



REDE EDUCAMISSAMI  
**Faculdade  
Santíssimo Sacramento**

**FACULDADE SANTÍSSIMO SACRAMENTO  
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

FÁBIO CARAPIÁ RABÊLO VITA

**A FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS  
NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Alagoinhas-BA  
2023

FÁBIO CARAPIÁ RABÊLO VITA

**A FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS  
NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado como requisito para obtenção  
do título de Bacharel em Direito da  
Faculdade Santíssimo Sacramento.

Orientador(a): Prof(a). Me. Thais de Faro  
Teles Roseira Borges

Alagoinhas-BA  
2023

**FÁBIO CARAPIÁ RABÊLO VITA**

**A FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SEUS REFLEXOS  
NO DIREITO SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso, aprovado como requisito para obtenção de título  
de Bacharel em Direito da Faculdade Santíssimo Sacramento

Data de Aprovação

\_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof(a). Me. Thais de Faro Teles Roseira Borges Orientadora  
Faculdade Santíssimo Sacramento

---

Prof. Me. Matheus Arruda Gomes  
Faculdade Santíssimo Sacramento

---

Prof(a). Me. Maria Midlej Bastos  
Faculdade Santíssimo Sacramento

## RESUMO

As mudanças ocorridas na sociedade possibilitaram que os casais buscassem estabilidade econômica antes de procriarem. Novas tecnologias de reprodução humana assistida viabilizaram a concepção daqueles que resolveram engravidar mais tarde. A bioética e o biodireito trazem normativas que regulamentam esses procedimentos, todavia, o direito se deparou com os problemas oriundos da fertilização assistida *post mortem*, onde a doutrina e a jurisprudência divergem acerca do tema, não existindo legislação que trate de forma completa, o que pode ser observado com a análise do Resp 1.918.421, do STJ. Existe o projeto de lei nº 1.851/2022 que visa pôr fim na discussão acerca do tema. A metodologia utilizada no presente trabalho foi de análise bibliográfica, verificando princípios constitucionais, do direito de família e de sucessões, além das posições doutrinárias e jurisprudenciais divergentes, e por fim, análise do projeto de lei nº 1.851/2022.

**Palavras-chave:** fertilização humana assistida, fertilização artificial *post mortem*, direito das sucessões, direito de família.

## **ABSTRACT**

Changes in society made it possible for couples to seek economic stability before procreating. New assisted human reproduction technologies have made it possible for those who decide to become pregnant later to conceive. Bioethics and biolaw bring regulations that regulate these procedures, however, the law was faced with problems arising from post-mortem assisted fertilization, where doctrine and jurisprudence diverge on the subject, with no legislation that deals completely, which can be observed with the analysis of Resp 1,918,421, from the STJ. There is bill No. 1,851/2022 that aims to put an end to the discussion on the topic. The methodology used in this work was bibliographical analysis, verifying constitutional principles, family and succession law, in addition to divergent doctrinal and jurisprudential positions, and finally, analysis of bill no. 1,851/2022.

**Keywords:** assisted human fertilization, post-mortem artificial fertilization, inheritance law, family law.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>07</b>
<b>1 A BIOÉTICA E O BIODIREITO.....</b>	<b>09</b>
1.1 Bioética - Definição e princípios.....	09
1.2 Biodireito - Definição e princípios.....	11
1.3 A reprodução humana assistida.....	12
1.4 As técnicas de Reprodução Humana Assistida.....	13
1.5 As normas éticas para a utilização da reprodução assistida.....	14
<b>2 A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....</b>	<b>16</b>
2.1 O Direito de Família.....	18
2.1.1 Princípios do Direito De Família.....	19
2.1.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	19
2.1.1.2 Princípio da Igualdade entre os filhos.....	20
2.1.1.3 Princípio do Melhor Interesse da Criança.....	22
2.1.1.4 O princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável.....	22
2.2 O Direito de Família e a Reprodução Humana Assistida <i>Post mortem</i> ...	24
<b>3 DIREITO SUCESSÓRIO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>: TRATAMENTO JURÍDICO DO TEMA NO BRASIL.....</b>	<b>27</b>
3.1 A Sucessão em geral.....	28
3.2 A Sucessão legítima.....	31
3.3 A Sucessão testamentária.....	32
3.4 Posições doutrinárias acerca da inseminação artificial <i>post mortem</i> .....	34
3.5 A jurisprudência pátria e o Resp 1.918.421, STJ.....	38
3.6 O novo projeto de lei (PL) 1.851/2022.....	46
<b>4 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>48</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>51</b>

## INTRODUÇÃO

A sociedade está em constante evolução e as mudanças nas configurações familiares trouxeram demandas que até então não existiam. Dentre as alterações ocorridas, podemos destacar a vontade dos casais em postergar a concepção dos filhos para priorizar o estudo ou a consolidação da carreira. Esse comportamento fez surgir um problema que não era observado, já que a maternidade durante toda a história da humanidade, acontecia nos primeiros anos da idade adulta da mulher.

A ciência, evoluindo junto com as modificações sociais, trouxe novas possibilidades, sobretudo na área de concepção. A reprodução humana assistida viabilizou que casais que possuem dificuldades como limitações biológicas ou até mesmo aqueles que, por opção própria, decidiram postergar a gestação, possam ter filhos. Outra possibilidade, seria a gestação obtida a partir de um embrião ou material genético de um ente já falecido. A tecnologia atual possibilita tal procedimento, mas as implicações legais que podem ocorrer a partir dessa escolha geram novos questionamentos na sociedade, sobretudo, porque o direito sucessório brasileiro adotou teoria na qual, com a morte da pessoa, seus bens são imediatamente transferidos para seus herdeiros e no caso da fertilização *in vitro*, esse possível herdeiro pode ser ainda um embrião.

Assim, o direito, dentre as suas várias funções, deve buscar a pacificação da sociedade para todos os possíveis conflitos que possam surgir com a realização desses procedimentos, seja na área do biodireito, ou até mesmo no direito sucessório. Ante o exposto, surge então o seguinte questionamento: Como o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta a fertilização artificial homóloga *post mortem* e quais os seus reflexos no direito sucessório?

Durante o presente trabalho serão identificados os reflexos da fertilização artificial homóloga *post mortem* no direito sucessório. Será efetuado no capítulo 1, a identificação das normas da bioética no tratamento da reprodução assistida *post mortem*, onde serão expostos conceitos de bioética e biodireito, passando pelas suas definições e princípios que os regem.

No Capítulo 2, será exposto o que preconiza o ordenamento jurídico vigente, sobretudo, como a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 serve de fundamentação para as legislações acerca do tema. Ainda na esteira da normatização dos referidos procedimentos, será exposto como ocorre o sistema de

presunção de filiação adotado pelo nosso código civil, e a presunção de paternidade.

No capítulo 3, o Direito sucessório também será objeto de estudo do presente trabalho, tendo em vista que os impactos da reprodução assistida *post mortem*, influenciam diretamente na sucessão, exigindo um planejamento sucessório para os desdobramentos futuros. Será exposto ainda o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, analisando o Resp 1.918.421, do STJ, bem como, o projeto de lei de nº 1.851/2022, que busca preencher essa lacuna existente no nosso ordenamento jurídico.

O presente trabalho irá demonstrar também, o impacto dessa técnica no direito de família, utilizando-se de princípios como o princípio da segurança jurídica ou da isonomia entre os filhos para fundamentar as ações legislativas e dos operadores do direito hodierno.

A técnica de pesquisa que irá ser utilizada para a realização deste estudo é a análise bibliográfica, tendo em vista, que será feito um detalhado estudo acerca do ordenamento jurídico pátrio, observando-se a Constituição, a legislação, doutrina e jurisprudência com o fito de fundamentar as exposições que serão feitas a seguir.

## 1 A BIOÉTICA E O BIODIREITO

O direito, como uma ciência que regulamenta por meio de normas as relações humanas, precisa assim como as outras ciências, se adequar a evolução humana e social. A bioética e o biodireito são disciplinas transdisciplinares que ganharam uma maior importância com a evolução da tecnologia, em virtude da necessidade de parametrização das técnicas médicas que impactam na sociedade atual.

### 1.1 Bioética - Definição e princípios

Para uma melhor compreensão acerca da inseminação artificial *post mortem* e seus efeitos, faz-se necessário a conceituação e introdução acerca da Bioética e Biodireito, tendo em vista, que o assunto tratado no presente estudo permeia pelos temas indicados. O termo bioética surge através da junção de palavras de origem grega, em que *bios* significa vida, e *ethos*, que relaciona-se à ética. Esse termo começou a ser utilizado na década de 70, com o fito de trazer uma visão voltada ao humanismo para os problemas surgidos com o desenvolvimento da ciência. Com relação à Bioética, Maluf (2015, p. 06) a define como:

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana, animal e responsabilidade ambiental.

Esse conceito de transdisciplinaridade da bioética, nos mostra que a matéria não é algo estanque, isolado, e sim, dinâmico e agrega diversas matérias, buscando dentre os seus pilares, soluções para os problemas encontrados na sociedade. Considerando que não existe um consenso moral para os temas debatidos, a bioética serve como fonte padronizadora das ações humanas, no que diz respeito à ciência, quando esta lida com questões relativas à vida humana.

Com o avanço da tecnologia, a Bioética vem ganhando cada vez mais importância como ramo do direito, bastando observar os temas controversos em torno da sua aplicação. Dentre os assuntos que despertam o debates, podemos destacar a aplicação da eutanásia, o aborto, a clonagem humana, os procedimentos

de mudança de sexo, manipulação genética e a reprodução assistida, que é o escopo do presente trabalho.

A Bioética baseia-se em quatro princípios basilares, quais sejam, princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da não maleficência e princípio da justiça, que atuam de forma interdisciplinar e complementar, como aos princípios constitucionais, e norteiam não somente as ações dos cientistas, mas também o ordenamento jurídico hodierno.

O Princípio da autonomia, como o próprio nome já indica, privilegia a manifestação volitiva do paciente. Maluf (2015, p.11), indica que o princípio da autonomia:

Valoriza a vontade do paciente, ou dos seus representantes, levando em conta, em certa medida, seus valores morais e religiosos. Reconhece o domínio do paciente sobre a própria vida (corpo e mente) e o respeito à sua intimidade, restringindo com isso a intromissão alheia no mundo daquele que está sendo submetido a um tratamento.

Em respeito ao princípio da autonomia, o paciente deve possuir o controle sobre os tratamentos e a capacidade de decisão acerca de tratamentos e caminhos acerca da sua vida livre qualquer coação ou ameaça externa.

O Princípio da Beneficência, busca garantir o melhor atendimento ao paciente utilizando-se das melhores técnicas para a minimização dos riscos, mitigando os danos ao máximo. Maria Helena Diniz (2017, p. 39) cita o juramento de Hipócrates para corroborar o referido princípio.

O princípio da beneficência requer o atendimento por parte do médico ou do geneticista aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, para atingir seu bem-estar, evitando, na medida do possível, quaisquer danos. Baseia-se na tradição hipocrática de que o profissional da saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do enfermo, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar a injustiça. No que concerne às moléstias, deverá ele criar na práxis médica o hábito de duas coisas: auxiliar ou socorrer, sem prejudicar ou causar mal ou dano ao paciente.

O princípio da não maleficência atua em conjunto com o princípio da beneficência, onde deve-se prezar contra a ocorrência de dano intencional ao paciente, consoante o ensinamento de Maria Helena Diniz (2017, p. 40) “O princípio da não maleficência é um desdobramento do da beneficência por conter obrigação

de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*".

Por fim, o princípio da justiça busca atuar na prática médica de forma a atuar de forma imparcial pelos profissionais de saúde, buscando um atendimento de forma equânime, sem qualquer tipo de segregação.

A bioética deve utilizar-se dos princípios acima referidos como parâmetros para suas ações na sociedade.

## 1.2 Biodireito - Definição e princípios

Já no que diz respeito à conceituação de Biodireito, Maluf ( 2015, p. 16) o define como:

O Biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a Bioética e o direito, É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana.

Como definido pelo referido autor, o biodireito é matéria de natureza interdisciplinar, que surge do encontro da bioética com o direito, permeado pela medicina, dentre outras matérias. O biodireito avança conforme as inovações tecnológicas aplicadas à medicina, buscando garantir à sociedade uma maior proteção contra eventuais abusos.

Dentre os princípios do biodireito, podemos destacar o princípio da autonomia, princípio da beneficência, princípio da sacralidade da vida, princípio da dignidade humana, princípio da justiça, princípio da cooperação entre os povos, princípio da precaução e princípio da ubiquidade, que são definidos por Maluf ( 2015, p. 18-20) como:

- O princípio da autonomia traz o paciente ao centro decisório, acerca do melhor tratamento médico ou experiência científica a ser utilizada. No momento da tomada de decisão, o corpo médico auxilia acerca da melhor opção, mas preservando o desejo autônomo do paciente.
- O princípio da beneficência busca o bem-estar do paciente, ao escolher e efetuar o tratamento médico.

- O princípio da sacralidade da vida pode ser encontrado no Artigo 5º da Constituição Federal da República do Brasil de 1988, e diz respeito à proteção primordial da vida na realização das atividades científicas.
- O princípio da dignidade da pessoa humana, é um princípio bastante ligado ao da sacralidade da vida e deve visar a proteção máxima da vida humana na aplicação das práticas médicas e científicas.
- No princípio da justiça, privilegia-se a distribuição de forma imparcial dos riscos e benefícios ocorridos na realização de procedimentos médicos e científicos, tanto no ordenamento jurídico interno, quanto no externo.
- O princípio da cooperação entre os povos busca encontra-se ligado a outros princípios como o da ubiquidade e o da justiça, e refere-se à integração entre os países com a troca de tecnologia e experiências, sempre protegendo a soberania de cada país e buscando, com a troca de informações, o progresso da sociedade.
- Princípio da precaução busca a cautela na aplicação de práticas científicas, devendo certificar-se, de forma antecipada, de que o procedimento utilizado não traga prejuízos à sociedade ou aos agentes impactados, seja ele o meio ambiente, às espécies, ou o próprio ser humano. Baseado nesse princípio, qualquer pesquisa, antes de ser realizada, deve ter a comprovação da inexistência de risco ao ser humano, sejam as consequências maléficas diretas ou indiretas.
- O Princípio da ubiquidade busca a proteção da espécie, e do meio ambiente, resguardando a biodiversidade. Esse princípio busca a conservação da biodiversidade natural, impedindo experiências genéticas sem a observância das suas consequências ao futuro da humanidade.

### **1.3 A reprodução humana assistida**

A evolução da sociedade impõe mudanças estruturais nas formas de construção familiar, e o avanço da tecnologia traz novas opções que buscam auxiliar na resolução dessas novas demandas. No último século, a mulher consolidou a sua presença no mercado de trabalho, e com isso, tornou-se peça importante na contribuição financeira para o orçamento familiar.

Recursos como a invenção da pílula anticoncepcional e a popularização do uso de preservativos, associados à maior integração da mulher ao mercado de trabalho fizeram com que a gestação se tornasse postergada, para um momento onde já houvesse a completude dos estudos, e uma eventual estabilização profissional, o que pode trazer problemas decorrentes da gestação tardia.

É importante mencionar também, os problemas de esterilidade e infertilidade que ocorrem no homem ou na mulher, e podem dificultar ou até mesmo impedir uma gestação de forma natural. Surgem então, as técnicas de reprodução humana assistida, que consistem na utilização de recursos tecnológicos com o fito de possibilitar a maternidade ou a paternidade.

#### **1.4 As técnicas de Reprodução Humana Assistida**

A reprodução humana assistida pode ser realizada *in vivo*, *in vitro* ou *post mortem*. Na *post mortem*, utiliza-se o material genético de pessoa já falecida para a reprodução, quando é necessário a assinatura do termo de consentimento do material colhido. Na fertilização *in vivo*, é inoculado o sêmen diretamente na mulher, inexistindo qualquer preparação externa do óvulo ou criação de embrião. Na fertilização *in vitro* é retirado o óvulo da mulher e, após a fertilização, é reintroduzido no útero, seja no útero da doadora do óvulo, ou de outra mulher que deseja conceber o embrião.

Maria Helena Diniz (2017, p. 711), define a fertilização *in vitro* e a difere da inseminação *in vivo* como :

A ectogênese ou fertilização *in vitro* concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação *in vivo*, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião.

A inseminação artificial ainda pode ser considerada homóloga, quando utiliza para a inseminação, o sêmen do companheiro, ou heteróloga, quando o material utilizado para a fecundação é de um terceiro que doou seu material genético.

Segundo Maluf (2015, p. 198), as técnicas de reprodução humana artificial são: a inseminação artificial intrauterina (IIU); a fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE); a transferência intratubária de gametas (GIFT); a transferência intratubária de zigoto (ZIFT) e a injeção citoplasmática de espermatozóide (ICSI). Maluf (2015, p. 198-199), define as técnicas de reprodução humana artificial, como abaixo descrito:

A inseminação artificial intrauterina trata-se da introdução do espermatozóide no interior do canal genital feminino de forma artificial, utilizando-se de um catéter para a realização dessa operação.

A fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE), tem seu procedimento realizado em laboratório, com a ovulação da mulher estimulada por hormônios, e a fecundação ocorrendo em laboratório. Nesse tipo de técnica, existe uma maior possibilidade de incidência de aborto espontâneo e gravidez múltipla.

A Transferência intratubária de gametas (GIFT) é uma técnica de fertilização *in vivo*, geralmente utilizada quando a trompa da mulher não encontra-se em seu estado de perfeição. Nessa técnica, tanto o óvulo quanto o espermatozóide são extraídos em um momento anterior, e colocados na tuba uterina para que ocorra a fecundação de forma natural.

Na transferência intratubária de zigoto (ZIFT), a fecundação ocorre *in vitro*, com a junção do sêmen, que provém do companheiro ou doador, com o óvulo retirado da mulher, e após a fecundação, o embrião é introduzido diretamente no útero da mulher.

### **1.5 As normas éticas para a utilização da reprodução assistida**

Segundo a resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320, de 1º de Setembro de 2022, foram fixados os princípios gerais das normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Esses princípios asseveram que: 1 - As técnicas de reprodução assistida devem auxiliar o processo de procriação; 2 - As técnicas de reprodução assistida podem ter seu uso para doação e preservação de gametas, embriões, etc, para fins médicos e não médicos; 3 - Para a utilização das técnicas de reprodução assistida, é necessário que alta probabilidade de sucesso e baixo risco grave ao paciente ou

ao embrião, que será seu descendente; Salvo exceções com base em critérios técnicos e fundamentados pelo médico, a idade limite máxima para das candidatas à gestação é de 50 anos. 4 - É obrigatório o consentimento livre e esclarecido por todos os pacientes. Deve-se expor todos os riscos, e resultados que podem ser obtidos de acordo com a técnica utilizada. O termo de consentimento livre e esclarecido deve ser confeccionado em formulário específico, elaborado em conformidade ao quanto acordado entre os médicos e os pacientes. 5 - É vedada utilização de técnicas de reprodução humana assistida para a seleção de característica biológica ou escolha do sexo da criança, salvo para evitar doenças. 6 - O oócito, também conhecido como óvulo, deve ser utilizado exclusivamente para a procriação humana. 7 - O número de embriões transferidos, aumenta com o avanço da idade: mulheres até 37 anos de idade, implantam até 02 embriões. Já mulheres que possuem mais de 37 anos de idade, implantam-se até 03 embriões. 8 - É vedada a utilização de procedimentos para a redução de embriões, caso ocorra gravidez múltipla decorrente da utilização das técnicas de reprodução assistida.

Com relação aos pacientes, segundo a referida norma, é necessário que sejam pessoas capazes, e que tenham plena concordância quanto aos termos contidos, concordando também com as técnicas utilizadas. A gestação compartilhada em união homoafetiva feminina também é permitida, onde o embrião obtido a partir do óvulo de uma parceira é transferido para o útero da outra, para desenvolvimento da criança.

## 2 A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Para dissertar acerca da legislação aplicável a reprodução assistida, é necessário fazer uma breve digressão acerca da normativa inserta na Constituição Federal de 1988, associado ao pensamento doutrinário hodierno. Assim, será possível observar o que versa o direito civil, mais especificamente, no direito de família e de sucessões acerca do tema.

Para Nathalia Masson (2020, p. 237), como nossa Constituição possui uma força hierárquica superior às demais normas, é necessário que direitos que possuam uma maior importância à sociedade, estejam insertos na Carta Magna garantindo assim, uma maior eficiência na sua aplicabilidade.

Perceber que os valores mais caros à humanidade merecem ser organizados em um documento jurídico dotado de força normativa hierarquicamente superior às demais normas do ordenamento, bem como reconhecer a Constituição enquanto documento supremo do ordenamento jurídico, justifica a estrutura constitucional de proteção aos direitos fundamentais arquitetada nos moldes atuais.

A Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 1º, inciso III, define seus fundamentos e insere a dignidade da pessoa humana como uma garantia fundamental ao cidadão, a colocando como um ponto central de todo o ordenamento jurídico. Ao dar esse destaque, o Estado busca a implementação dos seus direitos fundamentais através da consagração de princípios que balizam as normas posteriormente positivadas.

Alterações estruturais ocorridas na sociedade, como o advento de ferramentas que possibilitaram um maior empoderamento feminino, ocasionaram mudanças na forma como a família é planejada. Novos métodos contraceptivos, associados a inserção da mulher no mercado de trabalho, e inovações científicas como a fertilização *in vitro* viabilizaram o planejamento familiar, sobretudo na configuração da prole pelo casal. Isso corroborou para que a legislação pátria trouxesse imperativos que visassem garantir esse direito primordial.

A Constituição Federal, em seu artigo 226, § 7º, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, garante à família, que é considerada base da sociedade, uma proteção especial do Estado. O referido parágrafo assegura ser de livre decisão do casal o planejamento familiar, devendo o Estado garantir recursos

que viabilizem o exercício desse direito, e sendo vedado, seja por instituições oficiais ou privadas, qualquer forma coercitiva que vise vilipendiar esse direito.

O doutrinador José Afonso da Silva (2007, p.850), corrobora com o positivado na Carta Magna, e regulamentado pela Lei nº 9.263, de 12 janeiro de 1996, garantindo o livre planejamento familiar. Segundo o ilustre autor, esse mandamento constitucional, firmado no princípio da dignidade da pessoa humana, preza pela paternidade responsável, sendo declarado o livre planejamento da família, impedindo qualquer forma de coerção.

Ainda na esteira da construção familiar, a Constituição Federal de 1988 trouxe inovações na abordagem do conceito de família, sobretudo no tratamento dispensado aos filhos do casal, no Artigo 227, §6º, garantindo aos filhos a igualdade de direitos.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.(BRASIL, 1988, Art 67)

Esse entendimento acerca da prole sepultou a idéia de legitimidade e ilegitimidade dos filhos, não havendo mais discriminação, seja por sua forma de concepção ou estado civil do casal. Pablo Stolze Gagliano ( 2019, p. 50), afirma que a modificação dos valores sociais associado com a evolução científica no que tange a reprodução assistida, fomentaram mudanças na legislação vigente.

Na mesma linha, acompanhando a mudança de valores e, especialmente o avanço científico das técnicas de reprodução humana assistida, cuidou-se também de imprimir dignidade constitucional aos denominados núcleos monoparentais, formados por qualquer dos pais e sua prole.( 2019, p. 50)

Esse mandamento Constitucional ganhou mais robustez com o advento do Código Civil de 2002, buscando concretizar os fundamentos da Carta Magna, como o da dignidade da pessoa humana.

## 2.1 O Direito de Família

O direito de família, assim como o direito de sucessões, busca concretizar a normativa positivada na Constituição Federal, trazendo fundamentos para a legislação infraconstitucional que serão importantes para a reprodução humana assistida. Para falar sobre direito de família, é necessário verificar como a doutrina conceitua família e o direito de família.

Ao se fazer uma análise doutrinária, encontram-se diversas definições acerca do conceito de família. Tendo em vista o caráter multifacetário e sempre em evolução da sociedade, esse conceito segue em permanente construção.

Pablo Stolze, define a família como: "...núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes..." Gagliano( 2019, p. 53). Já Cristiano Chaves ( 2017, p. 1643), possui a seguinte definição de família:

...a família, é, inegavelmente, a instituição social primária, podendo ser considerada um regime de relações interpessoais e sociais, com ou sem a presença da sexualidade humana, com o desiderato de colaborar para a realização das pessoas humanas que compõem um determinado núcleo.

É possível observar na obra de ambos os autores a presença de conceitos atuais e modernos colocando a socioafetividade, e as relações interpessoais e sociais como elementos integrantes, não se resumindo a questões sexuais ou sanguíneas para a sua definição. O amor e a afetividade tornam-se o cerne para as construções familiares.

O Direito das famílias advém da necessidade de regular as relações existentes entre as pessoas, e através de princípios e regras, o Código Civil de 2002, positiva os mandamentos da Carta Magna. O autor Cristiano Chaves( 2017, p. 1644) define o Direito de família como :

Assim, hoje o Direito de Família, afirma-se como um conjunto de normas-princípios e normas-regras jurídicas que regulam as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais

Veremos a seguir alguns dos princípios do Direito de Família que podem ser aplicados à reprodução humana, sobretudo na assistida *post mortem*, que é o escopo do presente trabalho.

### **2.1.1 Os princípios do Direito de Família**

Os princípios são importantes na normativa jurídica, pois estabelecem paradigmas ou mandamentos a serem seguidos tanto pelo legislador quanto pelo aplicador da norma já positivada. Luciano Figueiredo (2020,p. 1377), define os princípios como elos mais importantes na engrenagem jurídica, e a sua transgressão torna-se mais gravosa que o descumprimento de uma norma.

Os princípios são normas finalísticas para cuja concretização estabelecem menor determinação de qual é o comportamento devido e que, por isso, dependem da relação com outras normas e atos institucionalmente legitimados, de interpretação, para determinação da conduta devida. Certamente por isto é que "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer", constituindo isto a "mais grave forma de ilegalidade", por simbolizar nítida contrariedade a todo Ordenamento Jurídico

Alguns princípios possuem uma maior relevância, e acabam sendo positivados na Constituição, com o fito de aumentar sua carga valorativa. Dentre os existentes no nosso ordenamento jurídico, podemos destacar alguns princípios aplicáveis ao Direito de Família e à reprodução humana assistida, como o Princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da igualdade entre os filhos, princípio do melhor interesse da criança, princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável e princípio da legalidade, vistos mais detalhadamente a seguir.

#### **2.1.1.1 O princípio da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana, inserto no Artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, é o cerne de todo o nosso ordenamento jurídico. Muito mais extensiva do que a simples existência, a dignidade da pessoa humana diz respeito à busca de tutelar os direitos mais básicos inerentes a uma vida digna. Uma existência digna corresponde à garantia da sua vida, disposição do corpo, e uma saúde física e mental de qualidade.

Nathalia Masson (2020, p. 281) corrobora com essa visão mais extensiva do conceito de vida digna, onde o Estado deve garantir não somente a proteção física à existência do cidadão, mas também prover através de políticas públicas para provê-las. Isso significa a criação de programas de governo que garantam o acesso à saúde, educação e segurança, além de políticas assistenciais que dêem acesso a uma moradia e trabalhos dignos, além de garantir ao casal condições para formação da prole desejada.

No que se refere à proteção a vida digna, que expande o conceito de viver para além da simples subsistência física, temos uma íntima e indissociável relação com a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88). Nesse contexto, resguardar uma vida com dignidade é tarefa multifacetária, que exige que o Estado assegure ao indivíduo o acesso a bens e utilidades necessárias para uma vida apropriada, forneça serviços essenciais (como o de educação, o de saúde, etc.), crie planos de governo que propiciem ao indivíduo exercer plenamente suas liberdades e seus direitos (ao trabalho, a moradia, etc.), proíba qualquer tipo de tratamento desmerecedor, como a tortura (art. 5º, III, CF/88), as penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados ou as cruéis, (art. 5º, XLVII, “b”, “c”, e “e”, CF/88).

As relações sociais têm um aspecto preponderante para a concretização de uma vida digna, e a família é elemento fundamental das relações de um indivíduo. A família é a base da sociedade, e através dela, é possível a conscientização da felicidade pelos seus componentes.

O princípio da dignidade da pessoa humana não se limita ao direito de família, fundamentando também as bases da bioética e biodireito, na aplicação das práticas médicas e científicas.

#### 2.1.1.2 O princípio da igualdade entre os filhos

Em momento anterior à Constituição de 1988, a igualdade entre os filhos é algo que não existia no ordenamento jurídico, havendo uma diferenciação entre os filhos. Em decorrência desse pensamento, existia um privilégio aos considerados legítimos em detrimento dos ilegítimos. À guisa de exemplo, podemos citar no Código Civil de 1916, o seu artigo 358, que vedava o reconhecimento dos filhos adulterinos, criando uma divisão entre filhos legítimos e ilegítimos, demonstrando o caráter discriminatório da legislação vigente à época.

Ainda antes da Constituição de 1988, a evolução da percepção de família pela sociedade levou aos tribunais se debruçarem sobre o tema, como pode se observar na Súmula nº 447, do STF, de 1964, que garantia os direitos dos filhos concebidos fora do matrimônio. Segundo esse entendimento, a disposição testamentária feita para benefício de um filho, fruto de um adultério de seu testador com sua concubina, seria válida. Essa súmula pode demonstrar a consolidação do entendimento, já nesse período, de que não deve haver distinção entre os filhos, seja qual for a sua origem.

No final dos anos 80, com o advento da nossa Carta Magna, o princípio da igualdade entre os filhos, encontrou-se consagrado no Artigo 226, § 7º, e estabelece que não deve haver distinção entre filho legítimo e não legítimo. Tal conceito foi assimilado pelo Código Civil de 2002, que em seu artigo 1.596, garante os mesmos direitos aos filhos, sejam eles obtidos em virtude de casamento, adotivo ou mediante reprodução artificial.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Esse princípio tem também suas bases fixadas no princípio da dignidade da pessoa humana, que sem dúvida, é centro do atual ordenamento jurídico. Acerca do tema, o ilustre doutrinador Cristiano Chaves (2017, p. 1803 e 1804), assevera que a atual Carta Magna garante a igualdade entre os filhos, proibido qualquer tipo discriminação entre os filhos.

Colocando definitivamente o pé de cal sobre um período pouco saudoso de discriminação entre os filhos, o Texto Constitucional, no art. 227, § 6º, foi de clareza solar ao determinar a igualdade substancial entre os filhos, evitando qualquer conduta discriminatória, materializando, de certo modo, a dignidade da pessoa humana almejada como finalidade precípua da República Federativa do Brasil. Todos os filhos passaram a ter as mesmas prerrogativas, independentemente de sua origem ou da situação jurídica dos seus pais (CF, art. 227, §6º). A partir da estrutura constitucionalmente imposta à filiação, é razoável afirmar que, além da absoluta impossibilidade de tratamento diferenciado aos filhos em razão de sua origem (seja distinção de efeitos pessoais ou de efeitos patrimoniais), não mais há qualquer obstáculo à determinação da filiação, sendo vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo filiatório, seja ele qual for.

O princípio da igualdade entre os filhos tem o condão de garantir direitos, não somente aos filhos provenientes da procriação natural, ou adoção, mas também da reprodução humana assistida. Esse poder adquirido pelo filho, traz reflexos no direito sucessório, que será clarificado nos capítulos que se seguirão.

### 2.1.1.3 O princípio do melhor interesse da criança

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 227, coloca a criança como cerne da atenção de todos, cabendo à família, à sociedade e ao Estado, concretizar as necessidades das crianças de forma prioritária.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Na esteira desse mandamento Constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente busca concretizar esse princípio garantindo à criança uma vida digna e livre, que possibilite o seu pleno desenvolvimento.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade

Ao colocar em evidência o interesse da criança, esse princípio, associado a outros, como o da igualdade entre os filhos, planejamento familiar e paternidade responsável, mitiga o risco da criança ser colocada como objeto de barganha entre os genitores. Esse princípio é de fundamental importância à reprodução humana assistida, onde, embora ainda não haja legislação que disponha sobre o tema, é necessário que se garantam direitos sucessórios à criança, tendo em vista a sua vulnerabilidade.

### 2.1.1.4 O princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável

O princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável é encontrado na Constituição Federal de 1988, em seu Artigo 226, §7º, e traz a responsabilidade para o Estado de garantir a livre escolha para o casal, sem qualquer medida coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

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.

O Código Civil, em seu artigo 1.565, §2º corrobora com o preconizado na Carta Magna, garantindo ao casal a liberdade para o planejamento, e trazendo a responsabilidade ao Estado para viabilizar os recursos educacionais e financeiros necessários.

Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. § 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

A Lei nº 9.263, de 12 de Janeiro de 1996, busca acompanhar o já preconizado na Constituição de 1988 e no Código Civil, e estabelecer o planejamento familiar, conceituando-o e trazendo penalidades para quem cometer ações contrárias a essa política.

A referida lei possui três capítulos, em que o primeiro dispõe sobre o planejamento familiar, vedando quaisquer ações que visem o controle demográfico. O capítulo dois trata dos crimes e das penalidades cometidas pelos médicos e todos os agentes que, de alguma forma, criem algum óbice ao planejamento familiar, que é reservado exclusivamente ao casal, havendo responsabilidade civil aos responsáveis. Já o terceiro capítulo corresponde às disposições finais, com normas que estabelecem acerca da sua publicação e vigência.

A paternidade responsável decorre do planejamento familiar, e os genitores têm o dever de cumprir com as obrigações decorrentes da geração das crianças. O doutrinador Luciano Figueiredo (2020,p. 1407-1408), afirma que as penalidades em

virtude de descumprimento de responsabilidade do genitor, podem ocasionar, inclusive, a prisão civil.

Como decorrência lógica do planejamento familiar, temos a paternidade responsável. Uma vez gerada a prole, os genitores terão deveres materiais (sustento) como morais (guarda e educação). O descumprimento do dever material resultará em possível ação de alimentos. Uma vez condenado ao pagamento de verbas alimentícias, o inadimplemento é capaz de ocasionar prisão civil. O tema alimentos e a sua prisão civil será verticalizado em capítulo específico desta obra. Já o inadimplemento do dever moral de cuidado desembocará em possível ação indenizatória por abandono afetivo, tema já enfrentado neste capítulo.

O planejamento familiar e a paternidade responsável são princípios de fundamental importância, sobretudo na reprodução humana assistida post mortem, pois através deles, fica ratificada a autonomia do casal na decisão de planejar e gestar o filho sem interferências externas.

## **2.2 O Direito de Família e a Reprodução Humana Assistida *Post mortem***

O sistema de presunção de filiação adotado pelo Código Civil tem raízes históricas, e Cristiano Chaves (2017, p. 1803 e 1804), define as expressões latinas que foram assimiladas pelo ordenamento jurídico pátrio.

Desde o Código de Hamurabi, a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar-casamentária. E a máxima absorvida no Direito Romano pela expressão *pater is est quem justae nuptiae demonstrant* (o pai é aquele indicado pelas núpcias, pelo casamento). E mais, vem essa presunção acompanhada de outra, correspondendo ao outro lado da mesma moeda: *mater semper certa est* (a mãe é sempre certa). O direito brasileiro sempre prestigiou ambas as presunções, arquitetando as regras filiatórias a partir delas. Estabeleceu-se, com isso, o primeiro critério de determinação filiatória: o critério legal, pelo qual a filiação decorre de uma presunção prevista em lei. Nesse passo, o Código Civil de 2002, no seu art. 1.597, manteve-se fiel às raízes, ignorando, nitidamente, o avanço da biotecnologia e dos métodos científicos, praticamente repetindo a fórmula do seu antecessor.

Ao filho concebido, é sempre certo de quem seja sua mãe, tendo em vista que é ela quem desenvolve a criança em seu corpo, e posteriormente, a traz ao mundo. Com relação ao pai, não é possível ter tanta certeza, quando comparado a sua genitora, portanto, aplicam-se presunções para aplicar ao pai quando a gestação ocorre na constância do matrimônio.

Apesar dos esforços do legislador para a equiparação da união estável ao casamento, com o reconhecimento como entidade familiar no Artigo 226, §3º, da Constituição Federal, ao analisar o Código Civil de 2002, o artigo 1.597 não considerava a presunção *pater is est* fora do casamento.

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.

Ao excluir a união estável desse sistema de presunção, cria-se um tratamento desigual discriminando os filhos provenientes de união estável em detrimento dos advindos do casamento, o que é contrário a toda a percepção Constitucional e normativa acerca da igualdade entre os filhos. A prole proveniente do casamento teria a presunção da paternidade e poderia exigir seus direitos de forma mais rápida, enquanto que os gerados a partir de uma união estável necessitariam de um reconhecimento pelos pais ou ingressarem com uma ação judicial para, só a partir daí, conseguirem as garantias já adquiridas pelos filhos provenientes do casamento. E foi visando a adequação da legislação aos princípios já consagrados, que a jurisprudência passou a aplicar o disposto no Art. 1.597 aos filhos advindos do casamento para os filhos proveniente do instituto da união estável, conforme se percebe no REsp. 1.194.059/SP, do STJ.

O Código Civil, ainda no Artigo 1.597, mais especificamente, nos incisos III e IV estabelece a presunção de paternidade nos casos em que tratam de reprodução assistida homóloga, ou seja, quando se trata de filhos com material genético oriundo do próprio casal. O conteúdo do inciso III do referido artigo, pressupõe a retirada do material genético do doador, quando este ainda é vivo, mas não mencionou nada acerca da necessidade de prévia autorização do doador, para o uso, caso ocorra a sua morte. Não foi esclarecido também acerca do estado civil da viúva, tendo em vista, que caso, ela se case novamente, a presunção de paternidade seria do atual cônjuge, como disciplina o brilhante Cristiano Chaves (2017, p. 1815 e 1816).

A primeira hipótese diz respeito à fecundação *post mortem*, quando já falecido o marido-doador do sêmen. Naturalmente, para que a hipótese se torne viável faticamente, é preciso que o sêmen ou o próprio embrião tenham sido preservados criogenicamente e somente implantados no corpo da mulher após o óbito de seu esposo. Não fez o legislador referência à necessidade, ou não, de prévia autorização do marido para o uso de seu embrião depois de sua morte - o que parece, de todo, necessário. Outrossim, não mencionou se a mulher em quem se implantará o sêmen ou embrião precisa manter o estado de viuvez - o que parece fundamental, uma vez que se vier a convolar novas núpcias, a presunção de paternidade se dirigirá ao novo cônjuge.

Complementando o quanto disposto na Carta Magna e no Código Civil de 2002, o Enunciado 106, da Jornada de Direito Civil, exige uma autorização por escrito efetuada pelo marido doador do material genético para que seja utilizado o embrião com seu material após sua morte.

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.

Verifica-se, portanto, um esforço observado em todo o arcabouço jurídico para o alcance dos preceitos constitucionais, onde, quando a legislação possui lacunas que rompem esses princípios, os intérpretes das leis o fazem de forma a atingi-los.

### 3 DIREITO SUCESSÓRIO E REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*: TRATAMENTO JURÍDICO DO TEMA NO BRASIL

O doutrinador Cristiano Chaves ( 2017, p. 1920) define a palavra sucessão vem do latim *successio*, que deriva do verbo *succedere*, que é uma junção das palavras *sub + cedere*, e nos traz a idéia de substituição de um pelo outro. Segundo o mesmo autor, o Direito das Sucessões surge então, como forma substituição de um sujeito por outro em uma relação jurídica. Ele ganha importância na sociedade após o surgimento do acúmulo de capital ou propriedades, e a necessidade de transferência dos bens adquiridos a seus descendentes. Pode-se verificar na obra do ilustre Paulo Lôbo ( 2020, p. 20), como se deu a importância do direito sucessório nos primórdios da história.

Com o advento da revolução urbana e a progressiva apropriação privada de bens, a sucessão hereditária surgiu como imperativo de continuidade familiar na titularidade desses bens. O laço de sangue foi o fundamento comum à legitimação a suceder. Quanto mais próximo o parentesco de sangue, mais próximo o patrimônio do morto. Saiu-se do grupo para se transferir o patrimônio do morto a seus parentes, individualmente.

Segundo Paulo Lôbo (2020, p. 15), “o direito das sucessões é o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física dos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade”.

Maria Helena Diniz (2020, p. 25-26) afirma que a sucessão pode ser classificada em sentido amplo, também conhecida como sucessão *inter vivos* ou em sentido restrito, que é a sucessão *mortis causa*. Na sucessão em sentido amplo, que é a sucessão dada em vida, também chamada de *successio inter vivos*, ocorre a transmissão de direitos ou obrigações, como em um contrato de compra e venda ou doação, e tem sua regulamentação dada pelo direito obrigacional e real. Já a sucessão em sentido estrito, a *successio mortis causa*, é dada após o fenômeno da morte, e nas hipóteses previstas em lei, como pode acontecer com a partilha em vida, encontrada no artigo 2.014, do Código Civil, que dispensaria um inventário futuro.

Podemos inferir que a sucessão nada mais é do que a substituição de bens e direitos deixados pelo *de cuius* aos sucessores definidos em lei. Após conceituação

inicial, podemos definir o direito das sucessões em quatro grandes áreas: a sucessão geral, sucessão legítima e sucessão testamentária que serão abordadas a seguir.

### **3.1 A Sucessão em geral**

A Sucessão em geral, diz respeito às regras genéricas que podem ser utilizadas em toda a sucessão, seja ela a sucessão legítima, ou testamentária. A sucessão em geral, regulamenta as regras de abertura da sucessão, transmissão da herança, com seus herdeiros necessários e facultativos, a capacidade para suceder, regras para indignidade, a aceitação e renúncia relativa à herança, a herança jacente e vacante, e aspectos acerca da petição e cessão de herança.

A morte real ou presumida é um fato jurídico que abre imediatamente a sucessão, transmitindo a herança aos herdeiros e legatários, conforme podemos observar no artigo 1.784, do Código Civil de 2002. Já a herança é definida no mesmo Código Civil, mas no Artigo 1.791 como um todo unitário, independente do número de herdeiros. Isso significa que, havendo a morte do autor da herança, é criado um conjunto unitário de bens e direitos que serão transmitidos aos herdeiros e legatários.

Sobre as consequências jurídicas acerca da morte, Caio Mário da Silva Pereira (2020, p.14) define que “A morte determina, então, a abertura da sucessão, passando os bens do defunto aos seus sucessores, que estejam vivos naquele momento, independente de se acharem presentes ou de qualquer ato seu”. Isso significa que, segundo o autor, a morte tem como consequência a abertura imediata da transmissão dos bens e direitos aos sucessores.

A esse procedimento de transmissão automática, a doutrina nomeia como princípio da Saisine, que é definido por Cristiano Chaves (2017, p. 1945), como uma ficção jurídica de origem francesa, em que a transmissão do patrimônio do falecido ocorre de forma automática e imediata para os seus herdeiros.

É uma ficção criada em solo francês, com o fito de impedir que o patrimônio de quem faleceu fosse considerado acéfalo, sem titular. Efetivamente, com a abertura da sucessão (= morte da pessoa humana), todas as suas relações patrimoniais (ativas e passivas) são transmitidas automática e imediatamente para os seus herdeiros. E como se o próprio autor da

herança, em seu último suspiro de vida, no limiar de sua morte, estivesse, com as próprias mãos, transmitindo o seu patrimônio.

Pablo Stolze Gagliano (2018, 1.460), também comunga de definição semelhante, acrescentando que o referido princípio possui o fito de “impedir que o patrimônio deixado fique sem titular enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido”.

O Direito das Sucessões encontra-se no Código Civil de 2002, em seu Livro V, mais especificamente, compreendido entre os artigos 1.784 a 2.027. Ele divide-se em quatro partes: A sucessão geral, que compreende-se entre os artigos 1.784 a 1.828; A sucessão legítima, inicia-se no artigo 1.829 e encerra-se no capítulo 1.856; A Sucessão testamentária, que é encontrada entre os artigos 1.857 e 1.990. Por fim, o Inventário e a Partilha compreendem-se entre os artigos 1.991 a 2.027.

Na esteira dessa classificação, Cristiano Chaves (2017, p. 1.927), assevera que a sucessão geral diz respeito às regras genéricas aplicáveis a qualquer sucessão, tanto fazendo a origem desse mandamento ser em virtude de lei, que configura a sucessão legítima, seja em razão da expressão de vontade do falecido, que caracteriza a sucessão testamentária. Já a sucessão legítima é operada por força de lei, e não depende da manifestação volitiva do *de cuius*, e das normas que definem o rol de beneficiários, de forma sucessiva. O mesmo autor afirma que na sucessão testamentária, a manifestação de vontade do falecido é manifestada pelo próprio ainda em vida, através do negócio jurídico denominado testamento, sendo possível a aplicação de forma concomitante dos regramentos constantes na sucessão legítima, e na sucessão testamentária. A última classificação corresponde ao inventário e à partilha, que são os procedimentos utilizados para a transmissão e divisão dos bens aos herdeiros.

É possível verificar que o Código Civil define, entre os artigos 1.798 e 1.803, a vocação hereditária, que nada mais é, do que, o estabelecimento de regras específicas para definir quem é legitimado ou capacitado para exercer o direito sucessório.

Luciano Figueiredo (2020, p. 1.710) distingue a capacidade civil da capacidade para suceder, onde a primeira está relacionada à capacidade de titularizar direitos e contrair deveres, e a capacidade de sucessão, diz respeito à legitimidade para exercer o direito de recebimento dos bens deixados pelo falecido.

A capacidade civil, como visto na nossa Parte Geral, consiste na aptidão genérica de titularizar direitos e contrair deveres na ordem jurídica. Já a capacidade para suceder se destina a analisar aqueles que têm aptidão para o recebimento de bens deixados pelo extinto. Se o direito hereditário se prestar a realizar a transmissão da herança, é preciso que verifique àqueles que estarão capacitados a recebê-la. A capacidade para suceder, portanto, é uma legitimação genérica para receber a herança. Já a capacidade civil consiste em coisa diversa, sendo a aptidão para a prática de atos da vida privada.

Segundo o Código Civil, no artigo 1.798 e 1.799, as pessoas legitimadas para suceder, quais sejam, as pessoas físicas já nascidas ou concebidas ao momento da sucessão, os filhos de pessoas indicadas pelo testador, ainda que não tenham sido concebidos, desde que estas pessoas estejam vivas ao abrir a sucessão e pessoas jurídicas. Vale ressaltar, que segundo o enunciado 267, da jornada de Direito Civil trouxe um entendimento extensivo aos filhos obtidos através de técnicas de reprodução humana assistida, para incluí-los no rol do artigo 1.798, do Código Civil de 2002.

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.

O tema cabe bastante discussão doutrinária, sobretudo quando se trata de embrião ainda não implantado, ou seja, uma reprodução artificial *post mortem*, havendo diversas correntes que dissertam sobre o tema e serão discutidas no decorrer desse trabalho.

Por fim, para averiguação da capacidade sucessória, é necessário analisar os excluídos da sucessão através do instituto da indignidade e deserdação. Pela redação do Artigo 1.814, do Código Civil de 2002, verificam-se como excluídos os indivíduos que cometeram atos moralmente reprováveis contra o falecido.

Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Maria Helena Diniz ( 2020, p.125), define o instituto da indignidade como uma pena civil que acarreta na punição dos indivíduos que cometam atos eticamente condenáveis com a perda dos direitos sucessórios.

A indignidade vem a ser uma pena civil que priva do direito à herança não só o herdeiro, bem como o legatário que cometeu os atos criminosos, ofensivos ou reprováveis, taxativamente enumerados em lei, contra a vida, a honra e a liberdade do *de cuius* ou de seus familiares.

Já em relação à deserdação, é válido ressaltar que sua regulamentação é encontrada entre os artigos 1.961 a 1.964, do Código Civil de 2002, e o nobre doutrinador Pablo Stolze Gagliano(2018, 1.514) a define da seguinte forma:

Podemos conceituar a deserdação como uma medida sancionatória e excludente da relação sucessória, imposta pelo testador ao herdeiro necessário que haja cometido qualquer dos atos de indignidade capitulados nos arts. 1.962 (que remete ao art. 1.814) e 1.963 do Código Civil.

Assim como nos casos de indignidade, a deserdação faculta ao testador a exclusão dos herdeiros necessários da legítima mediante disposição testamentária conforme critérios dispostos no Código Civil de 2002.

### **3.2 A Sucessão legítima**

Com a morte do autor da herança, inicia-se a sucessão baseada no princípio da *Saisine*, e então, será verificado se o falecido deixou testamento com o indicativo da forma como se dará a partilha de seus bens e direitos. Caso não haja testamento, ou o mesmo não seja válido, dará início à sucessão legítima, com os bens divididos pela ordem de vocação hereditária entre aqueles definidos pela legislação.

A sucessão legítima é operada por força de lei, e não depende da manifestação volitiva do *de cuius*, e sim das normas que definem o rol de beneficiários, de forma sucessiva. O mesmo define Caio Mário da Silva Pereira (2020, p.14), como:

Ao sucessor é deferida a herança em obediência ao testamento ou ao mandamento da lei. No primeiro caso, prevalecem as disposições de última vontade manifestadas na conformidade das normas que presidem à facção testamentária. No segundo, a lei menciona as pessoas e estabelece as regras da delação da herança. Desenvolvidas ambas no direito positivo, não se pode reconhecer superioridade de uma sobre outra, em prestígio ou

importância, embora seja lícito cogitar da precedência histórica, como adiante se fará. Denomina-se, então, sucessão legítima a que é deferida por determinação da lei. Atendendo ao que ocorre quando o sucedendo morre sem testamento (intestado), diz-se também ab intestato. E tendo em consideração que se processa sob o império exclusivo da lei, sem a participação da vontade, pode também designar-se como sucessão legal. Em nossos meios, é a mais frequente, tendo-se em vista a menor difusão do testamento e, portanto, da sucessão testada.

Para Maria Helena Diniz (2020, p. 125-126) os herdeiros são convocados na ordem legal, de forma que o que pertence a uma classe só será chamado quando não houver mais herdeiros na classe precedente. Ainda segundo a ilustre doutrinadora, existe claramente uma hierarquia preferencial com a exclusão dos herdeiros da classe subsequente, como a preferência dos descendentes sobre os ascendentes. Os ascendentes não são chamados, caso existam descendentes. A ordem sucessória é definida no Artigo 1.829, do Código Civil de 2002, onde será chamada a classe posterior, caso não existam herdeiros na classe precedente, conforme se depreende da leitura do mencionado artigo.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais.

Pela análise do mencionado artigo, a transmissão de bens se dá, na seguinte ordem: descendentes com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, ascendentes cônjuge ou companheiro sobrevivente, o cônjuge ou companheiro sobrevivente sozinho, os colaterais.

### **3.3 A Sucessão testamentária**

A sucessão testamentária é feita através da manifestação volitiva expressa deixada pelo *de cuius*, nos moldes da lei. Conforme o artigo 1.786, do Código Civil de 2002, com a morte do autor da herança, abre-se a sucessão, que será observada, de forma inicial, a existência de um testamento e a sua validade, por estabelecer a disposição de última vontade do testador. César Fiuza (2010, p. 1060) o define:

Sucessão testamentária é aquela que se dá em obediência à vontade do de cujo, vontade está estabelecida em testamento válido. Apesar do testamento, prevalecem as disposições legais naquilo que constitua norma cogente, bem como naquilo em que for omissivo o testamento. Assim, por exemplo, o testador que tiver descendentes ou ascendentes ou cônjuge não pode dispor livremente da totalidade de seus bens. Deverá reservar a metade para esses herdeiros. Se o testamento não respeitar esse limite, poderá até ser anulado, prevalecendo a Lei e não a vontade do morto. O fundamento da sucessão testamentária é, de um ponto de vista mediato, a dignidade humana, da família e de seus membros, principalmente da descendência. De um ponto de vista imediato, o testamento é ato de autonomia privada, em que o testador, dentro dos limites impostos pela Lei, cria normas de conduta a serem observadas após sua morte. Seu fundamento imediato é, pois, a autonomia privada.

Da mesma forma, Luciano Figueiredo define o testamento como “negócio jurídico unilateral, gratuito, *mortis causa*, formal, revogável e personalíssimo” (FIGUEIREDO, 2020, p. 1.757).

Apesar da importância do instituto no ordenamento jurídico atual, ao contrário de outros países, a modalidade testamentária não é a preferida pelos brasileiros. Paulo Lôbo (2020, p. 209) corrobora com esse pensamento, analisando a quantidade de inventários realizados, se comparados aos testamentos.

Na tradição de alguns povos é a modalidade de sucessão hereditária preferencial. No Brasil, teve sempre utilidade secundária e residual, não penetrando nos hábitos da população, como se vê na imensa predominância da sucessão legítima nos inventários abertos. São fatores desse pouco uso as exigências formais que a lei impõe aos testamentos, o custo destes e a aceitação social das regras legais da sucessão legítima. É imenso o fosso entre a preferência da doutrina jurídica especializada pela sucessão testamentária e a realidade social brasileira.

É importante destacar a análise de Caio Mário da Silva Pereira (2020, p.175), que compara o código civil atual, confeccionado em 2002, ao código anterior, de 1.916, sobretudo no sistema de disposição dos bens a serem testados. Segundo o autor, utilizou-se de uma liberdade de disposição mitigada, em que, se não houver legítima, o testador fica livre para dispor da integralidade de seus bens de acordo com sua vontade. Caso possua herdeiros necessários, ficará separado uma parte dos seus bens à legítima, onde o testador não poderá dispor de mais da metade de seu patrimônio total.

A nós parece-nos, todavia, que o sistema da liberdade mitigada, tal como consagrada no Código de 1916 e repetida no de 2002, é o que melhor

consulta aos interesses da família. O testador fica com a faculdade de dispor da totalidade de seus bens, em não existindo herdeiros necessários. Mas se os houver, haverá que respeitar as legítimas, e não poderá dispor de mais da metade.

Verificando-se no Código Civil de 2002, é possível observar o quanto afirmado por Caio Mário da Silva Pereira, como nota-se nos artigos mencionados a seguir: No artigo 1.847, é disposto como é feito o cálculo da legítima no momento da abertura da sucessão, no qual são abatidas as dívidas e despesas do funeral, adicionando todos os bens que são sujeitos à colação. Já no artigo 1.789, do mesmo código, assevera que o testador só pode disponibilizar metade da herança, caso existam herdeiros necessários.

Apresentados os conceitos preliminares relacionados ao direito sucessório e as modalidades de sucessão, serão apresentadas posições doutrinárias relacionadas aos efeitos da inseminação artificial *post mortem* no direito civil e de sucessões.

### **3.4 Posições doutrinárias acerca da inseminação artificial *post mortem***

A inseminação artificial humana *post mortem* é um tema que gera bastante discussão, não somente por tratar-se de questões subjetivas, mas sobretudo em virtude de não haver uma legislação específica que a regule. A evolução tecnológica vem democratizando o acesso a esse tratamento médico, possibilitando a grande parte da população utilizar-se dessa técnica de reprodução, o que aumenta a curiosidade e discussão sobre o tema, que agora é objeto de interesse de uma parcela maior da população. Visando esclarecer e solucionar tais problemas, a doutrina e a jurisprudência pátria debruçam sobre o tema, enquanto não surge legislação superveniente.

O Código Civil, em seu artigo 1.798 legitima para a sucessão as pessoas que já estão nascidas ou as que já foram concebidas no momento em que ocorreu a abertura da sucessão. Na lição de Paulo Lôbo (2020, p. 117), é esclarecido esse princípio básico, mas de fundamental importância no Direito Civil.

Nascituros são os seres humanos que se desenvolvem no ventre feminino. Sua existência, para os fins do direito civil, tem início com a implantação uterina efetiva, por meios naturais ou artificiais, e se encerra quando nasce

com vida ou morto.[...] O nascituro já é ser humano e como tal sujeito de direito, ainda que não seja pessoa.'

Os nascituros correspondem àqueles seres que já foram concebidos, e o código civil, em seu artigo 2º garante personalidade civil ao ser desde a sua concepção. A expectativa do direito surge desde o momento da sua concepção e consolida-se com o nascimento com vida ou morte da criança. Caso a criança nasça com vida, adquire o direito à herança, adquirindo os direitos que eram esperados, e tornam-se definitivos. Se a criança nascer morta, não vai haver nenhum tipo de direito à transmissão de bens, caso em que, a herança será partilhada com os outros herdeiros. Essas discussões são baseadas em princípios relacionados ao direito das sucessões já discutidos no presente trabalho, como a *saisine* e, também, o princípio da coexistência que será abordado na sequência para uma melhor compreensão.

O princípio da coexistência requer que, ao tempo da abertura da sucessão, já existam, ao mesmo tempo, o autor da sucessão e os herdeiros, ou seja, que já exista o sucessor ao momento do falecimento do *de cuius*. Esse pressuposto de existência de um sucessor visa garantir que a herança possua um destino de transmissão ao momento da sua criação, obedecendo a sucessão hereditária definida em lei. A esse princípio cabem interpretações acerca dos efeitos, que geram correntes doutrinárias divergentes sobre o tema que serão tratadas de forma breve nos próximos parágrafos.

Ainda na via doutrinária, quando se tratam dos efeitos da fecundação artificial *post mortem* e seus efeitos no direito civil e das sucessões, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006, p. 12) afirma que existem três correntes doutrinárias divergentes: a primeira foi denominada excludente, a segunda, relativamente excludente e a terceira, a conhecida como corrente inclusiva.

Com relação à primeira corrente, a denominada excludente, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006, p. 12) afirma que inexistem direitos ao filho obtido através de reprodução artificial *post mortem*, seja no direito de família ou no de sucessões.

A primeira, que poderíamos denominar de excludente, não reconhece qualquer direito ao filho engendrado, após a morte do genitor, mediante assistência médica, quer no âmbito do direito de família, quer para fins sucessórios. Além disso, os defensores desta corrente entendem que há proibição para realização de tal prática, como acontece em países como a

Alemanha e Suécia, que adotam sistemas positivos restritivos, em que se proibem e sancionam as atuações consideradas socialmente danosas.

Lastreado no princípio da coexistência, a corrente excludente não vislumbra a integração à sucessão legítima pelo filho proveniente de inseminação artificial *post mortem*, tendo em vista que o mesmo não coexistia com o *de cuius* no período da abertura da sucessão. Seguidor dessa primeira linha de pensamento, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior assevera que o filho advindo da reprodução artificial *post mortem* não receberia os direitos sucessórios, pois, não estaria elencado na ordem de sucessão legítima, conforme preconiza o código civil de 2002. A possibilidade mencionada pelo autor seria a utilização de cláusula testamentária, na qual a concepção teria que ocorrer no prazo de 02 anos ou em algum menor assinalado pelo testador.

Em que pese a engenhosidade da solução encontrada, cremos que o concepturo somente terá direito sucessório se houver cláusula testamentária neste sentido, e desde que venha a ser concebido no interregno de 02 (dois) anos, ou em outro de menor prazo indicado pelo testador. E se houver cláusula testamentária dispondo sobre isso, deverá operar-se a reserva do patrimônio hereditário, nomeando-se curador, esperando-se o transcurso do prazo legal ou convencional, findo o qual sem que tenha havido a concepção, os demais herdeiros serão chamados a partilhar o quinhão reservado ao concepturo.

Esse prazo de dois anos indicado por Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior é lastreado no Código Civil de 2002, em seu artigo 1.800, §4º, que reserva os bens ao herdeiro esperado. Caso não seja concebido nesse prazo, se não houver nenhuma disposição em contrário, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos.

Paulo Lôbo também faz parte da corrente que entende que o herdeiro deverá já ter nascido ou ao menos, concebido no momento da morte do *de cuius*. Ao filho oriundo da reprodução artificial *post mortem*, não haveria direito sucessório, tendo em vista que ele não seria herdeiro, salvo se utilizar-se a disposição testamentária. Com relação ao testamento, Paulo Lôbo (2020, p. 20), acredita no prazo de dois anos, inclusive para que ocorra a concepção desse embrião oriundo das técnicas de reprodução *post mortem* para que ele tenha acesso ao patrimônio deixado pelo *de cuius*.

Entendemos que há resposta adequada no sistema jurídico brasileiro, aplicando-se analogicamente a regra a seguir exposta dos filhos não concebidos (filiação eventual), inclusive quanto ao tempo de dois anos, após

a abertura da sucessão, para que a concepção no ventre materno se realize; entre as "pessoas indicadas pelo testador" pode estar sua própria mulher ou companheira. A regra do § 4º do art. 1.800 do Código Civil preencheu lacuna do direito brasileiro ao fixar o prazo máximo de dois anos para que os bens fiquem reservados até à confirmação ou não da concepção, evitando-se a indefinição da titularidade da herança; findo esse prazo, os bens caberão aos sucessores legítimos do *de cuius*. A impossibilidade da sucessão legítima resolve-se com o recurso à sucessão testamentária. Não há qualquer afronta ao princípio da igualdade dos filhos, respeitado que foi quando da incidência da norma legal da saisine, que tem por suporte fático precisamente o momento da abertura da sucessão, do qual brotam as titularidades sucessórias.

No que se refere à segunda corrente, denominada como relativamente excludente, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006, p. 12-13) afirma que há uma mitigação dos direitos da criança gerada, que teria a paternidade pelo genitor pré-morto reconhecida, mas ainda assim, não teria garantido o seu direito sucessório.

A segunda posição, relativamente excludente, admite efeitos mitigados, no direito de família, sem, no entanto, reconhecer à criança gerada, nessas especiais circunstâncias, a condição de herdeiro do genitor pré-morto. A esse respeito Guilherme Calmon pondera que “ (...) a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil (...) No caso da inseminação *post mortem* o filho é desejado, querido, muitas vezes fez parte de um projeto parental que não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade dos interessados. A perspectiva excludente vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Ainda segundo Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006, p. 12-13), esse posicionamento defendido por Guilherme Calmon Nogueira da Gama fundamenta-se na possibilidade de reconhecimento e aplicabilidade do quanto preconizado no artigo 227, §6º, da Constituição Federal de 1988, e reforçado no artigo 20, do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo aplicado o princípio da igualdade entre os filhos, e vedando a distinção entre os filhos, sejam eles adotivos ou concebidos. Esse entendimento daria à criança o direito de ter o nome do pai em seu registro, bem como outros direitos inerentes à filiação. Isso teriam garantidos direitos relacionados à família, como pleitear alimentos, todavia, sem possuir o direito sucessório.

A terceira corrente, considerada inclusiva, é reconhecida como a ideal por Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho (2006, p. 14-15), e admite que os filhos oriundos da inseminação artificial *post mortem* possuem os mesmos direitos daqueles que são provenientes de uma gestação convencional.

A terceira corrente, que designamos como inclusiva, à qual nos filiamos, reconhece plenos efeitos à inseminação artificial *post mortem*, admitindo iguais direitos na seara do direito de família e no âmbito das sucessões, àquele nascido mediante essa técnica.

É possível identificar na teoria inclusiva, uma interpretação onde os princípios Constitucionais e do direito de família, como o princípio da igualdade entre os filhos são respeitados, garantido uma homogeneidade no tratamento da prole.

Maria Helena Diniz (2020, p. 64-65), adepta da mesma corrente, parte do princípio que possibilita a sucessão pelo embrião e garante aos filhos concebidos mediante reprodução assistida *post mortem*, os mesmos direitos inerentes aos filhos gerados de forma natural.

Se, por ocasião do óbito do autor da herança, já existia embrião crioconservado, gerado com material germinativo do *de cujus*, terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio de ação de petição de herança, que prescreve em dez anos após a sua maioridade (18 anos), poderá pleitear sua parte no acervo hereditário.

A doutrinadora assevera que a criança, que será sucessora da herança, terá a possibilidade de requerer mediante petição de herança, o patrimônio ao qual ela possui direito, no prazo de dez anos após completada a sua maioridade de dezoito anos.

### **3.5 A jurisprudência pátria e o Resp 1.918.421, STJ**

A reprodução assistida *post mortem*, muito em virtude da ausência de uma normativa própria que a regulamente, gera discussões que eventualmente chegam aos tribunais superiores. Analisando a jurisprudência sobre o tema, podemos destacar, o REsp 1.918.421, julgado pela Quarta Turma do STJ.

O referido julgado trata-se do Recurso Especial de nº 1.918.421 - SP (2021/0024251-6), julgado pelos Ministros da Quarta Turma do Supremo Tribunal de

Justiça, que mediante acordo por maioria, e em divergência do relator, negou a realização da implantação do material biológico do falecido.

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.

A ação deu-se em virtude de controvérsia acerca do destino dos embriões originados de fertilização *in vitro* realizada pelo casal J. L. Z. e T. DA C. R. Z. Em 2013, o casal contraiu matrimônio sob o regime legal de separação absoluta de bens, tendo em vista que o marido possuía 72 (setenta e dois) anos à época do casamento. Na inicial, foi relatado que, com o falecimento de J. L. Z., foi descoberta a existência de um testamento através do qual, o *de cuius*, teria disposto uma parte disponível do seu patrimônio aos filhos, e com uma outra parte disponível, foi reservado um legado à sua esposa, que, segundo os filhos do *de cuius*, foi rejeitado pela beneficiária, apresentando pretensões financeiras despropositadas, superando a quantia deixada em legado.

Os filhos do *de cuius*, ora requerentes, afirmam que em 2015 foram comunicados de que seu pai havia realizado fertilização *in vitro* com a obtenção de embriões qualificados e criopreservados, sob a tutela do Hospital, também requerido na ação objeto do presente estudo. Resolveram, então, ingressar com ação de exibição de documentos em face do Hospital, também requerido na presente ação, onde foram cientificados pela esposa do *de cuius*, que estaria finalizando os procedimentos necessários para a implantação dos dois embriões resultantes da fertilização *in vitro*, e possuía a autorização do *de cuius* para a implantação.

Com a informação, resolveram, então, ingressar com a ação de tutela provisória de urgência de natureza antecipada convolada em procedimento

ordinário, em face da viúva T. DA C. R. Z, e do Hospital S. B. DE S. - H. S. L., visando impedir a implantação dos embriões criopreservados. Foi requerido pela parte autora o pedido de tutela de urgência a fim de impedir a implantação dos embriões, o que foi deferido. Foi alegado pelos autores que a utilização dos embriões é ilegal e abusiva, em virtude da inexistência de documento que possa atestar de forma expressa e inequívoca a autorização do *de cuius* para a utilização dos embriões, após o seu falecimento.

Os pedidos da parte autora na ação que gerou o julgado em estudo consistiam 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 cuius* após a sua morte – tornando, assim, definitiva a tutela provisória de urgência cautelar.

A parte requerida alegou a existência de expressa autorização do *de cuius* para a implantação dos embriões, além da inexistência de norma que exija a autorização mediante instrumento público ou particular, para a criopreservação e posterior implantação dos embriões já gerados. Alegou ainda, baseando-se no artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, que o procedimento teria sido efetuado de forma livre e consciente pelas partes, exercendo o direito constitucional ao planejamento familiar.

O Hospital, por sua vez, alegando ausência de interesse de agir e ilegitimidade passiva, afirmou ter realizado os procedimentos médicos apenas mediante consentimento prévio das partes envolvidas e ser apenas conservador e detentor dos embriões objeto da discussão.

Em decisão de primeiro grau, o Juízo decidiu pelo julgamento procedente do pedido, confirmando a tutela de urgência já deferida, proibindo a implantação dos embriões que se encontravam sob a guarda do hospital. Na referida Sentença, o entendimento do Juízo foi de que o documento dizia respeito a uma autorização de custódia dos embriões, e não se tratava de autorização expressa do falecido para a utilização dos embriões.

As duas partes requeridas, inconformadas com a decisão, interpuseram Apelação, que resultou provida, e a Sentença vergastada, por sua vez, foi alvo de recurso especial pela parte autora, que aduziu, 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*.

A parte requerida, viúva do *de cuius*, dentre as argumentações, alegou que, com relação à insuficiência de documentos apontadas como prova da ausência de manifestação de vontade pelo *de cuius*, para a implantação dos embriões, seria necessário o reexame de provas com a interpretação de cláusulas contratuais, o que seria vedado, segundo as Súmulas n.º 05 e 07, do STJ.

Além disso, argumentou que enquanto a parte requerida busca o direito de ser mãe, a autora se atém aos efeitos meramente patrimoniais, o que segundo a viúva do *de cuius*, poderia ser discutido em momento posterior. Foi mencionado, ainda, que a requerida possuía a idade de 39 (trinta e nove) anos de idade, e possui o diagnóstico de falência ovariana precoce, o que causaria prejuízos inestimáveis, caso não haja a implantação dos embriões já existentes, conforme se depreende do trecho abaixo transcrito.

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.

O recurso foi decidido por maioria, e no que concerne ao mérito, a controvérsia versava sobre a definição da necessidade ou não do consentimento expresso e inequívoco do agora *de cuius*, para a implantação do embrião originado a partir da técnica de reprodução humana assistida a qual submeteu o casal.

O Ministro-Relator, Marco Buzzi, em seu voto, menciona, que segundo o artigo 1.597, do Código Civil, são definidos os critérios de presunção de paternidade, incluindo, em seu inciso III e IV, aqueles obtidos através da fertilização artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, onde o material genético foi extraído para uma utilização futura, ou até mesmo, quando se tratarem de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga. Segundo o entendimento do julgador, é inequívoca a necessidade de autorização expressa, manifestada em vida pelo cônjuge ao realizar o procedimento.

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.

Todavia, segundo o Ministro, essa autorização prévia ao procedimento não teve a sua forma estabelecida. Verificando o ordenamento jurídico, os atos realizados de forma consensual, como é o caso, não dependem de solenidade ou formato, como se verifica analisando o artigo 107, do Código Civil. Ao analisar os autos, o Ministro Relator afirmou que a Corte Local comprovou a existência de consentimento do agora *de cuius* para a procriação, sem qualquer discussão de falsidade acerca do documento assinado por ele. A autorização assinada continha, inclusive, a hipótese de que, em caso de morte, os embriões deveriam ficar sob custódia da esposa, afastando outras possibilidades como descarte, doação para terceiros ou encaminhamento para pesquisas.

O Ministro-Relator, Marco Buzzi, votou, para a manutenção da decisão recorrida, negando o provimento ao Recurso Especial, reconhecendo a autorização efetuada pelo agora *de cujus*, para a realização do procedimento, todavia, não teve seu voto acolhido pela maioria.

Já o voto vencedor foi proferido pelo Ministro Luis Felipe Salomão, de forma divergente ao relator. Nele, o Ministro menciona a obrigatoriedade do consentimento livre e esclarecido dos pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, que atualmente são regidas pela resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.320, de 1º de Setembro de 2022.

O Ministro asseverou ainda, que a doação e o descarte não são os únicos destinos dos embriões excedentários, uma vez que, consoante autorização dos genitores, é possível a utilização das células-tronco embrionárias resultantes do procedimento, para fins de pesquisa e terapia.

Seu voto também foi fundamentado no Enunciado n. 633 do Conselho da Justiça Federal, da VIII Jornada de Direito Civil, que possibilita ao cônjuge supérstite a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja o expresse consentimento manifestado pela esposa em vida. Asseverou, ainda, que o planejamento familiar, mencionado no artigo 226, §7º, da Constituição Federal de 1988, regulamentado pela Lei nº 9.263/1996, estaria relacionado diretamente ao ato volitivo consciente na escolha de ter ou não filhos, de acordo com suas expectativas.

O autor do voto divergente, menciona ainda, a ausência de regulamentação acerca da reprodução humana assistida e a escassez de artigos que regulem o tema, no Código Civil de 2002.

Afirma ainda, que não restam dúvidas acerca da possibilidade da autodeterminação pela paternidade e escolha em ter filhos, contudo, o exercício desse direito projeta efeitos além da vida dos genitores da criança, o que requer instrumentos jurídicos capazes de demonstrarem a manifestação inequívoca, expressa e formal da vontade dos genitores, com a possibilidade de utilização do instituto do testamento ou instrumento que valha em formalidade e garantia.

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.

Segundo o Ministro, o *de cuius* realizou o procedimento de reprodução assistida, e confeccionou um testamento, que seria um facilitador para disposição de vontade do genitor, o que não ocorreu. O nobre julgador, afirma ainda em seu voto, que, admitir as cláusulas do contrato de prestação de serviços de reprodução humana, seria romper com o testamento já realizado.

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

O Ministro Luis Felipe Salomão, entende ainda, que o testamento seria a forma mais apropriada para garantir a higidez da vontade do falecido. Uma alteração que cause impacto nas disposições testamentárias equivaleria ao rompimento do testamento e alteração do planejamento sucessório por pessoa diferente do testador, sem as devidas formalidades legais. Em seu voto, o julgador entendeu que tratava-se apenas de uma autorização de custódia pelo hospital, e o instrumento utilizado não é o adequado.

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.

Por fim, o Ministro deu provimento aos recursos especiais, restabelecendo a Sentença de primeiro grau, e não autorizando a realização pelos requeridos da utilização do material genético do *de cuius* para implantação na requerida. A quarta turma então, mediante acordo por maioria, acolheram o voto divergente do Luis Felipe Salomão.

Assim, como se pode verificar no caso, apesar de não ter sido matéria pacificada, o entendimento do STJ foi no sentido de exigir forma específica de

autorização para implantação de embriões após a morte do doador, como testamento.

### **3.6 O NOVO PROJETO DE LEI (PL) 1.851/2022**

Visando mitigar os problemas oriundos da ausência de regulação normativa, vem sendo apresentados projetos de lei relacionados à reprodução humana assistida, mas todos ainda sem aprovação. Isso pode ser verificado ao observar o Projeto de Lei nº 1.184/2003, que dispõe sobre a reprodução humana assistida e encontra-se ainda, aguardando aprovação. Outro projeto que podemos destacar é o recente PL 1.851/2022, apresentado pela Senadora Mara Gabrilli, que sensibilizada com a omissão legislativa até o presente momento, bem como o julgamento do Resp 1.918.421, do STJ, mencionado anteriormente no presente trabalho, que impediu a cônjuge supérstite de implantar os embriões resultantes de reprodução assistida *post mortem* com seu cônjuge falecido por não haver legislação que a regulamentasse. Segundo a Senadora, o que pretende-se com o projeto de lei é tornar presumido o consentimento para a utilização do embrião em caso de reprodução humana assistida, quando ocorre a morte de um dos cônjuges. Assevera ainda, que essa solução é dada, tendo em vista que, se o casal manifestou de forma livre e consciente o desejo de participar do procedimento de reprodução humana assistida, não há discussão acerca da vontade, em caso de morte de um dos cônjuges. Do mesmo modo, fica livre aos genitores, a disposição mediante testamento, ou a vedação de prosseguimento do procedimento em caso de morte de um dos cônjuges.

O projeto de lei visa a alteração do artigo 1.597 da Lei nº 10.406/2002 (Código Civil), acrescentando dois parágrafos ao referido artigo dispondo uma regulamentação acerca da reprodução humana assistida.

Art. 1.597. § 1º A implantação de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida é permitida ao cônjuge ou companheiro sobrevivente, independentemente da autorização prévia expressa do cônjuge ou companheiro falecido, cabendo disposição em sentido contrário quando da formalização do consentimento no momento em que se submeter às técnicas de reprodução assistida, ou posteriormente, mediante qualquer outro documento formal que explicita essa manifestação de vontade, inclusive no seu testamento. § 2º As clínicas médicas, centros ou serviços responsáveis pela aplicação de técnicas de reprodução assistida deverão indagar ao cônjuge ou companheiro, na oportunidade

em que for documentada a sua autorização para participar de técnicas de reprodução assistida, se discorda quanto ao uso desse material para a fecundação artificial ou implantação de embriões após a sua morte, registrando a sua manifestação de vontade no mesmo documento.

Fazendo uma análise do § 1º, verifica-se que o legislador busca encerrar as controvérsias acerca da validade do termo de consentimento verificada em litígios, inclusive demonstrados no presente trabalho. Caso seja aprovada a lei, será permitido ao cônjuge sobrevivente a implantação dos embriões ao qual foi submetido às técnicas de reprodução assistida, independente de autorização expressa do cônjuge ou companheiro falecido. Essa regra pode ser modificada, caso, no momento da assinatura do termo de consentimento para a realização da reprodução assistida, haja disposição em contrário, ou um testamento ou outro documento formal explicita essa manifestação de vontade. Isso torna possível, que seja disposto no termo de consentimento, cláusula que impeça a implantação em caso de morte de um dos cônjuges.

Já o § 2º, é direcionado às clínicas médicas ou empresas responsáveis pela realização do procedimento de reprodução assistida, cabendo a elas inquirir às partes, no momento da documentação da autorização, acerca da concordância ou discordância da utilização do material genético após a sua morte, registrando de forma inequívoca a sua vontade.

## 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As modificações impostas pela evolução da sociedade trouxeram novas configurações, como se verifica na inserção feminina no mercado de trabalho. Essa realidade foi se consolidando ao mesmo tempo em que a tecnologia avançou, possibilitando a postergação da maternidade. A invenção da pílula, aliados à vontade feminina de priorizar a educação e a carreira, corroboraram para a postergação da maternidade para um momento de maior estabilidade profissional.

A reprodução humana assistida oportunizou a concepção a casais que não possuíam a capacidade de ter filhos, ou até mesmo aos cônjuges que, por mera liberalidade, decidiram adiar a maternidade. O avanço da tecnologia popularizou essa técnica possibilitando o acesso a cada vez mais pessoas da sociedade, o que trouxe novas demandas.

A bioética e o biodireito são ferramentas transdisciplinares que buscam regulamentar e humanizar os procedimentos médicos utilizados, sobretudo a reprodução humana assistida. Princípios da bioética, como o da autonomia, garantem ao paciente a liberdade do tratamento e livre de qualquer coação ou ameaça externa. Já o biodireito, que surge como uma junção da bioética com a medicina, busca também uma normatização dos procedimentos e uma garantia ao cidadão contra eventuais abusos.

Das técnicas de reprodução assistida, foi destacada a reprodução artificial homóloga, quando se utiliza dos gametas do casal para a fecundação e heteróloga, quando se utiliza de material genético de um terceiro. Para auxiliar na padronização da reprodução artificial assistida, o Conselho Federal de Medicina editou a resolução de nº 2.320, de 1º de Setembro de 2022 que fixou alguns princípios balizadores para as normas éticas para as técnicas de reprodução assistida, sempre prezando pelo consentimento livre e esclarecido pelas partes, a utilização de suas técnicas para auxiliar no processo de procriação, inclusive a homoafetiva.

A utilização dessas técnicas na reprodução humana assistida traz repercussão tanto no direito de família, quanto no direito sucessório, sobretudo quando se trata do procedimento realizado *post mortem*. A Constituição Federal, baseada em seus princípios, como o da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, garantiu uma proteção especial do Estado à família,

devendo ser livre a decisão de planejamento familiar do casal, sendo vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas.

Ainda na Carta Magna, mais precisamente no artigo 227, §6º, o legislador colocou como dever da família, do Estado e da sociedade como um todo assegurar a proteção de forma prioritária à criança, ao adolescente e ao jovem. Garantiu a todos os filhos os mesmo direitos, proibindo ainda, qualquer tipo de discriminação entre eles, seja adotivo, fruto ou não da relação de casamento, sendo proibida qualquer designação discriminatória relativa a filiação, sendo sacramentado o princípio da igualdade entre os filhos.

Ainda no presente trabalho, foi mostrado que, consoante o princípio da *saisine*, o início da sucessão se dá com a morte do autor da herança, transmitindo seus bens aos herdeiros legítimos, caso o *de cujus* não tenha deixado testamento. Continuando a análise do presente estudo, pôde ser observado que a lacuna legislativa existente na regulamentação da reprodução assistida *post mortem* traz enormes prejuízos à população em geral, verificando-se pela controvérsia existente tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

Na doutrina, com suas correntes divergentes, onde preconizam desde pela não implantação do material genético, passando pela possibilidade de implantação e garantindo apenas os direitos inerentes à paternidade, e excluindo-se o direito sucessório, até a corrente que garantem ao embrião todos os direitos garantidos aos filhos obtidos de forma natural. Já o Judiciário, por sua vez, ao se deparar com o tema, demonstrou também o quanto o tema é controverso com a votação por maioria em dois votos divergentes, onde, na tese de um julgador, autorizava a implantação, aceitando o termo de consentimento preenchido durante o procedimento de reprodução assistida, como válido para manifestação de vontade. Enquanto que no voto divergente, e vencedor por maioria no caso apresentado, o posicionamento era de não autorização da transferência dos embriões criopreservados por não haver disposição testamentária acerca dos referidos embriões e o termo de consentimento não ter o mesmo condão de um testamento.

Assim, com objetivo de uma pacificação acerca do tema, o legislativo propôs alguns projetos de lei, dos quais, vale a pena destacar o PL 1.851/2022, apresentado pela Senadora Mara Gabrilli, que altera o artigo 1.597, do Código Civil de 2002, acrescentando dois parágrafos. No primeiro parágrafo, é efetuada a regulamentação da autorização para implantação dos embriões dos casais sobre a

reprodução assistida, onde é permitido ao cônjuge sobrevivente implantar independente de autorização prévia do cônjuge falecido, sendo possibilitada disposição em contrário no momento da realização da técnica de reprodução assistida ou até mesmo, em seu testamento. Já a inclusão do segundo parágrafo, diz respeito aos estabelecimentos que realizarão os procedimentos em discussão, cabendo a eles a indagação e informação sobre a autorização e manifestação de vontade, caso ocorra a morte de um dos cônjuges.

Ante o exposto, verifica-se a necessidade da aprovação de uma lei que no seu bojo preveja o maior número de situações possíveis, dispondo sobre forma de autorização e lapso temporal para utilização de embriões na reprodução assistida após a morte de um dos seus personagens e assegure às partes juridicamente acerca seus efeitos, sobretudo no direito sucessório. Não pode o cidadão que deseja ser pai ou mãe ver seu direito tolhido em razão do direito patrimonial de outros herdeiros, assim como os herdeiros não podem ver seu direito à herança modificado, em razão de falta de previsão legal dispondo claramente sobre isso.

Caso não seja aprovada a lei mencionada, que seja buscada a aprovação de alguma norma superveniente que colabore para o progresso da sociedade, mitigando eventuais debates jurídicos que possam ocorrer, como hoje, decorrentes da ausência de legislação específica.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação Artificial Post Mortem E O Direito Sucessório*. 2006. Disponível em : <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm)>. Acesso em: 30 março 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 30 março 2023.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 12 outubro 2023.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1851, de 2022. Altera o art. 1.597 do Código Civil para dispor sobre o consentimento presumido de implantação, pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente, de embriões do casal que se submeteu conjuntamente a técnica de reprodução assistida. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicameras/-/ver/pl-1851-2022>>. Acesso em: 30 Março. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1.194.059 - SP (2010/0085808-2). Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201000858082&dt\\_publicacao=14/11/2012](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201000858082&dt_publicacao=14/11/2012)>. Acesso em: 20 nov. 2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ - REsp: 1.918.421 / SP RECURSO ESPECIAL 2021/0024251-6. Relator: Ministro MARCO BUZZI, Data de Julgamento: 08/06/2021, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2021. Disponível em: <[https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=202100242516&dt\\_publicacao=26/08/2021](https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100242516&dt_publicacao=26/08/2021)>. Acesso em: 30 março. 2023

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, Resolução CFM nº 2.320, de 1º de Setembro de 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Publicado no Diário Oficial da União de nº 179, terça-feira, 20 de setembro de 2022, p. 107-108.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 6: direito das sucessões / Maria Helena Diniz – 34 ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.*

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do Biodireito/ Maria Helena Diniz - 10. ed. - São Paulo : Saraiva, 2017

FARIAS, Cristiano Chaves de. Manual de Direito Civil – Volume Único / Cristiano Chaves de Farias, Felipe Braga Neto, Nelson Rosenvald – Salvador. Ed. Juspodivm 2017.

FIGUEIREDO, Luciano. Manual de Direito Civil – Volume Único / Luciano Figueiredo, Roberto Figueiredo – Salvador: Editora Juspodivm, 2020

FIUZA, César. Direito Civil: Curso completo / César Fiuza. - 14 ed. Revista, atualizada e ampliada – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região: EMARF, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 21-48, ago. 2011. Disponível em :<[http://www7.trf2.jus.br/sophia\\_web/index.asp?codigo\\_sophia=58916](http://www7.trf2.jus.br/sophia_web/index.asp?codigo_sophia=58916)>ou <[https://www7.trf2.jus.br/sophia\\_web/asp/download.asp?codigo=56019&tipo\\_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=58916&tipo=3&iBanner=0&idioma=0](https://www7.trf2.jus.br/sophia_web/asp/download.asp?codigo=56019&tipo_midia=2&iIndexSrv=1&iUsuario=0&obra=58916&tipo=3&iBanner=0&idioma=0)>. Acesso em: 27 out. 2023.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de Direito Civil, volume único / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 2. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil, volume 6 : direito de família / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. - 9. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. Data de publicação: 23/12/2003. Disponível em : <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/110/T%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+biodireito>>. Acesso em: 27 out. 2023.

LOBO, Paulo.: Volume 6: sucessões/ Paulo Lôbo. - 6. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. Curso de Bioética e Biodireito / Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf - 3 ed. - São Paulo. Atlas, 2015.

MAIA, Thaís; MUNHOZ, Luciana; SILVA, Beatriz de Mattos. Reprodução Assistida: Um guia fácil e descomplicado de Saúde e Direito. 1ª Edição - 2018. Associação Brasileira de Reprodução Assistida. E-Book. Disponível em <<https://sbra.com.br/wp-content/uploads/2018/09/Ebook-Reprodu%C3%A7%C3%A3o-Assistida.pdf>>. Acesso em: 31 Maio. 2023.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional / Nathalia Masson - 8. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador : JusPODIUM, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: direito das sucessões - Vol. VI / Caio Mário da Silva Pereira; revista e atualizada por Carlos Roberto Barbosa Moreira – 27 ed. - Rio de Janeiro; Forense, 2020.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.