

**UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE**

**CECÍLIA MOREIRA DA SILVA FURTADO**

**USO DO MATERIAL GENÉTICO DO DE CUJUS PARA FINS DE PROCRIAÇÃO POST  
MORTEM – ANÁLISE DOS JULGADOS 1082747-88.2017.8.26.0100 E 1000705-  
26.2019.8.26.0483 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

São Paulo

2020

CECÍLIA MOREIRA DA SILVA FURTADO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar  
apresentado como requisito para obtenção do  
título de Bacharel no Curso de Direito da  
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. DR. DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO

São Paulo

2020

CECÍLIA MOREIRA DA SILVA FURTADO

USO DO MATERIAL GENÉTICO DO *DE CUJUS* PARA FINS DE PROcriação *POST MORTEM* – ANÁLISE DOS JULGADOS 1082747-88.2017.8.26.0100 E 1000705-26.2019.8.26.0483 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar apresentado como requisito para obtenção do título de Bacharel no Curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

---

Examinador(a):

Aos meus avós Maria Isabel, Roque Cesar, Irene e Maria Helena.

*In memoriam*, ao tio Josino, Karin e Bisa Alda (dona “*arda*”, para os íntimos – benção, vó!).

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço ao meu professor orientador, Diogo Leonardo, sem a sua orientação, este trabalho não seria possível. Em adição, eu gostaria de agradecer especialmente às professoras Márcia Maria de Barros Correa, que despertou o meu amor pelo Direito Civil com a sua didática extraordinária e a personalidade melhor ainda, e Ana Cláudia Silva Scalquette, que me fez amar o direito de família, bem como introduziu o biodireito na minha vida acadêmica através de suas aulas maravilhosas, agradeço ao professor João Ricardo Brandão Aguirre, que me ensinou sucessões do melhor jeito possível. Agradeço também às minhas famílias Silveira Bueno e Furtado, famílias que me escolheram e que eu escolhi sem pestanejar, sem vocês, não existiria a Cecília Furtado. Ainda, o meu mais profundo amor aos meus pais, Roque e Romualdo, dois homens incríveis que sempre quiseram o meu bem e à minha mãe que mostrou que, com o tempo, tudo passa, “*inclusive a uva passa*”, como diz o meu tio Bastião. Também agradeço aos meus irmãos, Lucas e Filipe, sem eles eu não teria sobrevivido aos anos de 2018 e 2019. À minha sobrinha Isabel que, com apenas 4 anos, já me mostrou o que é amar incondicionalmente. Aos meus tios Adriano e Ariete, que me mostraram que é possível ser sobrinha e filha ao mesmo tempo. À Simone que foi minha mãe postiça por cerca de 7 anos com poucas reclamações. Agradeço também aos meus fiéis amigos de escola e de faculdade, em especial, às minhas amigas: Aline Molinari, uma das minhas primeiras amigas na vida, Beatriz Gimenez, que foi literalmente a minha primeira amiga no Mackenzie, Bruna Fante, que me ajudou a levantar e não riu de mim quando eu rolei as escadas no primeiro semestre, Carolina Roxo, que nunca deixou me abandonar, Livia Bueno, que me entregou luz nos momentos mais escuros, e Mariana Abreu, que sempre esteve ao meu lado desde o primeiro semestre da Universidade e me ouvindo nos momentos de desespero. Por fim, agradeço à Taylor Swift, cujas músicas me emprestaram sanidade para enfrentar os últimos 5 anos.

*“Hold on to the memories, they will hold on to  
you and I’ll hold on to you” – Taylor Swift.*

**USO DO MATERIAL GENÉTICO DO *DE CUJUS* PARA FINS DE PROcriação  
POST MORTEM – ANÁLISE DOS JULGADOS 1082747-88.2017.8.26.0100 E 1000705-  
26.2019.8.26.0483 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

**Cecília Moreira da Silva Furtado**

**Resumo:** Aborda a possibilidade de utilização de material genético, gametas ou embriões para fins de reprodução assistida após o falecimento do doador do material. A metodologia utilizada foi o estudo dos casos das Ações nº 1082747-88.2017.8.26.0100 e 1000705-26.2019.8.26.0483, ambas julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pesquisa bibliográfica, estudo das disposições do Código Civil, das Resoluções do Conselho Federal de Medicina e Provimentos do Conselho Nacional de Justiça. O presente artigo observou que há a necessidade de autorização expressa para utilização dos materiais doados, entretanto, a forma desta pode ser relativizada, sob pena de violar o direito ao planejamento familiar.

**Palavras chave:** Estudo de caso. Reprodução assistida. Falecimento. Doador. Autorização.

**Abstract:** The article approaches the possibilities involving the use of genetic material, gametes or even embryos, by the means of assisted reproduction after the donor material passed away. The methodology used was the case study of a judicial actions nº 1082747-88.2017.8.26.0100 and 1000705-26.2019.8.26.0483, both judged by the Court of Justice of the State of São Paulo, bibliographic research, study of the Civil Code dispositions, the Resolutions of the Federal Medical Council and Regulations from Nacional Council of Justice. This article concluded that it is needed an express authorization to utilize the donated material, however, the formality of the document may be relative, the lack of respect of this guideline may cause violations of the legal right to planned parenthood.

**Key words:** Case study. Assisted Reproduction. Decease. Donor. Authorization.

**Sumário:**

<b>1. Introdução.....</b>	<b>2</b>
<b>2. Planejamento Familiar .....</b>	<b>3</b>
<b>3. A Pessoa no Ordenamento Jurídico .....</b>	<b>6</b>

3.1. Começo e fim da pessoa .....	7
3.2. Disposições de última vontade.....	11
4. Reprodução Assistida.....	13
4.1. Filiação .....	14
4.2. Material genético extraído do falecido obtido ainda em vida.....	15
4.3. Caso nº 1082747-88.2017.8.26.0100 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo .....	18
4.4. Caso nº 1000705-26.2019.8.26.0483 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo .....	20
5. É possível tomar como vontade absoluta um ato realizado em vida? .....	21
5.1. Outras provas admitidas .....	21
6. Conclusão .....	22
7. Referências.....	23

## 1. Introdução

O presente Trabalho de Conclusão de Curso analisa o cabimento ou não de autorização escrita para utilização de material genético extraído em vida com fins de reprodução após a morte do doador.

Ressalte-se que não existe previsão legal no Código Civil de 2002 (“Código Civil”)<sup>1</sup> sobre necessidade de documento para a realização do procedimento, havendo somente a menção de que é possível a fertilização após o falecimento do marido, conforme previsto no artigo 1.597, inciso II, do Código Civil.

No presente artigo exploraremos duas situações: *(i)* da esposa que, após o falecimento do marido, optou pela implantação de embriões congelados, cujo material genético foi doado por si e pelo seu falecido marido, em que a tutela jurisdicional foi acionada pelos demais herdeiros, clamando pela não implantação dos embriões; e *(ii)* o caso de pais que tentaram utilizar o material genético do filho falecido para fertilização de barriga solidária com a finalidade de gerar um neto.

Em ambos casos, vemos que é averiguada, que ato em vida não é o suficiente para que seja pressuposta a vontade após a morte, ou seja, o ato de armazenamento do material não é manifestação inequívoca de vontade de ser pai ou mãe após a morte, apenas sendo possível deduzir que, eventualmente, pode ser da vontade da pessoa gerar um filho.

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 22 out. 2019.



Em breve análise do ordenamento jurídico, verificamos que a vontade do falecido é protegida após a sua morte, em adição à diversos direitos tutelados desde antes mesmo da formação da pessoa e de seu nascimento.

Esse texto busca explorar se é possível a implantação de embriões ou a utilização do material genético doado ainda em vida pelo falecido através da análise da declaração negocial e da manifestação de vontade à luz da presunção judicial acerca do tema, uma vez que inexistente norma que regule a situação, por tratar-se de temas que devem ser avaliados individualmente.

## 2. Planejamento Familiar

A família é a base da sociedade e, conseqüentemente, é protegida pelo Estado, essa premissa está devidamente prevista na Constituição Federal de 1988 (“Constituição Federal”)<sup>2</sup>, no *caput* do artigo 226<sup>3</sup>. Além da proteção jurídica da família, o artigo 226, parágrafo 7<sup>4</sup>, do mesmo diploma legal, defende o planejamento familiar.

O Código Civil de 2002 (“Código Civil”) no artigo 1.565, parágrafo 2<sup>5</sup>, possui disposição semelhante, definindo que os indivíduos assumem a condição de companheiros com a união, estabelecendo também que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, cabendo ao Estado somente o fornecimento de recursos educacionais e financeiros para subsidiarem a decisão do casal.

Primeiramente, é importante esclarecer que, apesar de constar em ambos os diplomas o termo “casal”, com a utilização de termos específicos como “homem e mulher” e “casamento”, este abrange todas as formas de família e união, de: (i) da mulher, (ii) do homem ou (iii) do casal, independente dos sexos dos integrantes ou da modalidade da união.

Essa interpretação da lei é possível em razão de entendimentos firmados pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar: (i) a Arguição de Descumprimento de Preceito

---

<sup>2</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 22 out. 2019.

<sup>3</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

<sup>4</sup> § 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (BRASIL, 2002).

Fundamental nº 132 e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277<sup>6</sup>, que assegurou o reconhecimento da união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, conferindo aos casais do mesmo sexo a possibilidade de formalizar união estável; e (ii) os Recursos Extraordinários nº 646.721<sup>7</sup> e 878.694<sup>8</sup>, com efeito de repercussão de geral, declarando inconstitucional o artigo 1.790<sup>9</sup> do Código Civil, afastando a distinção entre cônjuge e companheiro para efeitos sucessórios, equiparando o papel dos cônjuges tanto no casamento quanto na União estável.

Portanto, tanto a Constituição Federal quanto o Código Civil asseguram o direito ao planejamento familiar de homens e mulheres, sozinhos ou em casais, hetero ou homossexuais, sendo um direito de todos, cabendo ao Estado somente a instrução e disponibilização de recursos para ajudar os indivíduos nas decisões da família relativas à saúde para prosseguimento de procedimentos com o fim de procriação ou não, conforme entendimentos trazidos pela Lei nº 9.236/1996 (“Lei de Planejamento Familiar”)<sup>10</sup>, nos artigos 1º a 3º<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...]. Relator: Min. Ayres Britto, 05 mai. 2011. Brasília, DF: Diário da Justiça, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Direito Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil. À sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 maio 2017. Brasília, DF: Diário da Justiça, 11 set. 2017, [2017a]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Direito das Sucessões. Recurso Extraordinário. Dispositivos do Código Civil que preveem direitos distintos ao cônjuge e ao companheiro. Atribuição de repercussão geral. [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 maio 2017, [2017b]. Brasília, DF: Diário da Justiça, 06 fev. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>9</sup> Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: [...]. (BRASIL, 2002).

<sup>10</sup> BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.263%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%201996.&text=Regula%20o%20C2%A7%207%2C%20BA%20do,penalidade%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.263%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%201996.&text=Regula%20o%20C2%A7%207%2C%20BA%20do,penalidade%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias). Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>11</sup> Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. (BRASIL, 1996).

O planejamento familiar, conforme o entendimento da professora Flávia Piovesan<sup>12</sup>, engloba o direito reprodutor, reconhecendo este como direito básico, cujo seu exercício e controle cabe somente ao indivíduo, cabendo ao Estado somente fornecer os meios e recursos para o exercício do direito reprodutor de forma responsável, sem qualquer forma de interferência por meio de “coerção, violência ou discriminação”. Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior adicionam:

O casal pode decidir livremente sobre o planejamento familiar. Deve, para tal decisão, obedecer os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável. Inexistindo tais pressupostos na decisão do casal (que é livre), como encarar a questão? Poderia o Estado, sem que houvesse paternidade responsável, ingerir-se no planejamento familiar? Inegável que a expressão “paternidade responsável” é ampla, mas, em casos-limites, não se poderia falar em ingerência do Estado.<sup>13</sup>

Segundo as conclusões dos autores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, a família e o planejamento familiar devem seguir os ditames do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio é entendido pela Ministra Carmen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, como:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal” (p. 4). Aliás, para a mesma autora, a dignidade humana consubstancia verdadeiro “super princípio constitucional” (p. 10); “norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo” (p. 8). Reconhece também esse caráter de conceito apriorístico, José Afonso da Silva em seu Poder constituinte e poder popular. São Paulo: Malheiros, 2000, no capítulo específico intitulado “A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”, fls. 146; também assim, Ana Paula de Barcellos, encarecendo que se trata de “axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente” (A eficácia jurídica, cit., pág. 103-104).<sup>14</sup>

Logo, entende-se, pelos dispositivos da Lei, que cabe ao Estado a proteção da família e dos princípios que a sonda, como planejamento familiar, direito à reprodução e dignidade da pessoa humana.

Entretanto, apesar de restar claro que o Estado deve apenas fornecer meios e informações para oferecer opções para o planejamento familiar, verifica-se que cabe ao Estado assegurar a dignidade da pessoa humana.

---

<sup>12</sup> PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 491 e 507.

<sup>13</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Votorantim, 2011, p. 558.

<sup>14</sup> PIOVESAN, 2018, p. 637.

Ao assegurar a dignidade da pessoa, o Estado pode vir a interferir, caso seja acionado, em no planejamento familiar para preservar os direitos de ambos os cônjuges, mesmo que um deles já tenha falecido.

No caso do falecimento de pessoa e vontade do cônjuge sobrevivente de constituir “nova” família através de procedimentos de fertilização ou implantações de embriões, caso acionado, o judiciário poderá interferir no planejamento familiar da pessoa para assegurar que o direito do cônjuge falecido não seja violado, ou seja, que este não seja “obrigado” a ser pai/mãe de criança após a morte, caso essa seja sua vontade deixada ainda em vida.

### 3. A Pessoa no Ordenamento Jurídico

O artigo 2º<sup>15</sup> do Código Civil prevê que o início da personalidade se dá com o nascimento com vida, entretanto, isso não significa que os ainda não nascidos não sejam titulares de direito, mas sim que este não possui direitos em sua plenitude, sendo o principal desses o direito ao nascimento.

Além de determinar o início da personalidade, o Código Civil estabelece em artigo 1º que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Sobre a capacidade, Silvio Venosa<sup>16</sup> entende que somente “o ser humano pode ser titular das relações jurídicas”, logo, apenas a pessoa pode ter personalidade, sendo um conceito preso ao outro. Carlos Roberto Gonçalves<sup>17</sup> adiciona que a personalidade é adquirida com o nascimento, definindo como: “aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil”.

Ainda sobre o tema, o Silvio Venosa<sup>18</sup> ensina que a personalidade não é apenas um direito, mas sim um conceito abstrato no qual os direitos fundamentais da pessoa se apoiam. Os direitos que se dizem personalíssimos, na prática, tratam de direitos materiais e imateriais, como: direito à vida, à liberdade, à igualdade, à intimidade, ao lar, etc.

O artigo 5º da Constituição Federal estabelece diversos desses direitos em seus incisos que são, em suma, uma garantia da manutenção da convivência em sociedade e da preservação do próprio ser humano, ou seja, os direitos elencados são considerados básicos e constituem a personalidade. Silvio Venosa também faz um adendo à forma em que os direitos da personalidade são classificados:

---

<sup>15</sup> Art. 2º-A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (BRASIL, 2002).

<sup>16</sup> VENOSA, Salvo de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral, 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018a, p. 124.

<sup>17</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Parte Geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 98.

<sup>18</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte Geral. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 179 e 181.

(a) são inatos ou originários porque se adquirem ao nascer, independentemente de qualquer vontade; (b) são vitalícios, perenes ou perpétuos, porque perduram por toda a vida. Alguns se refletem até mesmo após a morte da pessoa. Pela mesma razão são imprescritíveis porque perduram enquanto perdurar a personalidade, isto é, a vida humana. Na verdade, transcendem a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento; são também imprescritíveis; (c) são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato; (d) são absolutos, no sentido de que podem ser opostos *erga omnes*. Os direitos da personalidade são, portanto, direitos subjetivos de natureza privada.<sup>19</sup>

O fato de uma pessoa ser dotada de personalidade também faz com que esta seja juridicamente capaz, contudo, os graus de capacidade variam de acordo com a idade e capacidade mental, conforme as restrições previstas no artigo 4<sup>o</sup><sup>20</sup> do Código Civil. Sobre a capacidade jurídica, Silvio Venosa ainda adiciona:

Todo ser humano é pessoa na acepção jurídica. A capacidade jurídica, aquela delineada no art. 1º do vigente diploma, todos a possuem. Trata-se da denominada capacidade de direito. Todo ser humano é sujeito de direitos, portanto, podendo agir pessoalmente ou por meio de outra pessoa que o represente.<sup>21</sup>

A capacidade jurídica, portanto, consiste na possibilidade de contrair obrigações, a personalidade, por outro lado, respalda-se na titularidade de direitos das mais diversas esferas, dentre esses, fundamentais.

### 3.1. Começo e fim da pessoa

A personalidade se inicia com o nascimento com vida, sendo que a capacidade se desenvolve com o passar do tempo. Além disso, existem os ainda não nascidos, que são juridicamente tutelados apesar de não possuírem a personalidade em pleno gozo. Contudo, os nascituros possuem uma gama de direitos resguardados desde a sua concepção. Carlos Roberto Gonçalves, citando Washington Monteiro de Barros, sintetiza:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de

<sup>19</sup> VENOSA, 2018a, p. 170.

<sup>20</sup> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos. (BRASIL, 2002).

<sup>21</sup> VENOSA, op. cit., p. 124

condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial chama Planiol de antecipação da personalidade.<sup>22</sup>

A tutela desses direitos está devidamente prevista em diplomas como o Código Civil e Código Penal de 1940<sup>23</sup>, na Lei nº 11.804/2008<sup>24</sup>, conhecida também por Lei de Alimentos Gravídicos. Essas leis asseguram os direitos do nascituro desde a sua concepção, como, por exemplo: o direito ao nascimento e desenvolvimento, o direito patrimonial, o recebimento de alimentos que garantam a sua existência e desenvolvimento.

Além de direitos básicos que assegurem a sua sobrevivência, o nascituro pode receber doações e legados, assim como pode ser titular de sucessão. O nascituro possui também dignidade e, de acordo com entendimentos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, honra.

Apesar de ser direito da personalidade de pleno gozo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu decisão<sup>25</sup> definindo que a honra também é direito inerente ao nascituro. A decisão resguardou a honra de nascituro, reconhecendo que apesar de ainda não nascido, este pode ser sujeito ativo no pleito de indenizações quanto a danos morais, desde que

<sup>22</sup> GONÇALVES, 2019, p. 108.

<sup>23</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>24</sup> BRASIL. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm). Acesso em: 07 jun. 2020.

<sup>25</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. (10. Câmara) **Apelação nº 0201838-05.2011.8.26.0100**. Ação indenizatória. Nascituro. Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Inteligência do art. 2º, do CC. Capacidade ativa, de ser parte, estar em juízo. Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial. Direito de expressão. Abuso. Configuração. Uso deste que deve se dar com responsabilidade. Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor. Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada. Sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Comprometimento. Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos. Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão. Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5o, inc. IX e X; 220, § 2o; e 221, inc. I, todos da CR. Dano moral. Ocorrência. Indenização. Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas consequências. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento. Relator: Des. João Batista Vilhena, 06 nov. 2012. São Paulo, SP: Diário da Justiça, 27 nov. 2012. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=ABFB6CADEA67B21B91FE8D11234BD1D1.cjsg3?conversationId=&cdAcordao=6354847&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_66a400c6fdcf443990dd0ea80720184d&g-recaptcha-response=03AGdBq26fb4avW8BpVHZmjkvOmJ6hMOYN71KQ8p6yRzQLXA6LygWz217coMdXzA\\_hHYUeYiOFc3CSzHK7e4gYc\\_zBaTXvESgq\\_9Sm82A4ZwMJP4A4yZpgVGydcpcn\\_yrW9tJhpYOang196P65i8rE4oGNP3y-NfvU-42BVjzrCaM8s9hM\\_9APVwFWdIFCWQRWYM9a4g7SpD9K4PeXEOZSdAg09tSO79Rya9\\_VuO1qSksNFBXDBq4yb5pHeF67rIqfRMD9EHjL1N1S-9ZNY09b0PAvHQyxXhIKsUbtEb5aeiNozQ\\_-f8t-V1YplJoc\\_IBHdJllQqaPaR9H-8XCIfwDmuicbnptOTLaJuZSyWU1wAb623Ny0wOjC9ozL5zKIL-kh0dtsX8cewW0sy1FtmZutFuq76mo-SzhDAA](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do;jsessionid=ABFB6CADEA67B21B91FE8D11234BD1D1.cjsg3?conversationId=&cdAcordao=6354847&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_66a400c6fdcf443990dd0ea80720184d&g-recaptcha-response=03AGdBq26fb4avW8BpVHZmjkvOmJ6hMOYN71KQ8p6yRzQLXA6LygWz217coMdXzA_hHYUeYiOFc3CSzHK7e4gYc_zBaTXvESgq_9Sm82A4ZwMJP4A4yZpgVGydcpcn_yrW9tJhpYOang196P65i8rE4oGNP3y-NfvU-42BVjzrCaM8s9hM_9APVwFWdIFCWQRWYM9a4g7SpD9K4PeXEOZSdAg09tSO79Rya9_VuO1qSksNFBXDBq4yb5pHeF67rIqfRMD9EHjL1N1S-9ZNY09b0PAvHQyxXhIKsUbtEb5aeiNozQ_-f8t-V1YplJoc_IBHdJllQqaPaR9H-8XCIfwDmuicbnptOTLaJuZSyWU1wAb623Ny0wOjC9ozL5zKIL-kh0dtsX8cewW0sy1FtmZutFuq76mo-SzhDAA). Acesso em: 12 abr. 2020.

devidamente representado pelos seus genitores, uma vez que não possuem a capacidade de exercício, mas tão somente a de direito, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves<sup>26</sup>.

Além de inerentes aos nascituros, alguns dos direitos da personalidade prevalecem após a morte, mesmo que a personalidade já tenha sido extinta, conforme prevê o artigo 6º<sup>27</sup> do Código Civil.

Nestes casos, a defesa dos interesses do falecido é exercida por seus parentes, ou seja, representantes legais, conforme redação do artigo 12 do Código Civil, veja-se:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.<sup>28</sup>

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu decisão<sup>29</sup> que entendeu pela violação do direito de imagem do falecido e, conseqüentemente, de seus direitos de personalidade, indenizando os genitores por danos morais.

O Código Civil também prevê, no capítulo destinado aos direitos da personalidade, a possibilidade de manifestar ainda em vida vontade acerca da disposição corporal após a morte:

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.<sup>30</sup>

Entretanto, após a morte, a vontade do *de cuius* não é absoluta em todas as circunstâncias. Observamos um exemplo da possibilidade de revogação de vontade do falecido no caso de doação de órgãos, uma vez que, mesmo que haja autorização expressa do falecido, qualquer das pessoas previstas na Lei 9.434/1997 (“Lei de Doação de Órgãos”)<sup>31</sup>, em seu artigo 4º<sup>32</sup>, pode obstar a doação.

<sup>26</sup> GONÇALVES, 2019, p. 100.

<sup>27</sup> Art. 6º-A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva. (BRASIL, 2002).

<sup>28</sup> BRASIL, 2002.

<sup>29</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (1. Câmara). **Apelação nº 1004367-41.2016.8.26.0438**. Responsabilidade civil. Matéria jornalística. Programa televisivo e canal de vídeo no Youtube. Falecimento de menor por suposta overdose de entorpecente. Divulgação não autorizada de imagens de adolescente. Violação de direito de personalidade. Abuso da liberdade de Imprensa. Responsabilidade solidária da "cabeça de rede" e da afiliada. Dano à honra objetiva. Requerentes atingidos reflexamente. Indenização devida. Recurso improvido. Relator: Des. Augusto Rezende, 26 fev. 2019, [2019a].

<sup>30</sup> BRASIL, 2002.

<sup>31</sup> BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da

Essa possibilidade foi posteriormente confirmada pelo Decreto nº 9.175/2017<sup>33</sup>, no artigo 20<sup>34</sup>, que determina que a doação deve ser autorizada pela família do falecido, não bastando eventual autorização em vida por parte do *de cuius*. Sobre o tema, Lorena Maynard complementou que: “Não se prestigiou, portanto, a vontade do potencial doador, mesmo que em vida este tivesse deixado clara sua intenção, seja por documento formal ou pessoal seja por qualquer meio idôneo de manifestação”.<sup>35</sup>

A vontade do falecido também pode ser desconsiderada em algumas disposições sucessórias em relação às disposições testamentárias, podendo até mesmo serem consideradas nulas.

As disposições sucessórias são traduzidas no testamento, que é negócio jurídico unilateral personalíssimo<sup>36</sup> feito por pessoa capaz, conforme determina o artigo 1.857 do Código Civil.

Além disso, o testamento é regido pelas normas do negócio jurídico, sendo submetido, portanto, aos requisitos de reconhecimento de validade do negócio jurídico. No testamento, devem ser observadas as formalidades: (i) existência, (ii) validade e (iii) eficácia, ou seja, se ausentes esses requisitos, não há negócio jurídico, conforme determinado pelo artigo 104<sup>37</sup> do Código Civil.

---

República, [1997]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm). Acesso em 22 out. 2019.

<sup>32</sup> Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (BRASIL, 1997).

<sup>33</sup> BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm). Acesso em: 22 out. 2019.

<sup>34</sup> Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, somente poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização.

§ 1º A autorização deverá ser do cônjuge, do companheiro ou de parente consanguíneo, de maior idade e juridicamente capaz, na linha reta ou colateral, até o segundo grau, e firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

§ 2º Caso seja utilizada autorização de parente de segundo grau, deverão estar circunstanciadas, no termo de autorização, as razões de impedimento dos familiares de primeiro grau. (BRASIL, 2017).

<sup>35</sup> MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas et al. Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**. [online], v. 16, n. 3, p. 122-144, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>. Acesso em 05 abr. 2020.

<sup>36</sup> Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo. (BRASIL, 2002).

<sup>37</sup> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. (BRASIL, op. cit.).



Aliás, uma vez que o testamento é negócio jurídico, este “busca produzir determinado efeito no campo jurídico”<sup>38</sup>, seguindo, portanto, as disposições quanto às anulações e nulidades, logo, entende-se que o que anula atos jurídicos, anula o testamento.

Flávio Tartuce<sup>39</sup> defende que o testamento é manifestação de vontade individual, devendo ter conteúdo lícito e com finalidade específica, ainda, o autor ressalta que a grande diferença entre um negócio jurídico e um testamento é, resumidamente, que “o contrato é um negócio jurídico *inter vivos* e o testamento, um negócio jurídico *mortis causa*”.

Ante o exposto, presume-se que existem direitos que nascem na concepção do ser e que se prolongam após a morte, podendo ser postulados pelos representantes dos indivíduos, caso lhes careça capacidade.

Além disso, verifica-se também que não existe direito ou disposição contratual absoluta, podendo até mesmo deixar de ser considerada, para atos futuros, manifestação de vontade inequívoca deixada em vida se esta for impugnada pelos representantes legais do eventual falecido.

Ou seja, caso haja a demonstração de ameaça ou violação a direito ou até mesmo vícios no instrumento, no caso do testamento, este pode ser revogado e, conseqüentemente, as disposições nele constantes não serão cumpridas.

### 3.2. Disposições de última vontade

Conforme acima apontado, o testamento é: negócio jurídico, unilateral, personalíssimo e revogável, consistindo em disposição de última vontade patrimonial ou não, assim como previsto no parágrafo segundo do artigo 1.857<sup>40</sup> do Código Civil.

Apesar do testamento ser considerado como disposição de última vontade, este pode ser realizado a qualquer tempo desde que a pessoa seja capaz, conforme reconhecido pelo artigo 1.860<sup>41</sup> do Código Civil. Sobre o testamento, Flávio Tartuce entende que:

Além de constituir o cerne da modalidade sucessão testamentária, por ato de última vontade, o testamento também é a via adequada para outras manifestações da liberdade pessoal. [...] Pode-se definir o testamento como um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para

<sup>38</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018b, p. 608.

<sup>39</sup> TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 401.

<sup>40</sup> Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado. (BRASIL, 2002).

<sup>41</sup> Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos. (BRASIL, op. cit.)

depois de sua morte. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência. [...] Em outras palavras, o objeto do testamento pode ser existencial, relacionado à tutela da pessoa humana, e aos direitos da personalidade, aqueles inerentes à pessoa humana, no sentido de serem originários (inatos).<sup>42</sup>

O testamento, por não tratar exclusivamente sobre disposições patrimoniais, pode tratar sobre diversos temas. O documento pode tratar de temas como a disposição do corpo ou de eventual material genético, etc., um exemplo é o testamento criogênico<sup>43</sup>, que surgiu com o julgamento do Recurso Especial nº 1.693.718/RJ pelo Superior Tribunal de Justiça, em que foi admitido como possível e válida disposição que o falecido demonstrasse a vontade da destinação de seu próprio corpo para o congelamento sobre uma perspectiva de ressurreição no futuro.

Considerando as possibilidades de disposições testamentárias, o falecido pode dispor em documento sobre eventual material genético que tenha sido obtido para fins reprodutores, podendo, portanto, optar pela permissão da utilização ou determinar o descarte imediato destes. Entretanto, as diretrizes sobre o material podem ou não constarem em testamento, e ainda assim serem consideradas igualmente válidas.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu sobre o tema em dois processos diferentes, cada um com seu entendimento, uma vez que nestes casos, já que inexistente presunção legal a ser seguida sobre o tema, o Juízo deverá julgar de acordo com as especificidades dos casos, decidindo acerca das manifestações de vontade e negociais deixadas pelo falecido.

Ambos casos enfrentados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tratam de material genético obtido em vida cujo destino não havia sido esclarecido em testamento, entretanto, os falecidos deixaram orientações em declarações negociais, logo, cada caso foi decidido de acordo com a convicção do Juízo sobre os contratos firmados, assim como as disposições nestes, pelo falecido em vida, sendo que, enquanto em um caso foi permitida a utilização do material para fins de reprodução assistida, o outro foi determinado o descarte.

---

<sup>42</sup> TARTUCE, 2020, p. 393-394.

<sup>43</sup> Em julgado de 2019, o Superior Tribunal de Justiça acabou por admitir o chamado testamento criogênico, com o destino do corpo para congelamento e eventual ressuscitação no futuro, em virtude da evolução e aprimoramento da medicina e de outras ciências; sem a necessidade de observância de qualquer formalidade quanto ao ato de última vontade. Conforme a tese fixada no decisum, “não há exigência de formalidade específica acerca da manifestação de última vontade do indivíduo sobre a destinação de seu corpo após a morte, sendo possível a submissão do cadáver ao procedimento de criogenia em atenção à vontade manifestada em vida” (STJ, REsp 1.693.718/RJ, 3.ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.03.2019, DJe 04.04.2019). (TARTUCE, 2020, p. 393-394).

#### 4. Reprodução Assistida

A reprodução assistida consiste na assistência, através de facilitação da gravidez por métodos científicos, a professora Ana Cláudia Scalquette resume a reprodução assistida em duas formas, podendo ser o:

[...] aconselhamento e acompanhamento da periodicidade da atividade sexual do casal a fim de otimizar as chances de que ela resulte em uma gravidez; ou pelo emprego de técnicas médicas avançadas, de modo a interferir diretamente no ato reprodutivo, objetivando viabilizar a fecundação.<sup>44</sup>

A reprodução assistida é recomendada no caso de dificuldades do casal de conceber filhos da forma natural, seja por idade, impotência, ou por casais do mesmo sexo que buscam gerar filhos.

A diferença entre as técnicas médicas de reprodução assistida consistem: (i) inseminação artificial: o espermatozoide pode ser inserido no colo do útero ou diretamente dentro do útero; e (ii) fecundação *in vitro*: fecundação extra uterina dos gametas, com a posterior inserção do embrião ou embriões no útero materno, ou seja, implantação de embriões.

Os procedimentos podem ser realizados com os materiais genéticos dos próprios cônjuges ou doados.

A técnica está devidamente prevista no Código Civil, entretanto, carece de regulação mais a fundo. Neste momento, há, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4.892/2012<sup>45</sup>, apensado à diversos outros projetos, que institui o Estatuto da Reprodução Assistida.

O projeto define princípios e diretrizes para que as técnicas sejam empregadas, abordando inclusive a reprodução assistida *post mortem*, determinando, no artigo 35<sup>46</sup>, que deve haver “manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado”, o documento deve conter a pessoa destinada a gestar ou receber os gametas.

<sup>44</sup> SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 1. ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 58.

<sup>45</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.892, de 2012**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Câmara dos Deputados: dez. 2012. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1051906](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906). Acesso em: 4 jun. 2020.

<sup>46</sup> Art. 35. É permitido o uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservado, descrevendo:

I – a pessoa que deverá gestar o ser já concebido, em caso de embrião;

II – a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção. Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento. (BRASIL, 2012).

Ainda, o Estatuto de Reprodução Assistida estabelece<sup>47</sup> que não é possível a utilização do material genético sem o consentimento expresso do doador material genético, independente de manifestação de familiares no sentido contrário.

Atualmente, entretanto, a lei permite o emprego de técnicas médicas para reprodução *post mortem* sem regulação a fundo, sendo utilizadas Resoluções e interpretações da Lei para que o procedimento seja realizado, seja através da inseminação artificial, seja pela implantação de embriões.

Contudo, tais procedimentos acarretam consequências jurídicas de sucessão e potencial violação ao direito do falecido, uma vez que a vontade de ter filhos em vida não acarreta na vontade de conquistar o mesmo feito após a morte.

#### 4.1. Filiação

Primeiramente, é necessário ressaltar que o Código Civil e a Constituição Federal não fazem distinção entre os filhos, sendo eles adotivos ou não, gerados ou não durante o casamento, concebidos ou não de forma natural.

Ou seja, os filhos oriundos de procedimentos de reprodução assistida, mesmo que gerados após a morte de um dos pais, possuem os mesmos direitos que os demais filhos, inclusive à herança. Sobre o tema, a professora Ana Cláudia Scalquette adiciona:

Em relação à reprodução assistida, a legislação civil expressamente confirmou, no caso de fecundação artificial homóloga, que, por presunção legal, é filho do casal aquele havido mesmo após a morte do marido. Na heteróloga, embora não haja previsão expressa de presunção de filiação para aquele que nasce de embrião excedente após a morte de um dos genitores, há que se pensar quem é esse ser, se não seria ele tão filho quanto aquele que nasce enquanto ambos os “pais” estão vivos.<sup>48</sup>

O Código Civil também prevê, no artigo 1.597, a possibilidade da concepção de filhos do próprio casal após a morte de um dos cônjuges, veja-se:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:  
 III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;  
 IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;  
 V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário. (BRASIL, op. cit.)

<sup>48</sup> SCALQUETTE, 2010, p. 45.

<sup>49</sup> BRASIL, 2002.

Observando as disposições do Código Civil, considera-se legítima a concepção de filhos através de reprodução assistida após a morte de um dos cônjuges, seja pela inseminação artificial homóloga ou heteróloga (desde que autorizada), ou pela implantação de embriões, sendo que esses filhos são vistos da mesma forma que os eventualmente gerados sem “intervenções” e, conseqüentemente, possuem os mesmos direitos.

Contudo, no caso de reprodução assistida *post mortem*, podemos vislumbrar duas situações: (i) a utilização de material genético doado pelo falecido e (ii) a implantação de embriões já existentes à época da morte do cônjuge.

#### **4.2. Material genético extraído do falecido obtido ainda em vida**

Conforme mencionado, o Código Civil prevê, no artigo 1.597, a possibilidade da concepção de filhos após o falecimento do cônjuge. Entretanto, apesar do Código Civil expressamente referir-se à fecundação “mesmo que falecido o marido”, pode admitir-se que existe a mesma possibilidade quando do falecimento da esposa, com o aproveitamento de seus óvulos, apesar da omissão do Código Civil sobre o ponto. Sobre o tema, a professora Ana Cláudia Scalquette propõe: “Cremos que a autorização expressa da mulher no sentido de que seu material possa ser utilizado mesmo após a sua morte resguarda-lhe o mesmo direito conferido ao varão, traduzindo o respeito ao tratamento igualitário previsto constitucionalmente”.<sup>50</sup>

Sobre a reprodução *post mortem*, é possível extrair inúmeros debates, dentre eles, acerca da sucessão, tendo em vista que é constitucionalmente<sup>51</sup> assegurado, no rol de direitos fundamentais, o direito à herança.

Apesar de devidamente previsto no artigo 5º, XXX, da Constituição Federal, Eduardo de Oliveira Leite<sup>52</sup> entende que, caso a criança não tenha sido gerada até a abertura da sucessão, esta não tem direito à herança de seu genitor.

A professora Ana Cláudia Scalquette<sup>53</sup>, entretanto, entende que existe uma possibilidade do filho ainda não gerado à época da abertura da sucessão ser beneficiado por

<sup>50</sup> SCALQUETTE, 2010, p. 180.

<sup>51</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXX - é garantido o direito de herança; [...]. (BRASIL, 1988)

<sup>52</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**: do Direito das Sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 109.

<sup>53</sup> SCALQUETTE, op. cit., p. 75.

eventual herança, entretanto, este depende de seu progenitor deixar em testamento bens reservados ao filho não concebido, conforme consta no artigo 1.799<sup>54</sup> do Código Civil.

Maria Berenice Dias<sup>55</sup>, por outro lado, defende que desde que autorizada a utilização genética do falecido para tais meios, o filho gerado terá sim direito à herança.

Contudo, conforme a redação do próprio artigo, para receber quaisquer benefícios, o filho já deve estar vivo na abertura da sucessão.

Ou seja, apesar de permitida a utilização de material genético obtido em vida para fins de reprodução assistida *post mortem*, a concepção desses filhos pode gerar “problemas” na sucessão e vetar ao filho seus próprios direitos fundamentais, como o direito à herança.

Além disso, apesar do Código Civil não exigir a autorização do cônjuge falecido para a utilização de seu material genético *post mortem*, surge outro embate, uma vez que há previsão de necessidade de autorização no caso de fertilização heteróloga<sup>56</sup>.

Entretanto, mesmo que não haja previsão legislativa neste sentido, supõe-se que o doador deverá autorizar expressamente a utilização do material genético para fins reprodução após a sua morte, uma vez a vontade deixada em vida não pode ser presumida como vontade absoluta após a morte, ou melhor, a vontade de ser pai ou mãe de uma criança durante a vida não resulta na presunção da mesma vontade após a morte do doador.

A situação se repete no caso de implantação de embriões com o material genético do cônjuge falecido, a professora Ana Cláudia Scalquette aponta:

Acreditamos, diferentemente, ser indispensável a manifestação expressa e inequívoca do consentimento dos envolvidos, exatamente para conferir segurança ao procedimento que poderá ser realizado, conforme permissivo legal, mesmo após o falecimento do marido. A abertura legislativa nos faz entender que para que se possa proceder a utilização de material criopreservado, seja sêmen ou óvulo ou o próprio embrião, não há outra forma segura senão aquela que exige o consentimento inequívoco do casal. [...] Pelo exposto, não pode ser outra a nossa conclusão: ainda que a fecundação seja realizada com material do próprio casal, para que vícios de consentimento sejam evitados e para que possa ser autorizada ou não a utilização desse material após a morte de qualquer um dos genitores, mas, sobretudo, para que se garanta a isonomia de tratamento entre os envolvidos, a autorização de ambos – futuros pai e mãe – é indispensável.<sup>57</sup>

Ou seja, uma vez que a utilização do material consiste em forma de disposição, o doador deve consentir não apenas através da manifestação da vontade em vida, mas também

<sup>54</sup> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão [...]. (BRASIL, 2002).

<sup>55</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias de acordo com o novo CPC**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 396-397.

<sup>56</sup> Quando utilizado material genético de terceiro à relação.

<sup>57</sup> SCALQUETTE, 2010, p. 179-180.

em declaração inequívoca em documento, considerando que a vontade de ser pai ou mãe ainda em vida não acarreta o consentimento de ser pai após a morte, devendo ser respeitada a autonomia da vontade, conforme entendimento de Maria Berenice Dias<sup>58</sup>.

Para o livre consentimento, princípio da bioética<sup>59</sup>, é necessário que haja vontade<sup>60</sup>, que deve originar da escolha consciente, munida de liberdade e sem qualquer má-fé.

Em razão da carência de regulamentação expressa em lei acerca da necessidade ou não de autorização do doador falecido, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução nº 2.168/2017, que estabelece os seguintes termos:

**VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST-MORTEM*:** É permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.<sup>61</sup>

Ou seja, apesar de estabelecer a necessidade de permissão, a resolução deixou de estabelecer uma forma para tanto, sendo considerada uma autorização simples como válida quanto ao ponto, uma vez que o artigo 107<sup>62</sup> do Código Civil estabelece que a declaração de vontade independe de forma, a menos que a lei exija.

Contudo, o Provimento nº 63/2017 instituído pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>63</sup>, no parágrafo segundo do artigo 17<sup>64</sup> determina que, para registro da criança oriunda de reprodução assistida *post mortem*, é necessário apresentar autorização do falecido, constante em instrumento público ou particular com a firma reconhecida.

Entretanto, o próprio dispositivo da resolução faz menção que tal exigência será realizada “*conforme o caso*”, logo, entendendo-se que a autorização não precisa estar

<sup>58</sup> DIAS, 2016, p. 396-397.

<sup>59</sup> CREMESP. Princípios da Bioética. **Centro de bioética do CREMESP**. Disponível em: [http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=53&cod\\_publicacao=6](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6). Acesso em 15 abr. 2020.

<sup>60</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 43.

<sup>61</sup> CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...]. Diário Oficial da União: Brasília, nov. 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mar. 2020.

<sup>62</sup> Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. (BRASIL, 2002).

<sup>63</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Resolução nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Diário da Justiça: Brasília, 20 nov. 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em 30 mar. 2020.

<sup>64</sup> § 2º Nas hipóteses de reprodução assistida post mortem, além dos documentos elencados nos incisos do caput deste artigo, conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida. (CNJ, 2017).

necessariamente na forma posta pelo artigo, apesar de dever existir manifestação inequívoca guardada em documento.

#### 4.3. Caso nº 1082747-88.2017.8.26.0100 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER - PREVENÇÃO DE MAGISTRADO, LEGITIMIDADE 'AD CAUSAM', COMPETÊNCIA DA VARA CÍVEL COMUM e CERCEAMENTO DE DEFESA - Preliminares suscitadas por ambos os apelantes rejeitadas - Designação do Juiz Substituto em Segundo Grau vigente à época da distribuição do recurso de agravo de instrumento cessada, afigurando-se correto o reconhecimento da prevenção do Órgão - Hospital Sírio Libanês que é parte legítima para responder à demanda, vez que foi formulada, pelos autores, pretensão contra este, visando ao não-cumprimento do contrato - Hospital, ademais, que será diretamente afetado pela coisa julgada formada nestes autos - 'Legitimidade ad causam' dos autores reconhecida - Desfecho da demanda que tem potencial de afetar sua esfera de direitos, em especial, sucessórios - Competência do Juízo Cível Comum, dada a diferença entre embrião e nascituro, conforme estabelecido pela ADI 3510 - Ausência de cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide - Desnecessidade de novas provas, a par da prova documental já produzida nestes autos - Ausência de nulidade - PRELIMINARES REJEITADAS AÇÃO MOVIDA PELOS FILHOS DO 'DE CUJUS' CONTRA SEU CÔNJUGE E HOSPITAL, PARA OBSTAR A IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÃO DO FALECIDO - Sentença que comporta reforma - Constatação da suficiência da manifestação de vontade carreada no documento de fls. 86/87, consubstanciado em contrato hospitalar denominado "Declaração de opção de encaminhamento de material criopreservado em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos ou 5 anos" - 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 - Confiança dos embriões 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 - Contrato celebrado com o hospital com múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento para os contratantes - 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 se dê por instrumento privado, caso dos autos - Inversão do ônus pela sucumbência - RECURSOS PROVIDOS.<sup>65</sup>

O Tribunal de Justiça de São Paulo recentemente julgou Ação de Obrigação de Não Fazer que versava sobre possibilidade ou não da implantação de embriões congelados *post mortem*.

<sup>65</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 9. Câmara. **Apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100**. Obrigação de não fazer. Prevenção de Magistrado. Legitimidade 'ad causam', competência da vara cível comum e cerceamento de defesa. [...]. Relatora: Des. (a) Angela Lopes, 19 nov. 2019. Diário da Justiça, 28 nov. 2019, [2019c].



A Ação foi movida pelos filhos do falecido em face da viúva, que teria pleiteado a implantação de embriões congelados em meio do inventário do falecido marido. Os autores citaram como motivos para obstar a implantação: (i) os efeitos sucessórios e (ii) a ausência de documentos que demonstrassem a anuência em escritura ou testamento pelo falecido para realização do procedimento, ressaltando que o pai já teria externado que não gostaria de ter mais filhos. A sentença foi de procedência, determinando a não implantação dos embriões.

A viúva recorreu da decisão, alegando sentença atentava contra o planejamento familiar do casal, contra a vontade dos genitores e violava a dignidade humana, assim como pleiteou a ilegitimidade dos enteados, sob o argumento que estes não poderiam contestar o planejamento familiar do casal.

No mérito suscitou que o falecido marido, pela idade avançada, teve que ser submetido a procedimentos cirúrgicos para extrair o material genético, sendo essa uma forma de demonstrar a vontade do casal de estender a sua família, ressaltou também que ambos assinaram o documento de “Declaração de opção de encaminhamento de material criopreservado em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos ou 5 anos” (“Declaração de Encaminhamento”) com o hospital que realizou o procedimento.

O documento previa diversas opções para o encaminhamento dos embriões no caso de doença, morte ou separação, sendo que o casal optou por, no caso de morte de qualquer um dos cônjuges, o sobrevivente seria responsável pelos embriões congelados, podendo este optar pela implantação, doação ou descarte.

A questão central do recurso foi se o documento assinado pelos cônjuges poderia ser considerado como manifestação inequívoca que permitisse a implantação *post mortem*, uma vez estava claro nos autos do *de cuius* no sentido que este gostaria de ter mais filhos com a esposa, considerando os procedimentos cirúrgicos que o falecido havia se submetido para extrair o material genético, entretanto, a manifestação de vontade em vida, mesmo que inequívoca, não poderia ser considerada como autorizador para que os procedimentos de reprodução seguissem.

O Tribunal permitiu o prosseguimento da implantação dos embriões embasado na Declaração de Encaminhamento que deixava os embriões sob a custódia do cônjuge sobrevivente, permitindo a implantação.

Destacou também que o artigo 1.597, III, do Código Civil, permite que sejam gerados filhos com o material genético do cônjuge após a sua morte, sendo necessária a autorização expressa, conforme determina a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de

Medicina, sendo desnecessária forma na manifestação de vontade, visto que não há previsão em lei sobre a necessidade, conforme determinado pelo artigo 107 do Código Civil.

Ainda, o Tribunal ressaltou que em momento algum foi impugnada a assinatura do falecido no documento, sendo este considerado válido, fazendo com que o caso fosse enquadrado perfeitamente § 2º do artigo 17 do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que o reconhecimento de firma em documento particular estaria condicionado ao caso, conforme estabelecido pela redação do próprio artigo, cabendo, portanto, a interpretação do juízo do caso concreto.

Além disso, o Tribunal apontou que havia mais de uma forma de considerar o documento autêntico, ressaltou que a validade da Declaração de Encaminhamento em nenhum momento foi impugnada, sendo inclusive reconhecida a assinatura do falecido, portanto, foi considerada como dispensável o reconhecimento de firma deste.

Por isso, o Tribunal decidiu que a viúva, uma vez que **proprietária e guardiã** dos embriões, poderia descartá-los, implantá-los ou doa-los.

#### **4.4. Caso nº 1000705-26.2019.8.26.0483 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**

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.<sup>66</sup>

Neste caso, trata-se de requerimento por parte dos genitores do falecido para que o material genético armazenado pelo *de cujus* fosse fornecido para realizar procedimentos de fertilização *post mortem*.

Diferente do caso nº 1082747-88.2017.8.26.0100, o falecido somente havia armazenado o seu material em clínica de reprodução assistida e havia deixado instrução de descarte do sêmen no caso de sua morte em contrato firmado com a clínica de reprodução. Os genitores do falecido, por outro lado, não teriam logrado em apresentar prévia autorização para utilizar o material genético.

<sup>66</sup> SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 8. Câmara. **Apelação nº 1000705-26.2019.8.26.0483**. 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. [...]. Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 29 nov. 2019. São Paulo, SP: Diário da Justiça, 29 nov. 2019, [2019b].

Neste caso, foi ponderado o ato do armazenamento como uma possível demonstração de que, um dia, o falecido considerava ser pai de uma criança, entretanto, ante a declaração negocial expressa no contrato, a utilização do material seria inviável, uma vez que o falecido havia optado pelo descarte do material no caso de sua morte, sendo que a utilização configuraria um claro desrespeito aos direitos da personalidade do falecido.

O Tribunal demonstrou que a vontade de ser pai durante a vida não é uma forma de supor a vontade de ser pai após a morte.

Além disso, o Tribunal também utilizou da argumentação de que cabia a análise individual dos casos, consagrando o entendimento de que o artigo 1.597 do Código Civil estabelece que, para procedimentos de reprodução *post mortem*, haveria a necessidade de pré-existência de união estável ou casamento, não sendo possível aos pais do *de cuius* pleitearem tal medida.

## **5. É possível tomar como vontade absoluta um ato realizado em vida?**

Após a análise dos pontos, percebemos que não é possível tomar um ato realizado em vida como vontade absoluta mesmo que após a morte, sendo por esse exato motivo que os julgadores analisaram, além de manifestação de vontade “traduzida” em atos tomados ainda em vida pelos doadores do material genético, eventuais documentos que traduzissem a vontade do *de cuius* após a sua morte.

Além disso, o ato de armazenamento de material genético não traduz a vontade inequívoca de conceber uma criança, mas sim uma forma segura de assegurar que, caso a pessoa queira, o material estará disponível para utilização.

Nos casos, a análise foi realizada para que fosse viabilizado ou não o prosseguimento dos procedimentos com fins reprodutivos, uma vez que, conforme já apontado, o fato da pessoa querer ter um filho em vida não faz com que ela quera após a sua morte, sendo que a vontade dessa pessoa, mesmo após a sua morte, deve ser preservada e respeitada.

### **5.1. Outras provas admitidas**

Apesar de verificarmos a necessidade de manifestação de vontade em documento demonstrando um sim inequívoco sobre a possibilidade de utilização do material genético *post mortem*, também é necessário levar em conta que, em direito, outras provas podem ser admitidas.

Ou seja, os atos do *de cuius* podem ser levados em conta para que o julgador chegue à conclusão final, assim como no julgamento da Apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100, em

que foi verificado, além da existência de documento que autorizasse o prosseguimento das técnicas de reprodução assistida, foram avaliados os atos do falecido em relação ao procedimento de doação, como o fato de ter se submetido à cirurgia para extrair espermatozoides, sendo esta uma clara intenção de ter filhos.

Logo, presumimos que, em adição ao documento que traduza a vontade de forma inequívoca, várias outras provas podem ser utilizadas para trazer ao juízo a vontade do falecido, como, por exemplos, bilhetes e mensagens falando sobre a intenção do casal ter filhos, presentes como sapatos de bebê com o intuito de demonstrar vontade de uma família.

Portanto, notamos que, para ajudar no convencimento do juízo acerca da vontade e intento do falecido, é possível da parte utilizar de todas as provas em direito admitidas, como testemunho, depoimento, documental, etc., entretanto, é necessário ressaltar que tais provas, como não são absolutas, podem não alterar o convencimento do juiz por não serem objetivas o suficiente.

## **6. Conclusão**

Após a análise dos pontos acima expostos, notamos que, para que seja possível prosseguir com os procedimentos de reprodução assistida após o falecimento de um dos doadores do material genético, necessitamos de autorização, pelo próprio falecido, em documento autorizando o procedimento após a sua morte.

O entendimento é possível, pois, assim como já apontado no texto, o ato realizado pela pessoa ainda em vida não é uma forma de percepção de sua vontade real sem que haja declaração inequívoca. Vejamos que a pessoa pode armazenar óvulos, espermatozoides ou embriões, não com a intenção efetiva de ser pai ou mãe no ato do armazenamento, podendo este ato ser meramente preventivo, para que a pessoa se assegure que, caso seja sua vontade um dia, existe material genético para conceber uma criança.

Além disso, a vontade de ser pai ou mãe durante a vida não é uma forma de pressupor a mesma vontade após a morte, portanto, para que o procedimento seja autorizado, depende de declaração inequívoca neste sentido, sob pena de violação de direitos da personalidade do falecido.

A declaração, no entanto, não possui forma legal, uma vez que no julgamento da Apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo admitiu que a declaração que permite ou não o uso do material genético não necessariamente deve seguir a forma do artigo 17, § 2º, do Provimento nº 63/2017, sendo que o próprio artigo

prevê que a questão do documento de autorização pode ser avaliada de acordo com o caso, não precisando seguir a forma de documento público ou particular com firma reconhecida.

Portanto, caso o falecido tenha deixado orientação em documento, como contrato ou qualquer outra forma de documento considerada válida, autorizando os procedimentos de reprodução, esta pode prosseguir. Contudo, caso inexistir declaração negocial neste sentido, a posição majoritária é de considerar inviável que seja realizado qualquer procedimento, mas, conforme apontado, admite-se que a vontade do falecido possa ser provada através de outros meios, dependendo exclusivamente da convicção do juiz sobre os fatos e provas levadas para ele.

Ou seja, cada caso deve ser avaliado de acordo com a convicção do juízo, devendo ele ponderar acerca da suficiência ou não de documentos, tentando preservar a autonomia do casal quanto às suas decisões, zelando pelo planejamento familiar deste, entretanto, não deixando de preservar os direitos fundamentais do cônjuge ou companheiro falecido.

## 7. Referências

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. IBDFAM, 2006. Disponível em: [http://www.ibdfam.org.br/\\_img/congressos/anais/8.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf). Acesso em 15 abr. 2020.

ALMEIDA, Otávio Juliano de; D'ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves; BERTI, Silma Mendes; TAITSON, Paulo Franco. **Bioética: vida e morte**. 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas. 2016. Disponível em: <http://cnd.org.br/pdfs/livro---diacono-taitson.pdf#page=70>. Acesso em: 05 abr. 2020.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Votorantim, 2011.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **[Constituição (1988)]**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.892, de 2012**. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Câmara dos Deputados: dez. 2012. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1051906](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906). Acesso em: 4 jun. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm). Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro: Presidência da República, [1940]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.804, de 5 de novembro de 2008**. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2008]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111804.htm). Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1996]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9263.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.263%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%201996.&text=Regula%20o%20C2%A7%207%20do,penalidades%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9263.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.263%2C%20DE%2012%20DE%20JANEIRO%20DE%201996.&text=Regula%20o%20C2%A7%207%20do,penalidades%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1997]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm). Acesso em 22 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. [...]. Relator: Min. Ayres Britto, 05 mai. 2011. Brasília, DF: Diário da Justiça, 14 out. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 646.721/RS**. Direito Constitucional e Civil. Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil. À sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da

distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 10 maio 2017. Brasília, DF: Diário da Justiça, 11 set. 2017, [2017a]. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 07 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 878.694/MG**. Direito das Sucessões. Recurso Extraordinário. Dispositivos do Código Civil que preveem direitos distintos ao cônjuge e ao companheiro. Atribuição de repercussão geral. [...]. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 maio 2017, [2017b]. Brasília, DF: Diário da Justiça, 06 fev. 2018. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14300644>. Acesso em: 07 jun. 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.168 de 21 de setembro de 2017**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...]. Diário Oficial da União: Brasília, nov. 2017. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 30 mar. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 63, de 14 de novembro de 2017**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos escritórios de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro “A” e sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. Diário da Justiça: Brasília, 20 nov. 2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=2525>. Acesso em 30 mar. 2020.

CREMESP. **Princípios da Bioética**. Centro de bioética do CREMESP. Disponível em: [http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes\\_capitulos&cod\\_capitulo=53&cod\\_publicacao=6](http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=Publicacoes&acao=detalhes_capitulos&cod_capitulo=53&cod_publicacao=6). Acesso em 15 abr. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias de acordo com o novo CPC**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do Direito das Sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas et al. Os conflitos do consentimento acerca da doação de órgãos post mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**. [online], v. 16, n. 3, p. 122-144, 2015. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>. Acesso em 05 abr. 2020.

MOTA, Manuela. **Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem: sua implicação no âmbito do direito sucessório**. 2012. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça (1. Câmara). **Apelação nº 1004367-41.2016.8.26.0438**. Responsabilidade civil. Matéria jornalística. Programa televisivo e canal de vídeo no Youtube. Falecimento de menor por suposta overdose de entorpecente. Divulgação não autorizada de imagens de adolescente. Violação de direito de personalidade. Abuso da liberdade de Imprensa. Responsabilidade solidária da "cabeça de rede" e da afiliada. Dano à honra objetiva. Requerentes atingidos reflexamente. Indenização devida. Recurso improvido. Relator: Des. Augusto Rezende, 26 fev. 2019, [2019a].

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. (10. Câmara). **Apelação nº 0201838-05.2011.8.26.0100**. Ação indenizatória. Nascituro. Ilegitimidade ativa. Inocorrência. Inteligência do art. 2º, do CC. Capacidade ativa, de ser parte, estar em juízo. Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial. Direito de expressão. Abuso. Configuração. Uso deste que deve se dar com responsabilidade. Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor. Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada. Sobreprincípio da dignidade da pessoa humana. Comprometimento. Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos. Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão. Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221, inc. I, todos da CR. Dano moral. Ocorrência. Indenização. Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas consequências. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento. Relator: Des. João Batista Vilhena, 06 nov. 2012. São Paulo, SP: Diário da Justiça, 27 nov. 2012. Disponível em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?jsessionid=ABFB6CADEA67B21B91FE8D11234BD1D1.cjsj3?conversationId=&cdAcordao=6354847&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha\\_66a400c6fd443990dd0ea80720184d&g-recaptcha-response=03AGdBq26fb4avW8BpVHZmjkvOmJ6hMOYN71KQ8p6yRzQLXA6LygWz217c0MdXzA\\_hHYUeYiOfc3CSzHK7e4gYc\\_zBaTXvESgq\\_9Sm82A4ZwMJpA4yZpgVGydcnp\\_n\\_yrW9tJhpYOang196P65i8rE4oGNP3y-NfvU-42BVjzrCaM8s9hM\\_9APVwFWdIFCWQRWYM9a4g7SpD9K4PeXEOZSdAg09tSO79Rya9\\_VuO1qSksNFBXDBq4yb5pHeF67rIqfRMD9EHJL1N1S-9ZNY09b0PAvHQyxXhIKsUbtEb5aeiNOzQ\\_-f8t-V1YplJOc\\_IBHdJllQqaPaR9H-8XCIfwDmuicbnptOTLaJuZSyWU1wAb623Ny0wOjC9ozL5zKIL-kh0dtsX8cewW0sy1FtmZutFuq76mo-SzhDAA](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.do?jsessionid=ABFB6CADEA67B21B91FE8D11234BD1D1.cjsj3?conversationId=&cdAcordao=6354847&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_66a400c6fd443990dd0ea80720184d&g-recaptcha-response=03AGdBq26fb4avW8BpVHZmjkvOmJ6hMOYN71KQ8p6yRzQLXA6LygWz217c0MdXzA_hHYUeYiOfc3CSzHK7e4gYc_zBaTXvESgq_9Sm82A4ZwMJpA4yZpgVGydcnp_n_yrW9tJhpYOang196P65i8rE4oGNP3y-NfvU-42BVjzrCaM8s9hM_9APVwFWdIFCWQRWYM9a4g7SpD9K4PeXEOZSdAg09tSO79Rya9_VuO1qSksNFBXDBq4yb5pHeF67rIqfRMD9EHJL1N1S-9ZNY09b0PAvHQyxXhIKsUbtEb5aeiNOzQ_-f8t-V1YplJOc_IBHdJllQqaPaR9H-8XCIfwDmuicbnptOTLaJuZSyWU1wAb623Ny0wOjC9ozL5zKIL-kh0dtsX8cewW0sy1FtmZutFuq76mo-SzhDAA). Acesso em: 12 abr. 2020.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 8. Câmara. **Apelação nº 1000705-26.2019.8.26.0483**. 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. [...]. Relator: Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 29 nov. 2019. São Paulo, SP: Diário da Justiça, 29 nov. 2019, [2019b].

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. 9. Câmara. **Apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100**. Obrigação de não fazer. Prevenção de Magistrado. Legitimidade 'ad causam', competência da vara cível comum e cerceamento de defesa. [...]. Relatora: Des. (a) Angela Lopes, 19 nov. 2019. Diário da Justiça, 28 nov. 2019, [2019c].



SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 1. ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

VENOSA, Salvo de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**, 18. ed. São Paulo: Atlas. 2018a.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Sucessões**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018b.



## COORDENADORIA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO (TCC)

---

### TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Cecília Moreira da Silva Furtado

Aluno(a), regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 41554256, Período Matutino, Turma 10 A,

tendo realizado o TCC com o título: USO DO MATERIAL GENÉTICO DO DE CUJUS PARA FINS DE PROcriação POST MORTEM – ANÁLISE DOS JULGADOS 1082747-88.2017.8.26.0100 E 1000705-26.2019.8.26.0483 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sob a orientação do(a) professor(a): DR. DIOGO LEONARDO MACHADO DE MELO

declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de junho de 2020.

Assinatura do discente