuar o tratamento de fertilização sem a autorização expressa do cônjuge falecido. Desta forma, somente buscando o Judiciário - cuja decisão será proferida com base no caso concreto - poderá a consulente obter autorização para atingir o fim desejado.

Em matéria sucessória, questiona-se a possibilidade jurídica do embrião implantado após a morte do pai, dispor de direitos hereditários. Por um lado, o Código Civil/2002, em matéria de Direito da Família, admite a presunção de paternidade decorrente da inseminação artificial; por outro, em matéria de Direito Sucessório, há omissão do legislador sobre atribuir herança a alguém que no momento da morte do pai, não possuía legitimação sucessória.

É o Parecer.

Vitória da Conquista, 04 de abril de 2013.

**Cons.<sup>a</sup> Maria Lúcia Bomfim Arbex**  
**Relatora**