

Comentário ao Recurso Especial nº 1.918.421 – SP: desafios da reprodução humana assistida *post mortem*

Rose Melo Vencelau MEIRELES*

O tempo é a imagem móvel da eternidade imóvel.

– PLATÃO

RESUMO: O artigo comenta a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.918.421 – SP, que julgou a possibilidade de utilização para fins reprodutivos de embriões criopreservados sob custódia da viúva. O cerne central do julgado consistiu em analisar, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, a forma adequada para a autorização da reprodução humana assistida *post mortem*. O Tribunal Superior considerou que declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo.

PALAVRAS-CHAVE: Família; reprodução humana assistida; reprodução *post mortem*; forma do negócio jurídico; testamento.

SUMÁRIO: Introdução; – 1. A reprodução humana assistida *post mortem*; – 2. O caso julgado no Recurso Especial nº 1.918.421 – SP; – 3. A forma adequada da autorização para implantação de embriões *post mortem*; – 4. O destino dos embriões; – 5. Para concluir.

Introdução

O tempo caminha no seu próprio ritmo, e continuará caminhando independentemente de nós. Nesse sentido, o tema da reprodução humana *post mortem* traz à tona a discussão do tempo na decisão de ter filhos. O sistema jurídico brasileiro é permissivo quanto ao uso das técnicas de reprodução humana. Assim, insere-se na liberdade do planejamento familiar a escolha pessoal de ter filhos em vida, e até depois da morte.

Na disciplina geral dos negócios jurídicos, o princípio da liberdade das formas prevalece quando não há forma prescrita ou proibida, nos termos do art. 108 do Código Civil. Contudo, mesmo válida a declaração de vontade, em razão da forma, sua eficácia pode depender da qualificação da vontade. Nessa toada, está-se em direção da interpretação da vontade, para que possa produzir seus efeitos intencionados na sua declaração.

* Mestre e Doutora em Direito Civil (UERJ). Procuradora da UERJ. Professora Adjunta de Direito Civil da UERJ. Advogada e Mediadora.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.918.421 – SP, teve a oportunidade de interpretar o negócio jurídico celebrado entre um casal e um hospital para tratamento de reprodução assistida, a fim de concluir se a viúva poderia utilizar os embriões criopreservados para fins de reprodução humana *post mortem*. O acórdão foi assim objeto de comentário, a fim de ordenar a temática a partir dos principais aspectos nele abordados.

No item 1, o comentário trata da reprodução humana assistida *post mortem* genericamente, a partir da normativa que regula o tema, de modo a situar o leitor. No item 2, cuida-se do caso concreto e do teor do Recurso Especial nº 1.918.421 – SP. No item 3, enfrenta-se a forma adequada da autorização para implantação de embriões *post mortem*, problemática central conduzida pelo julgado em comento. E, por fim, no item 4, apresenta-se as opções conferidas pelo ordenamento jurídico para o destino dos embriões excedentários, quando não forem utilizados para reprodução humana.

A natureza jurídica do embrião e a tutela da vida humana embrionária, embora tangenciem substancialmente a regulação da reprodução humana e dos embriões excedentários, assim como no julgado do Superior Tribunal de Justiça, não foram aqui abordadas. Não deixa, porém, de ser um pensamento presente no biodireito e na vida de cada família que busca essa via para alcançar a parentalidade.

1. A reprodução humana assistida *post mortem*

O artigo 1.597 do Código Civil prevê algumas hipóteses de presunção de paternidade aplicáveis às situações de reprodução assistida:

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.

A reprodução assistida é gênero que compreende a inseminação (ou fecundação) artificial e a fertilização *in vitro*. O que difere as duas técnicas é a maneira como os óvulos são fecundados. A inseminação artificial consiste em injetar os espermatozoides

diretamente no útero da mulher, onde ocorrerá a fecundação. A fertilização *in vitro* é a fecundação do óvulo com o espermatozoide no laboratório de embriologia, para depois realizar-se a transferência embrionária para o útero da mulher.

Ao disciplinar a reprodução humana assistida, o legislador não se baseou na técnica empregada, mas na origem biológica do material genético utilizado. Quando o material genético pertence ao casal, será reprodução homóloga. Quando o material genético for doado, será reprodução heteróloga. Sendo homóloga, haverá presunção de paternidade do marido, também pai biológico, dos filhos havidos a qualquer tempo, não importa se por inseminação artificial ou fertilização *in vitro*.

A reprodução *post mortem* poderia ocorrer em ambas as situações. Se o marido morre e deixa sêmen criopreservado, a fertilização *post mortem* poderá ocorrer depois do falecimento e o filho será presumidamente do marido da mãe. Se o marido morre, deixando embriões excedentários¹, com a implantação destes, o filho resultante dessa técnica também será presumidamente do marido da mãe. A presunção de paternidade apenas estabelece o modo pelo qual o registro poderá ser feito, isto é, independentemente da declaração paterna. Significa dizer que a mulher apresenta a declaração de nascido vivo emitida pelo hospital e a certidão de casamento, a permitir o registro completo da filiação, com o nome do marido da mãe.

O Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ao dispor sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, acabou por ampliar as hipóteses legais de presunção. Isto porque, se os pais forem casados ou conviverem em união estável, poderá somente um deles comparecer ao ato de registro, desde que apresente a documentação referida no art. 17, III, daquele provimento, isto é, certidão de casamento, certidão de conversão de união estável em casamento, escritura pública de união estável ou sentença em que foi reconhecida a união estável do casal, além da declaração de nascido vivo (DNV). Desse modo, dispensa-se a declaração paterna também na união estável. Nas hipóteses de reprodução assistida *post mortem*, além desses documentos, 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.

¹ Dispõe a Resolução nº 1358/92 do Conselho Federal de Medicina que “O número total de pré-embriões produzidos em laboratórios serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído” (n. V, 1).

No caso da fecundação artificial heteróloga, a presunção de paternidade somente se apresenta quando houver autorização do marido. É uma hipótese *sui generis*, pois a paternidade se estabelece sem que resulte de laço de sangue ou adoção. O art. 1.593 do Código Civil prevê que “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem”. Assim, trata-se de uma hipótese de parentesco civil diversa da adoção, onde se prestigia o critério socioafetivo, e a distinção entre ser genitor e ser pai². Para tanto, é necessária a autorização do marido. Para o registro, o Provimento 63/2017 do CNJ inclui ainda a exigência de declaração, com firma reconhecida, do diretor técnico da clínica, centro ou serviço de reprodução humana em que foi realizada a reprodução assistida, indicando que a criança foi gerada por reprodução assistida heteróloga, assim como o nome dos beneficiários.

Sobre o tema, importantes enunciados foram aprovados nas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho da Justiça Federal, dentre os quais pode-se citar:

Número 103 - O Código Civil reconhece, no art. 1.593, outras espécies de parentesco civil além daquele decorrente da adoção, acolhendo, assim, a noção de que há também parentesco civil no vínculo parental proveniente quer das técnicas de reprodução assistida heteróloga relativamente ao pai (ou mãe) que não contribuiu com seu material fecundante, quer da paternidade socioafetiva, fundada na posse do estado de filho.

Número 105 - As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

Número 106 - Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Número 267 - 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 da herança.

² Mesmo assim, observa-se a superior importância conferida ao dado biológico, ao se permitir a negatória de paternidade a qualquer tempo e por qualquer motivo, incluindo-se a inexistência do vínculo biológico. Desta feita, adianta-se que como o Código Civil de 2002 distinguiu o ato de gerar do ato de ser pai no momento da constituição da paternidade, da mesma forma deve diferenciar para a desconstituição.

Para o caso em comento julgado pelo STJ, importa o Enunciado 106, que estabelece duas condições para a aplicação da presunção de paternidade na reprodução *post mortem*: i) a viuvez; ii) autorização do por escrito do marido para que utilize seu material genético depois da morte. Na legislação civil, a autorização do marido somente é mencionada como condição para a presunção de paternidade na reprodução heteróloga, aparentando restar presumida na reprodução homóloga, pelo emprego voluntário do seu próprio material genético nos procedimentos médicos. Entretanto, a Resolução CFM 2294/2021 prevê que é permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. Foi exatamente sobre a autorização ou não do falecido, no momento anterior à implantação do embrião, em reprodução humana homóloga, que o STJ precisou se pronunciar no caso ora analisado.

2. O caso julgado no Recurso Especial nº 1.918.421 – SP

Em 2013, José e Teresa (nomes fictícios em razão do segredo de justiça) casaram-se no regime de separação absoluta de bens. Em 2017 José faleceu. Contudo, deixou criopreservado pré-embrião *in vitro*, proveniente de procedimento de reprodução humana assistida que vinha realizando com Teresa.

José possuía dois filhos unilaterais que foram comunicados em 2015 de que o *de cujus* realizara fertilização *in vitro* dando origem a alguns pré-embriões mantidos sob a guarda do hospital Help (nome fictício). Diante da notícia, os filhos promoveram ação de exibição de documentos em face do hospital a fim de verificar a veracidade das informações, sendo que na pendência daquela demanda, restaram cientificados pela viúva de que estaria ultimando os procedimentos necessários à implantação de dois embriões, inclusive com autorização marital ao procedimento *post mortem*.

Os filhos do *de cujus* então promoveram ação a fim de impedir a implantação dos embriões, com seguintes pedidos:

- (i) reconhecer e declarar judicialmente a inexistência do direito de utilização *post mortem* dos embriões deixados pelo Sr. J. L. Z. que se encontram sob a custódia do Hospital S. L. (...) e, (ii) proibir os corréus de implantar os embriões deixados pelo de cujus após a sua morte – tornando, assim, definitiva a tutela provisória de urgência cautelar.

Incontroverso o fato de o *de cuius* ter recebido e assinado os documentos “Orientação e esclarecimentos sobre o Procedimento de Reprodução Humana” e “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”. Da mesma forma, é absolutamente certo que José nutria o desejo, em vida, de ter filhos com Teresa, pois a realização da fertilização *in vitro*, com submissão, inclusive, a intervenção cirúrgica para obtenção do sêmen não serviria a outro fim.

A controvérsia dizia respeito à existência, ou não, de autorização expressa de José para a implantação dos embriões gerados com a então esposa Teresa, mesmo após sua morte naqueles documentos contratuais firmados com o hospital. O debate de outras questões que gravitam em torno da reprodução assistida, como o exato momento em que se inicia a vida humana, ou a natureza jurídica dos embriões, ou a aplicação do conceito amplo ou restrito de nascituro, não foram enfrentadas pelo STJ, que entendeu ser preponderante à solução desta a existência ou não de óbice à continuidade da relação contratual de criogenia estabelecida entre os réus (viúva e hospital). No julgado, a corte se dividiu.

No voto do Relator, o Min. Marco Buzzi entendeu que os questionamentos de ordem fática promovidos nos recursos especiais denotavam a pretensão análise do acervo fático-probatório, a fim de constatar a inexistência de autorização para a procriação *post mortem*, notadamente pelo cotejo com as cláusulas constantes do contrato de prestação de serviços de reprodução assistida firmado pelo falecido e sua então esposa com o hospital. Porém, essa providência não se mostraria adequada no âmbito desta Corte Superior ante os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ. Nesse sentido, manteve a decisão recorrida, considerando certa a autorização conferida pelo falecido, para o uso, com quaisquer fins, diante da determinação de que em caso em morte os embriões deveriam ficar sob custódia da esposa, restando cumpridas todas as formalidades legais necessárias, inclusive, à implantação dos embriões *post mortem*, bem como afastada por completo a aventada vontade de descarte do material, doação para terceiros, encaminhamento para pesquisas entre outras possibilidades.

No voto vencedor, o Min. Luis Felipe Salomão concluiu diversamente. Entendeu o Ministro pela clara necessidade de que todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida sejam pautadas pela transparência, pelo conhecimento e consentimento dos atores envolvidos: equipe médica e sujeitos doadores e receptores do material genético, o que não teria ocorrido no caso concreto.

O Ministro Luis Felipe Salomão obteve base argumentativa as resoluções do Conselho Federal de Medicina, destacadamente, na sistematização das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, valendo citar os seguintes dispositivos normativos Resolução CFM 2294/2021:

I - PRINCÍPIOS GERAIS

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético.

(...)

V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

4. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se esta for a vontade expressa dos pacientes.

(...)

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.

O voto vencedor observou ainda o Provimento n. 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu modelos únicos de certidão a serem adotados pelos ofícios de registro civil e de reconhecimento de paternidade e maternidade socioafetiva, estabelece em seu art. 17, § 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". E, nessa mesma linha de entendimento, o Enunciado n. 633 do Conselho da Justiça Federal, oriundo da VIII Jornada de Direito Civil, indica que "é possível ao viúvo ou ao companheiro sobrevivente o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, desde que haja expreso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira".

Observada a normativa existente, embora pouco detalhada, endenteu-se que o planejamento familiar estaria ligado ao ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas. E assim concluiu que “nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, imprescindível que sua manifestação se dê de maneira inequívoca, leia-se expressa e formal, efetivando-se por meio de instrumentos jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada”. Como os documentos contratuais indicavam a custódia *post mortem* para a viúva, mas não restava expressa a autorização para a implantação *post mortem* dos embriões, entendeu-se faltar o expresso e inequívoco consentimento. Por fim, o entendimento do STJ resultante desse julgado impõe uma tomada de ação prática para aqueles que utilizam das técnicas de reprodução humana e pretendem autorizar o uso do material genético *post mortem*. Isto porque restou consignado que a declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo.

3. A forma adequada da autorização para implantação de embriões *post mortem*

A forma é também requisito de validade do negócio jurídico, nos termos do art. 104, III, do Código Civil. Desse modo, o negócio válido segue a forma prescrita e não segue aquela proibida em lei. No que toca aos negócios existenciais (ou mesmo dúplices), como esses que envolvem a reprodução humana assistida³, questiona-se se há uma forma apropriada ou uma forma que lhes seja proibida. Quanto à forma prescrita em lei, não há norma geral. Conforme exemplifica Roxana Borges:

Realizam-se sem muitos problemas a doação de leite e a doação de sangue, inclusive por meio de procedimentos informais de manifestação de vontade. Também a doação de espermatozoides tem ocorrido sem muitos impedimentos, mediante simples declaração de vontade.⁴

³ Sobre as relações jurídicas formadas por situações jurídicas subjetivas patrimoniais e existenciais, consulte-se MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.46 e ss.

⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos da Personalidade e da Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 174.

Para a disposição de órgãos, tecidos e partes do corpo humano vivo, para fins de transplantes, a Lei nº 9.434/97 estabelece no § 4º do art. 9º que o doador deve autorizar preferencialmente por escrito e diante de testemunhas. A forma escrita, portanto, não é exigida e sim recomendada. Somente quando a doação for para pessoa que não seja cônjuge ou parente até o quarto grau, o transplante *inter vivos* necessita de maior formalidade, isto é, de autorização judicial, para ser realizado, nos termos do art. 9º, *caput*, desta lei.

Desse modo, os atos de autonomia existenciais *inter vivos* seguem em geral a forma livre, salvo quando a lei exigir forma especial, conforme prevê o art. 107 do Código Civil. A forma livre é, inclusive, facilitadora da disposição existencial voltada ao livre desenvolvimento da pessoa.

No caso de transplantes *post mortem*, o art. 40 da Lei nº 9.434/1997 determina que a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo da pessoa falecida dependerá de autorização do cônjuge ou parente até o segundo grau, observada a linha sucessória, a qual será firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. A lei especial, portanto, desconsidera que o falecido possa ter autorizado ou desautorizado a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo, disposição esta que, na esteira da garantia à autonomia existencial e de vedação à coisificação da pessoa, não pode ser desrespeitada. A autorização do cônjuge e parentes do falecido é, assim, supletiva da vontade do morto e deve observar a forma prescrita na lei.

O art. 14 do Código Civil dispõe que “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”. Não discriminou, porém, a forma pela qual essa vontade deve ser expressa. Diante disso, questiona-se se o testamento é a única forma válida para a declaração de vontade *mortis causa*. Não é de hoje que se considera que o testamento pode conter disposições não patrimoniais. Por isso, não é inovadora a previsão do § 2º do art. 1.857 do Código Civil segundo a qual “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”. Mas estaria a disposição de vontade de conteúdo não patrimonial cingida à forma testamentária quando *mortis causa*?

De acordo com Francisco Amaral, “Quanto ao tempo em que se devem produzir os efeitos, os negócios jurídicos dividem-se em *inter vivos*, se devem produzi-los em vida das partes, e

mortis causa, se após a morte; neste caso, o testamento, única espécie em nosso direito”.⁵ Esta afirmação é aceita sem críticas com relação aos negócios patrimoniais. O próprio art. 1.857, *caput*, do Código Civil, determina que a faculdade de dispor de bens para depois da morte deve ser feita por testamento, embora exista uma exceção para atos de última vontade que possam ser objeto de codicilo. Além disso, há vedação legal para que seja objeto de contrato herança de pessoa viva no art. 426 do Código Civil. Assim, não se pode negociar com a herança de pessoa viva, subordinando a eficácia deste negócio à morte do autor da herança. Consequentemente, para dispor da herança, mister seja feito um testamento. Ocorre que herança consiste em todo o acervo patrimonial do de cujus, transmissível com a sua morte. Não integram o conceito de herança, portanto, as situações meramente existenciais do falecido.

Paolo Zatti chegou a afirmar que “Rispetto agli organi e ai tessuti, il modello proprietario è ancora un riferimento, soprattutto per chi non esclude l’ipotesi di un mercato degli organi”.⁶ No entanto, os avanços da biotecnologia que permitem transplantes, disposição de células tronco, embriões e gametas masculinos e femininos etc., requerem um tratamento diferenciado do estatuto proprietário porque pertencem à categoria do ser e não do ter. Dessa feita, desde que a situação existencial não integre o patrimônio hereditário do falecido, poderá ser objeto de disposição mortis causa sem que a forma testamentária seja exigida. Em outras palavras, não é proibido que use de outra forma para dispor de situações existenciais para depois da morte.⁷

Imagina-se, por exemplo, a situação do marido que concordou em utilizar a técnica de reprodução humana assistida homóloga com sua mulher. Seguindo a norma ética do CFM, permitiu em documento escrito não testamentário a utilização do seu sêmen ou do embrião com ele gerado até mesmo depois da morte; mas depois se arrependeu e revogou o ato como o permite o parágrafo único do art. 14 do Código Civil. Todavia, quando a viúva decide utilizar o material genético do marido morto, depara-se com um ato de revogação da autorização que não seguiu a forma testamentária. Seria válido este ato? Não há razão para resposta negativa, não por causa da forma adotada.

⁵ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 380.

⁶ ZATTI, Paolo. Verso un Diritto per la Bioetica: Risorse e Limiti del Discorso Giuridico. *Rivista di Diritto Civile*, n. 1. Padova: Cedam, jan./fev. 1995, p. 48. (Tradução livre: “Em relação aos órgãos e tecidos, o modelo proprietário é ainda uma referência, sobretudo para quem não excluía hipótese de um mercado de órgãos”).

⁷ Nesse sentido, em outro escrito opinou-se que a forma nas disposições existenciais mortis causa é apenas *ad probationem* e não *ad solemnitatem* (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p. 146).

Além do art. 14 do Código Civil, o parágrafo único do art. 1.729 permite disposição existencial de eficácia *post mortem* fora do testamento, ao prever que a nomeação compete conjuntamente aos pais e deve constar de testamento ou de qualquer outro documento autêntico. Estes dispositivos, portanto, sinalizam que o testamento não é a única forma válida para disposições de última vontade de conteúdo não patrimonial.

Segundo Zeno Veloso, “As formalidades testamentárias visam a cercar de maiores garantias, de toda a segurança e autenticidade a manifestação de vontade do testador. Vontade esta que vai ter eficácia quando o seu autor não mais existe”.⁸ Desse modo, a forma não é exigida pela forma, simplesmente. A forma rígida do testamento existe para atender a dois interesses principais: a vontade do testador e o direito dos herdeiros necessários.

A forma nas disposições existenciais *mortis causa* é, desta feita, apenas *ad probationem* e não *ad solemnitatem*. O testamento não está excluído, mas, não é necessário e nem sempre é a forma mais aconselhável para atender a finalidade pretendida pelo disponente. Resta observar que embora, como regra geral, não haja uma exigência de forma para as disposições existenciais, mesmo *causa mortis*, é aconselhável que as mesmas sejam feitas por meio de um escrito, por razões de segurança do disponente e de prova quanto a sua exata manifestação de vontade.⁹ O testamento, para algumas situações existenciais, é ainda o instrumento mais seguro para declarações de última vontade.

No julgado em comento, o STJ seguiu essa linha de entendimento, ao concluir que a vontade deve ser declarada por testamento, ou por documento análogo, por tratar de disposição de cunho existencial, sendo um de seus efeitos a geração de vida humana. Cabe ressaltar que no caso examinado o *de cuius* havia feito testamento sem menção à contemplação de nenhum outro filho, o que foi fator de dúvida acerca da sua vontade no âmbito da reprodução *post mortem*.

4. O destino dos embriões

A Resolução CFM 2294/2021 reduziu o número de embriões a serem gerados em laboratório, por um lado a evitar um grande número de excedentes não utilizados; por

⁸ VELOSO, Zeno. *Testamentos*. 2ª ed. Belém: Cejup, p. 35.

⁹ Nesse passo, cabe remeter o leitor ao princípio do consentimento qualificado, próprio das situações existenciais, segundo o qual a natureza pessoal e de difícil (até impossível) desfazimento impõe maior atenção à vontade interna do agente, de modo a buscar declaração expressa, espontânea, pessoal, atual e esclarecida do declarante ((MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, cit., p.213 e ss).

outro, a reduzir as chances de gravidez, na medida em que nem todos os embriões gerados são viáveis. O número total de embriões gerados em laboratório não poderá exceder a 8 (oito). Será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fresco, sendo até 2 (dois) embriões para mulheres com até 37 (trinta e sete) anos e até 3 (três) embriões para mulheres com mais de 37 (trinta e sete) anos. Os excedentes viáveis serão criopreservados. Como não há previsão de embriões viáveis ou quanto à sua qualidade, a decisão deverá ser tomada posteriormente a essa etapa.

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los. Como se verificou a partir do caso julgado pelo STJ, para fins de reprodução *post mortem*, a manifestação deve ser por escrito, expressa e específica. Além dessa finalidade, o paciente pode optar por outros fins: i) doação; ii) descarte; iii) pesquisa científica.

A doação é caracterizada pela gratuidade e pelo anonimato. A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, sob pena de ineficácia de qualquer ajuste de contraprestação. Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa, exceto na doação de gametas para parentesco de até 4^o (quarto) grau, de um dos receptores (primeiro grau - pais/filhos; segundo grau - avós/irmãos; terceiro grau - tios/sobrinhos; quarto grau - primos), desde que não incorra em consanguinidade. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para os médicos, resguardando a identidade civil do(a) doador(a). As clínicas, centros ou serviços onde são feitas as doações devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com a legislação vigente. Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de dois nascimentos de crianças de sexos diferentes em uma área de 1 milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora. Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços participar como doadores nos programas de reprodução assistida.

A idade limite para a doação de gametas é de 37 (trinta e sete) anos para a mulher e de 45 (quarenta e cinco) anos para o homem. Exceções ao limite da idade feminina poderão ser aceitas nos casos de doação de óocitos e embriões previamente congelados, desde que a receptora/receptores seja(m) devidamente esclarecida(os) dos riscos que envolvem a prole.

O descarte do embrião é possibilidade prevista na Resolução CFM 2294/2021. Os embriões criopreservados com três anos ou mais poderão ser descartados se essa for a vontade expressa dos pacientes, mediante autorização judicial. Da mesma forma, os embriões criopreservados e abandonados¹⁰ por três anos ou mais poderão ser descartados, mediante autorização judicial.

A Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas da fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia:

Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I - sejam embriões inviáveis; ou

II - sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

Em comum, a disposição dos embriões excedentários, seja por doação, descarte ou destinação à pesquisa, requer o consentimento dos “genitores”, titulares do material genético. Não é demais aproveitar o entendimento lançado no RESP nº 1.918.421 – SP em comento para que o consentimento seja feito de forma escrita, expressa e específica, de modo a evitar litígio futuro.

4. Para concluir

A biotecnologia tem trazido enormes desafios para o Direito. Um deles certamente é o regulamento adequado da reprodução humana assistida. A norma constitucional, de

¹⁰ Resolução CFM 2294/2021, 5.1 Embrião abandonado é aquele em que os responsáveis descumpriram o contrato preestabelecido e não foram localizados pela clínica.

um lado, assegura o livre planejamento familiar, no qual se insere o uso das técnicas de reprodução humana assistida. Contudo, de outro, a liberdade vem acompanhada da parentalidade responsável. Esse equilíbrio entre liberdade e responsabilidade deve ser a tônica da problemática acerca do tema.

Embora criticável a reprodução assistida *post mortem* diante do princípio do melhor interesse da criança, como restou assentado no acórdão em comento, a técnica é admitida no ordenamento jurídico brasileiro. No RESP nº 1.918.421 – SP, objeto deste comentário, o Superior Tribunal de Justiça dividiu seu entendimento a respeito da forma adequada para a declaração de vontade com fins para autorizar a reprodução humana *post mortem*. O voto do I. Rel., Min. Marco Buzzi, apesar de fundamentar-se na Súmula 7 do STJ, a evitar a reapreciação de provas, tangenciou o mérito, ao opinar que a custódia dos embriões deixada para a viúva não poderia ter outra intenção senão o seu uso para fins reprodutivos. Entretanto, o voto vencedor, exarado pelo Min. Luis Felipe Salomão, considerando os sensíveis efeitos existenciais e patrimoniais envolvidos, indicou que a forma para esse tipo de declaração de vontade, além de escrita, deve ser expressa e específica. Com efeito, a indicação da custódia dos embriões criopreservados – como no caso em comento – não traz expressa e específica a finalidade de autorizar a reprodução *post mortem*.

Nesse sentido, a exigência de forma atende à função do negócio jurídico celebrado. O vínculo paterno-filial, ainda que *post mortem*, implica em um conjunto de situações patrimoniais e existenciais dele decorrentes. A forma assegura o efetivo consentimento do declarante. Nos negócios existenciais (ou dúplices, por envolverem situações de dupla natureza, patrimoniais e existenciais), o princípio do consentimento qualificado reforça a necessidade de se obter a vontade expressa, espontânea, pessoal, atual e esclarecida do declarante, exatamente pelos efeitos pessoais e, na maioria das vezes, irreversíveis que promovem. O engano ou presunção quanto à autorização da reprodução humana *post mortem*, por exemplo, não poderia desfazer a gestação se comprovado posteriormente inexistir o consentimento. Dessa feita, o cuidado preventivo a partir da interpretação criteriosa da vontade mostra-se o caminho mais acertado.

A norma ética do Conselho Federal de Medicina exige a autorização específica do morto para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. O Código Civil, ao disciplinar a presunção de paternidade, inseriu as hipóteses de reprodução honóloga *post mortem*, seja por inseminação artificial ou implantação de

embriões criopreservados, mas não exigiu a autorização do marido. Mesmo sem a previsão de autorização expressa e específica no art. 1.597, III e IV, a legalidade constitucional impõe que o uso do material genético depois da morte dependa de declaração escrita, expressa e específica, como concluiu o STJ. Isto porque na reprodução humana assistida, mesmo homóloga, a parentalidade decorre em primeiro lugar da autonomia privada, ao escolher a paternidade ou maternidade, realizada por meio da concreção de vários atos. Sem a autorização, a paternidade não pode ser concretizada por faltar-lhe elemento fundamental.

Como citar: MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Comentário ao Recurso Especial nº 1.918.421 – SP: desafios da reprodução humana assistida *post mortem*. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 10, n. 3, 2021. Disponível em: <<http://civilistica.com/comentario-ao-recurso-especial/>>. Data de acesso.