

DANIELE CHAVES TEIXEIRA
Coordenadora



Prefácio
Rolf Madaleno

ARQUITETURA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Tomo III

SUPERIOR TRIBUNAL DA JUSTIÇA BIBLIOTECA M. OSCAR SARAIVA	
Nº	DATA
443520f	09/06/22

Belo Horizonte
FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO
2022

© 2022 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paolucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto (<i>in memoriam</i>)	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra

FÓRUM

CONHECIMENTO JURÍDICO

Lúis Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira de Oliveira

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Técnica. Empenho. Zelo. Esses foram alguns dos cuidados aplicados na edição desta obra. No entanto, podem ocorrer erros de impressão, digitação ou mesmo restar alguma dúvida conceitual. Caso se constate algo assim, solicitamos a gentileza de nos comunicar através do e-mail editorial@editoraforum.com.br para que possamos esclarecer, no que couber. A sua contribuição é muito importante para mantermos a excelência editorial. A Editora Fórum agradece a sua contribuição.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

T266a	Teixeira, Daniele Chaves Arquitetura do planejamento sucessório / Daniele Chaves Teixeira (Coord.). – Belo Horizonte : Fórum, 2022. 670p. : il. ; 17cm x 24cm Inclui bibliografia. ISBN: 978-65-5518-291-0 Tomo III 1. Direito civil. 2. Direito de família. 3. Direito sucessório. 4. Contabilidade. 5. Direito empresarial. I. Título.
2021-3784	CDD: 347 CDU: 347

Elaborado por Odílio Hilario Moreira Junior - CRB-8/9949

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do Planejamento Sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. 670 p. Tomo III. ISBN 978-65-5518-291-0.

*Aos meus filhos, Vitória e Antônio, como sempre,
com todo o meu amor.*

ROSA, Conrado Paulino da. *Desatando nós e criando laços: os novos desafios da mediação familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ROSA, Conrado Paulino da; RODRIGUES, Marco Antonio. *Inventário e partilha*. Salvador: JusPodivm, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das sucessões*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Fundamentos do direito civil: direito de família*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 6.

TEIXEIRA, Daniele Chaves. Noções prévias do direito das sucessões: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ROCHA, Patricia Ferreira. A sucessão entre irmãos bilaterais e unilaterais: subsistem os motivos para seu tratamento diferenciado? In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 139-158. Tomo III. ISBN 978-65-5518-291-0.

OS DESAFIOS DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM E O ALCANCE DO TESTAMENTO GENÉTICO: AMPLIANDO AS FORMAS DE DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO APÓS A MORTE

PAULA MOURA FRANCESCONI DE LEMOS PEREIRA
VITOR ALMEIDA

Notas introdutórias

Em 8.6.2021, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), por maioria, deu provimento ao Recurso Especial nº 1.918.421, interposto pelos filhos de um homem falecido, reformando a decisão proferida pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no sentido de não autorizar a esposa do finado a realizar implantação de embriões formados com material genético do casal. O principal argumento que impediu o uso do material genético após a morte foi a inexistência de manifestação de vontade prévia, inequívoca, expressa e formal do falecido para efetivação da reprodução, o que, segundo o entendimento do Ministro Luis Felipe Salomão, acompanhado pelos ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira, se fazia necessário, já que implica a expressão da autodeterminação com efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais.

Esse julgado trouxe à baila algumas discussões acerca do uso das técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, em especial dos limites do exercício da autonomia reprodutiva prospectiva e os instrumentos jurídicos utilizados para efetivar o planejamento familiar que repercutem diretamente no campo da filiação e sucessório, além de revisitar a discussão que ainda persiste acerca da natureza jurídica de partes do corpo.

A recente decisão que entendeu pela impossibilidade de implantação de embriões de um casal após a morte de um dos cônjuges sem manifestação inequívoca, expressa e formal descortinou velhos dilemas e ampliou o debate sobre os limites da disposição do material genético após a morte para fins de procriação. A própria divergência de

posicionamento no âmbito do STJ, com o voto vencido do relator, Ministro Marco Buzzi, e da Ministra Maria Isabel Gallotti, no sentido de permitir a implantação de embriões *post mortem*, demonstra a acesa controvérsia sobre o assunto, bem como revela a importância de uma investigação mais profunda acerca das possíveis formas de disposição dos materiais genéticos (como gametas e embriões) envolvidos na reprodução humana e seus limites. Isso porque, em primeiro lugar, a matéria não é regulada por lei específica e tem relevantes consequências quanto ao exercício da autonomia existencial, com reflexos no campo dos direitos da personalidade, negocial, filiatório e sucessório. Por outro turno, o exercício da autonomia reprodutiva prospectiva interfere de forma central no âmbito da existência de futura pessoa a porvir, eis que descortina a heterodeterminação nas escolhas do futuro filho, o que, por si só, já reclama reflexões necessárias sobre a condição humana e o “fim da inocência genética”.¹

O Código Civil de 2002, apesar dos traços ainda fortemente patrimonialista e individualista, avançou na proteção existencial da pessoa humana, sobretudo ao disciplinar pioneiramente os chamados direitos da personalidade, ainda que com técnica legislativa rígida e distante da realidade, bem como com fortes tintas paternalistas. Reforçou, contudo, a autonomia para depois da morte ao prever no art. 14 a validade da disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, com objetivo científico ou altruístico. Não cogitou de outras finalidades como as culturais, artísticas e instrutivas,² nem mencionou especificamente a disposição de material genético/biológico, embora mencione partes do corpo humano. Assegura, ainda, a plena revogabilidade, a qualquer tempo, de tal manifestação de vontade.

No campo da reprodução humana assistida, fenômeno que propicia a formação de embriões em laboratório e a crioconservação de gametas, a lei civil apenas a disciplinou de forma superficial no art. 1.597, incs. III, IV e V, que trata da presunção de filiação decorrente da aplicação dessas técnicas, sem adentrar expressamente na forma como deve ocorrer o processo autorizatório.³ E, no que diz respeito à forma como ocorrem os registros de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos de técnica de reprodução, aplica-se o disposto no Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre os arts. 16 a 19, que especifica a documentação necessária para o ato.

¹ São bons exemplos os testes genéticos e modificações embrionárias que acendem o debate sobre a eugenia, bem como a expectativa parental, e que envolve os limites éticos na seleção intencional de embriões sem deficiência ou mesmo a prática de seleção genética com diagnóstico de má-formação fetal ou intervenções no campo da autonomia reprodutiva para esse fim. V., por todos, HARBERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 115-117. Sobre os confins do humano e as pessoas com deficiência na era da inteligência artificial, permita-se remeter a BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Pessoas com (d)eficiência e inteligência artificial: primeiras reflexões*. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Org.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 83-102.

² SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 50.

³ “[...] contemplou a nova Lei Civil (Lei 10.406, de 10.01.2002) três hipóteses de procriação artificial, incluindo na presunção de paternidade resultante do casamento os filhos: a) havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; b) havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; e c) havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha havido prévia autorização do marido (art. 1.597, III, IV e V)” (BARBOZA, Heloisa Helena. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 153).

A partir da perspectiva da autonomia corporal, investiga-se a legitimidade e viabilidade dos instrumentos jurídicos para concretizar os atos de disposição do próprio corpo ou partes dele, inclusive material genético, para após a morte sob o marco da legalidade constitucional. Tal questão assume relevo intrincado quando tal ato importa na possibilidade de futuro nascimento de uma pessoa, o que desafia dilemas no campo familiar e das sucessões. A Constituição da República assegura o exercício do planejamento familiar (art. 226, §7º) que tem como fundamento a liberdade de constituir família, mas para isso é necessário que o exercício da autonomia ocorra de forma plena e efetiva, bem como respeito aos limites da parentalidade responsável e da dignidade humana. A partir de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, mediante abordagem indutiva-hipotética, o objetivo do presente artigo é analisar alguns instrumentos viáveis para manifestação prévia de vontade acerca do destino do material genético *post mortem*, entre eles, especialmente, o chamado testamento genético.

1 Reprodução humana assistida: o silêncio legislativo e as prescrições deontológicas

A reprodução humana assistida é um conjunto de técnicas paliativas para auxiliar pessoas e casais que têm dificuldade ou impossibilidade de procriar para concretizar o projeto parental biologicamente vinculado, cujo uso é amplamente disseminado, apesar das restrições ao acesso em razão dos elevados custos financeiros. Enquanto o Congresso Nacional não delibera sobre a matéria, apesar de vários projetos de lei em tramitação para regular a reprodução humana,⁴ desde 1992, o Conselho Federal de Medicina (CFM) se encarregou de estabelecer diretrizes nesse sentido. A primeira resolução editada pelo CFM que estabeleceu normas éticas a serem observadas na utilização das técnicas de reprodução humana assistida foi a de nº 1.358/1992, de 19.11.1992. Após 18 anos de vigência, essa resolução foi revogada pela Resolução nº 1.957/2010, de 6.1.2011, que veio a ser substituída pela Resolução nº 2.013/2013, de 9.5.2013, que, por sua vez, foi, posteriormente, revogada pela Resolução nº 2.121/2015, de 24.9.2015. Após quase 2 anos de vigência, foi substituída pela Resolução nº 2.168/2017, de 10.11.2017, atualizada pela Resolução nº 2.283/2020. Atualmente, vigora a Resolução nº 2.294, de 27.5.2021, publicada em 15.6.2021, e que revogou as resoluções anteriores.⁵

⁴ Existem alguns projetos de lei do Senado: (i) Projeto Original nº 90 de 1999, que foi aprovado e destinado para a Câmara, convertendo-se em Projeto de Lei nº 115/2015 – que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais; (ii) Projeto de Lei nº 1.184, de 2003, que define normas para realização de inseminação artificial e fertilização *in vitro*, proibindo a gestação de substituição (barriga de aluguel) e os experimentos de clonagem radical; (iii) Projeto de Lei nº 4892/2012, que institui o Estatuto da Reprodução Assistida para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais (apensado ao PL nº 1.184/2003); (iv) Projeto de Lei nº 7.591/2017, que acrescenta parágrafo único ao art. 1.798 da Lei nº 10.406, de 10.1.2002 (Código Civil), para conferir capacidade para suceder aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão (apensado ao PL nº 4.892/2012). Recentemente, o PL nº 1.184/2003, que estava parado na Câmara dos Deputados, recebeu parecer favorável de alguns parlamentares, e seguirá para Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em: 30 ago. 2021).

⁵ A respeito da nova Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina sobre reprodução humana assistida, veja consentido remeter a PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; ALMEIDA, Vitor. *A reprodução humana assistida e a atuação do Conselho Federal de Medicina: as repercussões da nova resolução 2.294/21. Migalhas*.

Em vigor, a Resolução nº 2.294/2021 do CFM regula a utilização das técnicas de reprodução assistida, adentrando, inclusive em questões que são próprias da lei civil, já que prevê instrumentos para viabilizar a manifestação de vontade das partes envolvidas, as formas, tanto no que diz respeito aos requisitos para submissão ao procedimento de inseminação e fertilização, necessidade de termo de consentimento livre e esclarecido escrito, quanto no caso de cessão de útero, em que prevê para as hipóteses de gestação de substituição a apresentação de termos de compromisso entre o paciente e a cedente temporária de útero e a aprovação por escrito do cônjuge ou companheiro(a), se a cedente temporária do útero for casada ou viver em união estável.⁶ Em relação à reprodução *post mortem*, estabelece que esta apenas é permitida caso haja a autorização específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado, observada a legislação vigente, que, *in casu*, é omissa.

O silêncio legislativo tem propiciado o uso quase que exclusivo dessas referidas resoluções por médicos, clínicas e tribunais. Todavia, a natureza da norma, de cunho deontológico, impõe sua interpretação à luz da legalidade constitucional e de forma sistemática, pois em alguns preceitos acaba por colocar em xeque o exercício de direitos humanos fundamentais assegurados na Constituição Federal, além de adentrar em matéria de competência exclusiva do legislador (art. 22, I, CF). A ausência de lei sobre o tema acaba por provocar insegurança jurídica em terreno sensível que envolve os direitos da personalidade e o direito ao planejamento familiar, o que se acentua com a evolução das técnicas de reprodução, o aumento do interesse da própria sociedade e da ampliação dos arranjos familiares e da fundamentalidade do direito à parentalidade.⁷

A possibilidade de utilização de materiais biológicos, com carga genética, incluindo embriões humanos, é fruto do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida inicialmente criada como um método de tratamento da infertilidade e/ou esterilidade, e hoje utilizadas também para atender aos mais diversos propósitos e projetos parentais, não

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/348647/a-reproducao-humana-assistida-e-a-atuacao-do-cfm>. Acesso em: 25 ago. 2021.

⁶ Essa previsão merece ser revista, haja vista o direito à autonomia da mulher em relação à disposição do seu próprio corpo, não podendo vincular a cessão de seu útero à aprovação de cônjuge ou companheiro. Essa temática já está sendo objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 5.097/2014 e ADI nº 5.911/2018, que versam sobre matéria semelhante em que se arguiu a inconstitucionalidade do art. 10, §5º, da Lei nº 9.263/96, que regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, por estabelecer a necessidade de consentimento expresso de ambos os cônjuges para esterilização na vigência da sociedade conjugal, violando os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988) e da liberdade individual, bem como do direito à autonomia privada e ao livre planejamento familiar (arts. 5º, *caput*, e 226, §7º, da CF/1988).

⁷ Já se teve a oportunidade de registrar: “O silêncio legislativo, além de provocar insegurança jurídica em terreno sensível que envolve o direito ao planejamento familiar, a autonomia reprodutiva, o uso de material genético e a crioconservação de embrião humano, permitiu a hipertrofia do Conselho Federal de Medicina na regulamentação da temática. [...] A edição de mais uma resolução – a quinta em 11 anos – descortina a precariedade de somente normas deontológicas regularem tal assunto, bem como revela a necessidade de discutir, uma vez mais, os limites da atuação do Conselho Federal de Medicina (CFM) e a constitucionalidade das normas de natureza ética como indispensável imperativo dos direitos fundamentais em jogo. Se, por um lado, é louvável o esforço do Conselho profissional de constantemente atualizar suas prescrições sobre o tema, visando balizar as atuações dos médicos de forma segura e dentro de parâmetros eticamente aceitáveis, em outro giro, ressentem-se de um debate amplo deliberativo sobre a disciplina da matéria em seus mais diferentes efeitos, o que afastaria o atual déficit democrático e resguardaria os múltiplos interesses existentes” (PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; ALMEIDA, Vitor. A reprodução humana assistida e a atuação do Conselho Federal de Medicina: as repercussões da nova resolução 2.294/21. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/348647/a-reproducao-humana-assistida-e-a-atuacao-do-cfm>. Acesso em: 25 ago. 2021).

so por aqueles que não podem ter filhos por problemas atrelados à saúde, mas também aos que possuem interesse por uma produção independente (famílias monoparentais), ou os que encontram impedimentos naturais (famílias homoafetivas).⁸

As técnicas de reprodução humana assistida são utilizadas como métodos para auxiliar e facilitar o processo da prática reprodutiva por meio da manipulação de gametas, feminino e masculino, e embriões.⁹ Em perspectiva jurídica, elas¹⁰ se dividem em: (i) inseminação artificial,¹¹ que ocorre quando a fecundação se dá de forma intracorpórea, ou seja, dentro do corpo da mulher, podendo utilizar a amostra de sêmen do marido, de companheiro da paciente (inseminação artificial homóloga), ou de terceiro, “doador” (inseminação artificial heteróloga); e (ii) fertilização *in vitro*,¹² introduzida no ano de 1978, com o nascimento do primeiro bebê de proveta, Louise Brown, na Inglaterra, que acontece quando a fecundação intercorre de manipulação em laboratório, portanto, de forma extracorpórea,¹³ podendo ser homóloga, quando o material genético empregado na fecundação for exclusivamente do casal que assumiu o projeto parental, ou heteróloga, quando parte ou todo o material genético for de terceiro, “doador” anônimo.

Na fertilização *in vitro* heteróloga, o embrião a ser transferido para o útero materno ou de terceira, no caso de gestação de substituição, poderá ser resultado da combinação: (i) óvulo de doadora anônima + sêmen do pai; (ii) óvulo da mãe + sêmen de doador anônimo; (iii) óvulo de doadora anônima + sêmen de doador anônimo.

Em quaisquer das modalidades de reprodução assistida é possível que o homem e a mulher possam concretizar seu projeto parental amparado no direito reprodutivo positivo, que, embora não previsto expressamente na Constituição Federal, encontra amparo no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), nos direitos à

⁸ A respeito do tema: BARBOZA, Heloisa Helena. Direito dos transexuais à reprodução. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 264-279; BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa*: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 163-189; ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Org.). *Direito civil*: estudos I Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCIVIL. São Paulo: Blucher, 2018. p. 419-448.

⁹ “A Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidades satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade” (FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Avanços em reprodução assistida. *Revista Brasileira de Crescimento Desenvolvimento Humano*, ano 18, n. 1, p. 93-97, 2008. p. 93).

¹⁰ Enunciado nº 105 da I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal (CJF): “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’”.

¹¹ É o método por meio do qual um cateter atravessa o colo do útero e “injeta no interior do órgão uma quantidade de aproximadamente um mililitro de meio de cultura com espermatozoides tratados” (OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003. p. 187).

¹² “[...] é um método que promove em laboratório o encontro entre os espermatozoides e um óvulo colhido após tratamento com indutores” (OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem*: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003. p. 189).

¹³ Cf. BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 226.

liberdade, à privacidade (art. 5º, *caput* e inc. X, da CF), à saúde (art. 6º) e ao planejamento familiar, disposto no art. 226, §7º, calcado na paternidade responsável.

Os limites atualmente impostos ao uso das técnicas de reprodução humana assistida pela Resolução nº 2.294/2021 do CFM não são poucos. A título de exemplo, constituem critérios limitadores a idade para se submeter ao procedimento (50 anos – item I, 3.1); a idade do doador que varia pelo sexo (37 anos mulher e 45 anos homem – item IV, 3); as restrições ao número de embriões gerados em laboratório (8 – item V, 2) e ao número de embriões que podem ser implantados (ex., até 2 embriões na mulher de 37 anos – item I, 7); as restrições para quebra do anonimato – saúde e doação de gametas entre parentes até 4º grau (item IV, 2); limites à gestação por substituição no que tange à pessoa que cede o útero (item VII); o descarte de embriões, que só pode ocorrer após três ou mais anos de criopreservação e mediante autorização judicial.

Para além desses limites, que devem ser analisados casuisticamente para fins de salvaguardar direitos, também é preciso estabelecer quais instrumentos jurídicos gozam de validade para esse tipo de manifestação de vontade, o que vai desde a disposição de gametas, óvulos, sêmen, até do próprio embrião, que é composto de material genético de duas pessoas.

Nesse cenário, indispensável refletir sobre a forma como deve ser disciplinada e tratada a disposição para depois da morte de gametas, femininos e masculinos, do embrião, já que compõem parte do corpo humano sem enquadramento jurídico próprio e que podem ser criopreservados por vários anos, como foi o caso dos embriões congelados por 24 e 27 anos, respectivamente, que deram origem às crianças Emma Gibson, nascida em 25.11.2017, e Molly Gibson, nascida em outubro de 2020, decorrentes de fertilização *in vitro* (FIV).¹⁴

Logo, há uma gama de possibilidades de uso do material genético para depois da morte com reflexos no campo existencial e patrimonial. Em um primeiro momento, a reflexão passa pelo uso de embrião ou de gametas para fins de procriação, no entanto, é plenamente possível cogitar sobre a utilização de materiais de cunho biológico com finalidades distintas. A título de exemplo de formas de uso de material biológico, cabe lembrar o caso noticiado em 2016 em que a estudante de moda Tina Gorjanc criou com DNA biológico do *designer* Alexander McQueen couros artificiais de uma linha de roupas e acessórios batizada de Pure Human, o que evidencia a ausência de legislação quanto aos limites do “uso comercial de material genético humano”. Outra utilidade já noticiada é criar diamantes a partir das cinzas de pessoas que foram cremadas, o que decorreu de tecnologia desenvolvida em um laboratório na Suíça,¹⁵ e permite obter pedras com características únicas de coloração, que variam de acordo com os elementos químicos encontrados nos restos cremados. Há, ainda, a possibilidade de fazer tatuagens

¹⁴ Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/nasce-bebe-que-passou-24-anos-como-embriao-congelado/>; <https://www.terra.com.br/noticias/ciencia/embriao-congelado-por-27-anos-como-casal-escolheu-o-bebe-que-quebrou-recorde,649e4c33acdb1583362d0b7a517f0f413j4m0enm.html>. Acesso em: 26 ago. 2021.

¹⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/meu-negocio-meu-emprego/noticia/2013/11/diamante-feito-partir-de-cinzas-de-mortos-pode-custar-ate-r-121-mil.html>. Acesso em: 23 ago. 2021.

que utilizam tinta produzida com os “restos mortais” de parentes falecidos, bem como discos de vinil à base do pó que resulta da cremação do corpo.¹⁶

O material genético também pode ser utilizado para fins de pesquisa, como exemplo, auxiliar a cura de determinadas doenças. Neste caso, seria possível obter vantagens patrimoniais a partir da patente de medicamentos ou tratamentos a partir de material genético de pessoas já falecidas, como no famoso caso das células HeLa.

E os questionamentos persistem: qual a natureza jurídica do material genético? É possível livremente dispor de partes de corpo *post mortem*? O material genético seria um bem jurídico inventariável? Qual é o instrumento jurídico cabível para dispor do corpo após a morte? Existe uma forma predeterminada em lei para disposição do material genético? Questões tormentosas e ainda sem definição legal que serão enfrentadas no tópico a seguir.

2 Disposição de material genético para depois da morte: o chamado testamento genético

O testamento, negócio jurídico unilateral que “regula a sucessão de uma pessoa para o momento posterior à sua morte”,¹⁷ é um dos instrumentos jurídicos possíveis para versar sobre o destino de material biológico/genético, em que se incluem gametas e embriões para fins de reprodução póstuma, até porque o Código Civil é expresso quanto à possibilidade de disposições testamentárias de caráter não patrimonial (art. 1.857, §3º). Nesses casos, a doutrina tem utilizado a expressão “testamento genético”. Na visão de Jones Figueirêdo Alves, o material genético constitui um bem de inventário destinado à procriação do falecido e explica que ocorre

quando os futuros pai ou mãe, doadores de sêmens ou óvulos, deixam instruções inscritas no sentido de o material genético congelado ser utilizado para a concepção e nascimento de seus filhos, após suas mortes, com escolha pessoal de quem os utilize. Escolha feita pelo próprio testador ou pessoa por ele indicada.¹⁸

Em se tratando de destinação específica do material genético para fins reprodutivos após a morte, a questão vai enfrentar não só os obstáculos decorrentes da ausência de previsão legal sobre a espécie de negócio jurídico viável para concretizar a expressão autêntica da vontade, bem como os problemas no campo sucessório em razão do longo tempo que pode permanecer congelado o material, o que pode afetar a divisão patrimonial de bens eventualmente deixados pelo falecido e a que faria jus o filho fruto da reprodução assistida *post mortem*.¹⁹

¹⁶ Disponível em: <https://www.revistaencontro.com.br/canal/atualidades/2017/02/que-tal-morrer-e-virar-um-disco-de-vinil.html>. Acesso em: 23 ago. 2021.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 7. p. 123.

¹⁸ ALVES, Jones Figueirêdo. *Testamento genético*. Disponível em: [Divida#:~:text=%C3%89%20o%20denominado%20%20E2%80%9Ctestamento%20gen%C3%A9tico,pessoal%20de%20quem%20os%20utilize](https://www.dvidivida.com.br/divida#:~:text=%C3%89%20o%20denominado%20%20E2%80%9Ctestamento%20gen%C3%A9tico,pessoal%20de%20quem%20os%20utilize). Acesso em: 23 ago. 2021.

¹⁹ Sobre o tema da reprodução assistida *post mortem* e seus dilemas no campo do direito das sucessões, seja consentido remeter a BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Os desafios da reprodução assistida post mortem e seus efeitos sucessórios*. No prelo. Na oportunidade, sublinhou-se que: “O substancial aumento na importação de material genético e as demandas judiciais que envolvem pedidos de autorização para utilização de material genético

Abalizada doutrina defende ainda que o testamento, diante da necessidade de autorização prévia específica da pessoa falecida para utilização de seu material genético crioconservado, conforme admitida pelo CFM, pode

ser o veículo para a expressão de tal autorização, diante de sua eficácia múltipla. Apesar de não ser o testamento o instrumento exclusivo para tanto, é inegável a sua vantagem, pois o ato de última vontade conta com a formalidade e publicidade, a partir de seu processo de abertura, registro e cumprimento.²⁰

Nada impede, ainda, que o testador estabeleça no ato de última vontade as condições em que ele deseja que seu material genético seja utilizado após a sua morte, como exemplo, estipular um prazo para que o material congelado seja utilizado, bem como vedar a reprodução assistida *post mortem* caso ele já tenha tido um filho ou mais em vida. Tais condições não podem contrariar as normas deontológicas editadas pelo CFM, como aquelas que impedem a seleção de sexo ou outra característica biológica do filho, salvo quando se tratar de casos em que se evitem doenças no possível descendente. Nesse sentido, já se alertou que tais “condições, uma vez em consonância com os valores constitucionais, deverão ser respeitadas, por dizerem respeito a aspecto inerente à dignidade do testador, em relação ao qual deve prevalecer sua liberdade”.²¹

Apesar de tais possíveis diretrizes, ainda são muitas as indagações que a reprodução assistida *post mortem* levanta e as formas idôneas de expressão da vontade para tais fins. A resposta a essas indagações resultará de uma interpretação sistemática que parte de uma leitura pela lente dos princípios constitucionais e das demais fontes normativas vigentes, como o Código Civil, a Lei de Biossegurança, entre outras. O importante é diante de uma infinidade de possibilidades de manifestação de vontade estabelecer critérios que confirmem maior segurança jurídica sem violar direitos, garantindo a eficácia jurídica dos atos de disposição de vontade *post mortem*.

2.1 Os limites à implantação de embriões *post mortem*: o julgamento do REsp nº 1.918.421-SP

O julgamento do REsp nº 1.918.421-SP no âmbito do STJ decorreu de ação proposta pelos filhos do falecido em face de uma instituição hospitalar e da esposa, objetivando o reconhecimento e declaração de inexistência do direito de utilização *post mortem* de embriões deixados pelo genitor dos autores e que se encontravam sob custódia do hospital, proibindo a implantação.

de pessoas falecidas revelam novos desafios, especialmente em razão da inexistência de lei específica sobre o assunto. Diante desse cenário, dilemas sobre o direito ao conhecimento da ascendência genética transnacional e os direitos sucessórios dos embriões crioconservados se colocam como novas fronteiras rompidas pelas técnicas de reprodução assistida. A legitimidade sucessória dos embriões congelados, o direito ao material genético deixado pelo autor da herança, assim como as controvérsias a respeito do prazo prescricional, examinados acima, são problemas que integram o rol de situações que reclamam solução urgente do legislador”.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 7. p. 174.

²¹ TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luiza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 7. p. 174.

A decisão de primeiro grau proferida pelo juízo da 42ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo confirmou a tutela de urgência antecedente deferida e proibiu que os demandados realizassem a implantação do material biológico do falecido, notadamente, os dois embriões que se encontram sob custódia do hospital. Inconformados com a sentença, foi interposto recurso de apelação pelos réus com fundamentos diversos. Em relação ao hospital, este sustentou, entre outros fundamentos, sua ilegitimidade passiva, eis que apenas atua como depositário, cabendo-lhe a guarda e conservação do material biológico, não tendo interesse na lide, já que a questão não envolve discussão das cláusulas do contrato celebrado com o *de cujos* e sua esposa. A viúva, por sua vez, em sua tese recursal defende, entre outros pontos, a ilegitimidade ativa dos filhos, em razão de não lhes competir intervir no planejamento familiar do casal, e que a matéria deveria ser julgada em vara de família por envolver direito de nascituro, e, no mérito, que a decisão recorrida violou a dignidade humana, a vontade dos genitores e o direito ao planejamento familiar, tendo o falecido deixado expressa sua vontade no contrato celebrado com o hospital ao conceder a seu favor a custódia dos embriões, acrescido ao fato de ter se submetido às técnicas cirúrgicas para a obtenção de espermatozoides, o que evidencia sua vontade.

O recurso foi julgado pela 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, que rejeitou as preliminares suscitadas considerando as partes legítimas já que todas serão afetadas pelo *decisum*, e que é competente a vara cível em razão da diferença entre embrião e recém-nascido como estabelecido na ADI nº 3.510, que versou sobre a constitucionalidade da pesquisa com células tronco-embriônicas. No mérito, foi dado provimento aos recursos. No que tange ao recurso da esposa, este foi provido para declarar a validade da vontade do falecido de procriação após a morte sob o fundamento de ter ocorrido a manifestação em vida ao se submeter ao procedimento de fertilização *in vitro*, ocasião em que deixou expressa em formulário preenchido do hospital a custódia dos embriões à mulher em caso de morte. Um dos fundamentos do acórdão foi que, não havendo lei que determinasse que a autorização fosse feita por instrumento público, é válida a forma utilizada, ressalvando que não prevalece o previsto no Provimento nº 63/2017 do CNJ por não constituir lei, não sendo necessário firma reconhecida, já que não houve dúvida quanto à autenticidade da assinatura, acrescido ao fato de o art. 107 do Código Civil só exigir forma específica quando previsto em lei. Logo, reconheceu o direito de a viúva dispor dos embriões a ela confiados, implantando-os em seu ventre.

No entanto, a decisão acima referida da 9ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo foi reformada pela Quarta Turma do STJ, que restabeleceu a sentença e afastou a possibilidade de implantação de embriões após morte do falecido sob principal fundamento da ausência de manifestação inequívoca, expressa e formal. A decisão não foi unânime, tendo o ministro relator, Marco Buzzi, votado no “sentido de permitir a implantação, destacando ser incontroverso que o falecido nutria o desejo, em vida, em ter filhos com sua esposa, pois a realização da inseminação artificial não serviria a outro fim”, da mesma forma a Ministra Maria Isabel Gallotti, que interpretou o termo “custódia” como “única e exclusiva finalidade de deixar a mão do cônjuge sobrevivente decidir se pretende implantá-los e quando fazê-lo”. Mas prevaleceu o voto do Ministro Luis Felipe Salomão, que em sua fundamentação “destacou que o

ordenamento jurídico brasileiro possui regulamentação insuficiente para a resolução de conflitos sobre reprodução assistida”, sendo o Código Civil de 2002 omissivo quanto à possibilidade de utilização do material genético de pessoa falecida, aplicando a Resolução nº 2.168/2017 do CFM, que prevê a reprodução assistida póstuma, desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado, e o Provimento nº 63/2017 do CNJ, segundo

o qual, na reprodução assistida após a morte, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica da pessoa falecida para o uso de seu material genético, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida – mesma linha adotada pelo Enunciado 633 do Conselho da Justiça Federal (CJF).²²

A decisão do STJ descortina a grande discussão na seara dos negócios jurídicos quanto à validade das manifestações de vontade no âmbito existencial com efeito *post mortem* e que afeta diretamente o exercício da autonomia reprodutiva prospectiva e do planejamento familiar com reflexos diretos nas relações familiares e repercussões no âmbito sucessório que clamam por uma regulamentação jurídica específica para além dos aspectos éticos voltados à atuação do médicos, clínicas e hospitais. A questão é de grande relevo social e deve ser interpretada de modo a promover os valores constitucionais. Afinal, quais seriam os meios viabilizados pelo ordenamento jurídico para concretizar a vontade da pessoa quanto à disposição de partes do seu corpo, do seu material genético e que pode interferir no planejamento familiar póstumo? Como a vontade de cunho predominantemente existencial, que envolve o destino do material genético, pode ser manifestada de forma segura?

2.2 A autonomia reprodutiva e o alcance dos testamentos genéticos para fins de reprodução assistida *post mortem*

O material genético é proveniente do corpo humano, que goza de valor jurídico e constitui parte de uma de suas múltiplas facetas, podendo ser enquadrado como um bem jurídico existencial. Consoante já advertiu Stefano Rodotà,²³ contemporaneamente, o corpo humano assume nova feição, sobretudo em razão da perda de sua unidade. Tornou-se possível, a partir dos recentes avanços tecnológicos, sua decomposição em partes cada vez menores (órgãos, tecidos, sangue, gametas, células), a permitir sua circulação e utilização em corpos diversos dos que lhes deram origem, além da dimensão virtual e eletrônica e dados genéticos e biométricos.

No entanto, a estrutura contratual não comporta a disposição de partes do corpo, já que não são objeto de circulação de riquezas, muito menos gozam de patrimonialidade, a despeito de seu enquadramento em alguns ordenamentos como coisas reguláveis pelo direito de propriedade e livremente comercializado.

²² Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Paginas/Comunicacao/Noticias/15062021-Implantacao-de-embrioes-congelados-em-viuv-a-exige-autorizacao-expressa-do-falecido--decide-Quarta-Turma.aspx>. Acesso em: 27 ago. 2021.

²³ Cf. RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, n. 19, p. 65-107, jul./set. 2004.

A Constituição Federal, ao mesmo tempo que assegura a autonomia, limita a disposição corporal e estabelece a gratuidade como princípio no art. 199, §4º, devendo o ato ser pautado na solidariedade²⁴ (art. 3º, I). Por sua vez, a lei civil prevê no art. 14 a disposição gratuita do próprio corpo para depois da morte. As técnicas de reprodução humana assistida permitem a separação laboratorial do corpo por meio de extração do material genético (óvulo e sêmen), que é criopreservado para uso em qualquer momento, inclusive, após morte da pessoa (inseminação ou fertilização *post mortem*),²⁵ e armazenado pelas clínicas e bancos de óvulos, sêmens e embriões. Esses materiais por serem classificados como bens jurídicos existenciais demandam um tratamento jurídico especial, em razão de conterem potencial de vida e por fazerem parte da autonomia existencial do próprio corpo.

Thamis Dalsenter aborda a autonomia corporal como “uma das vertentes da autonomia existencial que se refere, precisamente, à capacidade de autodeterminação da pessoa em relação ao seu próprio corpo ou a partes dele”.²⁶ Ana Carolina Brochado Teixeira defende que a autonomia se perfaz na manifestação da subjetividade, no autogoverno e na elaboração de normas particulares definidas pela própria pessoa, em conjunto com as leis ditadas pelo Estado. É o reconhecimento da possibilidade de o indivíduo decidir livre e racionalmente sobre temas de seu próprio interesse, com a ressalva de que não prejudique interesses de terceiros.²⁷

Nesse contexto, Luiz Edson Fachin sustenta que “o sujeito moderno é concebido enquanto ser que se autodetermina, que decide livremente sobre a sua vida, com vistas ao autodesenvolvimento da personalidade, já que este possui capacidade de dominar a si e à natureza através da razão”.²⁸

A disposição de gametas e de embriões pode se dar em vida ou para após a morte. E ocorre em razão de diversos propósitos, como exemplo, para pesquisa científica, em benefício da coletividade, ou em proveito de outrem, que se dá por meio de “doação”, ou para uso próprio e para fins reprodutivos. No caso de destinação do material genético para após a morte, duas possibilidades se apresentam: (i) deixar o gameta feminino ou masculino para ser utilizado por outrem após a morte ou (ii) o embrião composto por material genético do falecido para futura implantação, o que encontra amparo na autonomia existencial reprodutiva e no direito ao planejamento familiar póstumo.²⁹

²⁴ V., por todos, MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 167-190.

²⁵ Sobre o tema, consultar: BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, *passim*.

²⁶ CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 211.

²⁷ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 521.

²⁸ FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional na disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005. p. 62.

²⁹ Cabe ressaltar que em Portugal existe uma restrição para uso do material *post mortem*, conforme dispõe o art. 22 da Lei nº 32/2006: “Artigo 22.º - Inseminação post mortem - 1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no ato de inseminação. 2 - O sêmen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sêmen. 3 - É, porém, lícita a transferência *post*

Mas qual a forma necessária para que o ato de disposição tenha validade? O Código Civil não é expresso no art. 1.597, que versa sobre a presunção de paternidade nos casos de filiação decorrente do uso das técnicas de reprodução assistida,³⁰ o que abre ao intérprete a análise do instrumento cabível. Em virtude do previsto na Resolução nº 2.294/2021, o principal instrumento utilizado, além de contratos de prestação de serviços médicos especializados em reprodução, é o termo de consentimento livre e esclarecido elaborado por meio de formulário escrito como instrumento obrigatório a ser firmado pelos pacientes para legitimar os procedimentos médicos realizados. No termo constam informações sobre o ato médico, as etapas envolvidas, os riscos e benefícios, entre outros dados (item I.4). Em caso de criopreservação de gametas e embriões, a referida norma estabelece que deve haver manifestação de vontade por escrito quanto ao destino dos embriões em caso de divórcio, dissolução de união estável e o falecimento de um dos pacientes (item V.3). Por essa razão, geralmente nos termos assinados pelos pacientes constam opções objetivas quanto ao destino do material genético, se será descartado, o que poderia ser feito após três ou mais anos de congelamento se for a vontade expressa dos pacientes e mediante autorização judicial (item V.4); doado para uso de terceiros ou para fins de pesquisa; bem como deixado aos cuidados de outrem para definir seu destino.

A natureza do termo de consentimento livre e esclarecido é alvo de controvérsia na doutrina, havendo quem defenda ser um contrato, muito embora o melhor enquadramento é que se trata de uma autorização, um negócio jurídico unilateral, o qual autoriza a prática do procedimento médico a que se submete o paciente. O instituto da autorização goza de uma autonomização no ordenamento jurídico, a despeito de pouco explorada. A autorização prescinde do assentimento ou aceitação do autorizado,³¹ é um fato jurídico humano, mais especificamente, um negócio jurídico unilateral,³² fruto de uma declaração de vontade que dispensa outra manifestação. A vontade do autorizado é irrelevante para a perfeição da autorização, embora assumida uma posição ativa, mas tão somente, para ingressar na esfera do autorizante, sua concordância em agir não descaracteriza a unilateralidade.

A autorização ganha contornos próprios quando envolve a esfera da autonomia negocial existencial.³³ É por meio da autorização que se levanta a barreira protetora que resulta da autonomia privada e que impede a atuação de terceiro na esfera jurídica do

mortem de embrião para permitir a realização de um projeto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão”.

³⁰ “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”.

³¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte geral – Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma e prova. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. III. p. 142.

³² “Diz-se unilateral o negócio jurídico quando a manifestação de vontade de alguém entra no mundo jurídico e se faz negócio jurídico sem que precise ou venha a precisar de qualquer manifestação de vontade de outrem para o completar” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*: parte especial – Direito das obrigações: negócios jurídicos unilaterais, denúncia, revogação, reconhecimento, promessas unilaterais, traspasso bancário, promessa de recompensa, concurso. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. XXXI. p. 5).

³³ Pietro Perlingieri afirma que só a autonomia negocial é capaz de descrever o fenômeno da regulamentação dos interesses na sua dimensão integral, à medida que aproveita uma vasta gama de exteriorizações da autonomia, referentes tanto aos negócios bi ou plurilaterais de conteúdo patrimonial, quanto aos negócios unilaterais de

titular autorizante. A autorização não atribui poderes ao autorizado, mas apenas lhe confere a possibilidade de atuação, legitimando a intervenção. Nada impede que, além da autorização, seja necessária a celebração de um contrato, de um negócio jurídico bilateral, ampliando o poder criativo das partes, das clínicas de reprodução, inclusive, constituindo posições jurídicas na esfera tanto dos doadores quanto dos receptores; a título de exemplo, os contratos de prestação de serviço especializado de reprodução, de criopreservação, de exames, de anestesia, entre outros.

No entanto, esses termos de consentimento utilizados como formulários-padrão não esclarecem questões de repercussões jurídicas relevantes, o que sequer compete às clínicas de reprodução fazer, e muitas vezes utilizam alternativas para manifestação de vontade com utilização de expressões que nem sempre contemplam seu real significado.³⁴

Desse modo, a disposição do material genético deve se dar em instrumento próprio, por meio de um negócio jurídico unilateral, mas de cunho específico para o caso de reprodução póstuma, pois a despeito da liberdade de forma para os casos não previstos em lei (art. 107 do Código Civil), recomenda-se que a vontade seja manifesta de forma expressa, por escrito, em razão do bem jurídico envolvido, do potencial de vida do material genético. É o que ocorre no caso da doação de órgão por expressa disposição legal (Lei nº 9.434/1997), acrescido da presença de duas testemunhas, e apesar de não se aplicar para esperma e óvulo (art. 1º, parágrafo único), é uma referência de que a lei confere formalidade para o ato a fim de afastar dúvidas acerca da real intenção da pessoa.

O negócio jurídico unilateral para disposição do corpo ou de suas partes, de índole existencial, pode apresentar várias espécies, entre elas o testamento, que pode conter disposições testamentárias acerca do destino dos gametas e do embrião, em função de sua múltipla eficácia. No caso do uso do material genético (gametas e embriões) para fins reprodutivos para após a morte, deve-se verificar que forma a pessoa deve utilizar para manifestar sua vontade, eis que, embora silente a lei sobre tal formalidade, suas repercussões no campo da família e das sucessões são complexas e repercutem em diversos centros de interesse merecedores de tutela, o que reforça a necessidade de segurança jurídica em tais situações.

O direito ao planejamento familiar está diretamente atrelado ao direito reprodutivo e ao livre exercício da parentalidade, incluindo a possibilidade do projeto parental póstumo. Esses direitos estão alicerçados no princípio da dignidade da pessoa humana e na autonomia reprodutiva, que constitui um direito humano fundamental,³⁵ consagrado

conteúdo não patrimonial (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 96).

³⁴ Essa foi a interpretação do Ministro Luis Felipe Salomão em seu voto condutor do REsp nº 1.918.421-SP ao concluir: “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” (Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 30 ago. 2021).

³⁵ “O direito à reprodução sexual integra tanto o rol dos chamados direitos humanos, analisando-o sob a perspectiva de um ‘direito das gentes’, quanto dos direitos fundamentais, se examinado sob a ótica do exercício desse direito no âmbito de cada Estado, e, por fim, dos direitos de personalidade, no sentido de cada pessoa poder reproduzir-se livremente. Neste sentido, então, o exercício de sua autonomia é exercido em todos os níveis: internacional (direitos humanos), nacional (direitos fundamentais), e pessoal (direitos de personalidade)” (GOZZO, Débora. Bioética, direitos fundamentais e a reprodução humana. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 30, p. 469-496, jul./dez. 2012. p. 471-472).

não só na Constituição Federal como em normas e instrumentos internacionais.³⁶ Ao lado do reconhecimento do direito ao planejamento familiar, também não se pode deixar de ressaltar os princípios do melhor interesse da criança e da paternidade/maternidade responsável (art. 227, *caput*, da Constituição Federal), que devem ser observados em conjunto com o direito reprodutivo.

Sob tais lentes, a manifestação de vontade sobre a destinação de gametas e embriões após a morte deve submeter-se a rigoroso processo de ponderação, eis que, se de um lado, a autorização do declarante é fundamental para sua utilização póstuma, por outro, os efeitos em relação à futura filiação e os direitos sucessórios, que escapam aos estreitos limites do presente trabalho, impõem restrições à plena expressão volitiva como único fator determinante para a futura concepção de uma pessoa.

Considerações finais

A partir de tais considerações, impõe-se que as disposições testamentárias a respeito do destino do material genético após a morte submetem-se a rigoroso processo de merecimento de tutela a partir dos valores eleitos pela Constituição. A vontade do testador não é de todo soberana, eis que se trata de um bem de natureza existencial e fora do comércio jurídico, logo sujeito às particularidades do estatuto jurídico extrapatrimonial. Em especial, a autorização do uso de material genético após a morte para fins de reprodução assistida exige forte trabalho de ponderação em respeito aos valores constitucionais. Desse modo, com base na autonomia reprodutiva prospectiva, ancorada na liberdade existencial, é válido o projeto parental póstumo, desde que previamente autorizado por meio de instrumento legítimo e idôneo de manifestação de vontade.

A rigor, “testamento genético” não se trata de nova espécie testamentária, muito menos de instrumento exclusivo de autorização para uso de material genético após a morte. Com base no art. 1.857, §2º, do Código Civil, são válidas disposições testamentárias de caráter não patrimonial, em razão da múltipla eficácia do testamento, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado. O recurso à expressão “testamento genético” não constitui nova categoria jurídica, mas a importância de se construir instrumentos válidos de disposição de partes do corpo humano com material genético para depois da morte, notadamente nas hipóteses de finalidade procriativa póstuma.

Nessa linha, a vontade do testador pode definir o tempo em que autoriza a utilização do seu material genético após a morte e quem poderá levar a cabo tal projeto parental, se o cônjuge supérstite ou outros parentes, como os avós, por exemplo. Tais disposições testamentárias condicionam-se, ainda, às prescrições deontológicas e eventualmente às futuras normas que restrinjam o uso das técnicas de reprodução assistida, eis que são questões que transcendem o espaço de vontade do testador e alcançam interesses de terceiros e de toda a coletividade.

³⁶ Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José de Costa Rica); Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979, ratificada pelo Brasil em 1º.2.1984; Declaração e o Programa de Ação de Viena, resultantes da II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada no ano de 1993 (art. 18); Relatório final da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento – Plano de Ação do Cairo, 1994 (princípio 8); Conferência Mundial de Beijing (art. 17.2).

Muito embora o testamento genético revele-se como interessante alternativa, uma vez que atende à formalidade e à publicidade necessárias à segurança tão almejada nesses casos, por outro lado, a autorização para fins de utilização de material genético após o falecimento não se confina à via testamentária. Com efeito, o excesso de solenidade ainda é um obstáculo à utilidade do testamento como instrumento exclusivo, bem como a inexigibilidade por lei não pode obrigar as pessoas a utilizarem tal via como expressão de sua última vontade.

A decisão recente da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que, por maioria, decidiu, em sede de Recurso Especial nº 191.842-SP, pela impossibilidade de implantação de embriões de um casal após a morte de um dos cônjuges sem manifestação inequívoca, expressa e formal, tende, inclusive, a fortalecer o testamento genético, uma vez que propicia a segurança jurídica esperada. Por outro lado, a sisudez do entendimento do STJ contraria a própria dinâmica do projeto parental, que não se estabelece por meio de um ato jurídico, mas por força de uma decisão construída de forma compartilhada ou não, expressa por meio de comportamentos contínuos, como o recurso às técnicas de reprodução assistida. A possibilidade de reconstrução da vontade em vida da pessoa, embora difícil em sede probatória, atende melhor aos desígnios constitucionais de livre planejamento familiar, sem violar, *a priori*, a dignidade da pessoa humana e a parentalidade responsável.

Cabe, por fim, sublinhar que o “testamento genético” não se resume à possibilidade de autorização do uso de gametas e embriões após a morte para a concretização do projeto parental, mas permite também a destinação para fins de pesquisa, doação ou mesmo descarte. Ademais, nada impede que outros usos do corpo ou partes dele, com carga genética, possam ser realizados, desde que altruísticos, como para fins artísticos e culturais.

Referências

- ALMEIDA, Vitor. O direito ao planejamento familiar e as novas formas de parentalidade na legalidade constitucional. In: HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes; SANTOS, Romualdo Baptista dos (Org.). *Direito civil: estudos I* Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBD CIVIL. São Paulo: Blucher, 2018.
- ALVES, Jones Figueirêdo. *Testamento genético*. Disponível em: [Divida#:~:text=%C3%89%20o%20denominado%20%E2%80%9Ctestamento%20gen%C3%A9tico,pessoal%20de%20quem%20os%20utilize](#). Acesso em: 23 ago. 2021.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Direito dos transexuais à reprodução. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBD FAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Novo Código Civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. (Des)igualdade de gênero: a mulher como sujeito de Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; ALMEIDA, Vitor (Coord.). *O direito civil entre o sujeito e a pessoa: estudos em homenagem ao professor Stefano Rodotà*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. *Os desafios da reprodução assistida post mortem e seus efeitos sucessórios*. No prelo.

BARBOZA, Heloisa Helena; ALMEIDA, Vitor. Pessoas com (d)eficiência e inteligência artificial: primeiras reflexões. In: TEPEDINO, Gustavo; SILVA, Rodrigo da Guia (Org.). *O direito civil na era da inteligência artificial*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução humana assistida e sua aplicação post mortem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CASTRO, Thamis Dalsenter Viveiros de. *Bons costumes no direito civil brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade. Anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional na disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005.

FREITAS, Márcia de; SIQUEIRA, Arnaldo A. F.; SEGRE, Conceição A. M. Avanços em reprodução assistida. *Revista Brasileira de Crescimento Desenvolvimento Humano*, ano 18, n. 1, p. 93-97, 2008.

GOZZO, Débora. Bioética, direitos fundamentais e a reprodução humana. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 30, p. 469-496, jul./dez. 2012.

HARBERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução de Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte geral – Negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma e prova*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. III.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial – Direito das obrigações: negócios jurídicos unilaterais, denúncia, revogação, reconhecimento, promessas unilaterais, traspasso bancário, promessa de recompensa, concurso*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. XXXI.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da solidariedade. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

OLMOS, Paulo Eduardo. *Quando a cegonha não vem: os recursos da medicina moderna para vencer a infertilidade*. São Paulo: Carrenho Editorial, 2003.

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; ALMEIDA, Vitor. A reprodução humana assistida e a atuação do Conselho Federal de Medicina: as repercussões da nova resolução 2.294/21. *Migalhas*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-vulnerabilidade/348647/a-reproducao-humana-assistida-e-a-atuacao-do-cfm>. Acesso em: 25 ago. 2021.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RODOTÀ, Stefano. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, n. 19, p. 65-107, jul./set. 2004.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Corpo, liberdade e construção da vida privada. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; DADALTO, Luciana (Coord.). *Dos hospitais aos tribunais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

TEPEDINO, Gustavo; NEVARES, Ana Luíza Maia; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Fundamentos do direito civil: direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2020. v. 7.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PEREIRA, Paula Moura Francesconi de Lemos; ALMEIDA, Vitor. Os desafios da reprodução assistida post mortem e o alcance do testamento genético: ampliando as formas de disposição do próprio corpo após a morte. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2022. p. 159-174. Tomo III. ISBN 978-65-5518-291-0.

PRÁTICAS COLABORATIVAS E PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO: UMA CONVERSA NECESSÁRIA

RENATA VILELA MULTEDO
WALDIRENE DAL MOLIN

Quando é verdadeira, quando nasce da necessidade de dizer, a voz humana não encontra quem a detenha. Se lhe negam a boca, ela fala pelas mãos, ou pelos olhos, ou pelos poros, ou por onde for. Porque todos, todos, temos algo a dizer aos outros, alguma coisa, alguma palavra que merece ser celebrada ou perdoada.
(GALEANO, Eduardo. *Livro dos abraços*)

Introdução

Alda é uma empresária que já conta com seus 71 anos. Possui um patrimônio composto por imóveis, quotas em sociedades, fazendas e boas aplicações financeiras. Alda é viúva e possui dois filhos. Um de seus filhos é sócio em uma de suas empresas. Outro de seus filhos explora uma de suas fazendas. A vida em família é boa e os natais sempre alegres.

Os últimos exames médicos de Alda noticiam as delicadezas e os efeitos do tempo em sua saúde. É a finitude a lhe dizer olá. Como empresária esclarecida que é, Alda sabe que precisa planejar a sua ausência de um modo eficaz e juridicamente adequado. Como matriarca afetuosa, Alda deseja que, na sua falta, as conversas boas e o relacionamento tão sincero entre seus filhos sigam presentes, até onde possível. A desejada harmonia em família.

Alda então se socorre de uma excelente assessoria jurídica em sua cidade. São profissionais competentes que lhe esclarecem e lhe apresentam diversos caminhos possíveis para a realização de um trabalho técnico repleto de expedientes sofisticados. Instrumentos unilaterais, plurilaterais, ideias de partilha em vida, *holding* familiar, seguros, testamento, entre outros.

Cuidadosa, a equipe que assessora Alda se preocupa sobremaneira com a validade e a eficácia do planejamento em andamento.