Prévia autorização na reprodução assistida heteróloga post mortem

O artigo 1.597 do Código Civil de 2002 criou novas presunções legais de paternidade aplicáveis às situações de reprodução medicamente assistida (incisos III, IV e V). A primeira delas decorre da fecundação artificial homóloga, mesmo que morto o marido, mediante a utilização do sêmen daquele, mediante o congelamento do material genético para 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, que é feita com sêmen de terceiro (ou dador), condicionada à prévia autorização do marido.

Diversas discussões instalaram-se a partir daí, dando ensejo à aprovação de importantes enunciados nas célebres Jornadas de Direito Civil promovidas pelo CEJ-CJF.

Ainda assim, várias questões remanescem em aberto. Uma das mais relevantes diz respeito à prévia autorização do outro cônjuge (ou companheiro) como pressuposto para o estabelecimento da presunção. A redação do dispositivo faz entender que para a inseminação homóloga *post mortem*, bem como para o uso de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, a autorização prévia do cônjuge ou companheiro seria dispensável.

Isso porque o legislador só fez referência à autorização no inciso V daquele artigo, que trata da reprodução assistida heteróloga, ou seja, com o uso de material genético de terceiro [1]. Entretanto, a exegese literal levaria a equívoco hermenêutico gritante, a permitir o uso do material genético do próprio morto sem a sua expressa autorização manifestada em vida, o que representaria violação a direito da personalidade. Na verdade, os incisos III, IV e V do artigo 1.597 devem ser interpretados de forma sistêmica e harmônica, de modo a que, em qualquer situação de reprodução assistida *post mortem*, homóloga, heteróloga ou com o uso de embriões excedentários, não se prescinda da autorização expressa, manifestada em vida, pelo cônjuge ou companheiro.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Portanto, em qualquer hipótese de reprodução assistida *post mortem*, a presunção da paternidade dos filhos havidos em decorrência do uso dessa técnica exige a prévia autorização do morto. A dicção legal é expressa, quando estabelece que esses filhos presumem-se concebidos na constância do casamento (ou da união estável), se o procedimento foi autorizado pelo marido (ou companheiro) enquanto vivo.

O problema que emerge da aplicação prática das novas presunções centra-se, agora, na forma dessa autorização, eis que o Código Civil se limitou a fixar o momento em que a autorização deve ser prestada (prévia- antecedente ao procedimento),mas não a forma de que deve revestir-se (se escrita ou verbal, por instrumento público ou particular, por negócio jurídico *inter vivos* ou *mortis causa*).

Seria válida, dessa forma, a autorização verbal ou tácita, para a realização da inseminação heteróloga *post mortem*? Eu entendo que sim, não obstante normas administrativas ou deontológicas sinalizem que não.

A Recomendação 1/2016 do CFM, ao regulamentar o processo de obtenção de consentimento livre e esclarecido na assistência médica, reconhece que "*a forma verbal é a normalmente utilizada para a obtenção de consentimento para a maioria dos procedimentos realizados*", porém recomenda " *a elaboração escrita (Termo de Consentimento Livre e Esclarecido) nas seguintes condições: em procedimentos invasivos a critério médico, em determinados procedimentos que causem desconforto ou quando a complexidade e quantidade de efeitos dos procedimentos não são suficientes para o entendimento por meio de consentimento verbal*." [2]

O Provimento 63/2017 do CN**J**, que dispõe sobre o registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, exige que a autorização prévia específica do morto ou morta para o uso do seu material genético seja expressa em "*instrumento público ou particular com firma reconhecida*" [3]. O Provimento anterior (52/2016) somente admitia a autorização por escritura pública. Em outras palavras, as normas administrativas do CNJ, órgão que tem sido pródigo em legislar, impõem a forma escrita.

Ora, salta aos olhos a ilegalidade dessas normativas infralegais editadas pelo CNJ, já que o legislador 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 heteróloga *post mortem*. A validade de qualquer declaração de vontade só depende de forma especial quando a lei (e somente a lei em sentido estrito) expressamente a exigir. Aos atos jurídicos em geral, a regra é a da liberalidade das formas [4].

Não havendo forma prescrita em lei, estaremos diante de atos ou negócios jurídicos consensuais, que independem de forma ou de solenidade, nos termos do que dispõe o artigo 107 do Código Civil [5]. Como bem explica Anderson Schreiber, "*forma do negócio jurídico é o meio através do qual o agente exprime sua vontade. A forma pode ser escrita, verbal, mímica, consistir no próprio silêncio ou, ainda, em atos dos quais se deduz a declaração de vontade. No Direito Contemporâneo, seja pela intensa influência do voluntarismo jurídico, seja pelas necessidades práticas atinentes à dinâmica do tráfego econômico, o formalismo cedeu passagem ao chamado princípio do consensualismo ou da liberalidade das formas, adotado por este art. 107. Assim, os negócios jurídicos não são, salvo disposição em contrário, solenes ou formais, podendo se realizar sob qualquer forma, ou seja, por escritura pública, por instrumento particular, verbalmente e assim por diante*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

” [6].

Daí, como não há forma prescrita em lei no que diz respeito à autorização, entende-se que a sua forma é livre, não sendo restrita à forma escrita como pretende impor o Provimento 63/2017 do CNJ. É, inclusive, a posição de Maria Berenice Dias, no sentido de que o consentimento do marido não precisa ser, necessariamente, por escrito, mas apenas tem de ser prévio.[7] Na mesma linha, é a doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo, entendendo que a autorização marital poderá ser dada, até mesmo, na forma verbal e comprovada em juízo como tal. [8]

Ressalve-se que a manifestação de vontade do cônjuge ou companheiro deve ser prévia e expressa, sendo que manifestação expressa não significa manifestação escrita. Significa que a declaração de vontade foi manifestada de modo conclusivo, concludente, categórico, taxativo ou literal. Expresso é o que é explícito, evidente, conhecido ou ostensivo. Portanto a autorização será “*expressa”* ainda que se realize verbalmente ou por meio de gestos, sinais ou mímicas, desde que se faça de modo explícito, possibilitando o conhecimento imediato da intenção do agente [9].

O Enunciado 104 da I Jornada de Direito Civil promovida Conselho da Justiça Federal admitiu 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 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 também não alude à exigência de forma escrita para a autorização, quando dispõe: “*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*” [10].

Em conclusão, a “prévia autorização” a que se refere o inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, para fins de se estabelecer a presunção de paternidade do marido ou do companheiro, independe de forma especial. Pode ser exteriorizada por palavras escritas (sem forma especial, como, por exemplo bilhetes, dedicatórias em livros, cartões de natal ou de aniversário); palavras verbais (como em conversas com médicos, funcionários da clínica de reprodução ou outras testemunhas); gestos ou mímicas (como, por exemplo, abaixar a cabeça em sinal de consentimento); comportamentos ou condutas (como, por exemplo, continuar pagando o tratamento de RA ou a criopreservação de material genético ou, ainda, deixar em testamento um legado com essa finalidade). No caso de autorização verbal ou implícita, a prova se fará, essencialmente, por meio de testemunhas.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Observo, finalmente, que a restrição posta no Provimento 63/2017, a par de sua evidente ilegalidade, não obsta o estabelecimento da presunção de paternidade a partir da prévia autorização verbal ou implícita da pessoa morta, mas apenas impede, nesses casos, que o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão se faça administrativamente, independentemente de ordem judicial.

---

1 Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (…) V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

2 Ainda que o consentimento escrito tenha sido recomendado de modo geral, aos médicos, a partir da Resolução nº 1/2016 do CFM, também consta no anexo da aludida norma deontológica que o "*consentimento é mais do que um acordo, é um processo contínuo que envolve trocas de informações e um diálogo que permite, igualmente, explorar emoções, crenças e sentimentos, além de dados técnicos*."

3 Nos termos do 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".

4 APELAÇÃO CÍVEL. Ação de cobrança. Sentença de procedência. Contrato verbal de compra e venda de refeições. Direito da requerente comprovado nos autos. Ônus da parte requerida. Cálculos apresentados pela requerente e não impugnados pela parte contrária. Recurso desprovido 1. Admite-se a liberdade de forma na celebração de contratos, sendo exigido formato especial apenas nos casos previstos em Lei, à luz do art. 107 do código civil. 2. Dever da requerida de demonstrar fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito da requerente, já que o contrato verbal celebrado entre as partes restou comprovado. 3. As notas fiscais e os boletos bancários, embora não possuam força executiva, em conjunto com as demais provas apresentadas, são capazes de demonstrar a relação jurídica contratual entre as partes e o inadimplemento por parte da requerida. (TJPR; ApCiv 1211876-6; Maringá; Décima Segunda Câmara Cível; Relª Desª Denise Kruger Pereira; Julg. 03/06/2015; DJPR 23/06/2015; Pág. 180)

5 Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

6 SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando; DELGADO, Mário Luiz; MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 71.

7 Cf. DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 402.

8 LOBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil Comentado*. Coord. Álvaro Villça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2003, p. 53.

9 Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva,

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

2013,p.351.

10 Contraditoriamente, os enunciados 106 e 107 da I Jornada de Direito Civil aludem expressamente à “ autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

Date Created
15/09/2019

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.