

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

YASMIN LINO DA SILVA

ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO COMO
PRESSUPOSTO PARA A LEGITIMAÇÃO DO USO DO MATERIAL GENÉTICO DO *DE*
CUJUS PARA FINS DE PROcriação *POST MORTEM* – ANÁLISE DO JULGADO
1082747-88.2017.8.26.0100 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

São Paulo

2020

YASMIN LINO DA SILVA

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

YASMIN LINO DA SILVA

ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO COMO
PRESSUPOSTO PARA A LEGITIMAÇÃO DO USO DO MATERIAL GENÉTICO DO *DE
CUJUS* PARA FINS DE PROcriação *POST MORTEM* – ANÁLISE DO JULGADO
1082747-88.2017.8.26.0100 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):

À minha mãe, Teresinha Lino da Silva, e ao meu pai, Donizete Carolino da Silva (*in memoriam*).

“Viver é um rasgar-se e remendar-se.”

(Guimarães Rosa)

ANÁLISE DA IMPORTÂNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO COMO PRESSUPOSTO PARA A LEGITIMAÇÃO DO USO DO MATERIAL GENÉTICO DO DE CUJUS PARA FINS DE PROcriação POST MORTEM – ANÁLISE DO JULGADO 1082747-88.2017.8.26.0100 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Yasmin Lino da Silva¹

Resumo: O presente artigo analisa a importância do termo de consentimento como pressuposto para utilização do material genético para o prosseguimento da inseminação póstuma. Para a realização desse trabalho, além de pesquisa bibliográfica, optou-se pelo estudo de caso da Ação nº 1082747-88.2017.8.26.0100, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. O presente artigo observou que o termo de consentimento exigido pela Resolução 2.168/2017 não faz prova inequívoca da vontade do falecido em prosseguir com a reprodução assistida, uma vez que um conjunto de atos e fatos pode vir a contrariar o que fora acordado.

Palavras-chave: Reprodução Assistida *Post Mortem*. Termo de Consentimento. Vontade.

Abstract: The subject of this academic study analyses the importance of the consent term as a condition for the use of genetic material for the continuation of posthumous insemination. To carry out this work, our group opted for the case study regarding the legal case # 1082747-88.2017.8.26.0100, claimed and judged at the São Paulo State Court of Justice. It was possible to observe through bibliographic research for this article that the Consent Form required by Resolution 2,168/2017 does not provide unequivocal proof of the deceased's will to proceed with assisted reproduction, once a set of acts, procedures and facts may contradict what was agreed by the mentioned document.

Keywords: Posthumous Assisted Reproduction. Consent Form. Willingness.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípio do Planejamento Familiar. 3. Reprodução Assistida. 3.1. Filiação. 3.2. Caso nº 1082747-88.2017.8.26.0100 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4. A Manifestação da Vontade: consentimento informado e autorização do casal. 4.1. O

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Endereço eletrônico: silvalinoyasmin@gmail.com

Consentimento Como Legitimador da Filiação e da Sucessão. 5. Outras Provas Admitidas. 6. Conclusão. 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Infertilidade e esterilidade são doenças que impediram durante muitos anos incontáveis casais de realizarem o sonho de ter filhos. Com a sofisticação dos métodos reprodutivos e o avanço tecnológico, as chances de contornar essas condições aumentaram exponencialmente, entretanto, o direito não acompanhou rigorosamente essas mudanças e diversas questões envolvendo o tema surgiram.

O presente Trabalho de Conclusão de Curso visa responder uma destas questões, qual seja: “o termo de consentimento assinado em vida seria capaz de exprimir a vontade do *de cujus* de ser pai mesmo após sua morte, justificando assim o prosseguimento do projeto parental através de inseminação artificial?”

O Código Civil foi silente quanto à necessidade de consentimento do *de cujus* acerca da realização do procedimento, exigindo sua autorização apenas na hipótese do inciso V do art. 1.597, relativo à inseminação artificial heteróloga; questiona-se se a mesma obrigatoriedade do aval também se daria na inseminação artificial homóloga.

Destarte abordar-se-á os aspectos gerais da reprodução humana assistida, seu conceito e suas principais técnicas. Também será feita uma breve explicação sobre tipos (a doutrina classifica a filiação principalmente em dois grupos: filiação biológica e filiação afetiva) e presunções de filiação.

E, por fim, será analisado o julgamento da apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100, interposta contra decisão de primeiro grau que obstou a utilização *post mortem* dos embriões preservados; a viúva do *de cujus* bateu às portas do Tribunal do Estado de São Paulo e lá se discutiu a titularidade dos embriões e a existência de um contrato que autorizaria o centro hospitalar a realizar a implantação dos embriões mesmo após a morte de um dos cônjuges.

2 PRINCÍPIO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

A Declaração de Direitos do Homem foi um marco na consagração de direitos e garantias individuais, o momento e o símbolo fundador da reconstrução dos direitos humanos. Sob esse mesmo espírito de liberdade e de garantias fundamentais, a Constituição brasileira foi elaborada e em 1988 proclamada, representando a reconstrução da democracia no país.

O contexto histórico contribuiu para que os aspectos mais progressistas da Constituição Federal já fossem alinhados à tão emblemática Declaração Universal que, assim que incorporada ao ordenamento, teve aplicabilidade imediata. Dentre os direitos individuais estabelecidos na Carta Magna se destaca notadamente o direito à vida: “a vida humana, que é objeto do direito assegurado no art.5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).”²

O direito à vida é pré-requisito para todos os demais, posto que sem este primeiro, nenhum outro teria objeto. Ao proteger esse direito tão fundamental, ao garantir a integridade física em uma moral dos indivíduos, a Constituição delinea o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III da Carta Política.

Nesse diapasão, o Direito protege a saúde psicofísica, que possui ligação indissociável à integridade e à dignidade. Perlingiere ressalta:

Não se pode individualizar, em termos de interesse protegido ou de bem, uma autonomia conceptual da saúde, como é possível em sede de interesses patrimoniais; ela apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário.³

Assim, esse direito varia conforme valoração pessoal, logo, assume relevância e configurações diferentes, de modo que não se pode esgotar a matéria da saúde.

O direito à procriação constitui-se no direito de um casal optar por ter filhos sem que haja qualquer intervenção do poder público, e diante da impossibilidade de procriar naturalmente, poder se utilizar de método de reprodução assistida, cabendo ao Estado somente tutelar e legislar sobre o procedimento, uma vez que este direito contribui para o desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Reza expressamente o Texto Maior:

fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é de 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.⁴

² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. rev. e ampl., São Paulo: Malheiros. p. 182

³ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar. p. 159.

⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

Nas palavras de Maria Helena Diniz, a Constituição Federal: “veio a consagrar o direito ao planejamento familiar, que não está vinculado à política de controle demográfico, mas à liberdade de decisão de cada casal, que passa a ser responsável pelo número de filhos, assim como por seu desenvolvimento físico e moral, educação, saúde e proteção.”⁵

O art. 1.565, § 2^o do Código Civil de 2002 igualmente afirma que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo vedado qualquer tipo de coerção por instituições públicas e privadas.

Para Roberto de Almeida Borges Gomes, o objetivo principal do planejamento familiar é evitar a formação de famílias desestruturadas sem condições de manutenção.

A Lei n^o 9.263/96⁷ reconhece o planejamento familiar como o conjunto de ações que garantem direitos iguais de constituição, limitação ou aumento de prole; ainda, garante acesso à informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulamentação da fecundidade.

Entretanto, o Estado possui a função precípua de garantir que o princípio da dignidade da pessoa humana prevaleça, o que lhe permite, caso seja acionado, interferir no planejamento familiar para assegurar que mesmo após a morte de um dos cônjuges seu direito e vontade de procriar seja respeitado.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Nos ensinamentos de Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, a reprodução assistida consiste na intervenção humana sobre o processo natural de procriação com vistas a contornar os problemas de infertilidade e esterilidade e otimizar as chances de uma gestação. No mesmo sentido, a Resolução n^o 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina diz que: “As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.”⁸

A reprodução assistida é gênero do qual partem duas espécies: a inseminação artificial e a fecundação *in vitro*. Classificação adotada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5. p. 166.

⁶ BRASIL. **Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 2020

⁷ BRASIL. **Lei n^o 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7^o do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução n^o 2.121 de 24 de setembro de 2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...] Diário Oficial da União: Brasília, Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

No campo das técnicas de reprodução medicamente assistida, pode-se considerar, sob o critério do local – ou ambiente – onde ocorre a concepção, sua divisão em dois grandes grupos: a) as técnicas de fecundação in vivo, ou seja, aquelas que permitem que a concepção se dê no próprio corpo da mulher que, assim, poderá engravidar – e o exemplo mais frequente de tais técnicas é o da inseminação artificial; b) as técnicas de fecundação in vitro, ou seja, aquelas em que a concepção ocorre no laboratório e, portanto, fora do corpo da mulher, permitindo posteriormente que o embrião possa ser transferido para ser gestado.⁹

A inseminação artificial adota ainda duas modalidades: inseminação artificial homóloga (técnica reprodutiva na qual se utiliza sêmen do parceiro para a fecundação) e inseminação artificial heteróloga (técnica reprodutiva na qual se utiliza sêmen de terceiro).

Ao se conjugarem as técnicas de inseminação artificial e os dispositivos legais existentes no Código Civil relativos à paternidade, nota-se que o aparato jurídico se encontra insuficiente para regular as práticas. O projeto de lei que visa regulamentar as técnicas de reprodução assistida no Brasil que mais conseguiu avançar no Congresso foi o PL n° 1.184/03. Atualmente há 17 projetos apensados a ele, dentre os quais se destaca, em sentido de regulamentação, o projeto n° 4.892/12¹⁰ do Deputado Eleuses Paiva (PSD/SP).

O projeto normatiza a gestação de substituição e a reprodução assistida *post mortem*, determinando em seu art. 35 que deve haver “manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico crio preservado”; ainda, o documento deve especificar o destinatário do gameta e quem o gestará após a concepção.

Contudo, em que pese a ausência de legislação específica sobre o procedimento, a lacuna legislativa não obstou a crescente utilização dessas técnicas, que vêm se realizando sob a égide de normas deontológicas emitidas pelo Conselho Federal de Medicina.

3.1 FILIAÇÃO

O conceito de filiação vem se alterando conforme o pensamento sociojurídico acompanha a modernidade; ele pode ser visto sob dois vieses: o conceito de filiação biológica e civil.

⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: o biodireito e as relações parentais de acordo com o Novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, p. 640-641

¹⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n° 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. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em: 13 out. 2020.

O viés biológico inspirou o conceito básico de filiação, restringindo-o ao critério de consanguinidade, dividindo-se, por sua vez, em legítima (filho concebido na constância do casamento) e ilegítima (filho concebido em relação extraconjugal), divisão esta que não se limitava apenas à discriminação denominativa, mas que impedia o rebento considerado ilegítimo de reivindicar seus direitos. O viés civil tem como pedra basilar o instituto da adoção, isto é, quando o vínculo de filiação se dá por lei; aqui também se verificava a marginalização social e o preterimento jurídico do filho biológico em detrimento do filho adotivo.

A extinção da discriminação pelo indicador de origem ocorreu paulatinamente, mas teve como marco o advento da Carta Magna, que consagrou a igualdade jurídica entre os filhos. O Art. 277, § 6º, determina que “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O conceito atual norteia-se pelo caráter afetivo que estabelece a relação parental. Nos dizeres de Silvio Rodrigues: “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como as tivessem gerado.”¹¹

No que tange ao aspecto conceitual e aos avanços em termos de filiação, Ana Cláudia Scalquette aponta que a nova designação em relação aos filhos, por ser consubstanciada “na verdadeira experiência paterno-filial”¹², é capaz de alcançar todas as questões pertinentes à matéria, seja as decorrentes de adoção, do afeto ou da fecundação artificial.

A atribuição do *status* de filho é dada por presunção legal àquele concebido através da inseminação artificial homóloga e dentro de uma união conjugal, mesmo que tenha ocorrido após a morte do marido, conforme se depreende do art. 1.597 do Código Civil, in verbis:

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.

¹¹ RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: com anotações ao novo Código Civil. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 6. (atual. por Francisco Cahali). p. 321.

¹² SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Assistida**. 1. ed. São Paulo; Saraiva. p. 45

Ainda, a mesma presunção de filiação se dá ao filho havido por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido para utilização de material genético doado por um terceiro, conforme o inciso V da supracitada norma jurídica.

Quanto ao direito sucessório, o Código Civil dispõe, em seu Art. 1.798, *in verbis*: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Diante das diversas interpretações resultantes do estudo conjunto dos dispositivos supracitados, foi consolidado o seguinte entendimento no Enunciado 267 da Jornada de Direito Civil:

A regra do Art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.

Logo, se a concepção laboratorial precedeu a morte do progenitor, o filho terá direito sucessório.

3.2 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.¹³

A ação de obrigação de não fazer foi oposta pelos filhos do falecido J.L.Z. após tomarem conhecimento da intenção da viúva em realizar procedimento de reprodução assistida utilizando o material genético deixado pelo genitor, com vistas de proibir a implantação dos embriões e de obter o reconhecimento de inexistência do direito de sua utilização *post mortem*.

Os autores da ação obtiveram sentença favorável e afastaram a possibilidade do procedimento de inseminação. Entretanto, a viúva recorreu da decisão e o caso foi julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

A ré sustentou em preliminar de apelação a ilegitimidade dos autores, uma vez que o direito ao planejamento familiar pertenceria somente ao casal. Já no mérito, argumenta que tal decisão espanca os princípios da dignidade da pessoa humana e do livre planejamento familiar, e que o contrato assinado por J.L.Z. seria uma manifestação expressa de sua vontade, ressaltando ainda que o marido havia se submetido a procedimento cirúrgico para a obtenção dos espermatozoides, fato que ressaltava sua vontade de ter um filho com a ré mesmo após sua morte. A questão central do caso girou em torno da existência ou não de autorização legítima e expressa para a implantação *post mortem* dos embriões gerados pelo casal.

Nas resoluções 2.121/2015 e 2.168/2017, ambas do Conselho Federal de Medicina, verifica-se a exigência de “autorização prévia e específica do falecido”. Diante disso, foi trazido aos autos o termo de consentimento assinado em vida e de plena vontade pelo *de Cujus*, documento este que o Tribunal analisou e julgou conter indubitável a expressa autorização para guardar ou utilizar os embriões conforme determinação de sua esposa, que é deles titular. Por conseguinte, o Tribunal permitiu o prosseguimento da intervenção médica para a reprodução assistida.

¹³ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração Cível nº 1082747-88.2017.8.26.0100. Relator: Des. (a) Angela Lopes. São Paulo, 19 de novembro de 2019. **Diário da Justiça**. São Paulo, 28 nov. 2019.

4 A MANIFESTAÇÃO DA VONTADE: CONSENTIMENTO INFORMADO E AUTORIZAÇÃO DO CASAL

Para que um negócio jurídico exista e produza efeitos, deve-se observar se nele reverbera a livre manifestação da vontade de seu sujeito.

Antônio Junqueira de Azevedo, sobre vontade ensina: “A declaração da vontade, tomada primeiramente como um todo, deverá ser: a) resultante de um processo volitivo; b) querida com plena consciência da realidade; c) escolhida com liberdade; d) deliberada sem má-fé.”¹⁴

A declaração da vontade toma ainda maior proporção quando se fala de processos reprodutivos, uma vez que a adoção de uma das técnicas pode acarretar a geração de um filho, que por sua vez estabelece uma relação jurídica e afetiva com seus ascendentes.

No julgamento da Apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100, verifica-se que a manifestação da vontade foi uma das questões centrais do debate; a discussão se estabeleceu principalmente em torno do termo de consentimento informado, questionando-se se o instrumento contratual obtido junto ao hospital de fato expressaria a vontade do *de* cujos de ser pai após sua morte, permitindo a esposa a continuidade do procedimento.

O termo de consentimento informado é o direito que o paciente tem de ter informações claras e precisas sobre o procedimento que será realizado, de modo que possa optar (conscientemente) pela realização ou não do procedimento.

Para que a decisão do paciente possa ser de fato autêntica, informada e esclarecida, refletindo seus verdadeiros desejos, o consentimento não prescinde de três requisitos básicos, quais sejam, a capacidade (ou competência), a informação e a voluntariedade.¹⁵

O casal assinou conjuntamente os seguintes documentos: a) Orientação e esclarecimentos sobre o Procedimento de Reprodução Humana; e b) Declaração de opção de encaminhamento de material criopreservado, em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos a 5 anos.

Depreende dos autos que ambos os documentos foram redigidos de forma clara e objetiva, “impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento ao consumidor”, assim

¹⁴ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. atual. (de acordo como o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva. p. 43.

¹⁵ RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de Informar dos Médicos e Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá. p. 89.

cumprindo com o requisito da informação, “com orientação expressa, em cabeçalho, no sentido de que o casal deverá preenchê-lo de comum acordo”, assim cumprindo com o requisito da voluntariedade (uma vez que não há vícios e deixa a escolha a critério do casal), o autor da herança mostrava-se em perfeitas condições de sanidade mental quando os firmou, de modo que resta claro que a manifestação da sua vontade poderia ser livremente exercida quando da assinatura dos documentos.

No documento de Declaração de Encaminhamento, no caso da morte de um dos cônjuges, o casal acordou em “manter todos os embriões congelados sob custódia do cônjuge sobrevivente”, sendo que através dessa autorização expressa exprimiram sua vontade de dar continuidade ao procedimento.

Noutras palavras, “essa manifestação expressa do *de cuius* não permite restar qualquer dúvida quanto à vontade do genitor em dar continuidade ao projeto parental, deixando novos descendentes após a sua morte”¹⁶.

Quanto à forma da autorização, Maria Helena Diniz, questiona: “Deverá, então, para hipótese de sua morte, deixar declaração expressa, por instrumento público ou testamento, de que permite a utilização de seu sêmen na inseminação artificial da sua mulher?”¹⁷

Diante da inexistência de lei que regulamente a forma, o fato da manifestação de vontade ter sido apregoada em instrumento particular não a invalida, e como os autores não impugnaram a assinatura do pai nos documentos, não se faz necessário o reconhecimento de firma, conforme o art. 17, III, § 2º do Provimento 63/2017.

4.1 O CONSENTIMENTO COMO LEGITIMADOR DA FILIAÇÃO E DA SUCESSÃO

Como visto, o consentimento do *de cuius* é pressuposto essencial para a legitimação da filiação e, conseqüentemente, da sucessão. Embora o Código Civil tenha sido omissivo quanto à sua necessidade, é certo que privilegia a autonomia do falecido e a faculdade da sua vontade se ser pai.

Maria Berenice Dias afirma:

Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opera a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético

¹⁶ BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e sua Aplicação Post Mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 95

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5. p. 486.

que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*.¹⁸

Por conseguinte, se houver autorização expressa do *de cujus*, esta se estenderá após sua morte, não podendo ser revogada, de sorte que uma vez nascido por meio de técnica de reprodução assistida, poderá usufruir de seus direitos sucessórios.

Mesmo quando há implantação *post mortem* sem consentimento, ainda se entende que o filho deve ser reconhecido como tal e, conseqüentemente, ele tem todos os seus direitos assegurados. Nessa linha segue Cristiano Chaves de Farias:

Se o falecido não consentiu expressamente o uso de seu embrião, após o seu óbito, mas o deixou congelado e a esposa veio a utilizá-lo, embora não seja caso de incidência da presunção da paternidade, será caso de determinação biológica da filiação. Em outras palavras, o filho não ficará sem pai.¹⁹

O filho havido sem consentimento por meio desta técnica não poderá ser privado do seu direito à herança, pois tal privação seria uma afronta aos princípios constitucionais da isonomia filiar e do melhor interesse da criança.

5 OUTRAS PROVAS ADMITIDAS

No julgamento da Apelação nº 1082747-88.2017.8.26.0100, pode-se observar que o magistrado analisou o conjunto probatório apresentado; foram avaliados os atos praticados em vida que podiam corroborar com o conteúdo do documento assinado pelo falecido, por exemplo, o fato de ter se submetido à cirurgia para extrair espermatozoides, o que seria um forte indicativo de sua intenção de ter filhos.

Nesse sentido, Gilberto Baumann de Lima alerta:

Um engano muito frequente que deve ser evitado é o de ser o consentimento informado reduzido a um simples formulário, essa ideia imediatista leva a supervalorização de um documento isolado, muitas vezes em detrimento de um conjunto de atos e fatos que poderão confirmar ou negar o próprio conteúdo do termo de consentimento formalizado.²⁰

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: RT. p. 123.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey. p. 676

²⁰ LIMA, Gilbert Baumann. **Consentimento Informado na Relação entre Profissionais e Instituições de Saúde e seus Pacientes**. Londrina: G. B. de Lima. p. 28

Inexistindo a manifestação expressa do *de cuius*, seja de maneira favorável à inseminação post mortem ou contrária, é possível também extrair da situação fática o desejo do falecido em procriar, ainda que tacitamente.

Analisando a inseminação homóloga *post mortem* em caso de ausência de consentimento, Cristiano Colombo enfatiza:

Nesse caso, compreende-se, nessa perspectiva, que a exigência de autorização expressa para a realização do procedimento e, sobretudo, para o estabelecimento da filiação é incabível quando, no mundo fático, não há qualquer oposição do falecido em gerar um filho, decorrente de inseminação artificial homóloga post mortem. Nesse sentido, uma vez que o material genético foi para ele próprio depositado e não há amparo legal, atualmente, para a exigência de autorização expressa, conclui-se pelo estabelecimento da paternidade. Ademais, estabelecer interpretação em sentido contrário tendo o marido, em vida, depositado o material genético sem trazer qualquer oposição à sua utilização *post mortem* pela esposa decorre, inclusive, ofensa à boa-fé objetiva, nos termos do *non venire contra factum proprio*.²¹

Para o autor, o consentimento, ainda que tácito, implica na legitimação da paternidade, mas há rechaça nos casos em que existe manifestação contrária ao uso do material genético criopreservado.

Desse modo, em ambos os casos há a necessidade de um pronunciamento judicial para decidir a lide, devendo o magistrado analisar conjuntamente o termo de consentimento, se houver, e ainda outras provas que demonstrem a vontade do falecido para proferir decisão de forma rente à realidade fática subjacente à causa

6 CONCLUSÃO

Neste estudo buscou-se responder se o termo de consentimento seria uma prova inequívoca da vontade do falecido em prosseguir com a reprodução assistida. Tendo isso em mente, cabe ressaltar que a pura manifestação de vontade só se dá mediante condições que permitem que ela seja expressa e livre, sendo declarada de forma clara e precisa, exigindo ainda a plena capacidade do agente e voluntariedade do ato.

No caso estudado, houve questionamento quanto a capacidade do agente, porém, restou claro que este gozava de plenas condições mentais quando da assinatura do contrato. Este continha uma cláusula que contemplava a hipótese do evento morte e dispunha que o casal,

²¹ COLOMBO, Cristiano. **A Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem e o Direito à Sucessão Legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico. p. 164-165.

desde que de comum acordo, poderia optar por descartar o material genético ou conferir a titularidade dos embriões ao cônjuge sobrevivente, o que deixou claro que escolha seria do cônjuge supérstite, de modo que se verifica que houve autorização expressa e válida do *de cujus* para a realização da inseminação póstuma.

Entretanto, foi possível entender também que muito embora a Resolução nº 2.168/2017 imponha a necessidade de autorização expressa, esta isoladamente não possui força para determinar a implantação do embrião, uma vez que um conjunto de atos e fatos pode vir a contrariar o que fora acordado.

O Tribunal permitiu o prosseguimento da implantação embasando sua decisão na Declaração de Encaminhamento e no fato do falecido ter se submetido ao procedimento cirúrgico para extrair o material genético, de modo a não restar dúvidas de sua intenção em ter mais filhos com a esposa.

Logo, conclui-se que o termo de consentimento, isoladamente, não faz prova inequívoca da vontade do falecido em ser pai após a morte, mas cabe ao magistrado analisar o conjunto probatório trazido aos autos e decidir sobre a existência ou não de projeto parental, sob pena de afrontar o direito tanto do *de cujus* quanto do cônjuge supérstite de decidir sobre seu próprio material genético e a sua conformação familiar, ainda que sobre algum dos cônjuges tenha sobrevivendo o evento morte.

7 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia**. 4. ed. atual. (de acordo como o novo Código Civil). São Paulo: Saraiva.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. **Reprodução Humana Assistida e sua Aplicação Post Mortem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 out. 2020.

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. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>. Acesso em: 13 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 set. 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, 15 jan. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

COLOMBO, Cristiano. **A Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem* e o Direito à Sucessão Legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 2.121 de 24 de setembro de 2015**. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida [...] Diário Oficial da União: Brasília, Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3. ed. São Paulo: RT.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, v. 5.

FARIAS, Cristiano Chaves de; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord.); PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais de acordo com o Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar.

LIMA, Gilbert Baumann. **Consentimento Informado na Relação entre Profissionais e Instituições de Saúde e seus Pacientes**. Londrina: G. B. de Lima.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MOREIRA, Daniela Augusto. **Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e questões sucessórias decorrentes**. Editora Dialética. Edição do *Kindle*.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. **O dever de Informar dos Médicos e Consentimento Informado**. Curitiba: Juruá.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**: com anotações ao novo Código Civil. 27. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2020. v. 6. (atual. por Francisco Cahali).

ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 6.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Yasmin Lino da Silva.

Aluna, regularmente matriculado(a), no Curso de Direito, na disciplina do TCC da 10ª etapa, matrícula nº 31605011, Período Matutino, Turma: D,

tendo realizado o TCC com o título: Análise da importância do termo de consentimento como pressuposto para legitimação do uso do material genético do *de cujus* para fins de procriação *post mortem* – Análise do julgado 1082747-88.2017.8.26.0100 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

sob a orientação do(a) professor(a): 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, 13 de novembro de 2020 .



Assinatura do discente