

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : L Z N
ADVOGADOS : PRISCILA MARIA PEREIRA CORREA DA FONSECA - SP032440
FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR - BA015484
RECORRENTE : F Z
ADVOGADA : MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
ADVOGADOS : ANNA CAROLINA MENEZES DE NORONHA BORELLI - DF028813
ADRIANO JOSÉ BORGES SILVA - BA017025
MARCELLA GUIMARÃES PEIXOTO - DF054990
RECORRIDO : S B DE S - H S L
ADVOGADOS : EDUARDO LUIZ BROCK - SP091311
SOLANO DE CAMARGO - SP149754
FABIO RIVELLI - SP297608
RECORRIDO : T DA C R Z
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO FANUCCHI - SP092452
DILERMANDO CIGAGNA JUNIOR - SP022656
MAURO PEDROSO GONÇALVES - DF021278
LUIS INACIO LUCENA ADAMS - SP387456

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS *INTERNA CORPORIS*. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

1. A negativa de prestação jurisdicional não se configura quando todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa são considerados pelo órgão julgador, estabelecendo-se, de modo claro e fundamentado, a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes.

2. Nos termos do entendimento do STJ, é inviável, em recurso especial, a verificação de ofensa/aplicação equivocada de atos normativos *interna corporis*, tais como regimentos internos, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/1988.

3. No que diz respeito à regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, o Brasil adota um sistema permissivo composto por

atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino.

4. Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados. Dispõe, ademais, que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas da fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia.

5. Especificamente quanto à reprodução assistida *post mortem*, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.

6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida *post mortem*, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresse consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade.

9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas.

10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito.

11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético *post mortem*.

Superior Tribunal de Justiça

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

13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo.

14. Recursos especiais providos.

ACÓRDÃO

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

Vencidos o relator e a Ministra Maria Isabel Gallotti.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira.

Brasília (DF), 08 de junho de 2021(Data do Julgamento)

MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Relator p/ Acórdão

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6)

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI:

Cuida-se de recursos especiais interpostos por L. Z. N. e F. Z., ambos fundamentados no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em sede de apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Na origem, L. Z. N. e F. Z. promoveram, em caráter antecedente, tutela provisória de urgência de natureza antecipada convolada em procedimento ordinário em face de T. DA C. R. Z. (viúva) e S. B. DE S. - H. S. L. (hospital), aduzindo, em suma, serem filhos adotivos de J. L. Z., falecido em 03/02/2017, o qual era casado sob o regime da separação absoluta e obrigatória de bens com a ré T. DA C. R. Z. desde 23/09/2013.

Narram na exordial que, com a abertura da sucessão do pai, tomaram conhecimento da existência de testamento particular pelo qual o *de cujus* deixou a parte disponível aos autores e legou à esposa o valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), além do numerário necessário à compra de um imóvel residencial consistente em apartamento novo situado na cidade de São Paulo, nos bairros Jardim Paulistano, Jardim América ou Jardim Europa, com três dormitórios, bem como para custeio de reforma - se o imóvel antigo fosse - e mobília.

Afirmam que a viúva supérstite não demonstrou interesse no recebimento do legado ou mesmo no andamento do inventário, tendo apresentado pretensões financeiras desarrazoadas e que superavam, em muito, a quantia a ela confiada, acrescentando que no ano de 2015 foram comunicados de que o *de cujus* realizara fertilização *in vitro* dando origem a alguns embriões mantidos sob a guarda do nosocômio.

Diante da notícia, os autores promoveram ação de exibição de documentos em face do hospital corréu a fim de verificar a veracidade das informações, sendo que na pendência daquela demanda, restaram cientificados pela primeira ré de que estaria ultimando os procedimentos necessários à implantação de dois embriões, inclusive com autorização marital ao procedimento *post mortem*.

Aduzindo que a tentativa de utilização do material genético pela primeira ré é ilegal e abusiva, uma vez ausente qualquer documento por meio do qual tenha o

falecido externado de forma expressa e específica autorização para utilização dos embriões após seu falecimento, bem como em razão de expressa reprovação pela doutrina e antagonismos com legislações estrangeiras para utilização de material genético após a morte de qualquer um dos partícipes daquela técnica de reprodução assistida, requereram a concessão de tutela de urgência a fim de impedir a implantação, pelos réus, do material biológico do falecido J. L. Z.

A tutela de urgência foi concedida (fls. 103-104) e determinado o processamento do feito em segredo de justiça, tendo a deliberação sido desafiada por agravo de instrumento.

A petição inicial foi aditada (fls. 120-130), processando-se o feito pelo procedimento ordinário, no qual os pedidos consistiram em: *"(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."*

A ré (viúva) ingressou voluntariamente nos autos (fl. 131) e ofertou contestação (fls. 135-175) arguindo, preliminarmente, incompetência absoluta do Juízo por versar a questão sobre estado, sucessão, seus acessórios e incidentes, pugnando pela remessa do feito ao Juízo de Família, bem como requereu a revogação da tutela de urgência concedida. Quanto ao mérito, sustentou haver expressa autorização de seu falecido marido para implantação de dois embriões, assinalando a necessidade de diferenciação entre óvulo, espermatozoide e embrião. Asseverou a inexistência de norma exigindo que a autorização para criopreservação dos embriões e posterior implantação seja formalizada por instrumento público ou particular e, ainda, ressaltou ter ela e o de cujus exercido de forma livre e consciente o direito fundamental ao planejamento familiar insculpido no art. 266, § 7º da Constituição Federal, motivo pelo qual os embriões concebidos quando ainda vivo o pai já são dotados de personalidade e capacidade sucessória, pugnando pela improcedência da ação.

O corréu (hospital) contestou o feito (fls. 326-335) arguindo, preliminarmente, ausência de interesse de agir e ilegitimidade passiva porquanto é mera conservadora e detentora da guarda do material genético. No mérito, afirmou que realizou os procedimentos de fertilização *in vitro* e de criopreservação de óvulos e pré-embriões com consentimento e autorização expressa das partes envolvidas naquele procedimento, figurando como mero depositário do material biológico, sem qualquer

Superior Tribunal de Justiça

relação com o direito material discutido na presente demanda e, ausente, portanto, pretensão resistida em relação ao reclamo dos autores, além da impossibilidade de condenação em custas e honorários advocatícios.

Após réplicas, juntada de documentos, manifestação do órgão do Ministério Público (fl. 418-425), dentre outros procedimentos, sobreveio sentença de procedência (fls. 647-659), para, em preliminar, afastar a alegada incompetência absoluta e confirmar a tutela de urgência antecedente, proibindo que os demandados realizassem a implantação do material biológico do falecido J. L. Z., notadamente, os dois embriões que se encontram sob custódia do nosocômio, fixando sucumbência a cargo dos réus e honorários de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), a ser rateado pelos vencidos.

Opostos aclaratórios pela ré (viúva), foram rejeitados pela decisão de fls. 674-675.

Irresignados, ambos os demandados interpuseram apelação, as quais foram providas pelo Tribunal Paulista, após afastadas as preliminares arguidas, nos termos da seguinte ementa:

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 S.L. 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.

Opostos embargos de declaração, foram esses rejeitados pelo acórdão de fls. 1509-1522.

Os autores interpuseram recursos especiais (fls. 948-998 e 1334-1365), cada qual representado por seu patrono específico, aduzindo, em síntese:

(i) violação da prevenção estabelecida no artigo 930, § único, do Código de Processo Civil, pois o Exmo. Sr. Desembargador José Aparício Coelho Prado Neto, em razão do julgamento do precedente agravo de instrumento n.º 2178467-74.2017.8.26.0000 interposto pela ré (viúva) contra a decisão concessiva da tutela de urgência, estava prevento para figurar como relator nos recursos ulteriores;

(ii) ofensa à norma que decorre do art. 1.022, I, CPC, ante a recusa do Tribunal em sanar vício de contradição por partir da premissa segundo a qual é exigível autorização expressa e específica para fins de implantação *post mortem* de embrião, porém concluir, com amparo em mera presunção, acerca da existência de anuência nesses termos;

iii) ofensa aos artigos 350, 351, 355, I, 370, 371, 373, I e 442 do Código de Processo Civil e 11, 627, 629, 1.513 e 1.597, inciso III, do Código Civil, pois desconsiderando a necessidade de dilação probatória, em efetivo cerceamento de defesa, dada a impossibilidade de produção da prova testemunhal requerida, afirmou a Corte local que o fato da viúva, desde o óbito do marido, manter sob a sua custódia embriões que se acham criopreservados junto ao hospital corréu, conferiria à demandada principal o direito de promover a implantação *post mortem* daquele material genético, a despeito de inexistir autorização específica e inequívoca do falecido, e mesmo num contexto de reconhecida "dúvida";

iv) a outorga de custódia em contrato de adesão não pode ser compreendida como autorização expressa e específica entendida como necessária para a implantação de embriões *post mortem*.

Superior Tribunal de Justiça

Pleitearam os recorrentes a concessão de efeito suspensivo aos recursos, a qual foi deferida pela instância precedente pela decisão de fls. 1102-1105.

Contrarrazões às fls. 1527-1523 e 1545-1605.

Admitidos os reclamos na origem, ascenderam a esta Corte Superior.

Pelo petitório de fls. 1738-1779, requereu a ré (viúva) a concessão de contracautela, ou seja, a revogação do efeito suspensivo concedido aos recursos especiais, aduzindo estarem presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora inverso* (*reverso*), pois os recursos interpostos devem ser desprovidos.

Salienta que em relação ao suposto erro na prevenção do relator no TJSP, o julgamento baseou-se em artigos do Regimento Interno da Corte Estadual e a pacífica jurisprudência do STJ não admite a análise de eventual interpretação de normas regimentais em recurso especial.

Assevera, ainda, quanto à apontada insuficiência de documento, como prova da manifestação de vontade do *de cuius*, para permitir a implantação dos embriões no caso de seu falecimento que, para o provimento do recurso especial seria necessária a interpretação de cláusulas contratuais e o reexame de provas, o que é vedado ante o óbice das Súmulas 5 e 7/STJ.

Quanto ao *periculum in mora*, sustenta que a decisão do Tribunal de origem concedeu o efeito suspensivo ao recurso especial amparando-se em dois equivocados argumentos: “(i) *não se pode desconsiderar o caráter de irreversibilidade do procedimento de implantação dos embriões*; e (ii) *estaria ausente o risco para a recorrida, nesse momento, eis que os embriões se encontram congelados e sob a guarda do hospital*”.

Contudo, segundo defende, com “*relação ao primeiro ponto, não há que se falar em irreversibilidade na implantação dos embriões no útero da Recorrida, pois, enquanto a Recorrida defende o seu direito de ser mãe e o direito à vida, o interesse dos Recorrentes está no aspecto patrimonial que esses dois embriões podem eventualmente gerar na hipótese de ocorrer um nascimento com vida. Nesse contexto, os eventuais reflexos patrimoniais – que é o mesquinho interesse por trás da ação de origem – podem ser posteriormente discutidos*”. Já em relação ao segundo item, afirma que “*não é verdadeira a ausência de risco para a Recorrida devido ao congelamento e guarda dos embriões pelo hospital*” porque “*a Recorrida completou 39 (trinta e nove) anos e, conforme documento que consta dos autos (renovado em anexo), recebeu, em dezembro de 2019, o lamentável diagnóstico de falência ovariana precoce*”.

Superior Tribunal de Justiça

Distribuído o feito à relatoria deste signatário, com pedido incidental de tutela de urgência, os autos foram conclusos ao e. Ministro Luis Felipe Salomão por força do disposto no inciso I do art. 52 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o qual asseverou, na deliberação de fls. 1819-1821 "*que a hipótese não revela urgência a justificar o exame do pedido liminar em substituição ao Ministro relator*", oportunidade em que determinou a devolução dos autos, considerada a pendência de apreciação da medida liminar.

É o relatório.

Voto

Os reclamos não merecem prosperar.

Informa-se que, em razão da grande coincidência de teses apontadas em ambos os recursos especiais, esses serão julgados conjuntamente.

Cinge-se a controvérsia à existência, ou não, de autorização expressa de J. L. Z. para a implantação dos embriões gerados com a então esposa, T. da C. R. Z., mesmo após sua morte.

1. Ressalte-se que 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, embora de altíssima relevância, não são essenciais para a solução da presente questão, uma vez preponderante à solução desta a existência ou não de óbice à continuidade da relação contratual de criogenia estabelecida entre os réus (viúva e hospital).

Por oportuno, prudente mencionar, ainda, que no caso desses autos, não pretendem os autores contestar o direito dos então cônjuges, embora com diferença etária de 42 anos entre si, ao livre planejamento familiar constitucionalmente garantido, mas, sim, obstar o cumprimento de um específico contrato, firmado pelo então casal com o hospital corréu, para fins de implantação de dois embriões de seu genitor, já falecido, pois tal providência trará, caso bem sucedida, indubitosa consequência em suas esferas de direitos, em especial, sucessórios e patrimoniais.

2. De início, para situar a controvérsia em questão, é necessário referir, tal como mencionado pela Corte local, ser incontroverso dos autos que havia, entre J. L. Z. e T. da C. R. Z., vontade de procriação em vida, tanto que se submeteram ao método de fertilização *in vitro*, tendo o falecido realizado, inclusive, o procedimento cirúrgico de

aspiração de espermatozóides para tal propósito. Assim, é absolutamente certo que J. L. Z. nutria o desejo, em vida, de ter filhos com T. da C. R. Z., pois a realização da inseminação artificial, com submissão, inclusive, a intervenção cirúrgica para obtenção do sêmen não serviria a outro fim.

Acresça-se a essa circunstância o mencionado pelo Tribunal de origem no seguinte trecho do acórdão recorrido:

(...) embora os autores tenham referido, a princípio, dúvida a respeito de tal informação (pelo que inclusive teriam ajuizado ação de exibição de documentos), é certo que eles próprios juntaram os instrumentos contratuais obtidos junto ao Hospital, não questionando, diga-se, em momento algum, sua autenticidade e veracidade. Destarte, reconhecem como legítima a assinatura do pai nos documentos de fls. 81 e seguintes, denominados '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.'

Assim, no caso ora em foco, não se discute o intuito de procriação em vida, mas apenas se, quando do falecimento de qualquer dos então cônjuges e contratantes do procedimento de inseminação artificial, haveria aquiescência para a reprodução/geração de filhos após a morte do parente biológico.

3. Dito isso, passa-se ao exame das preliminares arguidas atinentes à aventada não observação de prevenção ao julgamento da apelação e da negativa de prestação jurisdicional.

3.1 Quanto à apontada prevenção para o julgamento da apelação, verifica-se que a Corte local afastou a tese com amparo, principalmente, no quanto consta nas disposições do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem ainda nas designações de "cadeira" e de substituições dos julgadores que compunham o órgão fracionário.

Eis os termos da deliberação exarada pela Corte local acerca da questão:

Primeiramente, anota-se que a presente lide teve seu início na forma de pedido de tutela de urgência, em caráter antecedente, movida por L.Z.N. e F.Z. com finalidade de obstar a implantação dos embriões gerados a partir de material genético de seu genitor e da corré T.C.R.Z., atualmente armazenados junto ao corréu Hospital Sírio Libanês.

O pedido de tutela de urgência foi deferido às fls.

103/104, o que gerou, por parte dos autores, pedido de emenda, prosseguindo a presente ação pelo rito ordinário, nos termos do art. 303 do CPC.

Superior Tribunal de Justiça

Já a corré T.C., inconformada com o teor da decisão antecipatória, interpôs agravo de instrumento, distribuído a esta Corte em 14/09/2017, sob o nº 2178467-74.2017.8.26.00000, à relatoria do Desembargador José Aparício Coelho Prado Neto, que, à época, ocupava vaga de Juiz em Segundo Grau auxiliar da 9ª Câmara de Direito Privado, consoante publicação do Diário de Justiça Eletrônico em 26/04/2017, nos termos do art. 281 do Regimento Interno desta Corte Paulista, pelo que vinculado a tal designação:

'Art. 281. Os magistrados removidos ao cargo de Juiz Substituto em 2º Grau, a partir da vigência deste Regimento, não terão mais cadeira definida nas Câmaras e passarão a substituir ou auxiliar os desembargadores nos órgãos julgadores, por designação dos Presidentes das Seções, depois de colocados à disposição pelo Presidente do Tribunal.

Em 02/02/2018, contudo, houve nova designação do Magistrado, coincidentemente, para a mesma Câmara, [...] a saber: "Dr. JOSÉ APARICIO COELHO PRADO NETO, para integrar, 9ª Câmara de Direito Privado a partir de 02/02/2018, em substituição ao Des. Alexandre Alves Lazzarini, sem prejuízo de responder pelos processos que lhe foram distribuídos até 01/02/2018, cessando a designação anterior." Embora tenha permanecido na 9ª Câmara de Direito Privado, o que poderia sequer ter acontecido, houve cessação da designação anterior, pelo que passou a responder somente pelos processos já distribuídos para si até a data, mais aqueles concernentes à cadeira assumida, em substituição do Desembargador Alexandre Lazzarini.

Nota-se que a prevenção, nos termos do art. 281, não diz respeito a processos distribuídos na origem, até 01/02/2018, mas, sim, os recursos que lhe tenham sido distribuídos até a data, pelos quais responde até a baixa. Eventuais prevenções geradas por ele permaneceram vinculadas ao Órgão, nos termos do 'caput' do art. 105 do Regimento Interno deste Tribunal Paulista.

"Art. 105. A Câmara ou Grupo que primeiro conhecer de uma causa, ainda que não apreciado o mérito, ou de qualquer incidente, terá a competência preventiva para os feitos originários conexos e para todos os recursos, na causa principal, cautelar ou acessória, incidente, oriunda de outro, conexa ou continente, derivadas do mesmo ato, fato, contrato ou relação jurídica, e nos processos de execução dos respectivos julgados."

Uma vez que o presente recurso veio distribuído a esta Corte somente em 05/08/2018, quando o Desembargador José Aparício já estava respondendo por nova cadeira, reconhece-se prevenção da Câmara, e não do Magistrado.

Observa-se, por oportuno, que a distribuição ao mesmo relator, dentro da mesma Câmara, depende da ocupação de mesma cadeira, o que não é a hipótese dos autos, tendo havido modificação da designação do Desembargador José Aparício, conforme acima explicado:

"Art. 105, § 3º O relator do primeiro recurso protocolado no tribunal terá a competência preventiva para os recursos subsequentes no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto compuser ou auxiliar a Câmara ou o Grupo, segundo a cadeira do tempo da distribuição."

Tudo consignado, não há vício na distribuição do presente recurso.

Superior Tribunal de Justiça

(...)

Em que pese o recorrente tenha invocado em seu inconformismo violação ao artigo 930 do NCPC, relativamente à questão da apontada prevenção, verifica-se que a compreensão externada pela origem foi formada com amparo no regimento interno daquela Corte estadual, bem ainda nas diversas designações e convocações de magistrados para a composição dos respectivos órgãos julgadores.

Nos termos do entendimento firmado neste Tribunal Superior, inviável em recurso especial averiguar eventual ofensa/aplicação equivocada de regimento interno ou atos normativos *interna corporis*, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Por todos, confira-se o seguinte precedente:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTRATO RELACIONADO AO FIES. RESPONSABILIDADE DA ALUNA PELO PAGAMENTO. CONCLUSÃO FUNDADA NA APRECIÇÃO DE FATOS, PROVAS E TERMOS CONTRATUAIS. SÚMULAS 5 E 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL PREJUDICADO. OFENSA A PORTARIAS DO MEC. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

3. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que, em recurso especial, não se pode arguir ofensa a resolução, portaria, regimento interno ou instrução normativa, por não estarem tais atos normativos compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea a do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 1749816/MS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 25/03/2021)

Sobre o tema, a lição de Nelson Nery Junior, para quem as atribuições dos regimentos são meramente administrativas:

Regimento interno de tribunal tem natureza jurídica de normas administrativas - e não de lei -, que regula o procedimento *interna corporis* do tribunal, não podendo criar direitos nem obrigações para os jurisdicionados (CF 5º II). (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 784).

Assim sendo, para analisar a tese de prevenção de desembargador - no

caso, juiz substituto, à época do primeiro recurso, sem assento na Câmara considerada preventiva para o julgamento da apelação - seria obrigatório o exame do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Paulista e, como se sabe, por aplicação analógica, o recurso especial não se presta ao exame de lei local, por força da Súmula nº 280 do STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.")

No mesmo sentido, inclusive, o enunciado da Súmula 399 do STF ("Não cabe recurso extraordinário, por violação de lei federal, quando a ofensa alegada for a regimento de tribunal").

3.2 Relativamente à apontada negativa de prestação jurisdicional, igualmente não prospera a irresignação, pois a Corte local se manifestou sobre todos os aspectos considerados relevantes para o correto julgamento da disputa judicial, estabelecendo de modo claro e bem fundamentado as razões para a compreensão firmada, especialmente aquela atinente à existência, no caso, de efetiva e incontroversa aquiescência do falecido na geração de filhos, ainda que após o seu passamento.

Verifica-se da análise dos recursos interpostos pelas partes em cotejo, com os fundamentos elencados pela Corte local nos julgados proferidos, que todas as teses defensivas foram explicitamente afastadas pelo colegiado local, desde a competência, diga-se, deliberada à exaustão, às questões preliminares e o mérito da controvérsia, não sendo a via dos aclaratórios o meio processual adequado para a reversão do julgado.

4. Quanto ao apontado cerceamento de defesa, verifica-se que perante a instância originária, os autores inicialmente sustentaram a necessidade do julgamento antecipado da lide, porém, após o provimento da apelação da parte demandada, buscam a anulação do pronunciamento sob o pretexto de julgamento baseado em meras conjecturas afastadas do conjunto probatório ou em circunstâncias puramente subjetivas do próprio julgador colegiado.

Contudo, o Tribunal paulista, com amparo nos mesmos elementos fático-probatórios colacionados na instância primeva, formou sua convicção em sentido diverso daquele pretendido pelos autores, afirmando ter o falecido conferido autorização prévia para a procriação por fertilização *in vitro*, inclusive submetendo-se a delicado procedimento cirúrgico para a extração de espermatozoides e que em caso de sua morte ficaria a cônjuge sobrevivente na custódia dos embriões.

Certamente, não há falar em cerceamento de defesa quando foi conferido às partes o direito de produzir as provas que entendiam pertinentes à correta elucidação

dos fatos controvertidos. Não ocorre violação ao princípio do contraditório quando a instância ordinária promove o reexame do acervo fático-probatório colacionado aos autos, tampouco quando confere às provas produzidas roupagem jurídica distinta da objetivada pelas partes.

Ressalta-se a inviabilidade, nesta esfera recursal extraordinária, de constatar se as provas até então produzidas - principalmente documentais - são suficientes para a comprovação de fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito das partes, ou se haveria a necessidade de determinar a abertura da instrução a fim de autorizar a colheita de aporte eminentemente testemunhal pretendido pelos demandantes para fazer frente ao acervo documental colacionado aos autos, pois tal providência demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, providência sabidamente vedada a esta Corte Superior ante o óbice da Súmula 7/STJ, recordando-se, uma vez mais, que inicialmente os acionantes sustentaram a necessidade do julgamento antecipado da lide.

5. Relativamente ao mérito propriamente dito, esse atinente à existência, no caso, da demonstração inequívoca do desejo e da aquiescência/autorização do falecido para a utilização dos embriões criopreservados para a procriação *post mortem*, com o conhecimento acerca da parentalidade e da presunção absoluta de filiação na hipótese do método de reprodução assistida gerar filhos, melhor sorte não socorre aos autores.

O novel diploma civilista, solidificando os novos paradigmas acerca da filiação, estabeleceu no artigo 1.597 diversas presunções legais 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 fecundação artificial homóloga também pode ser compreendida como aquela que se dá, ainda que após a morte do marido/companheiro, mediante a utilização do material genético obtido daquele para a fecundação futura. A segunda, quando se tratar de embriões excedentários que, a qualquer tempo, poderão ser

implantados e gerados pela mãe biológica, detentora, segundo a lei, da disponibilidade sobre eles. A terceira presunção tem lugar diante dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, realizada com sêmen de terceiro (ou doador), condicionada à prévia autorização do marido/companheiro.

Com base nas novas disposições normativas constantes do Código Civil de 2002 acerca da temática ora em foco, inúmeras discussões jurídicas foram travadas, dando ensejo, inclusive, à aprovação de importantes enunciados 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 111 - A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consangüíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante.

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.

Ainda assim, várias questões remanescem em aberto, sendo certo que uma das mais importantes e que, talvez, gere o maior impacto, diz respeito à prévia autorização do outro cônjuge/companheiro como pressuposto para o estabelecimento

da presunção de filiação, notadamente quando a interpretação gramatical do dispositivo leva à compreensão segundo a qual para a inseminação homóloga *post mortem* e uso de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, a autorização prévia do cônjuge ou companheiro seria dispensável, porquanto o legislador apenas teria feito referência à autorização no inciso V daquele artigo, que trata da reprodução assistida heteróloga, ou seja, com o uso de material genético de terceiro.

Entretanto, a exegese literal ensejaria inegável equívoco hermenêutico, motivo pelo qual os incisos III, IV e V do artigo 1.597 devem ser interpretados de forma sistêmica e harmônica, a fim de que em quaisquer dos casos de reprodução assistida *post mortem* previstos na norma em referência, **não se prescindia da autorização expressa, manifestada em vida**, pelo cônjuge ou companheiro, notadamente quando a dicção legal é clara ao estabelecer que esses filhos presumem-se concebidos na constância do casamento ou da união estável, **se o procedimento foi autorizado pelo marido/companheiro enquanto vivo**, como ocorreu no presente caso.

Vale ressaltar, também em relação ao gênero feminino, a mesma compreensão se afigura aplicável, a despeito da legislação ordinária não tê-la previsto, pois, considerando o princípio constitucional da igualdade e a não distinção entre homens e mulheres, é possível realizar a reprodução assistida *post mortem* quando a mulher esposa/companheira é falecida, com a utilização dos óvulos ou embriões, por meio da cessão temporária de útero ou útero de substituição.

Esse intrigante tema, inclusive, já foi objeto de debate na VIII Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, tendo culminado na edição do enunciado 633, assim redigido: "*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*".

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

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

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

se realizar sob qualquer modalidade.

Assim, não havendo forma prescrita em lei, evidencia-se a ocorrência de atos ou negócios jurídicos consensuais, os quais independem de solenidade ou formato especial, nos termos do disposto no artigo 107 do Código Civil.

Especificamente à questão envolvendo a reprodução assistida, não se nega a existência do Provimento 63/2017 do CNJ, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, na qual exigida que a autorização prévia específica do *de cujus* para o uso do seu material genético seja expressa em “instrumento público ou particular com firma reconhecida”, tampouco do quanto estabelecido no Provimento anterior (52/2016), o qual somente admitia a autorização por escritura pública.

Entretanto, apesar das normas administrativas do CNJ em certa medida imporem a forma escrita, é inequívoco que o Poder Legislativo brasileiro, no artigo 1.597 do Código Civil, não especificou a forma pela qual deveria ser emitida a autorização do cônjuge ou companheiro para fins de presunção de paternidade na reprodução assistida *post mortem*.

Célebres doutrinadores comungam da compreensão, segundo a qual o consentimento do marido não precisa ser, necessariamente, por escrito, mas deve ser prévio (DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 402), admitindo, até mesmo, que a autorização marital possa ser conferida na forma verbal, desde que devidamente comprovada (LOBO, Paulo Luiz Netto. Código Civil Comentado. Coord. Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, p. 53).

A despeito da discussão atinente à forma da autorização, é absolutamente incontroverso, pois constante da lei de regência, que a manifestação de vontade do cônjuge ou companheiro deve ser livre, prévia e expressa, ou seja, a declaração volitiva tem, necessariamente, de ser conclusiva, contundente, categórica e explícita, a fim de que seja conhecida de maneira imediata e sem titubeio a verdadeira intenção do indivíduo.

Apesar do caso não ser de reprodução assistida heteróloga, pois os embriões foram formados pelo material genético do *de cujus* então marido da ré principal desta contenda, apenas a título elucidativo, menciona-se o Enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil, promovida Conselho da Justiça Federal, na qual admitida a autorização implícita para o uso da técnica de reprodução assistida heteróloga: “No

âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento". No mesmo sentido, confira-se os termos do Enunciado 258, da III Jornada de Direito Civil: "Não cabe a ação revista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta." Acrescente-se, ainda, o disposto no Enunciado 633 da VIII Jornada, que do mesmo modo não alude à exigência de forma escrita para a autorização: "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".

Se pelo ordenamento jurídico admite-se a manifestação por quaisquer meios, é fato que quando essa declaração se dá por documento escrito, tal aquiescência afigura-se verdadeiramente sofisticada a denotar a perfectibilização do requisito atinente à prévia e expressa declaração de vontade.

No caso específico dos autos, a Corte local, com amparo nas provas colacionadas afirmou categoricamente que o consentimento do falecido para a procriação *post mortem* foi expressamente concedido em documento escrito por ele assinado, sob o qual não paira qualquer discussão de falsidade.

Confira-se, por oportuno, os seguintes trechos do acórdão recorrido:

E é pela via do documento intitulado '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' que o 'de cujus' conferiu expressa e incontestável autorização à esposa, T.C.R.Z., para que desse continuidade ao tratamento, implantando os embriões, se assim o desejasse, na eventualidade de sua morte.

O formulário, em papel timbrado do Hospital e cuja veracidade não foi questionada, é formado por hipóteses para as quais incidem múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento ao consumidor, com orientação expressa, em cabeçalho, no sentido de que 'O casal deverá preencher um único formulário de comum acordo' (fl. 86).

Por exemplo: de acordo com tal formulário, em caso de separação ou doença incapacitante, os pré-embriões foram destinados à custódia da

mulher, embora pudessem ter sido atribuídos ao homem/parceiro, descartados ou doados.

Já no caso de morte de um dos cônjuges, o que efetivamente aconteceu, tem-se que o casal concordou em “manter todos os embriões congelados sob custódia do cônjuge sobrevivente”.

Podiam ter escolhido descarte ou doação destes, o que representariam nítida vontade de interrupção do procedimento se falecido um deles. Não o fizeram.

Escolheram que permaneceria com o outro a custódia dos embriões, a entregar-lhe plena disposição destes, o que, de todo, expressamente autoriza continuidade do procedimento.

O fato de a manifestação de vontade ter sido trazida em contrato do tipo 'padrão' ou 'adesão' não se mostra, de todo, problemática, vez que este foi redigido de forma clara e precisa, não sendo verossímil imaginar tenha havido qualquer confusão quanto à real consequência das opções assinaladas pelos contraentes.

E que não se diga que a autorização precisava ter sido formulada por instrumento público, vez que inexistia lei que assim preveja.

Não se ignora a existência do Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça (Provimento voltado à instituição de “modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos 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”), a qual prevê:

“Art. 17, III, § 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.”

Todavia, não se pode perder de vista: a) o caráter infralegal da norma acima referida; b) que o próprio parágrafo é flexível quanto à forma da manifestação de vontade, pelo que expressamente consigna que esta poderá ser feita por instrumento público ou privado, “conforme o caso”, c) na hipótese de documento particular, o ‘reconhecimento de firma’ tem finalidade única de elidir eventual dúvida quanto à autenticidade da manifestação de vontade. **E no caso destes autos, não há questionamento a respeito da legitimidade da assinatura de J.L.Z. no contrato de fls. 86 e seguintes, no qual houve opção pela entrega da custódia dos embriões à parceira.**

A respeito do reconhecimento de firma, chama-se atenção para o movimento de desburocratização dos procedimentos, o que se nota, por exemplo, no art. 9º do Decreto 9.094/2017, que, ao regulamentar a Lei nº 13.460/2017 (que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública) assim dispõe:

“Art. 9º Exceto se existir dúvida fundada quanto à autenticidade ou previsão legal, fica dispensado o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia dos documentos expedidos no País e destinados a fazer prova junto a órgãos e entidades do Poder

Executivo federal.”

Tudo considerado, vale lembrar que, a respeito dos negócios jurídicos, a lei civil expressamente previu:

Art. 107 do Código Civil: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Destarte, deve ser garantido a T.C.R.Z. o direito de dispor dos embriões a ela confiados, implantando-os em seu ventre, medida que concretiza, também, vontade de seu falecido marido.

O primeiro ponto que se leva em conta, em prol da tese defendida pela apelante é a de que, nenhum homem, em qualquer idade, no pleno gozo de suas faculdades mentais, se disporia a submeter a um procedimento médico muito invasivo, para permitir a retirada de espermatozoides, se não pensasse seriamente em ter filhos naturais.

Note-se que o documento de fl. 89, registra que o então paciente era portador de infertilidade, o que explica a opção pelo procedimento.

É certo que o apelado já possuía outros filhos, os autores da ação, mas estes, sem demérito dessa condição, não são seus filhos biológicos, mas adotivos.

Esse fato deve ser considerado como fator relevante para que o autor da herança, ainda que já na chamada terceira idade, mas sendo casado com uma mulher jovem, decidisse deixar um sucessor biológico.

Talvez o falecido tenha dito anteriormente que não queria mais ter filhos, mas qual a certeza de que, em face do novo casamento, não alterou seu pensamento ? Porque prevalecer a presunção em contrário dos autores, em oposição aos atos efetivos de seu pai.

Com a maxima venia, não é razoável aceitar o argumento de que o falecido o fez apenas para agradar sua nova esposa, como se fosse um mimo. **Um homem nessa fase da vida e com todo o conhecimento que amejou nos relacionamentos anteriores, certamente não se submeteria a esse incômodo, que sempre acarreta riscos, basta ver as inúmeras advertências contidas no Termo de consentimento que teve que firmar em prol do hospital em que este se realizou (fls. 93/94), apenas para agradar sua jovem esposa.**

Diz-se que, se o desejo do autor da herança era ter um filho, por que não cuidou de implantar logo os embriões ? Quem sabe, porém, os reais motivos que o levaram a isso. Deve essa negativa ser presumida, em confronto com todos os demais elementos materiais concretos presentes nos autos ?

Sabe-se que o autor da herança faleceu inesperadamente quando em viagem ao exterior, para onde havia viajado para a prática de atividade esportiva. Não era um homem doente, com a morte próxima previsível (fls. 2), mas de saúde física inabalável, posto que razoável também concluir que este aguardava outro momento de sua vida para realizar o ato, pois não imaginava que viria a

óbito tão cedo.

Em contrapartida a todas as dúvidas imaginadas pelos autores, apenas com apoio em suas suposições, alavancadas por divergências com a conduta da apelada quanto ao andamento do inventário do de cujus (fl. 3), existe nos autos documento (fl. 133), no qual o varão optou por “manter todos os pré-embriões congelados sob custódia da mulher”, em caso de separação do casal (item 4), de sua doença incapacitante (item 5), ou mesmo na hipótese de óbito de um dos cônjuges (item 6).

Ora, se a opção no caso de morte de ambos os cônjuges (fl. 134 item 7) era a de descartar todos os pré-embriões, qual o motivo, ou objetivo, de permiti-lo que este permanecesse em poder da cônjuge, no caso apenas da morte do varão?

Certamente, a conclusão lógica que se impõe, é a de permitir a cônjuge a decisão de implantar, ou não, os embriões, na esperança de que deles consiga gerar um filho de seu falecido marido.

Por isso, em face de todas essas evidências possível sim presumir (como em contraposição seria apenas possível presumir sua inexistência), que o falecido, ao concordar com a entrega dos pré-embriões a cônjuge, no caso de sua morte, pretendeu autorizar sua implantação posterior, não sendo razoável outra conclusão, em face da expressa opção conferida no documento de fl. 133.

Por fim, também como argumento filosófico, na dúvida, preferível conceder a oportunidade à vida, a, na incerteza, evita-la, apenas para garantir aos autores melhor proveito do patrimônio que lhes foi deixado de herança pelo de cujus.

8. Aos demais aspectos da causa, não tenho como opor o meu sentimento em sentido contrário ao deduzido pela E. Relatora ao dar provimento aos recursos.

9. De fato, ante as circunstâncias fático-jurídicas retratadas nos autos não se vislumbra óbice a que a requerida, ora apelante, tenha assegurado seu direito de dar continuidade ao tratamento, implantando os embriões, se assim o desejar.

10. A vontade do de cujus em tal sentido restou expressa e indubitavelmente manifestada ao optar por “manter todos os embriões congelados sob custódia do cônjuge sobrevivente” na “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”.

11. O nosocômio réu, ressalte-se, corrobora a possibilidade de a apelante proceder ao implante dos embriões lastreada nos contratos consigo já firmados, ao consignar que “foi demonstrado que Hospital Sírío Libanês não possui ingerência ou responsabilidade pela destinação do material biológico criopreservado e, portanto, devendo os Autores direcionarem seus pleitos a quem detém a custódia dos embriões, ou seja, a viúva Sr. Taciana.”

Superior Tribunal de Justiça

Vale reproduzir, ainda, trecho do acórdão embargado no qual confirmada 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 (fls 1509-1522):

De todo, ficou claro aos membros deste Colegiado que a vontade do 'de cujus' foi devida e claramente manifestada, de forma indubitosa (pela assinatura da "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 ano"), tendo havido estrito cumprimento de todas as formalidades legais necessárias à implantação dos embriões "post mortem".

Com efeito, compreendeu-se que o 'de cujus' conferiu à autora a plena faculdade de implantá-los (certo que não poderia obrigá-la a fazê-lo, após sua morte), sendo esta a abrangência da cláusula que lhe garante a custódia dos embriões.

É certo que, no caso concreto, os questionamentos de ordem fática promovidos nos recursos especiais denotam a pretensão de que esta Corte Superior se aventure no revolvimento 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 mostra adequada no âmbito desta Corte Superior ante os óbices das Súmulas 5 e 7/STJ.

Por fim, diante dessas circunstâncias, não há falar na sustentada prevalência de provas testemunhais ou depoimentos prestados por conhecidos do falecido, os quais, segundo os recorrentes, acaso admitidos, confirmariam a ausência de consentimento para a implantação dos embriões e, inclusive, a própria vontade de procriação em vida.

Do mesmo modo, inviável pretender aplicar, à hipótese de "custódia" de embriões, eventuais institutos jurídicos – tais como depósito, propriedade e posse de bens, guarda de menor, tutela, curatela, entre outros –, os quais não possuem qualquer similitude ou compatibilidade com a natureza do "objeto" tutelado, porquanto a

especificidade do material não permite tais associações.

6. Do exposto, conheço em parte dos recursos especiais e, na extensão, nego-lhes provimento, majorando a verba honorária recursal em 10% do valor estabelecido na origem, consoante determina o artigo 85, § 11 do NCPC.

Fica prejudicada a análise do pedido de contracautela formulado.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
QUARTA TURMA**

Número Registro: 2021/0024251-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.918.421 / SP

Números Origem: 1082747-88.2017.8.26.0100 10827478820178260100

PAUTA: 18/05/2021

JULGADO: 18/05/2021
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HINDEMBURGO CHATEAUBRIAND PEREIRA DINIZ FILHO**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : L Z N
ADVOGADOS : PRISCILA MARIA PEREIRA CORREA DA FONSECA - SP032440
FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR - BA015484
RECORRENTE : F Z
ADVOGADA : MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
ADVOGADOS : ANNA CAROLINA MENEZES DE NORONHA BORELLI - DF028813
ADRIANO JOSÉ BORGES SILVA - BA017025
MARCELLA GUIMARÃES PEIXOTO - DF054990
RECORRIDO : S B DE S - H S L
ADVOGADOS : EDUARDO LUIZ BROCK - SP091311
SOLANO DE CAMARGO - SP149754
FABIO RIVELLI - SP297608
RECORRIDO : T DA C R Z
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO FANUCCHI - SP092452
DILERMANDO CIGAGNA JUNIOR - SP022656
MAURO PEDROSO GONÇALVES - DF021278
LUIS INACIO LUCENA ADAMS - SP387456

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do relator conhecendo em parte dos recursos especiais e, na extensão, negando-lhes provimento, PEDIU VISTA o Ministro Luis Felipe Salomão. Aguardam os demais.

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : L Z N
ADVOGADOS : PRISCILA MARIA PEREIRA CORREA DA FONSECA - SP032440
FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR - BA015484
RECORRENTE : F Z
ADVOGADA : MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
ADVOGADOS : ANNA CAROLINA MENEZES DE NORONHA BORELLI - DF028813
ADRIANO JOSÉ BORGES SILVA - BA017025
MARCELLA GUIMARÃES PEIXOTO - DF054990
RECORRIDO : S B DE S - H S L
ADVOGADOS : EDUARDO LUIZ BROCK - SP091311
SOLANO DE CAMARGO - SP149754
FABIO RIVELLI - SP297608
RECORRIDO : T DA C R Z
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO FANUCCHI - SP092452
DILERMANDO CIGAGNA JUNIOR - SP022656
MAURO PEDROSO GONÇALVES - DF021278
LUIS INACIO LUCENA ADAMS - SP387456

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE OFENSA A ATOS NORMATIVOS *INTERNA CORPORIS*. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA. REGULAMENTAÇÃO. ATOS NORMATIVOS E ADMINISTRATIVOS. PREVALÊNCIA DA TRANSPARÊNCIA E CONSENTIMENTO EXPRESSO ACERCA DOS PROCEDIMENTOS. EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS. POSSIBILIDADE DE IMPLANTAÇÃO, DOAÇÃO, DESCARTE E PESQUISA. LEI DE BIOSSEGURANÇA. REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*. POSSIBILIDADE. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA E FORMAL. TESTAMENTO OU DOCUMENTO ANÁLOGO. PLANEJAMENTO FAMILIAR. AUTONOMIA E LIBERDADE PESSOAL.

1. A negativa de prestação jurisdicional não se configura quando todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa são considerados pelo órgão julgador, estabelecendo-se, de modo claro e fundamentado, a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes.

2. Nos termos do entendimento do STJ, é inviável, em recurso especial, a verificação de ofensa/aplicação equivocada de atos normativos *interna corporis*, tais como regimentos internos, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea "a" do inciso III do art. 105 da CF/1988.

3. No que diz respeito à regulamentação de procedimentos e técnicas de reprodução assistida, o Brasil adota um sistema permissivo composto por atos normativos e administrativos que condicionam seu uso ao respeito a princípios éticos e constitucionais. Do acervo regulatório destaca-se a

Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que impõe a prevalência da transparência, do conhecimento e do consentimento da equipe médica, doadores e receptores do material genético em todas as ações necessárias à concretização da reprodução assistida, desde a formação e coleta dos gametas e embriões, à sua criopreservação e seu destino.

4. Quanto ao destino dos embriões excedentários, a Lei da Biossegurança (Lei n. 11.105/2005) dispõe que poderão ser implantados no útero para gestação, podendo, ainda, ser doados ou descartados. Dispõe, ademais, que, garantido o consentimento dos genitores, é permitido utilizar células-tronco embrionárias obtidas da fertilização *in vitro* para fins de pesquisa e terapia.

5. Especificamente quanto à reprodução assistida *post mortem*, a Resolução CFM n. 2.168/2017, prevê sua possibilidade, mas sob a condição inafastável da existência de autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, nos termos da legislação vigente.

6. Da mesma forma, o Provimento CNJ n. 63 (art. 17, § 2º) estabelece que, na reprodução assistida *post mortem*, além de outros documentos que especifica, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida.

7. O Enunciado n. 633 do CJF (VIII Jornada de Direito Civil) prevê a possibilidade de utilização da técnica de reprodução assistida póstuma por meio da maternidade de substituição, condicionada, sempre, ao expresso consentimento manifestado em vida pela esposa ou companheira.

8. O Planejamento Familiar, de origem governamental, constitucionalmente previsto (art. 196, § 7º e art. 226), possui natureza promocional, e não coercitiva, com fundamento nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e consiste na viabilização de utilização de recursos educacionais e científicos, bem como na garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas de regulação da fecundidade.

9. O princípio da autonomia da vontade, corolário do direito de liberdade, é preceito orientador da execução do Planejamento Familiar, revelando-se, em uma de suas vertentes, um ato consciente do casal e do indivíduo de escolher entre ter ou não filhos, o número, o espaçamento e a oportunidade de tê-los, de acordo com seus planos e expectativas.

10. Na reprodução assistida, a liberdade pessoal é valor fundamental e a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, sem nenhuma subserviência à vontade de outro sujeito de direito.

11. O CC/2002 (art. 1.597) define como relativa a paternidade dos filhos

de pessoas casadas entre si, e, nessa extensão, atribui tal condição à situação em que os filhos são gerados com a utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga, omitindo-se, contudo, quanto à forma legalmente prevista para utilização do material genético *post mortem*.

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

13. A declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, haverá de ser efetivada por testamento ou por documento análogo.

14. Recursos especiais providos.

VOTO-VENCEDOR

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. L Z N e F Z pleitearam, em caráter antecedente, tutela provisória de urgência, transformada em procedimento ordinário, em face de T DA C R Z e S B DE S - H S L, objetivando impedir a implantação, pela primeira requerida, de material biológico de J L Z, pai dos requerentes, falecido em 3.2.2017.

Na peça inicial consta que J L Z e T DA C R Z eram casados sob o regime legal de separação absoluta de bens, desde 23.9.2013, tendo em vista a idade do marido à época da celebração, 72 (setenta e dois) anos. Informaram os promoventes a existência de testamento particular, por meio do qual o *de cujus* teria deixado a parte disponível aos autores e legado à esposa, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), além do numerário necessário à compra de um imóvel residencial consistente em apartamento novo situado na cidade de São Paulo, nos bairros Jardim Paulistano, Jardim América ou Jardim Europa.

Afirmam que, em 2015, foram comunicados de que o *de cujus*, pai dos requerentes, realizara fertilização *in vitro* e que desse procedimento teriam originado embriões qualificados, que se encontravam criopreservados, sob a guarda do segundo requerido.

Narram que os ora requerentes também ajuizaram ação de exibição de

Superior Tribunal de Justiça

documentos em face do Hospital corréu, a fim de confirmar ou não a informação referente aos embriões. Durante a tramitação da demanda, foram cientificados pela ré, T DA C R Z, de que estaria ultimando os procedimentos necessários à implantação de dois embriões e de que, para tanto, haveria autorização do falecido marido.

Alegaram os requerentes, na tutela provisória, que a utilização do material genético pela requerida é ilegal e abusiva, por inexistência de documento que ateste, de forma expressa e específica, a autorização do *de cujus* para utilização dos embriões após seu falecimento.

Requereram a concessão de tutela de urgência a fim de impedir a implantação do material biológico, tendo sido deferido o pleito.

Após substituição do feito para o procedimento ordinário, T DA C R Z, em contestação (fls. 135-175) arguiu, preliminarmente, incompetência absoluta do Juízo por versar a questão sobre estado, sucessão, seus acessórios e incidentes, pugnando pela remessa do feito ao Juízo de Família, bem como requereu a revogação da tutela de urgência concedida. Quanto ao mérito, sustentou haver expressa autorização de seu falecido marido para implantação de dois embriões. Argumentou inexistir norma exigindo que a autorização para criopreservação dos embriões e posterior implantação seja formalizada por instrumento público ou particular. Afirmou que, juntamente com o falecido marido, teria exercido de forma livre e consciente o direito fundamental ao planejamento familiar, insculpido no art. 266, § 7º da CF/1988.

S B S - H S L, corréu, alegou ausência de interesse de agir e ilegitimidade passiva, por ser apenas conservador e detentor da guarda do material genético (fls. 326-335). Asseverou, ainda, que realizou os procedimentos de fertilização *in vitro* e de criopreservação de óvulos e pré-embriões com consentimento das partes envolvidas naquele procedimento.

O Juízo de piso julgou procedente o pedido dos autores (fls. 647-659), confirmando a tutela de urgência antecedente, para proibir a realização da implantação dos embriões que se encontram sob custódia do segundo réu.

Irresignados, os demandados interpuseram apelação, a qual foi provida pelo Tribunal Paulista, nos termos da seguinte ementa (fls. 904-905):

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 S.L. 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.

Foram interpostos recursos especiais por L Z N e F Z, ambos fundamentados na alínea "a" do permissivo constitucional (fls. 948-998 e 1334-1365), por violação dos arts. 350, 351, 355, I, 370, 371, 373, I, 442, 930, parágrafo único, todos do CPC, e arts. 11, 627, 629, 1.513 e 1.597, inciso III, do Código Civil.

Alegam os recorrentes o desatendimento de regra de prevenção para o julgamento da apelação. Afirmam ter sido contraditório o acórdão recorrido, ao afirmar a exigência de autorização expressa e específica para fins de implantação *post mortem* de embrião, mas concluir pela existência dessa autorização baseado em mera presunção.

Asseveram ter havido cerceamento de defesa, tendo em vista a necessidade de dilação probatória. Afirmam que a outorga de **custódia** dos embriões, conferida por meio de contrato de adesão, não pode ser compreendida como autorização expressa e específica, indispensável à implantação de embriões *post mortem*.

Pleitearam os recorrentes a concessão de efeito suspensivo aos recursos, a qual foi deferida pela instância precedente pela decisão de fls. 1102-1105.

Às fls. 1738-1779, T DA C R Z requereu a revogação do efeito suspensivo

Superior Tribunal de Justiça

concedido aos recursos especiais. Asseverou a inadequação de falar-se em irreversibilidade na implantação dos embriões em seu no útero, por estar defendendo seu direito de ser mãe e o direito à vida, enquanto os recorrentes estariam defendendo interesse patrimonial mesquinho.

Distribuído o feito à relatoria do eminente Ministro Marco Buzzi, com pedido incidental de tutela de urgência, os autos vieram a mim conclusos, por força do disposto no inciso I do art. 52 do RISTJ. Em decisão de fls. 1819-1821, por não considerar a existência de urgência a justificar o exame do pedido liminar em substituição ao Ministro relator, determinei a devolução dos autos.

Iniciado o julgamento de mérito, na sessão realizada em 18.5.2021, o eminente e cuidadoso Ministro relator conheceu em parte dos recursos especiais e, na extensão, a eles negou provimento, confirmando o entendimento do acórdão recorrido, reconhecendo a possibilidade de implantação do material genético do falecido pela ora recorrida.

Nessa oportunidade, pedi vista dos autos para análise detida da questão.

É o relatório, em acréscimo ao apresentado pelo Ministro relator.

2. De pronto, ressalte-se, tendo em vista a identidade das controvérsias apresentadas nos recursos especiais, tal como realizado pelo eminente Ministro Marco Buzzi, serão ambos os recursos apreciados neste voto.

Assim, no que respeita às preliminares invocadas, consistentes na não observação da regra de prevenção para o julgamento da apelação e na negativa de prestação jurisdicional, acompanho as conclusões alcançadas pelo ilustre relator.

Decerto, nos termos do entendimento firmado neste Tribunal Superior, é inviável, em recurso especial, averiguar eventual ofensa a regimento interno ou atos normativos *interna corporis* e sua aplicação equivocada, por não estarem compreendidos no conceito de tratado ou lei federal, consoante a alínea “a” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

Noutro ponto, quanto à alegação de negativa de prestação jurisdicional, uma vez mais, penso que não prosperam as alegações recursais, uma vez que foram considerados todos os aspectos relevantes para o correto julgamento da causa, estabelecendo-se de modo claro e fundamentado a compreensão firmada, ainda que em sentido diferente do desejado pelos recorrentes.

3. No que respeita ao mérito, a controvérsia dos autos consiste em definir a necessidade, ou não, do consentimento expresso e inequívoco do marido, para que, após sua morte, fossem implantados - no útero da viúva - embriões originados de técnica de reprodução assistida a qual se submeteu o casal.

Superior Tribunal de Justiça

No caso dos autos, em setembro de 2013, J L Z (falecido) e T da C R (ora recorrida), após alguns anos de relacionamento amoroso, casaram-se sob o regime de separação obrigatória de bens, em razão da idade do primeiro, 72 anos, à época da celebração (art. 1.641, II Código Civil).

Não obstante a imposição legal do regime de separação de bens, houve a formalização de pacto antenupcial, com especificação das regras que regeriam questões patrimoniais do casal e com definição da incomunicabilidade do patrimônio que viesse a ser adquirido após o casamento.

Em fevereiro de 2017, em viagem à Suíça, J L Z veio a falecer, em decorrência de um aneurisma na aorta.

Com a abertura da sucessão, os ora recorrentes, filhos de J L Z, tiveram conhecimento da realização de testamento particular realizado pelo pai, após a celebração de seu casamento. Por meio do referido documento, J L Z teria deixado parte disponível de seus bens aos filhos, assim como um legado à esposa de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e o valor necessário à compra de um imóvel residencial, com as devidas especificações.

Inaugurado o inventário, em setembro de 2017, T DA C R (ora recorrida) comunicou aos filhos que o casal teria se submetido à técnica de reprodução assistida em dezembro de 2015 e que, a partir do procedimento a que se submeteram, houve dois embriões, que se encontram sob custódia do S B S - H S L, também recorrida, seguindo-se, então, a presente demanda.

A sentença de piso (fls. 647/659) afastou as preliminares e, no mérito, entendeu ausente a autorização expressa do falecido para utilização dos embriões, anotando "a presença tão somente de opção que autoriza a custódia dos embriões", por isso julgou procedente o pedido.

O acórdão do Tribunal paulista, por seu turno, modificou a sentença e denegou a pretensão autoral, nos seguintes termos (fls. 915-920):

Primeiramente, anota-se que a questão 'sub judice' cinge-se à existência, ou não, de autorização expressa de J. L. Z. para implantação dos embriões gerados com a então esposa, T. C. R. Z., mesmo após sua morte.

O debate de outras questões, 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 são pertinentes, bastando que se defina se há óbice à continuidade da relação contratual estabelecida entre os réus.

É incontroverso que havia, entre J. L. Z. e T. C. R. Z., vontade de procriação em vida, tanto que submeteram-se ao procedimento de fertilização 'in vitro'.

E embora os autores tenham referido, a princípio, dúvida a respeito de tal informação (pelo que inclusive teriam ajuizado ação de exibição de documentos), é certo que eles próprios juntaram os instrumentos contratuais obtidos junto ao Hospital, não questionando, diga-se, em momento algum, sua autenticidade e veracidade. Destarte, reconhecem como legítima a assinatura do pai nos documentos de fls. 81 e seguintes, denominados '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'.

Isso esclarecido, ressalva-se a possibilidade jurídica de fertilização 'in vitro' mesmo quando falecido o genitor, o que decorre de permissivo legal contido no Art. 1.597, III do Código Civil.

O que resta, como já dito, é saber se no específico caso destes autos, houve manifestação incontroversa de vontade do genitor de ser pai após sua morte, permitindo à esposa a continuidade do procedimento.

Nas palavras de Maria Berenice Dias:

"(...) A tendência é reconhecer que, ainda que o cônjuge ou companheiro tenha fornecido o sêmen, não se presume o consentimento para a inseminação depois de sua morte. Somente se houve expressa autorização para que a implantação do óvulo fecundado ocorra após a sua morte, é possível realizá-la.

(...)

A necessidade de autorização expressa do 'de cujus', consta, ainda, de normas éticas que permeiam o exercício da medicina, certo que tal exigência consta das Resoluções 2.121/2015 e 2.168/2017 do CFM, a saber:

"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. (Redação de ambas as Resoluções, 2.121/2015 e 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina).

E é pela via do documento intitulado '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' que o 'de cujus' conferiu expressa e indubitosa autorização à esposa, T. C. R. Z., para que desse continuidade ao tratamento, implantando os embriões, se assim o desejasse, na eventualidade de sua morte.

O formulário, em papel timbrado do Hospital e cuja veracidade não foi questionada, é formado por hipóteses para as quais incidem múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento ao consumidor, com orientação expressa, em cabeçalho, no sentido de que 'O casal deverá preencher um único formulário de comum acordo' (fl. 86).

Por exemplo: de acordo com tal formulário, em caso de separação ou doença incapacitante, os pré-embriões foram destinados à custódia da mulher, embora pudessem ter sido atribuídos ao homem/parceiro,

descartados ou doados.

Já no caso de morte de um dos cônjuges, o que efetivamente aconteceu, tem-se que o casal concordou em “manter todos os embriões congelados sob custódia do cônjuge sobrevivente”.

Podiam ter escolhido descarte ou doação destes, o que representariam nítida vontade de interrupção do procedimento se falecido um deles. Não o fizeram.

Escolheram que permaneceria com o outro a custódia dos embriões, a entregar-lhe plena disposição destes, o que, de todo, expressamente autoriza continuidade do procedimento.

O fato de a manifestação de vontade ter sido trazida em contrato do tipo 'padrão' ou 'adesão' não se mostra, de todo, problemática, vez que este foi redigido de forma clara e precisa, não sendo verossímil imaginar tenha havido qualquer confusão quanto à real consequência das opções assinaladas pelos contraentes.

E que não se diga que a autorização precisava ter sido formulada por instrumento público, vez que inexistente lei que assim preveja.

Não se ignora a existência do Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça (Provimento voltado à instituição de “modelos únicos de certidão de nascimento, de casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos 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”), a qual prevê:

“Art. 17, III, § 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.”

Todavia, não se pode perder de vista: a) o caráter infralegal da norma acima referida; b) que o próprio parágrafo é flexível quanto à forma da manifestação de vontade, pelo que expressamente consigna que esta poderá ser feita por instrumento público ou privado, “conforme o caso”, c) na hipótese de documento particular, o 'reconhecimento de firma' tem finalidade única de elidir eventual dúvida quanto à autenticidade da manifestação de vontade. E no caso destes autos, não há questionamento a respeito da legitimidade da assinatura de J. L. Z. no contrato de fls. 86 e seguintes, no qual houve opção pela entrega da custódia dos embriões à parceira.

A respeito do reconhecimento de firma, chama-se atenção para o movimento de desburocratização dos procedimentos, o que se nota, por exemplo, no art. 9º do Decreto 9.094/2017, que, ao regulamentar a Lei nº 13.460/2017 (que dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública) assim dispôs:

“Art. 9º Exceto se existir dúvida fundada quanto à autenticidade ou previsão legal, fica dispensado o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia dos documentos expedidos no País e destinados a fazer prova junto a órgãos e entidades do Poder Executivo

federal.”

Tudo considerado, vale lembrar que, a respeito dos negócios jurídicos, a lei civil expressamente previu:

Art. 107 do Código Civil: A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

Destarte, deve ser garantido a T. C. R. Z. o direito de dispor dos embriões a ela confiados, implantando-os em seu ventre, medida que concretiza, também, vontade de seu falecido marido.

4. De início, convém sublinhar o que desde a sentença, passando pelo acórdão e pelo voto do eminente Relator, todos os julgadores que examinaram a causa deixaram registrado, vale dizer, que a questão dos autos não versa sobre "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", embora sejam temas de indiscutível relevo, em torno de alguns dos quais, a propósito, esta Turma tem precedente que é sempre multirreferido (Resp n. 1.415.727-SC).

No entanto, a matéria que aqui está em exame é bastante diferente, e, consoante assentado, de maneira perspicaz, no voto proferido pelo eminente Ministro Marco Buzzi, é "preponderante à solução desta a existência ou não de óbice à continuidade da relação contratual de criogenia estabelecida entre os réus (viúva e hospital)".

5. Nesse passo, é importante reconhecer que a biotecnologia é a resposta à batalha envidada pela ciência a determinadas condições humanas, ora tão somente indesejadas, outras vezes, patológicas. Seu desenvolvimento, é fato, intensificou sobremaneira a complexidade das relações existenciais.

No âmbito daquela ciência, a reprodução assistida prosperou como um expediente à impossibilidade de naturalmente procriar, entretanto seus méritos não impediram preocupações a cargo da bioética, tais quais a "coisificação" do corpo e da vida humana e o risco de eugenismo.

Nessa linha, Maria Claudia Brauner, Pós-Doutora pela Universidade de Montreal/Canadá e Doutora em Direito pela Université de Rennes/França, assevera o dever primordial de estabelecer-se uma regulação mínima para a convivência prudente do desenvolvimento científico e com a ética. Destaca a professora:

(...) precisam-se conhecer e respeitar os princípios constitucionais que são orientadores de nossa atuação na ciência, pois através deles podem-se pautar e organizar a maneira pela qual se dará proteção ao patrimônio genético, sobre a utilização de recursos biológicos, além de se assegurar a vida e a saúde da população frente aos novos imperativos e promessas oferecidas pelas biotecnologias.

(BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, Sexualidade e Reprodução Humana: conquistas médicas e o debate bioético*. Rio de Janeiro: Renovar,

2003. p. 167)

Sendo assim, desde 1970, a bioética faz de seu objeto de estudo a reflexão axiológica dos rumos da ciência, com enfoque humanista da ética da vida, dedicando-se à elaboração de princípios universais (*Reprodução assistida e uma releitura das presunções jurídicas da filiação*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/277.pdf>).

O professor Ivan de Oliveira Silva, Pós-Doutor em direito, antropologia e ciências da religião, ensina que a garantia do respeito aos princípios ditados pela bioética, por meio da regulação, fez nascer o biodireito, que "além de disseminar as mais variadas discussões das consequências jurídicas impostas pela biociência, tem a missão de **normatizar os fenômenos sociais derivados dos avanços tecnológicos envolvendo a vida** que, não raro, deixam o homem comum perplexo" (*Biodireito, bioética e patrimônio genético brasileiro*, 2008. p. 74).

A história da reprodução assistida se confunde com o nascimento do primeiro *bebê de proveta*, Louise Brown, em junho de 1978, em Oldham, Inglaterra. A gestação de Louise fora viabilizada pela técnica da fertilização *in vitro*, após mais de dez anos de estudo dos embriões, sob o comando de Robert Edwards, Prêmio Nobel de Fisiologia e Medicina e Patrick Steptoe.

Maria Rita de Holanda, Diretora de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM, esclarece que o Brasil adota um sistema em se que permite o desenvolvimento das técnicas viabilizadoras, legitimando, assim, a realidade, todavia com limites de atuação ao uso indiscriminado e atentatório aos princípios éticos e constitucionais básicos (*Reprodução assistida e uma releitura das presunções jurídicas da filiação*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/277.pdf>).

Porém, apesar da indiscutível relevância e complexidade das questões atinentes à reprodução assistida, reconhece-se que o ordenamento jurídico brasileiro possui regulamentação escassa, sem a especificidade e o detalhamento que se recomendam.

6. Isso posto, penso que as diretrizes jurídicas para solução de conflitos naturais à matéria devem ser fruto de uma leitura sistêmica e teleológica do conjunto de normas e valores existentes no ordenamento, que, em maior ou menor grau, toquem a questão e encaminhem seus desdobramentos.

Para essa providência, a Constituição Federal destaca-se na edificação das respostas, mais especificamente o § 7º de seu art. 226, ao conferir ao Planejamento Familiar o *status* de direito do casal.

Logo em seguida, o Código Civil, ao dispor sobre a presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, assim como pela disciplina sucessória e

as disposições de última vontade.

Ainda, a Lei n. 11.105/2005, Lei da Biossegurança, que regula a utilização de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e, por fim, as resoluções do Conselho Federal de Medicina, destacadamente, a Resolução n. 2.168/2017, na sistematização das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Essa resolução é o documento normativo-administrativo que alberga normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, visando ao seu aperfeiçoamento e à observância aos princípios bioéticos, conferindo, assim, maior segurança e eficácia àqueles tratamentos e procedimentos médicos.

Percebe-se, da leitura de seus dispositivos, a 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.

Nessa linha, confira-se o teor do princípio n. 4 daquele instrumento:

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.

Em primeiro lugar, em relação à atividade de criopreservação de gametas e embriões, a resolução autoriza sua realização por clínicas, centros ou serviços e especifica os termos formais em que acontecerá:

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.

No que respeita ao **destino** dos embriões excedentários, registre-se, que a implantação no útero, a doação e o "descarte" não são as únicas opções legalmente permitidas. Isso, porque 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.

Já no que se refere especificamente à reprodução assistida *post mortem*, a Resolução n. 2.168/2017, no mesmo sentido das que lhe antecederam (Resoluções n. 2.121/2015 e n. 2.013/2013), preceitua, **em item próprio**, sua possibilidade **"desde que haja autorização prévia específica** do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente". Confira sua redação:

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.

(<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>)

No mesmo rumo, o Provimento n. 63 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu modelos únicos de certidão a serem adotados pelos órgãos 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.**"

Na 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 expresso consentimento manifestado em vida pela sua esposa ou companheira**".

Acerca das normativas acima relacionadas, Eleonora Bedin Pasqualotto, especialista em reprodução assistida da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida - SBRA, preceitua:

Assim, é possível observar que **todas as orientações são incisivas quanto à exigência de documento escrito, porquanto, em tese, não se pode presumir a vontade do pai ou mãe após a morte**. Deste modo, qualquer procedimento divergente do estabelecido nessa indicação dependerá de específico suprimento de vontade por meio de autorização expressa do Poder Judiciário, uma vez provocado pelo interessado.

(<https://sbra.com.br/noticias/entenda-a-reproducao-assistida-post-mortem-e-conheca-seus-aspectos-legais/>)

Em conclusão, observada a máxima vênia, tenho que os **Enunciados n. 104 e 258**, do Conselho da Justiça Federal, propostos, respectivamente, na I e III Jornadas de Direito Civil, mencionadas no voto do cuidadoso relator, não servem de guarida à controvérsia deste recurso, tendo em vista o fato de não tratarem de hipótese de reprodução assistida *post mortem*. Enfrentando esta situação, há regras rígidas exigindo o prévio e expreso consentimento do parceiro.

7. Com efeito, retomando a análise do tema pelo ângulo constitucional, dispõem o § 7º, do art. 196 e o art. 226:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
(...)

§ 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.

Na definição dada pela Constituição Federal, o **Planejamento Familiar** ancora-se nos princípios da **dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável**, bem como na utilização de recursos educacionais e científicos, capazes de realiza-lo. O Planejamento Familiar de origem governamental é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas, educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

A regulamentação infraconstitucional do § 7º do art. 226 deu-se com a Lei n. 9.263/1996, que definiu o exercício do planejamento familiar com base em um conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Ademais, como dito, as ações relacionadas à regulação da fecundidade são foco do planejamento, visando à garantia de igualdade de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Nessa linha, o planejamento familiar estaria ligado ao **ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas**.

Valéria Silva Galdino Cardin, Doutora em Direito pela PUC/SP, salienta que as ações voltadas à concretização do direito ao planejamento familiar se norteiam, de maneira inquestionável, pelo direito à vida e pelo princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, a professora enfatiza que o **princípio da autonomia da vontade**, como corolário do

direito de liberdade, deve ser acrescido ao conjunto de preceitos orientadores da execução daquele planejamento. "Segundo esse princípio, as partes, de acordo entre si, podem pactuar e dispor livremente do que pretenderem". (*Do planejamento familiar, da paternidade responsável e das políticas públicas*. <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/223.pdf>).

Na linha desse entendimento, Maria Helena Camargos e José Newton Garcia informam que, em âmbito internacional, o Brasil, há décadas, apregoa a **autodeterminação como vetor do planejamento familiar**.

Assim, em 1994, o País adotou o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento das Nações Unidas, ocorrido no Cairo, que consistiu numa compilação de ideais universais e destacou-se por tornar-se um compromisso comum aos 179 Estados-Membros envolvidos para a promoção dos direitos humanos e apoio ao planejamento familiar e à saúde reprodutiva (MOREIRA, Maria Helena Camargos; ARAÚJO, José Newton Garcia de. *Planejamento Familiar: autonomia ou encargo feminino?* Revista Psicologia em Estudo. Maringá, v. 9, n. 3, set./dez. 2004, pp. 389-398).

Nesse rumo, tendo como premissa a relação direta entre o direito ao planejamento familiar, os direitos reprodutivos e autonomia da vontade, constaram do documento assinado naquela ocasião as seguintes diretivas:

Capítulo VII

DIREITOS DE REPRODUÇÃO E SAÚDE REPRODUTIVA

A. Direitos de reprodução e saúde reprodutiva

7.2. [...]

A saúde reprodutiva implica, por conseguinte, que a pessoa possa ter uma vida sexual segura e satisfatória, **tenha a capacidade de reproduzir e a liberdade de decidir sobre quando, e quantas vezes o deve fazer**. Implícito nesta última condição está o direito de homens e mulheres de serem informados e de ter acesso a métodos eficientes, seguros, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como outros métodos, de sua escolha, de controle da fecundidade que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso a serviços apropriados de saúde

7.3 [...]

Esses direitos se baseiam no reconhecido do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de seus filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais alto padrão de saúde sexual e de reprodução. No exercício desse direito, devem levar em consideração as necessidades de seus filhos atuais e futuros e suas responsabilidades para com a comunidade. A promoção do exercício responsável desses direitos por todo indivíduo deve ser a base fundamental de políticas e programas de governos e da comunidade na área da saúde reprodutiva, inclusive o planejamento familiar.

B. Planejamento familiar

Justificativa de ação

7.12 [...]

O princípio da livre escolha consciente é essencial ao sucesso em longo prazo de programas de planejamento familiar

Objetivos

7. 14

Os objetivos são: a) ajudar casais e indivíduos a alcançar seus objetivos reprodutivos numa infra-estrutura que promova a saúde ótima, a responsabilidade e o bem-estar familiar **e respeite a dignidade de todas as pessoas e seus direitos de escolher a quantidade, o espaçamento e a oportunidade do nascimento de seus filhos;**

e) aumentar a participação e a partilha de responsabilidade do homem na prática efetiva de planejamento familiar;

(Relatório da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento - Plataforma de Cairo.

<https://brazil.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/relatorio-cairo.pdf>)

Considerando-se o direito à reprodução como parte do planejamento familiar, Olga Jubert, Doutora em Direito Público pela Faculdade de Direito do Recife, pondera a possibilidade de se considerar um *direito a reprodução humana assistida*. Reconhece, nessa extensão, a inexistência de menção expressa do referido direito, que, portanto, seria construído por meio da interpretação sistemática de outros direitos fundamentais e "baseado no direito fundamental ao planejamento familiar, sempre amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República" (KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 98).

No entanto, a autora ressalta que a consideração daquele direito não implica seu uso indiscriminado por todos os interessados, devendo haver restrições na hipótese de colisões com outros preceitos fundamentais, uma vez que o direito de procriar não poderia ser utilizado apenas como vetor de realização pessoal dos pais ou de um deles, destacadamente (*Idem*, p. 120).

Quanto ao sugerido reconhecimento do *direito à reprodução humana assistida*, como parte da promoção do planejamento familiar, Eduardo de Oliveira Leite revela a existência de argumento contrário, no sentido de que esse reconhecimento poderia afrontar o Princípio do Melhor Interesse da Criança, de seu bem-estar emocional, que somente se alcança num ambiente propício ao desenvolvimento das potencialidades dos seres humanos, numa família biparental (LEITE, Eduardo de Oliveira. *O Direito, a ciência e as leis de Bioética*. In: SANTOS, M. Celeste Cordeiro L. (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001, p. 114)

Maria Rita de Holanda, buscando uma ponderação entre as teses conflitantes, e partindo do pressuposto de que as famílias monoparentais já detêm proteção constitucional explícita, conclui que a *forma de origem* dessas famílias poderia servir como "ponto de

relativização”, para determinação de garantias. Assim, seria analisado, por exemplo, se a família monoparental deriva de circunstâncias culturais legitimadas, como o divórcio e condutas individuais solidárias, tal qual a adoção, **ou se advém de uma conduta particular voltada à execução de um projeto individual sob o monopólio intencional da geração de um filho.** (*Reprodução assistida e uma releitura das presunções jurídicas da filiação*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/277.pdf>).

8. Noutra mirada, agora pelo ângulo do diploma civil de 2002, considera-se que ele foi extremamente tímido ao abordar o assunto, não havendo regulação propriamente dita da reprodução assistida.

Com efeito, as regras lá encontradas tratam da atribuição do estado de filiação, mais especificamente da presunção relativa de paternidade dos filhos de pessoas casadas entre si, e foi nessa empreitada que o evento "reprodução assistida" recebeu consideração.

Confira-se a redação do artigo:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
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 regra acima, como de conhecimento, dispõe-se a atribuir a condição de filhos ao casal (casados, ou em união estável), presumindo a sua concepção na constância do casamento. Nela está inserida, primordialmente, a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, que atribui ao marido ou ao companheiro a condição de pai e, indiretamente, a presunção *mater semper certa est*, que atribui a certeza da maternidade pelos elementos externos da gravidez e do parto.

Nessa trilha, o diploma material civil, ao dispor sobre a presunção de paternidade dos filhos havidos na constância do casamento, classifica as situações em duas categorias: os filhos frutos da *procriação natural* ou *mecanismo sexual*, conforme lição de Cristiano Chaves, Nelson Rosenvald e Felipe Braga Netto (incisos I e II) e os filhos frutos da *procriação assistida*: reprodução assistida homóloga (III e IV) e fertilização heteróloga (V), de que mais nos interessa tratar.

Lecionam os prestigiados doutrinadores que a reprodução medicamente assistida é gênero do qual podem derivar duas espécies: a *inseminação artificial* e a

fertilização na proveta (também chamada de *fertilização in vitro* - FIV). A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a **concepção *in vivo***, em que o médico prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. Noutro giro, na fertilização em proveta a **concepção é laboratorial**, realizada fora do corpo feminino, ocorrendo, após, a implantação de embriões já fecundados no útero materno (*Manual de Direito Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.290).

Na hipótese em julgamento, relembre-se, os cônjuges valeram-se da reprodução assistida homóloga, tendo a fertilização se realizado *in vitro*, a partir da utilização de material genético dos próprios envolvidos. A partir da fertilização promovida, destacaram-se em qualidade ao menos dois embriões, os quais foram criopreservados, não se concluindo a etapa de *transferência* (implantação no útero).

No ponto, extrai-se da lição de Arnaldo Wald que o art. 1.597 do CC/2002 inovou o ordenamento jurídico pátrio, incluindo entre as situações das quais se presume a paternidade aquela em que os filhos são gerados pela utilização de embriões excedentários, decorrentes de concepção homóloga. Para o professor, o legislador garantiu uma extensão da presunção de paternidade, autorizando-a, em tese, "a qualquer tempo", **omitindo-se, contudo, quanto à possibilidade de utilização do material genético *post mortem*, assim como qual seria a forma legalmente prevista para tanto.**

No mesmo rumo, Anderson Schreiber afirma:

Valendo-se dessa distinção, o legislador preocupou-se, basicamente, em instituir presunções de paternidade nas situações que contempla. **Deixou de lançar sobre o fenômeno da filiação assistida um olhar mais amplo, que captasse os seus aspectos mais variados e polêmicos, como a destinação de embriões excedentários e a exigência de consentimento informado do cônjuge ou companheiro para a realização de inseminação artificial, ainda que heteróloga.** Tais matérias continuam a ser reguladas por normas deontológicas, em especial a Resolução n. 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que institui normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Independentemente dos avanços e retrocessos do Conselho Federal de Medicina na nova regulamentação, parece evidente que tão relevante matéria deveria ter recebido um tratamento mais abrangente por parte do Código Civil, distinto de mera limitação às presunções de paternidade, que não esgotam, a toda evidência, a complexidade da matéria.
(*Manual de Direito Civil contemporâneo*. [livro eletrônico] 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021).

O talentoso civilista faz importante advertência para que seja interpretado com prudência o Código Civil, no que respeita à declaração de presunção de paternidade dos filhos gerados por inseminação artificial homóloga, "mesmo que falecido o marido" (art. 1.597, III):

A norma deve ser lida com cautela, já que a paternidade é decisão que pertence ao campo estrito da autonomia pessoal. Daí o Enunciado n. 106 aprovado durante a I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, segundo o qual a incidência do art. 1.597, III, **depende de se encontrar a mulher “na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”**.

(...)

Registre-se que às instituições responsáveis pelo armazenamento de material genético compete condicionar sua utilização à apresentação do consentimento expresso do titular, não podendo entregar ao cônjuge sobrevivente o sêmen armazenado, que, como parte destacada do corpo humano, não integra o objeto de herança ou meação, institutos de índole patrimonial.

Com efeito, o foco de atenção do civilista é a **autonomia pessoal**, que, nas palavras de Pietro Perlingieri, define-se como o "poder, reconhecido ou concebido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de **determinar vicissitudes jurídicas [...] como consequência de comportamentos – em qualquer medida – livremente assumidos**". (*Perfis de Direito Civil*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 17).

Francisco Amaral reconhece aquela autonomia como o "poder atribuído à pessoa para entrar em relações privadas e escolher a maneira de criação das normas para aquelas situações. Mais à frente, arremata: **"é a manifestação da subjetividade, decorrendo da autodeterminação dos homens, princípio da modernidade que reconhece a liberdade individual e a autonomia do agir"** (*Direito civil: introdução*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 345-346).

Assim, parece fácil perceber, sem hesitar, que a **autonomia pessoal** desempenha papel deveras significativo no direito de família, mormente em sua dimensão não patrimonial, em que a *instituição família* deixa de ser absoluta em direitos, em razão da ordem jurídica voltar-se à promoção da valorização identificada de cada membro daquela entidade.

A interpretação constitucional da autonomia privada é direcionada a reconhecer o valor da pessoa como **entidade independente** e preexistente ao ordenamento, dotada de direitos invioláveis que lhe são inerentes, como a vida, o corpo, a privacidade, a honra, a imagem, o nome, identidade pessoal, a liberdade.

Nessa ordem de ideias, Rodrigo da Cunha Pereira aperfeiçoa afirmando que a **liberdade de constituição de família tem estreita consonância com o princípio da autonomia da vontade, principalmente nas relações mais íntimas do ser humano**, cujo valor supremo é o alcance da felicidade (*Princípios fundamentais norteadores do Direito de*

Família. Belo Horizonte: Del Rey, p. 152).

Mais intimamente relacionado ao tema debatido, ao longo da década de 1990, instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos anunciaram a necessidade de se tratar os direitos reprodutivos como tais. Na linha do que falamos acerca do Direito ao Planejamento Familiar, Flávia Piovesan sustenta que, entre os direitos reprodutivos, estaria o de **decidir livre e responsavelmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos** (*Temas de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 314).

Maria Rita de Holanda esclarece que os direitos reprodutivos constituem verdadeiro exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana e salienta que, "de acordo com o direito Espanhol, **o primeiro dos valores considerados como fundamentais para a utilização das técnicas de reprodução humana é a liberdade pessoal, entendida como a faculdade que toda pessoa possui de autodeterminar-se fisicamente, incluindo-se a reprodução, pressupondo uma opção de vida que vincula diretamente a liberdade física ao acúmulo de direitos e obrigações**". (*Reprodução assistida e uma releitura das presunções jurídicas da filiação*. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/277.pdf>).

Assim, conforme a lição de Andréa Karla Galiza, a capacidade de autodeterminação de comportamentos, entendida como a **liberdade para fazer escolhas existenciais** (como com quem casar; onde viver; para onde ir; quem amar etc.) e patrimoniais, **é expressão da autonomia privada**, em sentido amplo e que independe de comprovação de utilidade social para ser tutelada (*Direitos fundamentais nas relações entre particulares: teoria e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 114).

Assim, levando em conta os aspectos legais e doutrinários da questão, penso que outra conclusão não há senão aquela que reconhece como expressão indubitável da autonomia pessoal a **escolha de ter filhos** e a **determinação pela paternidade**, a merecer tutela adequada do ordenamento.

No mesmo rumo, o estudo revelado mostra que o Direito ao Planejamento Familiar, invocado pela ora recorrida, como fundamento para o atendimento de seu desejo de gerar filhos, não contém em seu espectro semântico a subserviência da autonomia da vontade de outro sujeito de direito. Ao revés, a autonomia da vontade serve de balança inafastável ao exercício adequado daquele planejamento, constitucionalmente interpretado.

Noutro ponto, ainda concluo que, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar a projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais, imprescindível que sua manifestação se dê de **maneira inequívoca**, leia-se **expressa e formal**, efetivando-se por meio de instrumentos

jurídicos apropriadamente arquitetados pelo ordenamento, sob de pena de ser afrontada.

9. No rumo desse raciocínio, ganha espaço o instituto do **testamento**, que tem como marca distintiva a *declaração de vontade*, expressão indiscutível da autonomia pessoal, e, nada obstante escape ao tradicional, a simples análise do seu conceito é o bastante para revelar que seu objeto não se restringe a disposição de patrimônio pelo testador. "Efetivamente, é possível a utilização do testamento para consecução de outras finalidades, de diversos matizes e naturezas, tenha, ou não, conteúdo patrimonial" (CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson e BRAGA NETTO, Felipe. *Manual de Direito Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 1.428).

Confirmam-se, nesse sentido, as disposições do CC/2002:

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

(...)

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

Ana Luiza Maia Nevares destaca que o reconhecimento da regulamentação de outros interesses, independentemente da gênese patrimonial, é a ponte para o exercício da *função promocional do testamento*, quando as disposições testamentárias realizam valores positivos do ordenamento jurídico, assegurando-se a coexistência de disposições de cunho patrimonial e existencial. A mesma autora, especialista no assunto, aduz que a noção de autonomia privada, funcionalizada às finalidades do testamento, deve ser vinculada ao correlato controle de merecimento de tutela dos interesses contidos no ato de última vontade, aludindo, ao conceito que designou, engenhosamente, como *liberdade testamentária qualitativa*, em que a autonomia do testador se encontra intrinsecamente limitada pela função que desempenha, tendo em conta, do ponto de vista objetivo, os bens transmitidos e, do ponto de vista subjetivo, os interesses existenciais em jogo, do testador e dos seus sucessores. "Redefinem-se, assim, os contornos do testamento e suas inúmeras possibilidades como forma de promoção tanto da utilização racional e socialmente útil dos bens jurídicos quanto da **dignidade dos atores do cenário sucessório**" (A *função promocional do testamento*. Tendências do Direito Sucessório. Rio de Janeiro: Renovar, 2009).

Rolf Madaleno apregoa que "o testamento abrange manifestações de cunho pessoal e familiar, cuidando o testador de reger o exato conteúdo de suas preocupações pessoais e econômicas, tratando de dispor no plano patrimonial e pessoal o endereçamento futuro de seus bens, para depois de seu falecimento, cercado-se com a partilha dirigida e se achar necessário, **consignando aquilo que gostaria de ter dito em vida ou que mesmo tendo dito em vida, ainda assim gostaria de perpetuar na memória de seus herdeiros**

e legatários, ciente de que valores morais e a unidade familiar são heranças que transcendem a passagem do homem e o registro histórico de sua construção pessoal" (Testamento: expressão de última vontade. <https://ibdfam.org.br/artigos/701/Testamento:+Express%C3%A3o+de+%C3%9Altima+Vontade>).

Nesses termos, a meu ver, se as disposições patrimoniais não dispensam a forma testamentária, maiores são os motivos para se considerar sejam da mesma forma dispostas as questões existenciais, mormente aqueles que repercutirão na esfera patrimonial de terceiros, não havendo maneira mais apropriada de **garantir-se a higidez da vontade do falecido**.

Seguindo por esse entendimento, não há dúvidas de que a decisão de autorizar a utilização de embriões consiste em disposição *post mortem*, que, para além dos efeitos patrimoniais, sucessórios, relaciona-se intrinsecamente à personalidade e dignidade dos seres humanos envolvidos, genitor e os que seriam concebidos, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

Na hipótese, nem é possível considerar, segundo penso, eventual falta de oportunidade ou condições para o aperfeiçoamento da autorização para que a implantação dos embriões *post mortem* nos termos aqui invocados.

Isso porque, como se viu, as etapas do procedimento de reprodução assistida iniciaram-se e findaram-se, com a criopreservação dos embriões, dois anos antes do falecimento de J L Z. A essa circunstância, soma-se o fato de que falecido já havia confeccionado um testamento, um facilitador, sem dúvidas, da formalização da disposição aqui tratada, o que de fato não ocorreu.

No caso concreto, a viúva, ora recorrida, afirma que a autorização de realização de transferência (implantação no útero) do pré-embrião "para o primeiro ciclo à parceira", formalizada em *contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana*, equivaleria ao consentimento inequívoco de seu esposo para que os embriões fossem gerados após a sua morte, mesmo não havendo no instrumento padrão nenhuma referência expressa quanto à validade da autorização também para após a morte do declarante.

Ademais, a meu ver, ao revés, admitir-se que a autorização posta naquele contrato de prestação de serviços, na hipótese, marcado pela inconveniente imprecisão na redação de suas cláusulas, possa equivaler a declaração inequívoca e formal, própria às disposições *post mortem*, significará o rompimento do testamento que fora, de fato, realizado, com alteração do planejamento sucessório original, sem quaisquer formalidades, por pessoa diferente do próprio testador.

Nessa linha, a única conclusão possível é a de que a indicação a autorização dada no formulário pelo parceiro para a transferência do pré-embrião para o primeiro ciclo à parceira, **circunscreve-se à autorização para implantação do embrião durante a vida de ambos os cônjuges.**

De fato, a fecundação artificial, como manifestação do planejamento familiar, é projeto do **casal** e a decisão pela concepção de filhos é expressão da autonomia pessoal, individual, devendo, por isso, para ter validade, ser manifestada sem quaisquer sombras. Não fosse assim interpretado (validade da declaração "formulária" enquanto vivos os parceiros), sentido algum haveria na colocação da ressalva de que a autorização poderia ser revogada por escrito pelo doador do material genético.

Com efeito, objetivamente se extrai dos autos que, em cumprimento às Orientações Gerais contratuais, o casal aderiu a um "formulário" elaborado pelo prestador de serviços e, nele, foi assinalada a opção, no que se refere ao "destino" a ser dado aos embriões originados da técnica de reprodução a que se submeteram, que no caso de morte de um dos cônjuges, de "manter todos os embriões congelados sob a custódia do cônjuge sobrevivente".

Em absoluta consonância com o que se afirma, destaca-se manifestação do hospital depositário do material criopreservado, também recorrido, em embargos de declaração opostos à sentença de piso, **no sentido da inexistência de autorização expressa para que a implantação dos embriões ocorresse após a morte** do marido da recorrida (fls. 661-662):

Ou seja, se a transferência embrionária dependeria de autorização, e não há qualquer disposição expressa do *de cujus* nesse sentido, não há o que se falar em comprometimento do Hospital em prestar serviço à Corré no contrato com ela celebrado, sendo que, inclusive, jamais agiu demonstrando tal iniciativa.

Portanto, da fundamentação da r. sentença decorre conclusão lógica diversa da que consignou a inocorrência de ilegitimidade passiva do Hospital - que se trata, em verdade, apenas de terceiro necessário ao cumprimento da tutela - já que não há, em realidade comprometimento do Hospital para com as partes envolvidas no contrato, no que tange a fertilização após a morte do contratante.

Estando a prestação do serviço *post mortem* condicionado à autorização expressa que não existe, e não tendo o Hospital agido para prestar indevidamente o serviço, demonstrada está, também, a falta de interesse de agir, em razão da ausência de pretensão resistida do Hospital em relação aos Autores.

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

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

Nessa ordem de ideias, a meu ver, os contratos de prestação de serviço de reprodução assistida firmados por J. L. Z e T. DA C. R. Z. são instrumentos absolutamente inadequados para legitimar a implantação *post mortem* de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, deveria ter sido efetivada por testamento, ou por documento análogo, por tratar de disposição de cunho existencial, sendo um de seus efeitos a geração de vida humana.

Não bastasse, está-se diante de um cenário em que há testamento sem menção à contemplação de nenhum outro filho.

No mais, destaco a lição certa de Maria Berenice Dias:

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

Sem autorização expressa, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. É necessário respeitar o princípio da autonomia da vontade.

(Manual de direito das famílias de acordo com o novo CPC. 11. ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: R T, 2016, pp. 396-397).

10. Por fim, apenas para ilustrar a importância da matéria ora debatida, registrem-se estudos apresentados na I Jornada de Direito Civil, que diferentemente do cunho científico dos Enunciados, consistiram em **propostas de alteração** do art. 1.597 do CC/2002 e que, nas palavras do professor Flávio Tartuce, representam a manifestação doutrinária sobre a matéria (*Direito Civil: direito de família. V. 5. [livro eletrônico] 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021*).

Naquela Jornada, foi elaborado parecer pela alteração do inciso III do art. 1.597 do Código Civil, sob o fundamento da necessidade de se "observar os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana", **sendo inaceitável o nascimento de uma criança já sem pai.**

Nos termos da proposta, o dispositivo passaria a ter a seguinte redação, com supressão da parte final do III, que originalmente contemplava a expressão "mesmo que falecido o marido:"

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por

Superior Tribunal de Justiça

adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(...)

III - **havidos por fecundação artificial homóloga;**

Nesse rumo, na forma sugerida, **não se admitiria a gestação, se fosse falecido o marido**, dada a prevalência de princípios garantidores dos direitos da criança que nascerá, aventando-se possível inconstitucionalidade do dispositivo. Nas palavras de José de Oliveira Ascensão, na linha da proposta apresentada, "entra-se aqui numa zona perigosamente problemática. Está-se 'produzindo' conscientemente um novo ser que nunca terá a possibilidade de um ambiente bipartido, ficando assim de fora do que é normal na formação humana. Os interesses da mãe prevalecem assim sobre o interesse do ser que ela concebe" (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Procriação e direito*, 2009, p. 355-356).

Na mesma ordem de ideias, Guilherme Calmon Nogueira da Gama sustenta que "ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir o acesso da ex-esposa ou da ex-companheira, mesmo com vontade expressa deixada pelo falecido, às técnicas de reprodução assistida homólogas, diante do princípio da igualdade em direito entre os filhos" (*Direito Civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, pp. 369-370).

Outrossim, destaque-se que Projeto de Lei do Senado n. 470/2013, elaborado pelos civilistas membros do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM e apresentado pela Senadora Lídice da Mata, que institui o chamado "Estatuto das Famílias", contém semelhante proposta de alteração, com previsão de presunção de filhos os havidos por fecundação artificial homóloga, **desde que a implantação do embrião tenha ocorrido antes do falecimento do genitor** (art. 82). Em suma, a proposta segue a linha do Enunciado n. 127 do CJP/STJ (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito de família*. V. 5. [livro eletrônico] 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021).

Na sequência das propostas de revogação do art. 1597, do CC, o Enunciado n. 128 do CJP/STJ, advoga contra o inciso IV. Merecem destaque as justificativas apresentadas:

O fim de uma sociedade conjugal, em especial quando ocorre pela anulação ou nulidade do casamento, pela separação judicial ou pelo divórcio, é, em regra, processo de tal ordem traumático para os envolvidos que a autorização de utilização de embriões excedentários será fonte de desnecessários litígios. Além do mais, a questão necessita de análise sob o enfoque constitucional.

(...)

Caso a justificativa para a manutenção do inciso seja evitar a destruição dos embriões crioconservados, destaca-se que legislação posterior poderá autorizar que venham a ser adotados por casais inférteis. Assim, prudente seria que o inciso em análise fosse suprimido.

Porém, se a supressão não for possível, solução alternativa seria determinar que os embriões excedentários somente poderão ser utilizados se houver prévia autorização escrita de ambos os

cônjuges, evitando-se com isso mais uma lide nas varas de família.

Consigne-se, que da comissão de Direito de Família e das Sucessões da I Jornada de Direito Civil participaram juristas de renome, que chancelam as propostas, caso de expoentes da escola do Direito Civil Constitucional, como Ana Luiza Nevares, Anderson Schreiber, Bruno Lewicki, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Guilherme Couto de Castro, Gustavo Tepedino, Luiz Edson Fachin, Rosana Amaral Girardi Fachin, Rose Vencelau e Teresa Negreiros.

11. Ademais, no que respeita ao tratamento da matéria no direito comparado, diga-se que, na **Alemanha, a reprodução assistida post mortem é proibida** e está regulada, desde 1990, no *Embryo Protection Act* (Germany. Embryo Protection Act. 1990. *An act to provide for the protection of human embryos and other ancillary matters* [Internet]. Germany; 1990. <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lp&itemid=23499&l=1>). Nos termos do Ato, só é permitido o uso de sêmen do tipo homólogo, a doação de óvulos é permitida e as mulheres que se submetem a esse ato devem ser casadas e ter o consentimento do parceiro. **A criopreservação de embriões é proibida** e só pode ser feita em caso de necessidade de adiar a transferência por complicações médicas com a receptora.

A **França** tem uma lei específica para a reprodução assistida, o Statute n. 800, de 2004, que permite a fecundação homóloga e a heteróloga. **Não é permitida a fecundação post mortem**. A doação e o congelamento de gametas e embriões são permitidos o descarte de embriões também. O casal deve fornecer o consentimento por escrito e, após período de reflexão de três meses, pode doar os embriões excedentes para pesquisa.

Recentemente (29.7.2020), o Congresso francês voltou a discutir a matéria em votação do Projeto da Lei de Bioética, tendo sido, **novamente, rejeitada a procriação medicamente assistida post mortem**, realizada com os gametas de um cônjuge falecido.

Na Áustria, Itália, Noruega, Hungria, Suécia e Austrália, igualmente, vigora a **proibição da inseminação post mortem** (BELLA, Gianluca Maria. *A fecundação medicalmente assistida entre “direito” e “ética” na época da tecnologia*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 182, abr./jun., 2009).

No Reino Unido, o Art. 39/2008 que estabelece a Humanan Fertilization and Embriology Act, permite a inseminação *post mortem*, **desde que expressamente autorizada**.

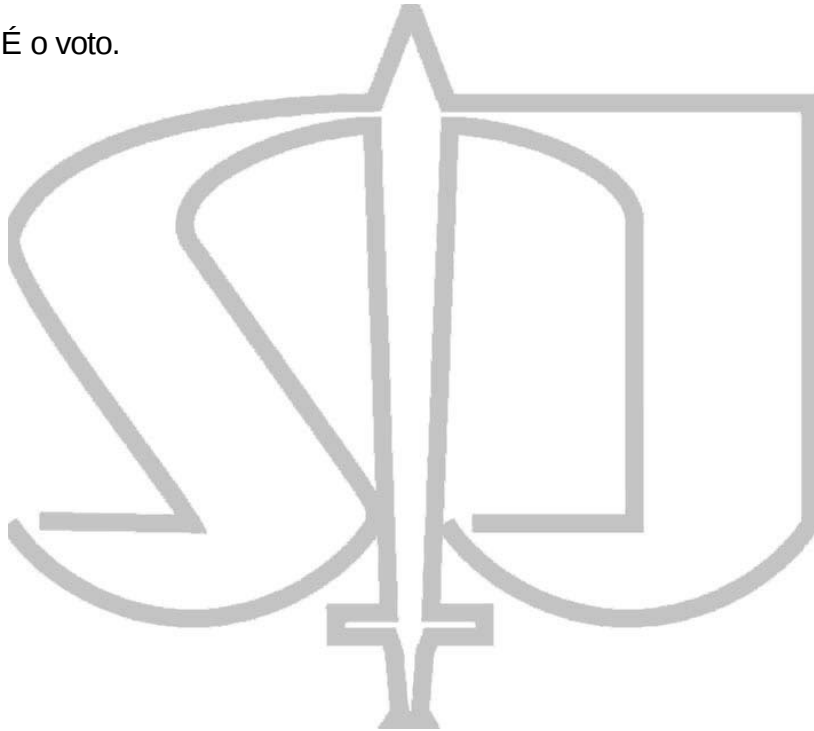
Portugal e Espanha, coincidentemente no mesmo ano de 2006, regulamentaram essa matéria por meio da Lei n 32/2006 e Lei n. 14/2006, respectivamente.

Superior Tribunal de Justiça

Portugal autoriza o processo de reprodução *post mortem*, sob autorização expressa. Na Espanha, a inseminação é admitida até seis meses posteriores à morte, somada à condição de que haja uma expressa vontade contida num testamento ou num ato público do *de cujus* (BELLA, Gianluca Maria. *Op. cit.*).

12. Por todo o exposto, dou provimento aos recursos especiais para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico de J L Z, falecido, notadamente os dois embriões que se encontram sob custódia de S B DE S - H S L. Honorários como fixados na decisão de primeiro grau.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Presidente, ouvi com atenção as combativas sustentações orais de ambas as partes, o voto de V. Exa., tão minucioso, e agora o voto trazido pelo Ministro Salomão, igualmente bastante detalhado. Trata-se, de fato, de um debate muito rico e inédito em nosso Tribunal.

Nesses termos, peço a máxima vênia ao eminente Ministro Salomão para acompanhar o voto de V. Exa. porque penso que existe a autorização para a implantação desses embriões na medida em que, no contrato assinado pelas partes e pelo hospital, havia expressa previsão do que aconteceria em caso de morte de um dos cônjuges. A opção que foi assinalada foi a de que o embrião ficasse na custódia do cônjuge sobrevivente. Não quiseram eles optar pelo descarte dos embriões, nem pela doação dos embriões e nem pelo uso dos embriões em pesquisa científica.

Penso que a única finalidade desses embriões, como ressaltado no acórdão recorrido e também no voto de V. Exa., seria mesmo a implantação dos embriões decidida pelo cônjuge sobrevivente.

A não se fazer possível essa implantação, estar-se-ia substituindo a vontade declarada dos cônjuges (custódia) pela opção "descarte". Isso porque esses embriões, se não implantados no prazo de três a cinco anos, como se colhe das razões das partes, tornam-se inservíveis, o que equivale ao descarte, opção expressamente rejeitada pelos contratantes na hipótese de sobrevivência de um deles.

A meu sentir, essa custódia tem a única e exclusiva finalidade de deixar na mão do cônjuge sobrevivente decidir se pretende implantá-los e quando fazê-lo.

Acompanho, portanto, o voto do eminente Relator, com a devida vênia da divergência.

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2021/0024251-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.918.421 / SP

Números Origem: 1082747-88.2017.8.26.0100 10827478820178260100

PAUTA: 08/06/2021

JULGADO: 08/06/2021
SEGREDO DE JUSTIÇA

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **SOLANGE MENDES DE SOUZA**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : L Z N
ADVOGADOS : PRISCILA MARIA PEREIRA CORREA DA FONSECA - SP032440
FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR - BA015484
RECORRENTE : F Z
ADVOGADA : MARIA CLÁUDIA BUCCHIANERI PINHEIRO - DF025341
ADVOGADOS : ANNA CAROLINA MENEZES DE NORONHA BORELLI - DF028813
ADRIANO JOSÉ BORGES SILVA - BA017025
MARCELLA GUIMARÃES PEIXOTO - DF054990
RECORRIDO : S B DE S - H S L
ADVOGADOS : EDUARDO LUIZ BROCK - SP091311
SOLANO DE CAMARGO - SP149754
FABIO RIVELLI - SP297608
RECORRIDO : T DA C R Z
ADVOGADOS : MARCO ANTÔNIO FANUCCHI - SP092452
DILERMANDO CIGAGNA JUNIOR - SP022656
MAURO PEDROSO GONÇALVES - DF021278
LUIS INACIO LUCENA ADAMS - SP387456

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Obrigações

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão, dando provimento aos recursos

Superior Tribunal de Justiça

especiais, divergindo do relator, e a manifestação do relator mantendo seu voto anterior, e o voto do Ministro Raul Araújo acompanhando a divergência, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, e o voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira acompanhando a divergência, a Quarta Turma, por maioria, deu provimento aos recursos especiais, para restabelecer a sentença de piso e não autorizar a realização, pelos recorridos, de implantação do material biológico de J L Z, falecido, nos termos do voto divergente do Ministro Luis Felipe Salomão, que lavrará o acórdão. Vencidos o relator e a Ministra Maria Isabel Gallotti.

Votaram com o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão os Srs. Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira.

