

Judicialização do consentimento e reconstrução judicial da vontade em reprodução assistida *post mortem*

Judicialization of Consent and Judicial Reconstruction of Will in *Post-Mortem* Assisted Reproduction

Guilherme Soares de Araújo*

RESUMO

A importância do estudo sobre o tema deste artigo encontra justificativa diante dos questionamentos judiciais sobre a manifestação de vontade e sobre o consentimento para a realização da técnica de reprodução assistida *post mortem*, que pode gerar a busca pela reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, diante da ausência da manifestação de vontade procriativa expressa em vida, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido. Tendo como principal enfoque tratar do consentimento e da manifestação de vontade procriativa na reprodução *post mortem*, realizando um estudo de casos, na tentativa de verificar o posicionamento do judiciário quanto a (des)necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido para a utilização da técnica de reprodução humana *post mortem*. Para abarcar possíveis demandas, como as tratadas nos julgados, 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. A posição que o judiciário tende adotar na ausência de manifestação expressa e inequívoca do falecido(a), sobre o destino do material genético congelado, é de que, em princípio, não haverá a possibilidade de utilização do material genético para a finalidade de procriação *post mortem*. Com ressalva para situações em que a reconstrução da vontade do falecido ou falecida, possa ser procedida por meios de provas robustas, suficiente para se concluir com precisão e clareza, a legítima vontade procriativa póstuma.

Palavras-chaves: reprodução *post mortem*; manifestação de vontade procriativa; reconstrução judicial da vontade.

ABSTRACT

The importance of the study on the topic of this article is justified in the face of judicial questions about the expression of will and consent to carry out the post-mortem assisted reproduction technique, which can generate the search for judicial reconstruction of the will of the deceased, given the absence of the manifestation of procreative will expressed during life, through the free and informed consent form. Having as main focus dealing with consent and the manifestation of procreative will in post-mortem reproduction, carrying out a case

Artigo submetido em de 6 de setembro de 2024 e aprovado em 16 de novembro de 2024.

* Mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 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>

study, in an attempt to verify the position of the judiciary regarding the (un)necessity of the free and informed consent form for the use of the technique of post-mortem human reproduction. To cover possible demands, such as those addressed in the judgments, for assisted reproduction procedures, the will of the participants must be expressed, regarding the fate that will be given to the cryopreserved embryos in the event of dissolution of the conjugal society, or of the stable union, in case serious illness or in the event of the death of one or both donors of the genetic material, or also in the event of withdrawal from the procedure, whether for any reason, the treatment intended to be carried out. The position that the judiciary tends to adopt in the absence of an express and unequivocal statement from the deceased regarding the fate of the frozen genetic material is that, in principle, there will be no possibility of using the genetic material for the purpose of procreation. postmortem. With exception for situations in which the reconstruction of the will of the deceased can be carried out using robust evidence, sufficient to conclude with precision and clarity, the legitimate posthumous procreative will.

Keywords: postmortem reproduction; manifestation of procreative will; judicial reconstruction of the will.

1 INTRODUÇÃO

A importância do estudo sobre este tema encontra justificativa diante dos questionamentos judiciais sobre o consentimento na reprodução assistida *post mortem*, o que tem gerado a busca pela reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, diante da ausência da manifestação de vontade procriativa, expressa, por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

Sobre a utilização do material genético congelado, após o falecimento do titular, a discussão gira em torno da possibilidade de utilização *post mortem* do material criopreservado, quando não existe o consentimento expresso deixado em vida por um de seus titulares, ou quando o consentimento deixado gera dúvidas quanto a sua validade e/ou autenticidade, por não ter sido expresso no momento da discussão do projeto parental.

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

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 provas que apontem para a comprovação da vontade para a fertilização *post mortem*.

Sobre o destino do material genético congelado, na ausência de manifestação expressa e inequívoca do falecido(a), em um primeiro momento, não haverá a possibilidade de utilização. Observando-se as situações em que a reconstrução da vontade, possa ser procedida judicialmente, desde que, por meios de provas capazes de demonstrar a legítima vontade para procriação póstuma.

2 RECONSTRUÇÃO JUDICIAL DA VONTADE EM REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

A busca da reconstrução da vontade por meio judicial tem ocorrido quando há dúvida sobre a manifestação da vontade para a reprodução *post mortem*, e sobre a autorização específica para a utilização do material genético para a finalidade de procriação.

Diante disto, “surge a dúvida, se a manifestação de vontade procriativa futura deve ser considerada por manifestação expressa ou caberia aferi-la por outros vetores de demonstração?” (Sá; Araújo, 2024, p. 232).

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “na ausência de manifestação sobre o destino de embriões congelados, em princípio, não haverá a possibilidade de implantação, ressalvando-se situações em que a reconstrução da vontade possa ser procedida por meios robustos de prova” (Sá; Araújo, 2024, p. 231).

Para Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, conquanto o meio mais seguro e eficaz de estabelecimento da filiação “deva ser um termo de consentimento livre e esclarecido específico e devidamente assinado, nem sempre terá existido alguma autorização expressa em vida, tornando necessário se estabelecer, por outros meios, qual seria a vontade daquele que faleceu” (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259).

A tomada de decisão entre o cônjuge sobrevivente e a clínica deve observar os parâmetros legais, além de seguir os princípios vetores das práticas de reprodução assistida, pois se trata de um assunto que facilmente pode acabar tendo que ser resolvido na esfera do Poder Judiciário, diante da relevância e das implicações advindas da utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*.

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

O ideal é que o consentimento seja colhido da forma mais segura possível, tendo em vista as consequências dele derivadas, “no entanto, argumenta-se ser possível, também, a reconstrução judicial de vontade do falecido, suprimindo sua manifestação de vontade, o problema que emerge centra-se agora, na forma dessa autorização” (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259).

Diante da falta do termo de consentimento livre e esclarecido para reprodução assistida *post mortem*, verifica-se a ocorrência de demandas judiciais com o objetivo de buscar a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida para permitir a utilização do material genético criopreservado.

Sobre a admissibilidade de outros meios de prova da decisão procriativa, para Sá e Araújo (2024, p. 233), “inexistindo manifestação escrita, uma possibilidade de buscar a satisfação da vontade do(a) morto(a) é por meio de sua reconstrução judicial”.

Para se buscar através do Poder Judiciário a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, para permitir a reprodução assistida *post mortem*, é necessário que se tenha uma robustez de provas que comprove a manifestação da vontade, apresentando clareza na argumentação.

Sobre a reconstrução judicial de vontade para procriação *post mortem*, Ana Carolina Brochado Teixeira e Anna Cristina de Carvalho Rettore, apresentam a seguinte explicação:

A reconstrução judicial de vontade do falecido, procedimento pelo qual são judicialmente ouvidas pessoas próximas ao falecido para conhecer tanto o que chegou a ser por ele expressado em vida quanto, caso não tenha sido expressado, quais eram suas crenças e opiniões para assim compreender qual seria sua provável decisão, decidindo-se (e assim “suprimindo” sua manifestação de vontade) a partir dessas informações (Teixeira; Rettore *et al.*, 2024, p. 259).

Por meio da reconstrução judicial da vontade busca-se tentar demonstrar a manifestação clara de vontade do(a) falecido(a) para a procriação póstuma, pois mesmo que o material genético tenha sido fornecido, não há uma presunção que o consentimento tenha sido concedido para uma fertilização *post mortem*.

Conforme exposto por Sá e Araújo, “quando não há manifestação expressa, é possível que familiares busquem dar voz a/ao falecida(o) para cumprir o desejo procriativo, também é

possível que outros familiares legitimados busquem interesses próprios, forjando a vontade da pessoa” (Sá; Araújo, 2024, p. 232).

Algumas hipóteses são apresentadas por Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, conforme abaixo:

Hipoteticamente, pensamos na vontade de uma mãe que perdeu um(a) filho(a) querer ser avó a partir do uso de material biológico criopreservado. E, ainda, que o marido que perdeu a esposa queira transferir o embrião congelado (ou o óvulo) a um útero de substituição para ser pai. Essas são apenas algumas conjecturas, dentre outras, que levam à reivindicação dos gametas ou embriões deixados pelo(a) falecido(a) sem que houvesse manifestação expressa (Sá; Araújo, 2024, p. 232/233).

Conforme exposto por Sá e Araújo, reafirmando o entendimento acerca da necessidade de manifestação expressa sobre os possíveis destinos de gametas e embriões congelados, “enquanto não houver disciplina legal sobre o assunto, não há como rechaçar, de plano, a possibilidade de reconstrução judicial da vontade” (Sá; Araújo, 2024, p. 237).

Pois, “o caso concreto vai apontar as peculiaridades de cada situação e a robustez das provas fundamentais à comprovação do projeto parental” (Sá; Araújo, 2024, p. 237).

Juliane Queiroz, apresenta o seguinte entendimento, sobre a utilização do material genético do(a) falecido(a):

Partindo-se de tais premissas, não se pode admitir a usurpação de material genético de um indivíduo que não tenha mais capacidade jurídica para emitir o seu consenso para um ato que carrega em si a finalidade precípua de configurar um liame de filiação, o material genético não poderá servir para o nascimento de uma criança, cuja paternidade lhe será atribuída, não tendo sido expressamente declarada a vontade do falecido em instituir a sua descendência genética, mesmo após a sua morte (Queiroz, 2015, p.135).

Abordando sobre a filiação e questões sucessórias, Sá e Araújo, apresentam os seguintes esclarecimentos:

Feitas as abordagens que envolvem a aferição da vontade do *de cuius*, expressamente ou por meio da reconstrução judicial (já que não há a obrigatoriedade de forma), é necessário incorrer nas consequências que disso emergem. A primeira delas é o fato de que, uma vez reconhecida a vontade e o direito de implantação de gametas e embriões *post mortem*, há que se falar em filiação. O vínculo que determina a filiação, em regra, nessa circunstância, não é outro senão o biológico, já que o projeto parental foi construído com base na alegação de que o(a) falecido(a) tinha essa vontade (Sá; Araújo, 2024, p. 237).

Desta forma, “a manifestação de vontade deve ser expressa por ambos, para se ter a clareza e concordância dos genitores, para, desta forma, não ser necessária a reconstrução da vontade por meio do judiciário” (Sá; Araújo, 2024, p. 231).

Por isso, “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).

Sobre a utilização do material congelado *post mortem*, Juliane Queiroz aponta o problema que pode ser gerado, na falta do consentimento, autorizando a utilização deste material:

assim, abre-se margem para os questionamentos pertinentes à licitude da técnica de fecundação assistida realizada com o sêmen do marido, após a morte deste; com o

óvulo da mulher, após a morte desta; ou com o embrião formado a partir do material genético do casal, após a morte de um, de outro, ou mesmo de ambos os genitores. O problema é particularmente considerado nos casos de solicitação do material genético, após a morte do seu titular, por parte do cônjuge supérstite, pois pode ocorrer que o titular tenha deixado o seu consentimento anterior, mas também pode ocorrer que tal eventualidade, a morte de um deles, sequer tenha sido considerada pelo casal, é, de fato, notório que na fecundação homóloga a questão mais controversa seja a procriação *post mortem* (Queiroz, 2015, p.121).

A possibilidade de reconstrução judicial da vontade em reprodução assistida *post mortem* deve ser analisada mediante a robustez das provas apresentadas, que demonstrem a clareza na argumentação, na tentativa de demonstrar a manifestação clara e inequívoca de vontade do(a) falecido(a). As implicações inerentes às questões sucessórias e patrimoniais também devem ser consideradas na análise do caso pelo juiz, nos casos de não haver uma autorização expressa do falecido(a), pois a decisão poderá afetar possíveis herdeiros e interessados numa possível herança.

3 ESTUDO DE CASOS SOBRE UTILIZAÇÃO DO MATERIAL GENÉTICO *POST MORTEM* E A RECONSTRUÇÃO JUDICIAL DA VONTADE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Neste tópico, pretende-se realizar a análise de alguns casos na jurisprudência brasileira que tratam sobre o desejo de procriação após a morte de um dos titulares do material genético, com enfoque no consentimento para reprodução assistida *post mortem*. Desta forma, foi realizada a abordagem de algumas decisões relacionadas a casos em que há discussão quanto a autorização para reprodução *post mortem*, com o objetivo de trazer os debates em torno do tema sobre a manifestação da vontade do falecido(a) para a reprodução póstuma.

Alguns dos casos tratados nesse capítulo foram analisados nos livros “Bioética e biodireito” (Sá; Naves, 2023) e “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, serão abordados neste tópico.

Os casos tratados neste capítulo foram selecionados através de pesquisa na jurisprudência brasileira, nos Tribunais de Justiça do país, no Superior Tribunal de Justiça, e no Supremo Tribunal Federal.

O que se propõe verificar com a análise destas decisões é o posicionamento do judiciário nos casos de reprodução assistida *post mortem*, quanto ao consentimento para realização da técnica de reprodução assistida póstuma, quando não há a manifestação expressa por parte do falecido(a) para a utilização do material genético para fins de procriação.

Pretende-se verificar, por meio dos julgados analisados, se diante do cenário atual de inexistência de lei para regulamentar as técnicas de reprodução humana assistida, seria possível construir uma interpretação sobre a (des)necessidade do termo de consentimento livre e esclarecido na reprodução humana *post mortem*.

Destaca-se, que a pretensão é realizar a pesquisa apenas no âmbito jurídico brasileiro, visto que já possui casos interessantes que geram questionamentos relevantes sobre o assunto.

3.1 Estudo de caso 1: pedido da esposa para utilização do material genético do marido *post mortem*

O caso tratado nesse capítulo foi analisado no livro “Bioética e Biodireito” (Sá; Naves, 2023) e no livro “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, será abordado aqui.

Este primeiro caso trata sobre a utilização de sêmen após a morte, “onde o casal decidiu armazenar o sêmen do marido em uma Clínica e Laboratório de reprodução humana, em 2009, por causa de um tratamento de melanoma do marido” (Sá; Araújo, 2024, p. 233).

No caso em questão, foi descoberto um melanoma em estágio avançado e, em decorrência da probabilidade de esterilidade ocasionada pelo tratamento, o marido optou pelo armazenamento do sêmen em uma Clínica (Paraná, Autos n. 27862/2010).

A fecundação acabou não ocorrendo durante o tratamento, quando o marido veio a óbito em fevereiro de 2010 e não deixou o TCLE manifestando seu interesse na inseminação *post mortem*. “A viúva procurou a clínica para realizar o procedimento, sem êxito, porquanto a Clínica não disponibilizou o material genético sob a alegação de que não havia autorização por escrito do titular” (Sá; Araújo, 2024, p. 233).

Diante disto, “a esposa ajuizou ação de execução de obrigação de fazer junto à 13ª Vara Cível de Curitiba (Autos n. 27862/2010), com pedido de liminar para obter acesso ao sêmen congelado de seu falecido marido” (Sá; Araújo, 2024, p. 233).

O juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, concedeu liminar, autorizando à autora da ação, a esposa, a realizar a inseminação artificial com o sêmen congelado do marido falecido (Paraná, Autos n. 27862/2010).

A liminar foi concedida em janeiro de 2011, sem ouvir a parte contrária, nos seguintes termos:

[...] não se pode senão entender que os sucessores do doador estejam legitimados a dispor do material genético, coletado em vida como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos químico e radioterápico e pela morte prematura do esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores pretender utilizar o esperma congelado para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, ante o que prescrevem os arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, sendo a pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo o que estabelecem os arts. 1791, parágrafo único, e 1.314, caput, do mesmo Código (Paraná, Autos n. 27862/2010).

Na decisão, também é afirmado que o sêmen não pode ser entendido como herança, mas que:

Prefere-se entrever nesse tratamento da matéria simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão do direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais forte e desligado do que posse lhe ter sido transferido por sucessão (Paraná, Autos n. 27862/2010).

Na contestação a clínica afirma não ter se recusado ao procedimento, mas que não poderia entregar o sêmen de pessoa falecida sem autorização judicial.

A sentença prolatada em março de 2012 seguiu a mesma linha de justificativa da liminar, com a seguinte alteração:

[...] embora o juízo tenha liminarmente determinado à clínica que procedesse à inseminação, fê-lo porque a ação foi instaurada sob uma perspectiva de recusa. [...] Não será, portanto, imposto à ré a obrigação de realizar a inseminação, no que a pretensão, portanto, improcede. Será a ré autorizada a realizar o procedimento conforme o desejo da demandante, apesar da ausência de manifestação por escrito do marido falecido, que se entende suprida judicialmente (Paraná, Autos n. 27862/2010).

Na conclusão, o juiz entendeu que havia “manifestação expressa” de vontade do marido quanto à paternidade, e que não houve lide, pois, a clínica não se negou a realizar o procedimento de inseminação, houve apenas a necessidade de suprimento judicial da vontade, já que não teve a manifestação por escrito. (Paraná, Autos n. 27862/2010)

Conforme Sá e Araújo, “firmamos o entendimento de que a conduta da clínica não poderia ser diferente, cabendo ao judiciário, uma vez inexistindo manifestação escrita ou qualquer outro meio expresso, o suprimento da vontade do falecido” (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

Para Sá e Araújo, “não disponibilizar prontamente o material biológico é ato de prudência, já que tal circunstância não é abarcada pelas regras de filiação e sucessão, consoante previsões do Código Civil” (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

Na sentença “há destaque ao Código de Ética Médica, que também contempla, por extensão, a regulação sobre a reprodução humana assistida, disposta na Resolução do Conselho Federal de Medicina” (Sá; Naves, 2023, p. 136), onde, o juiz expressa, “que tal normatização interna não supre a falta de regulamentação legal da matéria, nem corresponde a ela, pretendendo simplesmente regular a ética, não a legalidade da conduta do profissional da medicina ou dos procedimentos que realiza” (Paraná, autos n. 27862/2010).

Sobre as normas deontológicas, Sá e Naves (2023, p. 137), afirmam que “servem de parâmetro para as condutas dos profissionais da Medicina, e, é claro que ocorrerão situações que fogem à previsão das resoluções, nesses casos, os médicos poderão, em primeiro lugar, recorrer aos respectivos conselhos de classe”.

As resoluções do Conselho Federal de Medicina, embora tenham natureza de norma jurídica, e deontológica, é de vinculação restrita aos médicos, não podendo, desta forma, criar ou restringir direitos aos pacientes.

De acordo com Sá e Naves (2023, p. 136), “agiu bem a clínica em não disponibilizar o material genético do falecido sem o suprimento judicial conferido. O caso não é abarcado pelo disposto no artigo 1.597 do Código Civil, o que explica a tentativa de reconstrução judicial da vontade do falecido”.

Segundo Sá e Naves (2023, p. 137), “os avanços do uso das técnicas ditarão as novas possibilidades e o Judiciário certamente será acionado quando, da omissão de tais regras, houver a restrição ao exercício de direitos fundamentais”.

Neste sentido, ressalta-se os ensinamentos de Maria Berenice Dias (2016), acerca da temática em questão:

A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la. Nesta hipótese o filho será registrado como seu e terá direito sucessório (Dias, 2016, p. 645).

Neste caso, mesmo que o marido tenha falecido sem deixar um termo de consentimento prévio, em que manifestasse seu interesse na inseminação *post mortem*, o juiz entendeu que havia uma “manifestação expressa” de vontade do marido quanto à paternidade, dispondo que “não se pode senão entender que os sucessores do doador estejam legitimados a dispor do material genético, coletado em vida como garantia do propósito frustrado, em vida” (Paraná, autos n. 27862/2010).

3.2 Estudo de caso 2: pedido dos pais para utilização do material genético do filho *post mortem*

Neste caso os pais pretendiam utilizar o material genético deixado pelo filho falecido, de modo a terem um neto, com o material genético congelado do filho. Segundo os proponentes, o nascimento de uma criança, com o material genético do filho morto, traria alegria e ânimo para os pais enlutados.

Trata-se de pedido de alvará judicial para suprimento da vontade do filho dos autores, já falecido, para utilização de material genético (sêmen criopreservado) armazenado junto à empresa “Reproduction Clínica Urológica e Centro de Reprodução Humana Assistida”, com o fim de geração de um filho, *post mortem*.

Sobreveio sentença de improcedência, ao fundamento de que:

[...] os autores não fizeram prova da existência de prévia autorização do de cujus; pelo contrário, o documento de fls. 08/09, consistente no contrato celebrado entre Joaquim dos Reis Neves Júnior (obviamente, em vida) com a clínica urológica, há expressa autorização dele para o descarte da amostra de material genético em caso de falecimento (e não para a utilização do sêmen). Sobremais, constou do contrato que, com eventual falecimento, a amostra de material genético 'não poderá ser utilizada para quaisquer fins (São Paulo, Autos nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Os autores interpuseram o recurso de apelação, pugnando pela reforma da decisão, insistindo na autorização judicial para a inseminação pretendida. Apelação interposta contra a sentença que julgou improcedente o pedido de alvará judicial para suprimento da vontade do filho dos autores, já falecido, para utilização do seu material genético armazenado junto à empresa “Reproduction Clínica Urológica e Centro de Reprodução Humana Assistida”, para o fim de fertilização *post mortem* (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Conforme se extrai da ementa do Acórdão:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO: Apelação nº: 1000705-26.2019.8.26.0483 - Comarca: Presidente Venceslau 3ª Vara. 1ª Instância: EMENTA. Apelação. Alvará. Suprimento de vontade para fecundação *post mortem*. Pedido de autorização para uso de material genético deixado pelo filho falecido dos autores em clínica de reprodução humana assistida. Improcedência. Inconformismo dos autores. Descabimento. Contrato celebrado entre o dono do sêmen e a clínica que guarda o material criopreservado que previu o descarte da amostra em caso de falecimento negando sua utilização independentemente da finalidade. Contrato válido firmado por parte capaz em vida, sem qualquer vício de consentimento. Concessão do alvará, desconsiderando a vontade em vida do falecido, significaria desrespeito a seus direitos de personalidade. Sentença mantida. Recurso improvido. A autorização pretendida encontra óbice na vontade do detentor do material genético, que expressamente proibiu a utilização do sêmen criopreservado no caso de seu falecimento, independentemente da finalidade (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Conforme decisão prolatada, o inconformismo dos autores não foi acolhido, pois “a autorização pretendida encontra óbice na vontade do detentor do material genético, que expressamente proibiu a utilização do sêmen criopreservado no caso de seu falecimento, independentemente da finalidade” (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Conforme decisão, “não se desconhece o sofrimento dos autores pela perda do filho e a esperança renovada pelo nascimento futuro de um neto, conforme bem ponderou a Procuradoria Geral de Justiça em seu Parecer” (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Além da falta de amparo legal para o acolhimento do pedido, a situação implicaria desconsiderar contrato válido firmado por parte capaz em vida, conforme decisão:

“[...] implicaria desconsiderar os termos de contrato válido firmado por parte capaz em vida, sem qualquer vício de consentimento. Portanto a concessão do referido alvará, desconsiderando a vontade em vida do falecido, significa desrespeito a seus direitos de personalidade (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Desta forma, “prepondera a sentença por seus próprios fundamentos, pois, ainda que adotemos a posição menos restritiva, ou seja, que defende a admissibilidade da fecundação *post mortem*, a pretensão dos autores não colhe foros de prosperidade” (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

O Magistrado explicou que, “como já mencionado, o procedimento almejado pelos autores não possui regulamentação no Brasil, seja no âmbito constitucional, seja na seara infraconstitucional” (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

O Magistrado cita que “entretanto, para viabilizar a fecundação *post mortem*, poder-se-ia cogitar da aplicação do art. 1.597, inciso V, do Código Civil, que trata da presunção de paternidade decorrente de inseminação artificial heteróloga” (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Conforme a redação do art. 1.597 do Código Civil, citado pelo magistrado:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. No entanto, o referido dispositivo legal não trata da fecundação *post mortem*, o que já afasta a sua aplicação. Além disso, o texto induz, indubitavelmente, que seria necessária a existência de casamento ou, no mínimo, união estável, uma vez que fala em 'marido'. Outrossim, como se não bastasse, a disposição legal ainda faz referência à prévia autorização (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Conforme apontado pelo magistrado, o art. 1.597 não trata da fecundação *post mortem*, e além disso, ainda faz referência à prévia autorização do falecido para utilização do material genético.

Da decisão se extrai que os requerentes pretendem a liberação de material genético congelado do filho falecido com a pretensão de utilização para a técnica de inseminação artificial *post mortem*:

Na hipótese sub judice, os requerentes pretendem a liberação de material genético crioconservado do falecido filho para utilizar a técnica de inseminação artificial póstuma. Assim, ante a possibilidade física do emprego do procedimento médico almejado, os autores pretendem, em verdade, uma fecundação artificial heteróloga, sendo que o falecido sequer mantinha relacionamento amoroso com a mulher em quem seria implantado o embrião fecundado. Como se não bastasse, os autores não fizeram prova da existência de prévia autorização do de cujus; pelo contrário, o documento de fls. 08/09, consistente no contrato celebrado entre Joaquim dos Reis Neves Júnior (obviamente, em vida) com a clínica urológica, há expressa autorização dele para o descarte da amostra de material genético em caso de falecimento (e não para a utilização do sêmen). Sobremais, constou do contrato que, com eventual falecimento, a amostra de material genético 'não poderá ser utilizada para quaisquer fins' (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Desta forma, na decisão, foi considerada absolutamente improcedente a pretensão dos autores. Para fins de prequestionamento, o Magistrado registrou a seguinte observação:

observo que a solução da lide não passa necessariamente pela restante legislação invocada e não declinada. Equivale a dizer que se entende estar dando a adequada interpretação à legislação invocada pelas partes, despidiendola a menção explícita de dispositivos uma vez encontrada a fundamentação necessária, consoante entendimento consagrado no Eg. Superior Tribunal de Justiça. Ante o exposto, pelo meu voto, nega-se provimento ao recurso. Relator Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho (São Paulo, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 1000705-26.2019.8.26.0483).

Neste caso, os autores não fizeram prova da existência de prévia autorização do falecido, pelo contrário, pois existia um documento consistente no contrato celebrado entre o falecido, em vida, com a clínica urológica, onde há expressa autorização do falecido para o descarte da amostra de material genético em caso de falecimento, e não para a utilização do sêmen. Ainda constou do contrato que, com eventual falecimento, a amostra de material genético “não poderá ser utilizada para quaisquer fins”.

Diante disto, a sentença foi prolatada no sentido de que a autorização pretendida encontra óbice na vontade do titular do material genético, que expressamente proibiu a utilização do sêmen criopreservado, independentemente da finalidade, no caso de seu falecimento.

Neste caso, havia a manifestação do titular do material genético criopreservado, mas a manifestação de vontade foi no sentido de não utilização do material congelado *post mortem*, optando pelo descarte do material genético, e assim, impossibilitando a sua utilização para fins de procriação *post mortem*, conforme pretendido pelos pais.

A decisão proferida pelo juiz neste caso não poderia ser diferente, diante da manifestação do titular quanto à destinação do material genético, pois, caso a decisão fosse no sentido de permitir a utilização *post mortem* para procriação, seria contrária à vontade expressa do falecido, e neste sentido, configuraria uma ofensa ao seu direito de personalidade, constitucionalmente protegido.

3.3 Estudo de caso 3: pedido dos pais para utilização *post mortem* dos óvulos congelados da filha

O caso tratado nesse capítulo foi analisado no livro “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, será abordado aqui.

Pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, “foi julgado um caso no qual o pedido feito pelos pais, foi para a utilização de óvulos congelados da filha falecida, e posterior fecundação com sêmen de doador” (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

Na ação também constava o pedido de transferência de embrião para o útero de uma amiga próxima da falecida, que concordou em ser a gestante por substituição (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

No pedido, entre as premissas, foi alegado, ser vontade da filha ter filhos e isso era óbvio pela submissão aos incômodos, pelo os quais a filha passou, como hiperestimulação ovariana, da coleta de material biológico para congelamento (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

Quanto a questão sucessória e patrimonial, a falecida deixou um irmão, que não se opôs ao intento dos pais em ter um(a) neto(a). Quanto a autorização, verificou-se que o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) fornecido pela clínica continha apenas a hipótese de utilização posterior dos óvulos pela própria paciente, nada sendo mencionado

sobre doação, utilização ou destruição após a morte (São Paulo. Tribunal de Justiça. AC 1114911-38.2019.8.26.0100).

Na sentença, o pedido foi julgado parcialmente procedente. “Está claro que não houve manifestação escrita de vontade da falecida quanto ao uso dos seus óvulos *post mortem*, cabendo, portanto, a reconstrução judicial da sua vontade” (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

Conforme a ementa do Acórdão do referido caso:

Apelação. Alvará judicial. Reprodução humana. Sentença de improcedência. Autores que buscam autorização judicial para utilização de óvulos deixados pela filha falecida, para fertilização com espermatozoide de doador anônimo e gestado por uma amiga próxima da “de cujus” – inexistência de herdeiros, que não os próprios autores – ausência de prejuízo a qualquer interessado – inequívoca vontade da “de cujus” de gerar prole, impossibilitada em razão de sua morte – ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação *post mortem* – autorização para utilização dos oócitos – gestação em substituição que deve ser autorizada previamente pelo CRM, nos termos da Resolução do Conselho Federal de Medicina 2168/2017 – ordem judicial que não pode substituir a autorização do Conselho, que sequer se manifestou sobre o caso concreto – prévia autorização de adoção da criança pelos avós inviabilidade – adoção que deve ser oportunamente decidida, pelo juízo competente, segundo o melhor interesse da criança – Sentença parcialmente reformada – Recurso Parcialmente Provido (São Paulo. Tribunal de Justiça. AC 1114911-38.2019.8.26.0100).

Conforme observado (Sá; Araújo, 2024, p. 234), “ficou claro para o juízo, pelos documentos que instruíram a inicial, que demonstraram de forma inequívoca que a falecida tinha o firme propósito de ter um filho”.

E que, apesar da resolução deontológica vigente, à época, n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, exigir que a autorização fosse prévia e específica, observou-se que não se trata de comando legal ordinário, de modo a impedir o pedido judicial, conforme entendimento posto na sentença, de que “foi suficientemente demonstrada a anuência da falecida quanto à destinação a ser dada a seus óvulos preservados, cabendo suprimir o seu consentimento para autorizar os autores a utilizar o material genético para fecundação *in vitro*”, de modo que os embriões obtidos fossem gestados por meio de gestação por substituição (São Paulo. Tribunal de Justiça. AC 1114911-38.2019.8.26.0100).

Conforme observado por Sá e Araújo, embora a decisão tenha entendido “não ser necessária autorização judicial para a manifestação de vontade da gestante substituta, acabou por avaliar o mérito do pedido ao apontar que não havia qualquer indício de má-fé ou pretensão remuneratória por parte da amiga da falecida” (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

Na decisão consta o entendimento de não existir norma que imponha a utilização de útero solidário somente entre parentes, até o 4º grau, da falecida.

Conforme apontado por Sá e Araújo:

Por outro lado, de maneira contraditória, a decisão afirma que a utilização da gestação em substituição não prescinde da autorização do Conselho Regional de Medicina, como expressamente previsto na Resolução 2.168/17, não cabendo ao juízo a substituição do Conselho quanto à avaliação de viabilidade da gestação (Sá; Araújo, 2024, p. 234).

Para Sá e Araújo (2024, p. 235), “se por um lado a sentença caminha bem ao afirmar a inexistência de lei *stricto sensu* que impeça a realização da gestação por útero de substituição sem parentesco, de outro lado, remete a decisão ao órgão de classe”.

Conforme entendimento de Sá e Araújo (2024, p. 235):

firmamos a posição de que cabe à clínica e à equipe de saúde a responsabilidade pela aferição das condições clínicas e psicológicas da possível gestante substituta, mas consignamos não ser de competência de nenhum conselho de classe condicionar a gestação ao pré-requisito do parentesco (Sá; Araújo, 2024, p. 235).

Os autores da ação, os pais da falecida, “também fizeram outro pedido, que foi para que a criança nascida fosse registrada em nome da mãe biológica e adotada por eles. A decisão judicial reconheceu o direito de registro em nome da falecida, mas entendeu não caber a adoção pleiteada” (Sá; Araújo, 2024, p. 235).

Neste ponto, Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo (2024, p. 235), apresentam a seguinte reflexão:

Se o objetivo dos avós era fazer valer a vontade da filha em ser mãe, por que pleitear a adoção do(a) neto(a)? A guarda não seria medida suficiente para garantir o melhor interesse da criança, onde, uma vez ausentes os genitores, os avós seriam os guardiões de seus interesses? Querem eles ser genitores, ou de fato e de direito, ser avós? De todo modo, essas questões não foram enfrentadas pela decisão, que entendeu não ser possível adoção de criança que ainda não nasceu e ser o juízo incompetente para a apreciação da matéria (Sá; Araújo, 2024, p. 235).

Neste caso, o magistrado ao analisar os fatos e provas, e considerando a inexistência de herdeiros, a ausência de prejuízo a qualquer interessado, a ausência de proibição expressa quanto à utilização dos óvulos para fecundação *post mortem*, e entendendo que houve a inequívoca vontade da “*de cujus*” de gerar prole, impossibilitada em razão de sua morte, proferiu decisão favorável, diante de vários fatores que o fizeram ter convicção da vontade da falecida.

Conforme entendimento de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Thereza Meirelles Araújo, “na ausência de manifestação sobre o destino de embriões congelados, em princípio, não haverá a possibilidade de implantação, ressalvando-se situações em que a reconstrução da vontade possa ser procedida por meios robustos de prova” (Sá; Araújo, 2024, p. 231).

Não havendo a expressa autorização em vida, para utilização do material genético, após o falecimento, será necessário apresentar provas robustas e argumentos jurídicos convincentes, que possam propiciar uma decisão favorável, caso contrário, possivelmente a sentença não será procedente para permitir o uso do material genético para procriação *post mortem*.

3.4 Estudo de caso 4: pedido da esposa para utilização *post mortem* do material genético coletado após o óbito do marido

O caso tratado nesse capítulo foi analisado no livro “Compêndio Biojurídico sobre Reprodução Humana Assistida” (Sá; Araújo, 2024), e, diante da relevância para o presente trabalho, será abordado aqui.

Outro caso referente a utilização de material biológico *post mortem* foi julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, “em uma situação em que o sêmen foi coletado após o óbito do titular, sem sua autorização prévia por escrito” (Sá; Araújo, 2024, 236).

A ação foi ajuizada em 2020 pela esposa que desejava a inseminação *post mortem* com o sêmen do marido falecido, que não tinha deixado o material genético congelado, e muito menos uma autorização para procriação *post mortem*.

Conforme decisão, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou o pedido com o fundamento do material ter sido coletado após o óbito, e também pela ausência de documento probatório da vontade expressa do falecido para a procriação póstuma.

Sobre a pretensão da parte solicitante, “vale o esclarecimento de que o pedido judicial não foi para que fosse feita a coleta do material genético, mas, para que, uma vez já colhido, pudesse ser inseminado na demandante” (Sá; Araújo, 2024, p. 236).

Para Sá e Araújo, é curioso imaginar “as circunstâncias nas quais essa coleta foi realizada. O envolvimento do hospital e de profissionais de saúde sem a premissa da autorização prévia, torna a questão ainda mais complexa, já que a conduta importa em violação corporal” (Sá; Araújo, 2024, p. 236).

O juiz de primeira instância julgou improcedente o pedido, cuja decisão foi mantida em grau de recurso, sob a alegação de que “o material genético não foi fornecido pelo falecido marido da recorrente, mas sim recolhido após o óbito”, evidenciando a ausência de prévia autorização expressa por escrito (Sá; Araújo, 2024, p. 236).

Conforme síntese do Acórdão, no qual a pretensão autoral era para a autorização judicial visando a realização do procedimento de inseminação artificial homóloga *post mortem*:

APELAÇÃO. Ação de obrigação de fazer. Sentença de improcedência. Inconformismo da autora. Pretensão de autorização judicial para realização do procedimento de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Inviabilidade. Hipótese em que o material genético não foi fornecido pelo falecido marido da recorrente, mas sim recolhido após o óbito. Ausência de prévia autorização expressa por escrito. Sentença mantida. Recurso a que se nega provimento (São Paulo, Tribunal de Justiça, AC: 10005864720208260510).

A complexidade deste caso vai além do consentimento para a fertilização *post mortem*, pois além de não haver a autorização expressa do falecido para a utilização do seu material genético para a finalidade de procriação, o material genético não se encontrava sequer já extraído e congelado, mas, foi retirado já após a morte, e sem o consentimento do titular.

Considerando o exposto nos casos apresentados até aqui, a falta do consentimento para procriação póstuma, gera controvérsias que precisam ser discutidas no âmbito jurídico, diante da ausência de lei específica que trate sobre o tema.

3.5 Estudo de caso 5: pedido da esposa para utilização do material genético do marido *post mortem*

Este julgado também trata da utilização de material genético criopreservado *post mortem*, sem autorização expressa do doador. E como está em segredo de justiça não foi possível ter acesso ao inteiro teor do Acórdão.

A Juíza de primeiro grau reconheceu o direito da autora sobre o material genético de seu falecido companheiro, mas a empresa responsável pela coleta e armazenagem do sêmen alegou a inexistência de autorização expressa do doador nesse sentido.

Em sede de 2º grau de jurisdição, os Desembargadores, por maioria, entenderam que o fato de o de cujus ter guardado material genético, ao saber que poderia ter sua capacidade reprodutiva afetada pelo tratamento ao qual se submeteria, não significa que o mesmo estaria de acordo com a inseminação *post mortem* (Distrito Federal, Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC).

Conforme Ementa do Acórdão, a utilização de sêmen armazenado para inseminação artificial *post mortem* está condicionada à manifestação expressa de vontade do doador:

AÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE

DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.
2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.
3. 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.
4. Recurso conhecido e provido (Distrito Federal, Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC).

Dessa forma, o voto majoritário foi no sentido de que, diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização do material genético, presumir o consentimento do falecido, caracteriza violação ao princípio da autonomia da vontade (Distrito Federal, Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC).

Por outro lado, no voto minoritário, vencida a Relatora Desembargadora Nídia Corrêa Lima, ficou consignado que se houve a celebração de contrato para a realização de coleta e armazenagem de sêmen é porque o casal pretendia ter filhos mediante inseminação artificial, o que caracteriza a autorização implícita do de cujus.

Em sede de julgamento de Recurso de Embargos Infringentes, também foi apontado que não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, sem a manifestação expressa de vontade, e que 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, conforme ementa do julgamento:

DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

1. 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" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina)
3. Recurso conhecido e desprovido. Embargos infringentes conhecidos e não providos à unanimidade (Distrito Federal, 20080111493002EIC - (0100722-92.2008.8.07.0001).

Conforme destacado na decisão, na falta de manifestação expressa da vontade, não é possível presumir o consentimento para fertilização *post mortem*, mesmo que não exista

disposição legal contrária. Pois a utilização do material genético *post mortem*, configuraria violação ao princípio da autonomia da vontade. A decisão proferida neste julgado seguiu a mesma linha de raciocínio da maioria dos casos analisados nesta pesquisa, considerando necessário a autorização expressa do falecido(a) para a utilização do material genético *post mortem*.

3.6 Estudo de caso 6: pedido da mãe para utilização *post mortem* de material genético da filha, diante da existência de dois TCLE

Caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001), no qual a falecida tinha assinado um termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para congelamento de embriões com uma clínica de reprodução assistida em 2018, no qual restou consignado que, em caso de doença grave ou morte, o destino dos pré-embriões congelados seria decidido pelos herdeiros. Todavia, em 2019, a titular do material genético firmou termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para técnicas de manipulação laboratorial de gametas e embriões com outra clínica, ora requerida, no qual autorizou, em caso de morte ou doença debilitante da paciente, o descarte dos embriões.

Conforme relatado pela parte autora, em síntese que consta nos autos do processo:

A falecida NIAMIEM NZI KRA ANNE SANDINE, enquanto viva, firmou em 24/08/2018 com a Clínica GENESIS, sito a SHLS 716, Conjunto “L”, Centro Clinico Sul, Ala Leste, salas 328/331 – Brasília/DF, Termo de Autorização e Consentimento Livre e Esclarecido para Congelamento de Embriões, com a finalidade de tratamento de reprodução assistida. Alega que a paciente NIAMIEM NZI KRA ANNE SANDINE, ora falecida, designou sua genitora, ora requerente LAGOU ADJOUA HENRIETTE, quanto da decisão para o destino dos pré-embriões em caso de sua morte. Afirma que a paciente veio a falecer em 17/01/2022, sem conseguir realizar seu sonho que era ter ao menos um filho(a) e formar família. Informa que o material coletado (óvulos) em Brasília, no total de 6 (seis), foi transferido pela Clínica GENESIS de Brasília para a Clínica HUNTINGTON de São Paulo, onde se encontram armazenado até a presente data. Aduz, ainda, que a ré não se nega a entregar ou prosseguir na fertilização, mas apenas requer a apresentação de autorização judicial pela requerente, a fim de se resguardar de qualquer demanda ou questionamento futuro (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

Em sede de tutela de urgência, a autora requereu o prosseguimento à reprodução assistida na clínica onde se encontram os mencionados óvulos ou em outra clínica habilitada para esse tipo de reprodução, permitindo-se, inclusive, que tal material seja transferido para a Costa do Marfim, país de origem da de cujus.

A ré (clínica) apresentou contestação alegando, em síntese, que de acordo com termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para técnicas de manipulação laboratorial de gametas e embriões, a Sra. Niamien N Zi Kra Anne Sandrine fez a opção de descarte do material no caso de seu falecimento.

A síntese do julgado, apresentada por meio do relatório da sentença dispõe o seguinte:

Trata-se de Apelação Cível interposta por Espólio de Niamien N Zi Kra Anne Sandrine, representado pela genitora/herdeira Lagou Adjoua Henriette, em face da r. sentença (ID 51384247) que, nos autos da Ação proposta em desfavor da Apelada, Huntington Centro de Medicina Reprodutiva S.A., julgou improcedente o pedido inicial, que pretendia a autorização para que seja concedido à herdeira o direito sobre os embriões congelados e armazenados na clínica Ré, deixados pela filha falecida, e para que seja dado prosseguimento à reprodução assistida no

estabelecimento onde se encontram os mencionados embriões ou em outra clínica habilitada para esse tipo de reprodução, permitindo-se, inclusive, que tal material seja transferido para a Costa do Marfim, país de origem da de cujus (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

Para o Tribunal, “diante da incompatibilidade entre a derradeira manifestação e a primeira, ressoa evidente a revogação tácita da determinação prévia de que o destino dos embriões, em caso de morte da paciente, seria decidido pela genitora dela” (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

Conforme Ementa do Acórdão:

APELAÇÃO CÍVEL. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. ÓBITO DA PACIENTE. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. IMPLANTAÇÃO POST MORTEM. CUSTÓDIA PELA GENITORA/HERDEIRA. RENÚNCIA TÁCITA. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. INEXISTÊNCIA. AUTORIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

O entendimento foi de que a manifestação posterior no qual autoriza, em caso de morte ou doença debilitante da paciente, o descarte dos embriões, revogou a primeira manifestação, na qual foi consignado que, em caso de doença grave ou morte de ambos os pacientes, o destino dos pré-embriões congelados seria decidido pelos herdeiros.

O Tribunal também cita referência do STJ, da qual, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a implantação de embriões *post mortem* depende da existência de autorização prévia específica, por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

Desta forma, a decisão prolatada foi no sentido de que, “inexistente consentimento expresso e formal da falecida, por instrumento público ou particular com firma reconhecida, para a implantação de embriões *post mortem*, inviável a concessão de autorização ao espólio para a realização do procedimento” (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

A decisão levou em consideração a manifestação de vontade mais recente da falecida, optando para o descarte dos embriões em caso de morte ou doença debilitante da paciente.

Conforme o voto do Relator Desembargador Robson Teixeira de Freitas:

Em que pese Niamiem Nzi Kra Anne Sandine ter indicado à Clínica Gênesis, em 24/08/2018, que os embriões congelados e eventualmente não utilizados no prazo de 3 anos deveriam ser mantidos congelados mediante renovação anual do contrato e que, em caso de doença grave ou morte, o destino dos pré-embriões congelados seria decidido pela autora, quando da celebração do contrato com a CLÍNICA HUNTINGTON, em 30/11/2019, decidiu que “em caso de morte ou doença debilitante de um do(s) Paciente(s), a equipe da HUNTINGTON está autorizada a descartar os embriões respeitando o prazo determinado pela legislação vigente” (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

De acordo com o entendimento do magistrado, “não há dúvidas de que houve a revogação tácita do consentimento dado anteriormente à autora quanto à decisão do destino dos embriões” (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

Conforme decisão proferida pelo Acórdão do julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios:

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 8ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS - Relator, JOSE FIRMO REIS SOUB - 1º Vogal e CARMEN BITTENCOURT - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS, em proferir a seguinte decisão: Apelação conhecida e não provida. Unânime, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas (Distrito Federal, Apelação Cível, Autos nº 0710180-59.2023.8.07.0001).

Decisão Unânime, negando a possibilidade de utilização do material genético da falecida para fertilização *post mortem*, com o Desembargador Jose Firmo Reis Soub - 1º Vogal e a Desembargadora Carmen Bittencourt - 2º Vogal, votando com o relator.

Em resumo do caso, a falecida assinou termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para congelamento de embriões com a Clínica Genesis em 24/08/2018, no qual restou consignado que, “Em caso de doença grave ou morte, o destino dos pré-embriões congelados será decidido pelos herdeiros”. Em 30/11/2019, pouco mais de um ano depois, a falecida firmou termo de autorização e consentimento livre e esclarecido para técnicas de manipulação laboratorial de gametas e embriões com outra clínica, a Huntington Centro de Medicina Reprodutiva S.A., no qual autorizou, em caso de morte ou doença debilitante da paciente, a clínica a “descartar os embriões respeitando o prazo determinado pela legislação vigente”. Essa é a última declaração de vontade da falecida noticiada nos autos, e que serviu de base para a decisão proferida pelo TJDFT.

3.7 Estudo de caso 7: pedido da esposa para utilização do material genético do marido *post mortem*, onde os filhos do “de cujus” foram contrários ao pedido

Este caso trata de uma ação movida pelos filhos do “*de cujus*” contra seu cônjuge e o hospital, para obstar a implantação de embriões contendo material genético do falecido, que se encontram sob custódia do segundo réu (a clínica).

Na decisão de primeiro grau o juiz julgou procedente o pedido dos autores (herdeiros), confirmando a tutela de urgência antecedente, e no mérito proibiu a realização da implantação dos embriões. O juiz entendeu ausente a autorização expressa do falecido para utilização dos embriões, anotando a presença tão somente de opção que autoriza a custódia dos embriões (São Paulo, Autos nº 1082747-88.2017.8.26.0100).

Irresignados, os demandados (cônjuge e Clínica) interpuseram apelação, a qual foi provida pelo Tribunal Paulista. O acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, por seu turno, modificou a sentença e denegou a pretensão autoral (herdeiros), nos seguintes termos:

Já no caso de morte de um dos cônjuges, o que efetivamente aconteceu, tem-se que o casal concordou em “manter todos os embriões congelados sob custódia do cônjuge sobrevivente”. Podiam ter escolhido descarte ou doação destes, o que representariam nítida vontade de interrupção do procedimento se falecido um deles. Não o fizeram. Escolheram que permaneceria com o outro a custódia dos embriões, a entregar-lhe plena disposição destes, o que, de todo, expressamente autoriza continuidade do procedimento. Destarte, deve ser garantido a T. C. R. Z. o direito de dispor dos embriões a ela confiados, implantando-os em seu ventre, medida que concretiza, também, vontade de seu falecido marido (São Paulo, Tribunal de Justiça, Autos nº 1082747-88.2017.8.26.0100).

O Tribunal de Justiça de São Paulo concluiu que havia autorização para o procedimento de reprodução humana assistida *post mortem*, por presumir que não faria sentido que o casal tivesse decidido que os embriões congelados restassem sob custódia do cônjuge sobrevivente, se não fosse para que o referido procedimento fosse concluído com a implantação.

Os herdeiros interpuseram Recurso Especial, em desafio a acórdão proferido em sede de apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Conforme ementa do Recurso Especial nº 1.918.421 no Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6) RELATOR: MINISTRO MARCO BUZZI R.P/ACÓRDÃO: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO. EMENTA RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS INTERNA CORPORIS. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

No Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Relator Marco Buzzi conheceu em parte dos recursos especiais dos herdeiros e, na extensão, a eles negou provimento, confirmando o entendimento do TJSP, seguido pela ministra Maria Isabel Gallotti, e reconhecendo a possibilidade de implantação do material genético do falecido, pela ora recorrida, do acórdão recorrido. Sendo a divergência instaurada pelo ministro Luis Felipe Salomão, que foi acompanhada pelos ministros Raul Araújo e Antônio Carlos Ferreira.

Na fundamentação da decisão do Ministro Relator Marco Buzzi, foi abordada a omissão do Código Civil, em determinar de que maneira deve ser expressa tal vontade, e considerou necessário que o documento utilizado para a autorização seja formalmente hábil (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

Conforme o julgado do STJ (Autos REsp. 1.918.421), o Ministro Relator Marco Buzzi apresentou como fundamentação que, os contratantes que acordaram que, em caso de morte de um deles, todos os embriões congelados seriam mantidos sob custódia do outro, ao invés de descartados ou doados, confiando-os ao parceiro viúvo que representa autorização para a continuidade do procedimento, a critério do sobrevivente, sendo embriões criopreservados inservíveis a outra finalidade que não implantação em útero materno para desenvolvimento.

Outro ponto que o Relator Ministro Marco Buzzi salientou é que o “contrato celebrado com o hospital com múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento para os contratantes” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

Conforme observado no julgado pelo Ministro Marco Buzzi, “há ausência, outrossim, de lei que preveja forma específica para manifestação da vontade, Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, que ostenta caráter infralegal e é, ademais, flexível quanto à forma da manifestação de vontade”, permitindo que se dê por instrumento privado, no caso dos autos (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

O voto vencido, do Relator Ministro Marco Buzzi, que foi favorável às pretensões do cônjuge e da Clínica, foi proferido conforme apontamentos abaixo, extraídos do voto:

(VOTO VENCIDO) (MIN. MARCO BUZZI)

"[...] o Código Civil se limitou a fixar o momento no qual a autorização deveria ser prestada - prévia e antecedente ao procedimento -, porém não estabeleceu a forma para que tal aquiescência fosse concedida.

Em análise ao ordenamento jurídico pátrio, verifica-se inexistir imposição legal atinente à forma que a autorização do marido/companheiro deva ser realizada.

Ademais, frente à ordem jurídica contemporânea, é cediço que o formalismo cedeu passagem ao consensualismo ou liberalidade das formas, motivo pelo qual os negócios jurídicos não são, salvo disposição em contrário, solenes ou formais, podendo se realizar sob qualquer modalidade".

"[...] não havendo forma prescrita em lei, evidencia-se a ocorrência de atos ou negócios jurídicos consensuais, os quais independem de solenidade ou formato especial, nos termos do disposto no artigo 107 do Código Civil". "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. No caso específico dos autos, a Corte local, com amparo nas provas colacionadas afirmou categoricamente que o consentimento do falecido para a procriação '*post mortem*' foi expressamente concedido em documento escrito por ele assinado, sob o qual não paira qualquer discussão de falsidade" (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

No Acórdão, o voto do relator Ministro Marco Buzzi, mantendo seu voto anterior, foi acompanhado pelo voto da Ministra Maria Isabel Gallotti. O Ministro Luis Felipe Salomão, foi quem apresentou voto divergente, ao voto do relator, dando provimento aos recursos especiais, com o voto do Ministro Raul Araújo e do Ministro Antonio Carlos Ferreira, acompanhando a divergência.

A decisão final do Superior Tribunal de Justiça foi, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de primeiro grau, e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico do falecido, nos termos do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

Segue a íntegra do Acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando provimento aos recursos especiais, divergindo do relator, e a manifestação do relator mantendo seu voto anterior, e o voto do Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, por maioria, dar provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico de J L Z, falecido, nos termos do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão. Vencidos o relator e a Ministra Maria Isabel Gallotti. Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira. Brasília (DF), 08 de junho de 2021(Data do Julgamento) (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

No voto vencido do Ministro Marco Buzzi, o entendimento foi de que, como não há uma previsão no ordenamento sobre a forma de como a autorização deverá ser prestada, verifica-se inexistir imposição legal atinente à forma que a autorização do marido/companheiro deva ser realizada.

O voto vencedor foi do Ministro Luis Felipe Salomão, conforme apontamentos abaixo, conforme extraído do voto:

Por todo o exposto, dou provimento aos recursos especiais para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico.

- Inexistência de autorização expressa para que a implantação dos embriões ocorresse após a morte.
- Sendo assim, ressalte-se, uma vez mais, houve autorização pelo falecido, para que T DA C R Z custodiasse o material genético após a sua morte, providência diversa da

autorização para implantação dos embriões, após sua morte. Como custodiante, a ora recorrida poderá ceder o material para pesquisa, doação, descartar, ou deixar que o tempo o consuma, mas nunca implantá-lo em si, porque aí necessitaria de autorização prévia e expressa do titular do gameta que originou o embrião.

- Noutro ponto, ainda concluo que, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada.
- No mais, destaco a lição certa de Maria Berenice Dias: A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la. Nesta hipótese o filho será registrado como seu e terá direito sucessório. Sem autorização expressa, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. É necessário respeitar o princípio da autonomia da vontade (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

Do voto vencedor, do Exmo. Min. Luis Felipe Salomão, constata-se a distinção entre a autorização de custódia dos embriões após a morte do paciente e a autorização para implantação póstuma.

Na decisão no Ministro Luis Felipe Salomão foram abordadas várias questões pertinentes e relevantes, como considerar imprescindível que a manifestação de vontade se dê de maneira inequívoca, e de forma expressa e formal, conforme se extrai do voto:

Nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

O Ministro Luis Felipe Salomão também aborda sobre a utilização do contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana, como forma de legitimar a autorização para utilização do material genético, conforme se extrai do voto:

A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação post mortem de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, deve ser efetivada por testamento ou por documento análogo, por tratar de disposição de cunho existencial, com efeito a geração de vida humana (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

Em outro ponto o Ministro Luis Felipe Salomão, cita Maria Berenice Dias, para discorrer sobre a presunção do consentimento, conforme se extrai do voto:

Nas palavras de Maria Berenice Dias: “(...) A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

No Acórdão ainda tem o registro da seguinte observação emitida pelo Ministro Luis Felipe Salomão:

A decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

Neste caso, prevaleceu o entendimento de que a inexistência de autorização expressa e específica para que a implantação dos embriões ocorresse após a morte, impede a utilização do material genético do falecido para realização da procriação *post mortem*.

Conforme apontado pelo Ministro Luis Felipe Salomão, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, “imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada” (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

No acórdão é abordada a necessidade da autorização expressa, por meio do consentimento, para a utilização *post mortem* do material genético, como foi citado abaixo:

- Especificamente quanto à reprodução assistida *post mortem*, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.
- Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida *post mortem*, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.
- O Enunciado n. 633 do CJP (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 exposto consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.
- O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético *post mortem* (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.918.421-SP).

Neste caso, a norma deontológica existente, a Resolução 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, exige uma forma especial, qual seja, autorização específica daquele que deixou o material congelado, o que significa que a autorização deve ser clara, inequívoca e evidente, não passível de mera presunção ou deduções. Mesmo que o artigo 107 do Código Civil conste a previsão de que a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão, quando a lei expressamente a exigir.

A decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, julgou procedente recurso dos herdeiros que contestaram pedido de procriação *post mortem*, utilizando o material genético do marido falecido, formulado pela viúva. O julgamento foi concluído com três votos favoráveis aos herdeiros, e dois votos contrários.

Conforme o voto vencedor divergente, o Ministro Luis Felipe Salomão, afirmou que a decisão deferindo o pedido traria consequências para além da vida de uma pessoa falecida,

com efeitos existenciais e patrimoniais, sendo necessário que a sua manifestação fosse inequívoca, expressa e formal.

Neste julgamento o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o pedido sobre a implantação de embriões congelados após a morte de um dos genitores, conforme decisão proferida, entendeu pela necessidade de que a vontade seja expressa e específica, tendo em vista as repercussões patrimoniais e sucessórias, e conforme entendimento do STJ, o meio a ser utilizado deve ser o testamento ou documento equivalente.

Desta forma, deve-se reafirmar o entendimento da necessidade de manifestação expressa, específica e inequívoca, sobre o destino a ser dado ao material genético criopreservado, após o falecimento do titular, principalmente quanto a possibilidade de procriação *post mortem*.

4 CONCLUSÃO

Diante da falta do termo de consentimento livre e esclarecido, ou outro documento que comprove a autorização do falecido para reprodução assistida *post mortem*, verifica-se a possibilidade de ocorrências de demandas judiciais com o objetivo de buscar a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida para permitir a utilização do material genético criopreservado.

No caso de inexistir a manifestação escrita, uma possibilidade de buscar a satisfação da vontade do(a) falecido(a), seria por meio da reconstrução judicial da vontade, considerando a admissibilidade de outros meios de prova da decisão procriativa *post mortem*.

Para se buscar através do Poder Judiciário a reconstrução judicial da vontade do falecido ou falecida, para permitir a reprodução assistida *post mortem*, é necessário que se tenha uma robustez de prova que comprove a manifestação inequívoca a vontade, apresentando clareza na argumentação, e se utilizando também de argumentos axiológicos e jurídicos convincentes.

Por meio da reconstrução judicial da vontade busca-se tentar demonstrar a manifestação clara de vontade do(a) falecido(a), pois mesmo que o material genético tenha sido fornecido, não há uma presunção que o consentimento e autorização tenha sido concedido para a uma fertilização *post mortem*.

Enquanto não houver previsão legal que trate sobre o assunto, não há como impedir aos interessados, que busquem por meio do judiciário, a possibilidade de reconstrução judicial da vontade de procriação póstuma. Já que, apenas com a análise do caso concreto, será possível apontar e avaliar as peculiaridades de cada situação, e avaliar a robustez das provas fundamentais à comprovação do projeto parental *post mortem*.

Foi possível constatar nos julgados analisados que um dos pontos principais na análise de admissibilidade dos projetos procriativos *post mortem* são as implicações patrimoniais, pois, em todos os casos, não havia a autorização expressa do falecido(a) para a utilização do material genético para fins de procriação *post mortem*.

Verificou-se que em um dos julgados não havia terceiros manifestamente contrários a pretensão de procriação póstuma, pois os possíveis interessados, considerando a questão sucessória e patrimonial, não se manifestaram de forma contrária ao pedido autoral. Em outro julgado, os herdeiros manifestaram contrariamente à pretensão do cônjuge do falecido, para o projeto assistido *post mortem*.

No julgado em que não havia terceiros, que se manifestassem contrariamente ao pedido, a decisão foi favorável, pois além de não haver interessados contrários a pretensão dos autores, o magistrado também se convenceu da vontade procriativa da falecida, por meio das provas e argumentação apresentada.

Já no caso em que os herdeiros manifestaram contrários ao projeto assistido *post mortem*, pois, envolvia filiação e questões sucessória e patrimonial, a decisão final foi pela improcedência do pedido da autora, pois além dos herdeiros terem se pronunciado contrariamente, também não havia a autorização expressa do falecido que permitia a procriação *post mortem*.

Em um dos casos, ao analisar o pedido sobre a implantação de embriões congelados após a morte de um dos genitores, conforme decisão proferida, o STJ entendeu pela necessidade de que a vontade seja expressa e específica, tendo em vista as repercussões patrimoniais e sucessórias. Conforme entendimento do STJ, o meio a ser utilizado deve ser o testamento ou documento equivalente.

Conforme o voto vencedor divergente, o Ministro Luis Felipe Salomão, afirmou que a decisão deferindo o pedido traria consequências para além da vida de uma pessoa falecida, com efeitos existenciais e patrimoniais, sendo necessário que a sua manifestação fosse inequívoca, expressa e formal.

Na análise dos julgados foi possível verificar posições divergentes entre os magistrados quanto a comprovação da manifestação da vontade para a fertilização póstuma, sendo que alguns magistrados entenderam pela manifestação presumida em alguns casos, e, em outros casos, o entendimento foi pela obrigatoriedade da autorização por meio do termo de consentimento livre e esclarecido.

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

Para se ter a clareza do procedimento e concordância dos genitores, a manifestação de vontade deve ser expressa, e por ambos titulares, para se evitar a necessidade de se buscar a reconstrução da vontade por meio do judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. **REsp 1.918.421-SP**, 4ª Turma. Rel. Min. Marco Buzzi, R.P/ACÓRDÃO: Ministro Luis Felipe Salomão. ementa recurso especial. inexistência de negativa de prestação jurisdicional. impossibilidade de análise de ofensa a atos normativos interna corporis. reprodução humana assistida. regulamentação. atos normativos e administrativos. prevalência da transparência e consentimento expreso acerca dos procedimentos. embriões excedentários. possibilidade de implantação, doação, descarte e pesquisa. lei de biossegurança. reprodução assistida post mortem. possibilidade. autorização expressa e formal. testamento ou documento análogo. planejamento familiar. autonomia e liberdade pessoal. Julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100242516&dt_publicacao=26/08/2021

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.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios -TJDFT. **Acórdão n.º 820873, 20080111493002APC - (0100722-92.2008.8.07.0001 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça, Relatora: Nídia Corrêa Lima, Relator Designado: Getúlio De Moraes Oliveira, Revisor: Getúlio De Moraes Oliveira, 3ª Turma Cível, Data de Julgamento: 03/09/2014, publicado no DJE: 23/09/2014. Disponível em:**

<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordaoGet&numeroDoDocumento=820873>

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios -TJDFT. **Acórdão n.º 1800425, APELAÇÃO CÍVEL 0710180-59.2023.8.07.0001**. Relator: Desembargador ROBSON TEIXEIRA DE FREITAS. Órgão Julgado: 8ª Turma Cível. Data do Julgamento: 18 de dezembro de 2023, Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>

PARANÁ. 13º Vara Cível de Curitiba. **Autos n. 27862/2010**. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Sentença prolatada em 6 mar. 2012.

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.

SÃO PAULO, 42ª Vara Cível. Foro Central Cível. Comarca de São Paulo. **Autos n. 1082747-88.2017.8.26.0100**. Juiz Marcello do Amaral Perino. Sentença prolatada: “segredo de Justiça”

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Autos n.º 1082747-88.2017.8.26.0100**. Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado. Relatora: Angela Moreno Pacheco De Rezende Lopes. Rejeitaram as preliminares e deram provimento aos recursos. V. U. Os 2º e 3º Juízes Declaram Votos Concordantes. Data Julgamento: 19/11/2019

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível 1000586-47.2020.8.26.0510**. Relator(a): José Rubens Queiroz Gomes. Órgão Julgador: 7º Câmara de Direito Privado. Foro de Rio Claro – 2º Vara Cível. Data do julgamento: 11.02.2021. Data de Registro: 12.02.2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1166993827/apelacao-civel-ac-10005864720208260510-sp-1000586-4720208260510>

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça (3º Vara Cível de Presidente Venceslau). **Apelação Cível n.º 1000705-26.2019.8.26.0483**. Alvará. Suprimento de vontade para fecundação post mortem. Pedido de autorização para uso de material genético deixado pelo filho falecido dos autores em clínica de reprodução humana assistida. Improcedência. 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: Negaram provimento ao recurso. Des. Relator Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho. Sentença prolatada em 29 de novembro de 2019. São Paulo: TJSP, 2019. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 21 ago. 2024.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AC 1114911-38.2019.8.26.0100**.

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