



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA - UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - DCJ
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA LEITE DANTAS

**IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES *POST MORTEM*: uma análise sobre
autorização a partir do REsp 1.918.421/SP**

SANTA RITA
2021

LARISSA LEITE DANTAS

**IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES *POST MORTEM*: uma análise sobre
autorização a partir do REsp 1.918.421/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito do Centro de Ciências
Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba
(UFPB) como exigência parcial para obtenção
do título de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Roberta Candeia
Gonçalves.

**SANTA RITA
2021**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

D192i Dantas, Larissa Leite.

Implantação de embriões post mortem: uma análise sobre
autorização a partir do REsp 1.918.421/SP / Larissa
Leite Dantas. - Santa Rita, 2021.
55 f.

Orientação: Roberta Gonçalves.

Monografia (Graduação) - UFPB/DCJ/SANTA RITA.

1. Reprodução humana assistida. 2. Implantação de
embrião post mortem. 3. Autorização. I. Gonçalves,
Roberta. II. Título.

UFPB/DCJ

CDU 34

LARISSA LEITE DANTAS

**IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES *POST MORTEM*: uma análise sobre
autorização a partir do REsp 1.918.421/SP**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso Direito do Centro de Ciências Jurídicas
da Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
como exigência parcial para obtenção do título
de Bacharel em Ciências Jurídicas.

Data da aprovação: 01/12/2021

Banca Examinadora:

Prof.^a Dr.^a Roberta Candeia Gonçalves
(Orientadora)

Prof.^a Dr.^a Ana Paula Correia de Albuquerque da Costa
(Avaliadora)

Prof.^a Dr.^a Manuela Braga Galindo
(Avaliadora)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Adriano e Edith, que sempre prezaram pela minha educação e por serem os meus maiores incentivadores, devo a eles todas as conquistas acadêmicas, profissionais e pessoais já alcançadas. Todo o amor e apoio despendidos por vocês foram essenciais para que eu chegasse até aqui, vocês são a razão de tudo.

A minha família, por torcer pela minha felicidade e sucesso, em especial a minha irmã, Luísa, porque, apesar dos estresses diários, sei que ela estará sempre ao meu lado.

Ao meu namorado, Gabriel, que foi o melhor presente que o DCJ poderia me dar. Nos encontramos no início do curso, e, desde então, não nos desgradamos mais. Obrigada por ser a personificação de paciência, cuidado, carinho e amor em minha vida.

As minhas amigas, Aninha, Isa, Bianca e Larissa, por estarem sempre comigo, sei que estarão torcendo pelas minhas conquistas e minha felicidade como se fossem suas. Agradeço pela nossa cumplicidade e amor ao longo de tantos anos.

A todos os colegas e amigos que a universidade me proporcionou, vocês tornaram essa trajetória mais leve e prazerosa. Em especial, aos meus amigos queridos, Anne, Lorena, Luís, Paulo e Rebeca, que estiveram comigo desde o início, guardo com muito amor todas as nossas memórias juntos. Já sinto saudade das nossas manhãs no DCJ.

Aos meus amigos Jonas e João, que compartilharam comigo a experiência do intercâmbio e foram os meus companheiros até os últimos dias do curso, sou extremamente grata pela nossa amizade.

A todos os professores que marcaram minha vida, ensinando, inspirando e sendo exemplos de profissionais a serem seguidos. Especialmente, à minha orientadora, Dr. ^a Roberta Candeia, que fez despertar em mim o fascínio pelo Direito de Família e Direito das Sucessões através de excelentes aulas. Obrigada por toda atenção, direcionamento e carinho durante os últimos meses, foi de extrema importância para a conclusão deste trabalho.

RESUMO

A reprodução assistida *post mortem* já é realidade no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista a permissividade adotada pela doutrina, jurisprudência e normas administrativas. No entanto, não há lei específica que regule a reprodução assistida, gerando diversas controvérsias, dentre elas, a possibilidade de filiação e sucessão daquele oriundo de reprodução homóloga póstuma e, mais especificamente, qual a formalidade jurídica necessária para que a autorização para implantação de embriões *post mortem* produza os efeitos esperados diante de um panorama de ausência legislativa e correntes doutrinárias opostas. Dessa forma, através do método de abordagem qualitativo, utilizando-se de pesquisas bibliográficas, legislação vigente e análise jurisprudencial, o estudo se propõe a tratar da autorização para implantação de embriões *post mortem*, perpassando, inicialmente, pela decisão recente do STJ sobre o tema, na qual são levantados argumentos importantes, além de analisar, posteriormente, algumas posições doutrinárias sobre a questão. A discussão em torno da autorização faz-se necessária, pois é a existência da mesma que permite a ocorrência das técnicas de reprodução póstuma, bem como faz com que a realização desses procedimentos repercuta no Direito de Família e das Sucessões.

Palavras-chave: Reprodução humana assistida. Implantação de embrião *post mortem*. Autorização.

ABSTRACT

Post mortem assisted reproduction is already a reality in the Brazilian legal system, given the permissiveness adopted by doctrine, jurisprudence and administrative norms. However, there is no specific law that regulates assisted reproduction, generating several controversies, among them the possibility of affiliation and succession of that originating from posthumous homologous reproduction and, more specifically, what is the legal formality necessary for authorization to implant embryos post mortem produce the expected effects in the face of a lack of legislation and opposing doctrinal currents. Thus, through the qualitative approach method, using bibliographic research, current legislation and jurisprudential analysis, the study proposes to deal with the authorization for the implantation of post mortem embryos, initially passing through the recent decision of the STJ on the subject, in which important arguments are raised, in addition to later analyzing some doctrinal positions on the issue. The discussion around authorization is necessary, as it is its existence that allows the occurrence of posthumous reproduction techniques, as well as causing the realization of these procedures to have repercussions on Family and Inheritance Law.

Keywords: Assisted human reproduction. *Post mortem* embryo implantation. Authorization.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

REsp- Recurso Especial

CC/02- Código Civil, 2002

CF- Constituição Federal

CFM- Conselho Federal de Medicina

CNJ- Conselho Nacional de Justiça

CJF- Conselho de Justiça Federal

TJ- Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. DO DIREITO SUCESSÓRIO	10
2.1 Disposições Gerais Sobre o Direito das Sucessões	10
2.2 Princípios Próprios do Direito Sucessório	12
2.3 Da Sucessão Legítima.....	14
2.4 Sucessão Testamentária.....	16
3. DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS ORIUNDO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	19
3.1 Da Reprodução Humana Assistida	19
3.2 Princípios Aplicáveis à Reprodução Humana Assistida.....	22
3.3 Da Reprodução Homóloga <i>Post Mortem</i>	25
3.4 Teorias Acerca do Reconhecimento do Direito Sucessório dos Filhos Oriundos de Reprodução Assistida Homóloga <i>Post Mortem</i>	31
4. DA AUTORIZAÇÃO PARA IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES <i>POST MORTEM</i>	39
4.1 Do Recurso Especial 1.918.421/SP	39
4.2 Análise Acerca da Autorização a Partir do REsp 1.918.421/SP	46
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS	51

1. INTRODUÇÃO

A constante evolução e dinamismo da humanidade traz novos dilemas a serem enfrentados pela sociedade, especialmente pelo direito, dentre eles está a reprodução humana assistida *post mortem*.

A medicina evoluiu ao ponto de permitir a formação de uma nova vida, mesmo após a morte de um dos genitores, o que pode ser enxergado como uma oportunidade para a constituição de um projeto familiar não concretizado em vida, ou um problema jurídico a ser resolvido, dadas a imprecisão e a omissão legislativa relativas ao tema.

O Direito Sucessório trata de forma muito incipiente a sucessão dos filhos oriundos de técnicas de reprodução assistida homóloga *post mortem*, ou seja, situação em que ambos os cônjuges ou companheiros são pais biológicos, os quais precisaram recorrer à reprodução assistida em decorrência de infertilidade acometida por um dos cônjuges ou por ambos.

A fim de se alcançar respostas jurídicas contundentes acerca do direito à filiação e à sucessão daqueles concebidos através de técnicas homólogas *post mortem*, assim como a forma que a autorização deve se revestir para que a implantação de embriões póstuma seja possível, realizou-se uma pesquisa de natureza qualitativa, baseada no estudo bibliográfico e de análise de caso, objetivando conceituar e contextualizar a reprodução assistida *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro, bem como algumas consequências decorrentes desta técnica no Direito de Família e das Sucessões.

Além disso, pretende-se chegar à conclusão, a partir da análise de decisão recente do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.918.421/SP, referente a necessidade ou não de certas formalidades relacionadas a autorização deixada pelo *de cujus* para que haja a utilização de material biológico criopreservado pela esposa ou companheira.

Assim sendo, o primeiro capítulo disserta acerca das premissas básicas do Direito Sucessório, assim como os princípios aplicáveis à disciplina e à diferenciação entre sucessão testamentária e legítima. Essa discussão é necessária para que, no capítulo seguinte, seja possível aprofundar a questão de sucessão relacionada aos filhos oriundos de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*.

O segundo capítulo, a seu turno, inicia-se conceituando, de forma geral, a reprodução humana assistida, bem como suas técnicas e princípios. Posteriormente, discute-se a possibilidade, no ordenamento brasileiro, de reprodução póstuma e seus efeitos legais, findando na discussão doutrinária sobre possibilidade de sucessão daqueles oriundos dessa técnica, tendo em vista a existência de teorias conflitantes, uma defendendo a possibilidade de sucessão, enquanto outra defende a impossibilidade.

Por fim, o terceiro capítulo discute a autorização para implantação de embriões *post mortem* a partir do Recurso Especial 1.918.421/SP, essa decisão se reveste de grande importância por ser a primeira manifestação de uma Corte Superior sobre o tema. Analisam-se os argumentos levantados pelos Ministros em seus votos, pelas partes e pela doutrina.

2. DO DIREITO SUCESSÓRIO

O Direito Sucessório, ainda que de forma embrionária, está presente desde a antiguidade, e, desde então, vem se modificando para tutelar novas necessidades humanas, tais como as diversas constituições familiares, tutela de bens jurídicos imateriais, entre outros.

O direito de herança, reconhecido como direito fundamental pela Carta Magna, em suma, é a transmissão do patrimônio do falecido a seus herdeiros, caso existam, que objetiva amparar financeiramente familiares e/ou pessoas indicadas em testamento pelo falecido.

Faz-se necessário entender as premissas básicas relacionadas ao Direito Sucessório, tais como os princípios próprios da disciplina e as formas de suceder existentes no ordenamento jurídico brasileiro, para que se possa discutir e concluir como se manifesta a sucessão nos casos de reprodução assistida póstuma.

2.1 Disposições Gerais Sobre o Direito das Sucessões

Segundo Tartuce (2021, p. 18), o Direito das Sucessões tem como conteúdo as “transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido”.

Para Farias, Netto e Rosenvald (2019) a origem da palavra sucessão vem do latim *sucessio*, que traz consigo a ideia de substituição. Portanto, pode-se dizer que o Direito Sucessório é a substituição do sujeito de uma determinada relação jurídica por ato *causa mortis*.

No entanto, aquele que sucederá o *de cujus* não o fará em todas as suas relações jurídicas, a exemplo das obrigações personalíssimas, tendo que em vista que apenas as relações jurídicas patrimoniais admitem a substituição do sujeito original em virtude da morte do mesmo (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

Tem-se, portanto, a transmissão apenas das relações jurídicas patrimoniais, ou seja, dos direitos e deveres patrimoniais, esse conjunto de relações passíveis de sucessão é denominado herança (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019). Flávio

Tartuce (2021, p. 56) conceitua a herança como “o conjunto de bens, positivos e negativos, formado com o falecimento do *de cujus*”.

O art. 5º, XXX, da Carta Magna, ao tratar dos direitos fundamentais, garante o direito de herança, logo, se insere no rol das cláusulas pétreas. A herança decorre do direito à propriedade privada previsto constitucionalmente (art. 5º, XXII, CF/88), podendo ser conceituada como um bem jurídico indivisível, imóvel e universal. Assim, preceituam:

Formada a herança, com a transmissão do conjunto de relações patrimoniais pertencentes ao falecido, atribui-se a esse bem uma natureza imóvel, universal e indivisível, mesmo que formada somente por bens móveis, singulares e divisíveis (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 1969).

A imobilidade da herança, conforme Tartuce (2021), é uma ficção jurídica criada pelo art. 80, II, Código Civil, ao considerar imóveis para efeitos legais “o direito à sucessão aberta”. No que tange a indivisibilidade, o art. 1.791 do referido diploma legal dispõe que a herança “defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros”, até o momento da partilha, a herança será regulada pelas normas pertinentes ao condomínio.

É possível que o direito à sucessão seja excluído, nas hipóteses de renúncia, deserdação e indignidade, na primeira, a transmissão do patrimônio não ocorre por ato unilateral de vontade do herdeiro quando renuncia, formalmente, o seu direito. Enquanto na deserdação e na declaração de indignidade, a exclusão decorre de previsão legal (OLIVEIRA, 2004).

O artigo 1.814 do Código Civil enumera os casos em que o herdeiro ou legatário será excluído da sucessão por indignidade, nessas situações, a declaração de exclusão deve ser feita através de sentença:

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 (BRASIL, 2002).

A deserdação, por sua vez, é manifestada expressamente em testamento, sendo autorizada nas hipóteses previstas nos casos de indignidade (CC/02, art. 1.814), somadas as previsões do artigo 1.962 e 1.963 do Código Civil, os quais preveem injúria grave, ofensa física, relações ilícitas com afins do testador e desamparo do ascendente ou descendente em alienação mental ou grave enfermidade (OLIVEIRA, 2004; BRASIL, 2002).

Por fim, cabe mencionar que a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade, no art. 1.786 do Código Civil (BRASIL, 2002). A partir desse dispositivo, é possível dividir a sucessão em duas modalidades, as quais veremos posteriormente, são elas a sucessão legítima e a testamentária.

2.2 Princípios Próprios do Direito Sucessório

O princípio da *saisine* é consagrado no Código Civil, em seu art. 1.784, ao disciplinar que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. O princípio da *saisine* é considerado regra basilar do Direito das Sucessões (TARTUCE, 2021; BRASIL, 2002).

O *droit de saisine* tem origem no Direito medieval, em meados do século XIII, surgindo como forma de defender o servo herdeiro das imposições desarrazoadas impostas pelo senhorio. Nesta época, costumeiramente, o senhor feudal instituiu o pagamento de certa quantia aos herdeiros para que fossem autorizados a apropriar-se do patrimônio deixado pelo servo falecido (SILVA, 2013).

A expressão *saisine* tem origem no vocábulo latino “*sacire*”, que significa “apoderar-se”, “se imitar na posse”, “apropriar-se”. Assim, expressa a ideia de transmissão imediata dos bens do *de cujus* aos herdeiros, o patrimônio torna-se copropriedade dos herdeiros no momento da morte do autor da herança (SILVA, 2013).

O referido princípio leciona que o advento da morte do autor da herança tem como consequência a transferência automática e imediata de todo o seu patrimônio aos sucessores, sejam eles legítimos ou testamentários (TARTUCE, 2021).

A imediata transmissão da herança decorre de lei, razão pela qual opera-se sem a necessidade de qualquer manifestação dos sucessores, e, acontece antes

mesmo que saibam da ocorrência da morte do autor da herança (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p. 25), entendem o princípio da *saisine* como uma ficção jurídica a fim de “impedir que o patrimônio deixado fique sem titular, enquanto se aguarda a transferência definitiva dos bens aos sucessores do falecido”.

Conforme ensinamento de HIRONAKA (2003), eis a sequência lógica de acontecimentos conhecida como *droit de saisine*:

A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é conseqüente, é efeito da morte. Por força de ficção legal, coincidem em termos cronológicos, (1) presumindo a lei que o próprio de cujus investiu seus herdeiros (2) no domínio e na posse indireta (3) de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo (HIRONAKA, 2003, n.p).

Para além do efeito da imediata transmissão da herança, o princípio da *saisine* implica também em efeitos secundários decorrentes da morte do autor da herança, são eles: “i) fixação da norma jurídica disciplinadora da sucessão; ii) verificação da legitimação sucessória; iii) cálculo da legítima (porção indisponível do patrimônio do falecido)” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 1994).

O princípio da função social da sucessão ou da herança é decorrência do direito constitucional à propriedade privada, fundamento do Direito Sucessório. Segundo Farias, Netto e Rosenvald, “a transmissão patrimonial de alguém que faleceu gera a conservação das unidades econômicas em prol da proteção do seu núcleo familiar” (2019, p. 1974).

A função social da herança é constatada na medida em que permite que a riqueza do falecido seja distribuída entre os seus herdeiros, há, portanto, uma redistribuição do patrimônio deixado pelo *de cujus* (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021). A função social objetiva:

Dar um tratamento equânime a herdeiros do autor da herança, poupando-lhes da dupla tristeza da perda de seu ascendente imediatamente direto e também de benefícios potenciais que lhe seriam garantidos, se não tivesse ocorrido o falecimento daquele (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 27).

Assim, da mesma forma que a função social da herança decorre do direito à propriedade, a restrição à liberdade do testador quando há herdeiro necessário deflui

da função social, tendo em vista que o legislador pretende proteger os interesses dos demais sucessores (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

O princípio *non ultra vires hereditatis*, por sua vez, é previsto no art. 1.792 do Código Civil, ao dispor que o “herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”. A expressão “*non ultra vires hereditatis*” significa que as dívidas do falecido não podem ir além do conteúdo da herança (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021; BRASIL 2002).

A sucessão transmite tanto direitos quantos deveres aos sucessores. Nesse sentido, o princípio objetiva limitar o ônus decorrente da aceitação da herança, ao limitar a responsabilidade dos herdeiros em relação às obrigações do *de cujus* até o valor da herança deixada pelo mesmo (GONÇALVES, 2020).

Essa premissa de que as dívidas não podem ultrapassar o valor da herança é reforçada pelo art. 1.997 do Código Civil ao disciplinar que “a herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte que na herança lhe coube” (BRASIL, 2002).

Conforme Gagliano e Pamplona Filho, no ordenamento jurídico brasileiro, o herdeiro só responde pelas obrigações patrimoniais “*intra vires hereditatis* (dentro das forças da herança)”, de forma que não há mais confusão patrimonial entre o sucedido e sucessor (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 26).

2.3 Da Sucessão Legítima

A sucessão legítima pode ser chamada de testamento tácito ou sucessão *ab intestato* (quando inexistente testamento), é aquela que decorre de uma norma legal, na qual o legislador presume a vontade do falecido, instituindo um rol de legitimados a suceder, bem como a ordem de preferência para a sucessão (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

A sucessão legítima limita o poder do autor da herança para dispor do seu patrimônio quando houver herdeiro necessário, a fim de proteger a família (CF, art. 226). Assim, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor, em testamento, da metade da herança (CC/02, art. 1.789). Herdeiro legítimo é aquele indicado na lei, ao qual se transmite a totalidade ou a quota-parte da herança a que faz jus (TARTUCE, 2021; BRASIL, 1988; BRASIL, 2002).

O herdeiro legítimo divide-se em necessário ou facultativo, este, como o próprio nome sugere, pode ser excluído da sucessão por vontade do titular da herança, pois não é herdeiro obrigatório (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

O herdeiro necessário, por sua vez, é aquele que não pode, em regra, ser excluído da sucessão por vontade do titular do patrimônio, de modo que, caso haja herdeiro necessário, o testador não poderá dispor de mais de cinquenta por cento do seu patrimônio, tendo em vista a proteção à legítima. Os herdeiros necessários são elencados no art. 1.845 do Código Civil, são eles os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019; BRASIL, 2002).

A legítima é constituída pela metade do patrimônio líquido do *de cujus*, conforme o art. 1.846 do CC/02, “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.”. O art. 1.829 traz a ordem de preferência da concessão da herança:

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 (BRASIL, 2002).

A sucessão legítima tem caráter subsidiário em relação à sucessão testamentária, nos termos do art. 1.788 do Código Civil temos:

1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL, 2002).

Dessa forma, quando não houver testamento ou quando o testamento deixado for declarado inválido, a lei está encarregada de destinar esse patrimônio. Conforme Gonçalves (2020, p. 158), o testamento não tem o condão de excluir a sucessão legítima, “a sucessão testamentária pode com ela conviver, em havendo herdeiro necessário, a quem a lei assegura o direito à legítima, ou quando o testador dispõe apenas de parte de seus bens”.

Cabe destacar que o cálculo do valor da legítima, conforme enuncia o art. 1.847 do CC/02, é operado sobre o valor dos bens existentes na abertura da sucessão,

abatidas as dívidas e as despesas do funeral, adicionando-se, em seguida, o valor dos bens sujeitos a colação. A partir dessa disposição legal, tem-se que a legítima é constituída apenas do patrimônio líquido deixado pelo *de cuius*, após serem feitas todas as deduções necessárias (TARTUCE, 2021; BRASIL, 2002).

A sucessão legítima é a mais comum em nosso país, estima-se que apenas dois por cento da população brasileira elaborem testamento, ou seja, quase que a totalidade das sucessões brasileiras são realizadas através da legítima, e isso se deve a aspectos de ordem cultural, psicológica e jurídica. No plano jurídico, o legislador ao dispor sobre a legítima, conseguiu contemplar a vontade de grande parte das pessoas, de modo que elas não sentem a necessidade de realizar um testamento, pois a norma estabelecida satisfaz as suas pretensões (HIRONAKA, 2017).

2.4 Sucessão Testamentária

O Código Civil atesta, no art. 1.857, que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Existindo disposição testamentária, esta prevalece sobre a disposição da lei, privilegiando o desejo expresso do *de cuius*. Assim, há a limitação dos poderes do testador para dispor do seu patrimônio apenas em relação a legítima (OLIVEIRA, 2004; BRASIL, 2002).

Tem-se, portanto, que a sucessão testamentária decorre da vontade, manifestada em vida, do titular do patrimônio, privilegiando a autonomia privada do testador. A sucessão testamentária permite a instituição de herdeiros, sucessores universais, bem como de legatários, sucessores a título particular. Essa manifestação de vontade do falecido é realizada através do instrumento jurídico do testamento (GONÇALVES, 2020). O art. 1.858 do CC/02 caracteriza o testamento como ato personalíssimo, que pode ser alterado a qualquer tempo (BRASIL, 2002).

Conforme ensinamento de Flávio Tartuce (2021, p. 412), o testamento é “um negócio jurídico unilateral, personalíssimo e revogável pelo qual o testador faz disposições de caráter patrimonial ou extrapatrimonial, para depois de sua morte”. Trata-se do ato sucessório de exercício da autonomia privada por excelência.

Por ser ato personalíssimo, o testamento é privativo do autor da herança, sendo vedada a delegação dessa tarefa a terceiros, ainda que seja um procurador com poderes especiais para tal. Constitui-se como negócio jurídico unilateral por

considerar apenas a vontade do testador para a sua formação, há uma única manifestação de vontade (GONÇALVES, 2020).

O herdeiro testamentário pode ser qualquer pessoa escolhida pelo testador, ao qual é dedicada, por expressa manifestação de vontade, fração ideal do seu patrimônio, sem individualizar o bem a ser sucedido (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

No entanto, o CC/02 traz, no art. 1.801, uma limitação para que determinadas pessoas figurem como sucessoras ou legatárias:

Art. 1.801. Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários:

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento (BRASIL, 2002).

Essa restrição objetiva manter a lisura do testamento, o qual deve ser fruto da vontade livre, sem nenhuma ingerência. Dessa forma, “são proibidas de figurar como beneficiárias de um testamento algumas pessoas cuja situação pessoal poderia comprometer a integridade e a liberdade da própria declaração de vontade contida no testamento” (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019, p. 2004).

O Código traz ainda, no art. 1.802, uma previsão genérica de nulidade testamentária com o mesmo objetivo do artigo anterior, impedir manobras fraudulentas relativas ao testamento (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019):

Art. 1.802. São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa.

Parágrafo único. Presumem-se pessoas interpostas os ascendentes, os descendentes, os irmãos e o cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder (BRASIL, 2002).

Cabe mencionar que, nem todas as pessoas são aptas a testar, essa legitimidade para elaborar um testamento é chamada capacidade testamentária ativa. O art. 1.860 do CC/02 trata da capacidade ativa ao impor que “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento. Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos” (BRASIL, 2002).

O artigo seguinte ainda menciona a incapacidade superveniente e superveniência da capacidade ativa ao prever que “não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade”. Assim, o testamento elaborado por quem não tenha legitimidade para fazê-lo será nulo de pleno direito, sem qualquer possibilidade de validação posterior (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

Por fim, as disposições testamentárias são apresentadas ao longo de cento e trinta e três artigos do CC/02, elencando diversas formas de testamentos, assim como inúmeras formalidades a serem seguidas em cada uma delas para que a disposição de última vontade tenha validade jurídica e seja eficaz. Essa é uma das razões, além das mencionadas anteriormente, pela qual o brasileiro, não costuma dispor em testamento da parte disponível do seu patrimônio (HIRONAKA, 2017). Nesse sentido:

As formalidades que cercam a facção dos testamentos, sejam eles públicos, particulares ou cerrados – para falar apenas dos que têm uso mais corrente –, são tantas e de tanto preciosismo que esta bem pode ser também uma causa a afastar de nós, brasileiros, a decisão de testar (HIRONAKA, 2017, p. 419).

3. DO DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS ORIUNDO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Em notícia veiculada pela Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida (SBRA), dados do 13º relatório do SisEmbryo – Sistema Nacional de Produção de Embriões, publicado no mês de maio de 2020 pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), apontam o protagonismo do Brasil em relação aos procedimentos de reprodução humana assistida e apontam o crescimento da confiança das pessoas nessas técnicas.

Ainda, de acordo com os dados coletados no 13º relatório do SisEmbryo, os percentuais de congelamento de embriões humanos para uso em técnicas de reprodução assistida vêm aumentando com o passar dos anos. Foi constatado, por exemplo, que no ano de 2019, foram congelados 99.112 embriões em 157 clínicas cadastradas na Anvisa, o que corresponde a 85,8% das clínicas constantes no cadastro, constatando-se um aumento de 11,6% em relação ao que foi congelado no ano de 2018, 88.776 embriões.

Assim, faz-se necessário entender as premissas básicas relacionadas à reprodução humana assistida, especialmente acerca da reprodução assistida póstuma, para se chegar a uma conclusão quanto a questão sucessória daqueles gerados através da técnica de fertilização *in vitro* homóloga *post mortem*.

3.1 Da Reprodução Humana Assistida

A família, conforme disposição constitucional do art. 226, é a base da sociedade, e merece especial proteção do Estado. Farias, Netto e Rosenvald (2019, p. 1693) vislumbram a família como a primeira instituição social, conceituando-a como “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”.

A constituição de uma prole biológica pode ocorrer naturalmente, através da relação sexual, ou, a partir de técnicas de reprodução humana assistida. Em regra, opta-se por alguma das técnicas de reprodução assistida quando o casal ou pessoa solteira tem dificuldades ou não conseguem procriar de forma natural, e os motivos são diversos, como, por exemplo, a escassez de espermatozoides, a impotência

sexual, a ovulação insuficiente ou até mesmo a falta de um parceiro para concretizar o projeto familiar (MORAES, 2019).

A reprodução humana assistida consiste em gerar um novo ser através de técnicas artificiais, ou seja, é o “conjunto de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana” (RODRIGUES JUNIOR; BORGES, 2008, p. 228).

As técnicas de reprodução humana assistida surgem com o objetivo de superar a infertilidade humana por meio do avanço do conhecimento médico científico. Segundo Gama (2017. p. 39), essas técnicas de reprodução artificial “são utilizadas como mecanismos de facilitação para que possa ocorrer o processo biológico de fecundação, com posterior gravidez e nascimento da criança que determinadas famílias não teriam se não fosse o acesso às referidas técnicas”.

De acordo com o Conselho Federal de Medicina (CFM), Resolução nº 2.294/21, as técnicas de reprodução assistida (RA) funcionam como auxiliares no processo de procriação, podendo ser utilizadas sempre que houver possibilidade de sucesso e baixa probabilidade de risco grave à saúde do paciente ou possível descendente.

A referida Resolução estabelece padrão ético a ser seguido pelos médicos quando da utilização de técnicas de reprodução humana assistida, e foi publicada em maio de 2021, revogando as disposições trazidas pela Resolução CFM nº 2.168/17, em vigor anteriormente (TARTUCE, 2021).

As principais alterações trazidas pela nova Resolução dizem respeito ao número de embriões implantados a depender da idade e alteração da faixa etária para a doação de gametas. Quanto ao número de embriões, a previsão atual possibilita a transferência de dois embriões em mulheres de até trinta e sete anos, após essa idade só será permitida a transferência de três embriões (TARTUCE, 2021).

A Resolução anterior, no entanto, previa o seguinte: “a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões”. Percebe-se, portanto, que o número máximo de embriões a serem transferidos diminuiu de quatro para três (TARTUCE, 2021, n.p).

No que diz respeito a idade limite para doação de gametas, a Resolução nº 2.294/21 alterou a idade, para mulheres, de trinta e sete para trinta e cinco anos, e

para homens, de cinquenta para quarenta e cinco anos, resultando em redução significativa na idade limite.

A resolução limita a submissão das mulheres as técnicas de RA a idade máxima de cinquenta anos, devendo as exceções a esse limite serem fundamentadas pelo médico responsável, após serem prestados os esclarecimentos necessários sobre os riscos aos quais a paciente estará sujeita.

Cabe ressaltar, ainda, que a referida resolução traz, expressamente, a permissão de utilização das técnicas de reprodução assistida para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros. Assim, ficam asseguradas às famílias monoparentais, aos casais não unidos pelo casamento civil e aos homossexuais a igualdade de direitos reprodutivos em relação aos casais heterossexuais e famílias tradicionais para dispor das técnicas de reprodução assistida.

Existem diversas técnicas para a realização da reprodução humana assistida, dentre elas estão a gestação de substituição, a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*. A gestação de substituição, popularmente conhecida como "barriga de aluguel", ocorre quando uma mulher cede o seu útero para gestar um filho de outro casal, no entanto, é necessário que essa gestação por substituição não tenha caráter lucrativo ou comercial, tendo em vista a vedação no ordenamento jurídico brasileiro (MORAES, 2019, p. 80).

No que tange respeito a gestação de substituição, o CFM, na Resolução nº 2.294/21, VII, estabelece que essa técnica só pode ser utilizada quando existir "problema médico que impeça ou contraindique a gestação, ou em caso de união homoafetiva, ou de pessoa solteira". Ainda há restrição quanto à cedente temporária do útero, a qual deve ter pelo menos um filho vivo e pertencer à família de um dos cônjuges através de laços consanguíneos, até quarto grau. Demais casos deverão ser avaliados pelo Conselho Regional de Medicina.

A fertilização *in vitro* ou ectogênese é realizada através da técnica de transferência intratubária de zigotos (ZIFT), tem-se, portanto, a manipulação dos gametas masculinos e femininos, espermatozoides e óvulos, respectivamente, fora do corpo da mulher em que irá ser implantado posteriormente o embrião. A fecundação ocorre em laboratório, razão pela qual os nascidos oriundos dessa técnica são popularmente conhecidos como bebês de proveta (DINIZ, 2017).

Na inseminação artificial ou fertilização *in vivo*, por sua vez, a técnica utilizada é transferência intratubária de gametas (GIFT), ou seja, há a introdução do gameta masculino diretamente na cavidade uterina da mulher, sem que haja nenhuma manipulação de óvulo ou embrião, externa ao seu corpo (DINIZ, 2017).

Tanto na fertilização *in vitro*, quanto na inseminação artificial é possível que a reprodução seja homóloga ou heteróloga, a depender da origem do material biológico utilizado.

A reprodução homóloga ocorre quando o material genético utilizado para a realização do procedimento é do próprio casal que pretende ter filhos, não há a doação de gametas de terceiros, ou seja, caso a fertilização ou inseminação seja bem sucedida, a maternidade e paternidade biológica irão coincidir com a legal (MORAES, 2019, p. 80).

Em sentido contrário, a fertilização *in vitro* heteróloga se configura quando os gametas utilizados não pertencem ao casal que será beneficiado, seja parcial ou totalmente, tendo em vista que o material genético utilizado para fertilização pode ser de apenas um dos cônjuges ou pode ser inteiramente doado por terceiros (MORAES, 2019, p. 80).

A reprodução assistida homóloga, a qual trataremos posteriormente ao dissertar sobre a utilização dessa técnica nos casos de inseminação ou fertilização *post mortem*, ou seja, após a morte do doador, em regra, não produz grandes problemas ético-jurídicos, tendo em vista que se aproxima bastante do modelo clássico de parentalidade decorrente da reprodução biológica natural e pressupõe a existência de um vínculo jurídico de natureza familiar entre aqueles casais que buscam as técnicas de reprodução humana assistida, seja através do casamento ou da união estável. (REIS, s. d)

3.2 Princípios Aplicáveis à Reprodução Humana Assistida

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, previsto no art. 1º, III, da CF, aplicável a todos os ramos do Direito, incluído o Direito de Família, tendo em vista a sua importância (BRASIL, 1988).

A Dignidade da Pessoa Humana é, portanto, o princípio norteador de todo o sistema jurídico brasileiro, e está relacionado às condições básicas necessárias para

que se possa viver com dignidade e para que sejam garantidas condições para o seu desenvolvimento, sendo vedado qualquer ato que pretenda objetificar ou coisificar a pessoa (MORAES, 2019).

Consoante Paulo Lôbo (2021, p. 27), a Dignidade da Pessoa Humana é o “núcleo existencial comum a todas as pessoas humanas”, impondo-se a todos o dever de respeitar, proteger e promover. A família, tutelada pela CF/88, tem por objetivo promover o desenvolvimento da dignidade das pessoas que a integram, não sendo apenas um fim em si mesmo, razão pela qual não deve sofrer ingerências por parte do Estado e da sociedade (BRASIL, 1988).

O Princípio da Responsabilidade Parental, por sua vez, pode ser entendido como a “responsabilidade pela promoção dos outros integrantes das relações familiares, e, pela realização de atos que assegurem as condições de vida digna das atuais e futuras gerações” (LÔBO, 2021, p. 33).

Nesse sentido, a Constituição da República, art. 227, *caput*, impõe a família, a sociedade e ao Estado o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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, bem como, salva guardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Ademais, o art. 229 da Carta Magna, preceitua o dever dos pais de “assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade” (BRASIL, 1988).

Outra manifestação do Princípio da Responsabilidade Parental no nosso ordenamento, por exemplo, é a Lei 12.318/10, a qual dispõe sobre a alienação parental com vistas a reprimir a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda, ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (art. 2º) (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

O Princípio do Planejamento Familiar, previsto no art. 226, §7º da Carta Magna e no art. 1.565, § 2º do Código Civil, decorre das premissas da Dignidade da Pessoa Humana, e, da paternidade responsável, e reforça a possibilidade de utilização de técnicas de reprodução *post mortem*, pois declara o direito dos pais de escolherem a

melhor forma para construir e conduzir a família. Nos termos constitucionais, temos que:

§ 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 (BRASIL, 1988).

Assim, objetivando regulamentar o §7º do art. 226 da Constituição Federal, a Lei nº 9.236/96 reafirma em seu art. 1º o direito de todo cidadão ao planejamento familiar, o qual deve garantir, no tocante à regulação da fecundidade, “direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.” O art. 9º da referida lei preceitua, ainda, que “serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (BRASIL, 1988).

Ainda, no tocante ao planejamento familiar e a autonomia da vontade, tem-se a emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3510/DF de relatoria do Min. Ayres Britto, *in verbis*:

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "*in vitro*" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "*in vitro*". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226).

Albuquerque Filho (2006, p. 9) defende o direito reprodutivo como direito fundamental, nesse sentido:

O direito à reprodução é reconhecido como direito fundamental, embora não absoluto, assim como os demais direitos fundamentais, no entanto, dentro da perspectiva do planejamento familiar, no campo da saúde relacionado à sexualidade e à procriação, é livre a decisão do casal.

O planejamento familiar é uma das expressões da autonomia da vontade no Direito de Família, seja em relação à concepção, como o direito concedido àqueles que desejam se submeter a técnicas de reprodução humana assistida, ou a contracepção (LÔBO, 2021).

Ainda, conforme Paulo Lôbo (2021, p. 101), o Princípio do Planejamento Familiar “de origem governamental, é dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”.

Segundo Maria Helena Diniz (2017), todos os seres humanos têm direito ao exercício da sua autonomia da vontade, assim como todos têm o dever de respeitar as decisões e ações tomadas por aquele que a exerce. Essa consagração à autodeterminação está fundamentada no Princípio da Dignidade Humana.

3.3 Da Reprodução Homóloga *Post Mortem*

A partir da breve conceituação acerca das técnicas de reprodução humana assistida, trataremos mais especificamente da hipótese de fertilização e inseminação homóloga *post mortem* ou póstuma, que se configura com a utilização de óvulos, espermatozoides ou embriões que tenham sido, previamente, criopreservados com o intuito de viabilizar uma gravidez após o falecimento de um dos cônjuges.

Diversos projetos de lei sobre o tema da reprodução humana assistida tramitam no Congresso Nacional, mas, até o momento, não temos nenhuma legislação específica disciplinando o assunto, tendo em vista que nenhum deles chegou a termo. Desde 1997, os projetos de lei foram sendo apensados uns aos outros, atualmente, vinte e um projetos de lei encontram-se apensados ao PL 1184/2003 (SANTIAGO, 2020).

Dentre os projetos citados, o Projeto de Lei nº 115/15, de autoria do deputado federal Juscelino Rezende Filho, é de suma importância pois pretende instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, com o objetivo de regular as técnicas de reprodução humana assistida e os efeitos sociais que decorrem da sua utilização. O referido projeto traz diversos dispositivos importantes, no entanto, citaremos apenas aqueles mais pertinentes à abordagem deste trabalho.

O Projeto de Lei nº 115/15 traz, expressamente, a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, desde que haja manifestação específica em vida, bem como especifica algumas formalidades para que essa permissão seja válida. Ademais, estabelece no art. 49 que a filiação *post mortem* “se estabelecerá para todos os efeitos jurídicos oriundos de uma relação paterno-filial”, garantindo-se os mesmos direitos e deveres àqueles concebidos através de técnicas de reprodução humana assistida, sendo vedada qualquer tipo de discriminação entre os filhos.

No entanto, apesar de ainda não haver legislação específica dispondo sobre o tema, especialmente em relação à reprodução homóloga *post mortem*, é possível concluir, através de princípios constitucionais, normas esparsas e jurisprudência pátria, pela possibilidade de sua ocorrência.

O Conselho Federal de Medicina traz normas éticas a serem seguidas pelos profissionais da medicina quando da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, as quais figuram como diretrizes e recomendações que vêm sendo acolhidas pelo Poder Judiciário ante a falta de previsão legal sobre o tema. Assim, o Conselho Federal de Medicina, ao tratar das técnicas de reprodução assistida, na Resolução de nº 2.294/2021, dispõe que “é permitida a reprodução assistida post-mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.

Dispõe no mesmo sentido o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal (CJF), aprovado durante a I Jornada de Direito Civil, acrescentando outro requisito para que seja presumida a paternidade do marido falecido. Para além da autorização prévia já mencionada, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do *de cujus*, esteja na condição de viúva, haja vista que a contração de novas núpcias altera a presunção de paternidade.

Durante VIII Jornada de Direito Civil, o Conselho da Justiça Federal corrobora o entendimento anterior ao aprovar o Enunciado 633, o qual disciplina ser possível ao cônjuge, ou ao companheiro sobrevivente “o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma - por meio da maternidade de substituição, desde que haja expreso consentimento manifestado, em vida, pela sua esposa ou companheira”.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama faz uma ressalva em relação a necessidade de haver uma relação familiar entre os genitores para que seja considerada como reprodução assistida *post mortem*:

O vínculo exigido, entre a pessoa que faleceu e aquela que irá dar continuidade ao projeto parental, deverá ser da relação familiar, ou seja, do cônjuge ou companheiro, para que seja viabilizado o acesso à técnica de reprodução assistida póstuma. Nos casos em que não exista esse vínculo, será formada uma família monoparental e utilizada apenas uma das técnicas reprodutivas, mas essa não será considerada como reprodução assistida póstuma (GAMA, 2017, p. 54).

A jurisprudência pátria reconhece a permissividade da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, inclusive em relação a reprodução *post mortem*, bem como, elenca os Princípios do Planejamento Familiar e da autonomia da vontade para fundamentar esse entendimento. Nestes termos, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ):

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.

(...) 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.

(...) 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.

(...) 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. (...)

(REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021, grifo do autor).

A criopreservação do material biológico realizada em vida pelo *de cujus* pressupõe o desejo do mesmo de ter filhos, ou seja, a reprodução *post mortem* é a efetivação do direito ao planejamento familiar.

Portanto, a reprodução homóloga *post mortem* é legítima por figurar como expressão do direito constitucional ao planejamento familiar, além de pretender concretizar íntimo desejo do *de cujus* idealizado em vida e não concretizado por razões alheias a sua vontade, conforme ensina Maria Berenice Dias:

não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem* (DIAS, 2021, p. 117).

No que tange à filiação, ao passo que o ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de que o cônjuge sobrevivente utilize embriões criopreservados, consequentemente, está admitindo-se o direito à filiação desses embriões.

Segundo Farias, Netto e Rosenvald (2019), a filiação é a relação de parentesco estabelecida em linha reta, entre pessoas que estão no primeiro grau, essa relação pode ser estabelecida através da consanguinidade, seja através de relação sexual ou das técnicas de reprodução assistida, ou da afetividade, como a adoção. Corroborando esse entendimento, o CC/02 disciplina, no art. 1.593, que o parentesco pode ser natural ou civil, conforme sua origem (BRASIL, 2002).

Maria Fernanda Rebello Horta defende que o direito à filiação é direito de todos, e que o seu não reconhecimento impacta a saúde das crianças e adolescentes que tiveram esse direito negado:

Toda e qualquer criança tem direito à filiação e ao reconhecimento de sua paternidade, mesmo tendo o seu pai (ou mãe) já falecido ao tempo de seu nascimento, de sua implantação no útero da mãe ou até mesmo de sua concepção. O não reconhecimento da filiação fere, em primeiro plano, o princípio da dignidade da pessoa humana, no que diz respeito à integridade psicofísica da criança (HORTA, 2008, p. 53).

O reconhecimento da filiação está intimamente ligado ao princípio do melhor interesse da criança ao primar pelos direitos da criança e do adolescente. A Convenção Internacional dos Direitos da Criança, realizada pela Organização das Nações Unidas (ONU), ocorrida no ano 1989, passa a integrar o Direito Brasileiro interno a partir da sua ratificação em setembro de 1990.

A referida Convenção estabelece no art. 3, 1, que todas as ações relacionadas à criança e ao adolescente sejam “levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

A partir do princípio do melhor interesse da criança ocorreu uma inversão de prioridades nas relações familiares, antes o pátrio poder existia em função do pai ou do patriarca da família, ao passo que, agora o poder familiar existe em prol do interesse da criança e do adolescente (LÔBO, 2021).

De acordo com Paulo Lôbo (2021, p. 36), o referido princípio “não é uma recomendação ética, mas norma determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”. Ainda segundo Luiz Edson Fachin (1996, p. 125), o princípio do melhor interesse da criança é “critério significativo na decisão e na aplicação da lei”, tutelando-se os filhos como prioridade.

O art. 227, § 6º da Constituição Federal corrobora esse entendimento ao prever o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, vedando qualquer discriminação relativa à filiação, sejam 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”. O art. 1.596. do CC/02 traz exatamente a mesma previsão legal no capítulo acerca da filiação (BRASIL, 1988; BRASIL, 2002).

No mesmo sentido, a Lei nº 8.069/90, conhecida como Estatuto Criança e do Adolescente (ECA), em seu artigo 20, estabelece que “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”.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho entende que o sistema jurídico brasileiro, ao consagrar o princípio constitucional da igualdade jurídica entre os filhos, independente da situação dos genitores, não prevê nenhuma exceção ao referido princípio:

nos termos do artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante fecundação artificial *post mortem*. Tal situação não encontra guarida constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (FILHO, 2006, p.7).

Há, ainda, a presunção legal de paternidade trazida pelo art. 1.597, III, do CC/02 em que se presumem concebidos na emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. O inciso V do referido dispositivo legal, ainda menciona como concebidos no casamento os havidos por inseminação heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido (BRASIL, 2002).

De acordo com o Enunciado 105 do CJP, I Jornada de Direito Civil, “as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

A filiação é comprovada, conforme o art. 1.603 do CC/02, através da certidão de nascimento registrada no Registro Civil. Acerca do registro civil de pessoas naturais, o Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dispõe sobre o registro de nascimento e a emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019).

Nesse sentido, o art. 17, §2º do Provimento, ao tratar dos documentos indispensáveis para o registro, faz menção aos documentos necessários nas “hipóteses de reprodução assistida *post mortem*”. Tem-se demonstrado, portanto, o

reconhecimento da filiação daqueles havidos após o falecimento de um dos genitores, tendo em vista a prova da filiação.

Segundo Albuquerque Filho, não há qualquer situação no ordenamento jurídico brasileiro que impossibilite o reconhecimento da filiação, logo:

não é o fato da pré-morte de um dos genitores que vai afastar aprioristicamente o direito do nascido, mediante inseminação artificial póstuma, de ter consignado em sua certidão originária o nome dos pais, embora eventualmente um já esteja falecido (FILHO, 2006, p. 8).

Assim, pode-se concluir que aquele concebido por inseminação homóloga *post mortem* é considerado filho, haja vista que a concepção homóloga consiste na manipulação de gametas do próprio casal. No entanto, há que se discutir, quanto à fecundação *post mortem*, a necessidade de prévia autorização do *de cujus* e a sua forma, tendo em vista que a legislação vigente silencia sobre essa questão.

3.4 Teorias Acerca do Reconhecimento do Direito Sucessório dos Filhos Oriundos de Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem*

É pacífico o entendimento de que é permitida a reprodução humana assistida *post mortem*, conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/21. No que tange à filiação, também resta comprovado, através da interpretação sistêmica de normas, doutrina e jurisprudência, que aquele concebido por inseminação homóloga *post mortem* é considerado filho.

No entanto, a questão sucessória dos filhos oriundos de reprodução assistida homóloga *post mortem* ainda traz muitas controvérsias. Há que se discutir, portanto, sobre a possibilidade do direito à sucessão dos filhos oriundos de técnicas de reprodução homóloga *post mortem*, ou seja, se a transmissão de direitos e deveres ocasionadas pela morte de um dos genitores poderá alcançar esses indivíduos, tendo em vista que estamos diante de filhos biológicos e legais do *de cujus*.

Dada a omissão legislativa relativa ao tema, surgem duas teorias doutrinárias bem contrapostas, uma defendendo a possibilidade de sucessão, enquanto outra defende a total exclusão dos direitos sucessórios. Dentre aqueles que defendem a possibilidade de sucessão, há quem defenda a ampla legitimidade para sucessão, ou seja, legitimidade para sucessão legítima e testamentária, bem como há doutrinadores

que advogam apenas a possibilidade jurídica de reconhecimento da legitimidade para participar da sucessão testamentária.

Filiam-se a teoria que defende a impossibilidade total de sucessão os juristas Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio de Salvo Venosa, Eduardo de Oliveira Leite, Jussara Maria Leal Meirelles, entre outros. Por sua vez, filiam-se a corrente que apoia a possibilidade de sucessão aos filhos oriundos de reprodução assistida homóloga *post mortem*, Maria Berenice Dias, Maria Helena Diniz, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Paulo Lôbo, Carlos Roberto Gonçalves, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Carlos Alexandre Moraes, entre outros.

Um dos argumentos utilizados pela corrente que defende a impossibilidade de sucessão dos filhos gerados por fertilização artificial *post mortem* parte da redação do art. 1.798 do CC/02, segundo o qual são legitimados a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Assim, em princípio, não haveria que se falar no direito sucessório daquele filho concebido através de técnicas de reprodução assistida *post mortem* (BRASIL, 2002).

A abertura da sucessão ocorre no momento da morte do autor da herança, e nesse momento todos os seus bens são transferidos aos herdeiros. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (BRASIL, 2002, art. 1.784).

Tem-se, portanto, o princípio da coexistência, segundo o qual o sucessor do *de cujus* deve estar vivo ou concebido no momento da morte do titular da herança. O princípio da coexistência almeja a segurança jurídica, que ficaria comprometida com a possibilidade do reconhecimento do direito à sucessão de um filho concebido por técnicas de reprodução assistida *post mortem* por trazer incertezas para os herdeiros, bem como para os credores desses herdeiros (LÔBO, 2021).

Em relação aos filhos nascidos ou concebidos após a morte de um dos genitores, Paulo Lôbo (2021, p. 52) faz uma comparação com o herdeiro pré-morto, que “também não herda, pois inexistente no momento da abertura da sucessão; nas hipóteses de direito de representação, herda-se por direito próprio e não como substituto do pré-morto”.

Paulo Lôbo (2021) defende, ainda, que apenas na hipótese do *de cujus* ter deixado testamento com disposição expressa no sentido de admitir a sucessão *post*

mortem, o filho oriundo de técnicas de reprodução homóloga póstuma seria considerado herdeiro testamentário, tendo em vista o princípio da autonomia privada do testador.

Tem entendimento contrário Eduardo de Oliveira Leite e Jussara Maria Leal Meirelles, ao invocar o art. 1.799, I, do Código Civil que prevê que podem ser chamados a suceder na sucessão testamentária os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Assim, alegam que o filho concebido por fertilização *in vitro post mortem* não pode figurar sequer como herdeiro testamentário, apoiando-se na teoria natalista (MORAES, 2019; BRASIL, 2002).

O instituto da prole eventual ou da pessoa futura, a que alude o art. 1.799, I, do CC/02, refere-se ao filho ainda não concebido, também chamado de concepturo, de pessoa indicada no testamento *do cujus*. Cabe destacar ainda que a pessoa indicada pelo testador deve estar viva quando for aberta a sucessão (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019; BRASIL, 2002).

De acordo com Meirelles (2000, p. 78-79), o instituto da prole eventual, não se aplica ao caso, tendo em vista o seguinte:

o dispositivo não abrange o ser nascido posteriormente em consequência de criopreservação de gametas do próprio testador, eis que a lei prevê a designação de filhos de outras pessoas. E em relação aos embriões já concebidos e mantidos em laboratórios, a disposição testamentária relativa à prole eventual também não os atingiria, porquanto já concebidos e também porque a situação sucessória permaneceria indefinida e, o que parece pior, a definir-se segundo a vontade dos indigitados pais do beneficiário a nascer.

Cabe mencionar, no entanto, que, quando da elaboração do Código Civil, no ano de 2002, não se imaginava a possibilidade de reprodução *post mortem*, razão que justificaria a inexistência de previsão legal sobre prole eventual do próprio testador.

Sílvia de Salvo Venosa (2021, p. 242), apoiando-se na redação do art. 1.799, I, do CC/02 entende que “os filhos concebidos, *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros”.

A posição adotada por Maria Helena Diniz (2017) é ainda mais restrita que a dos demais doutrinadores, por não reconhecer sequer a presunção daquele havido por inseminação homóloga como na constância do casamento, logo, não reconhece também a filiação destes.

Quanto à legitimação para suceder, entende não ser possível a sucessão legítima, pois foi concebido após a morte do seu progenitor. Todavia, poderia figurar como herdeiro testamentário, desde que haja uma manifestação escrita inequívoca em instrumento público ou testamento do pai nesse sentido. Nesse caso, “abrir-se-ia a sucessão a prole eventual do próprio testador, advinda da inseminação artificial *post mortem*” (DINIZ, 2017, p. 720). Não há, portanto, o reconhecimento de uma legitimidade de sucessão autônoma, e sim uma aplicação analógica das regras aplicáveis à prole eventual.

Nos ensinamentos de Caio Mário (2020), o art. 1.597 tem uma redação infeliz, tendo em vista que, ocorrendo a concepção, através de técnicas artificiais de reprodução, depois da morte do pai, não há como presumir que ela ocorreu na constância do casamento, haja vista que a morte de um dos cônjuges leva a dissolução desse vínculo jurídico. Trata-se, portanto, de verdadeira ficção jurídica, e não uma presunção.

No entanto, em discordância ao que entende o autor, vale mencionar que, a presunção de filiação contida no referido artigo sequer seria necessária, uma vez que a filiação biológica daqueles concebidos através de técnicas homólogas de reprodução assistida é prova factual da filiação, não se tratando de mera presunção, ainda menos de “ficção jurídica”.

No que diz respeito à coexistência, vale ressaltar a previsão do Enunciado 267 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, ao dispor que o sentido de concebido, previsto no art. 1.798 do CC/02, deve ser estendido aqueles concebidos *post mortem*, nestes termos:

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.

Por outro lado, existem argumentos relevantes que sustentam a possibilidade de sucessão nesses casos, como o princípio da igualdade entre os filhos previsto constitucionalmente no art. 227, §6º, que segundo Moraes (2019, p. 95) os filhos “não podem sofrer tratamento diferenciado se nasceram antes ou depois da morte de seus genitores”.

Carlos Roberto Gonçalves (2020), ao defender a possibilidade de sucessão, invoca o princípio constitucional da igualdade de direitos entre os filhos e a presunção de que filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido, são concebidos na constância do casamento.

Ao se permitir a utilização de técnicas de reprodução assistida *post mortem*, o vínculo da filiação é constituído, assim como todos os efeitos decorrentes desse vínculo, incluído o direito de suceder o pai falecido (HIRONAKA, 2008).

Assim sendo, não subsistiria razão para excluir o direito de suceder aos filhos resultantes de reprodução homóloga *post mortem*. Gonçalves (2020, p. 75) leciona que “entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal”.

Carlos Alexandre Moraes (2019), por sua vez, ao defender o direito de sucessão do filho havido por inseminação *post mortem*, busca refletir sobre o objetivo do casal ao congelar gametas ou embriões, que, segundo ele, não pode ser outro além da aspiração à maternidade e à paternidade. Portanto, não haveria motivo para excluir esse filho da linha sucessória, considerando ainda o sofrimento desse filho por não ter um dos genitores vivos.

Cabe mencionar que, a Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.294/21, disciplina que os pacientes, ao se submeterem a criopreservação de embriões, “devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los”. De forma que, caso um dos pacientes não admita a reprodução póstuma, deixariam expressa a vontade de que não fosse utilizado o material criopreservado em fecundação futura.

Guilherme Calmon (2017, p.117), entendendo legítima a reprodução póstuma, afirma ser necessário fazer a interpretação do art. 1.798 considerando “o preceito para os casos de crianças geradas a partir de embriões formados e daqueles a formar”, de forma a possibilitar, portanto, a capacidade sucessória daquele advindo de técnicas de reprodução *post mortem*. Para o autor, é possível apenas a sucessão testamentária, na qual o *de cujus* irá reservar bens em legado ou indicar por ideal seu patrimônio para o filho que será gerado após a sua morte, através de técnicas de reprodução assistida.

Há que se ponderar, com cautela, a negativa de figurar na linha sucessória o filho oriundo de inseminação artificial homóloga *post mortem*, tendo em vista os princípios constitucionais do direito ao planejamento e o da liberdade atrelado a utilização dessa técnica, devendo se reconhecer iguais direitos no âmbito do Direito de Família e das Sucessões ao mesmo (ALBUQUERQUE FILHO, 2006).

Ademais, o não reconhecimento dos direitos sucessórios a esses filhos sob a justificativa de preservar a segurança jurídica e o interesse dos demais herdeiros não se sustenta, visto que a segurança no procedimento de sucessão é, por excelência, relativa, dada a possibilidade de surgir a qualquer momento um novo herdeiro, um filho desconhecido, o que alteraria significativamente a vocação hereditária (ALBUQUERQUE FILHO, 2006).

A petição de herança, nos termos do art. 1.824 do Código Civil, corrobora com a ideia de que a segurança jurídica de qualquer sucessão é relativa ao prever que “o herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua” (ALBUQUERQUE FILHO, 2006; BRASIL, 2002).

Assim, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (2006, p. 23) defende amplos efeitos sucessórios decorrentes da inseminação *post mortem*, não os restringindo apenas à sucessão testamentária. Segundo ele, “a possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno”.

Maria Berenice Dias (2021), por sua vez, entende que há a possibilidade de o filho fruto de reprodução humana assistida, homóloga ou heteróloga, ser herdeiro testamentário, desde que nasça até dois anos após a abertura da sucessão, em conformidade com o que dispõe o art. 1.800, §4º do Código Civil, ao disciplinar que:

Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (BRASIL, 2002).

Gagliano e Pamplona Filho (2021) entendem em sentido semelhante, logo, reconhecem a sucessão testamentária, apenas em relação a reprodução homóloga,

e desde que o embrião seja implantado no prazo de até dois anos. Decorrido esse prazo, permanece a filiação, mas não o direito à sucessão.

Para eles, a possibilidade de sucessão testamentária póstuma apoia-se no princípio do respeito à vontade manifestada. Assim sendo, prelecionam o seguinte: “o sentido de admitir a produção de efeitos *post mortem* em relação a determinado patrimônio está justamente no respeito à manifestação da declaração de vontade do seu titular originário” (GIGLIANO; PAMPLONA, 2021, p. 28).

Isto posto, entendo que a doutrina brasileira se inclina no sentido de permitir a legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos homólogos de reprodução assistida *post mortem*, ainda que grande parte não admita a sucessão legítima, há ao menos o reconhecimento da sucessão testamentária.

No que diz respeito à jurisprudência pátria acerca do assunto, em decisão já mencionada, o STJ ao decidir sobre o REsp 1918421/SP, reconhece os efeitos sucessórios daqueles filhos oriundos de técnicas de reprodução assistida póstuma, *in verbis*:

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 (REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021).

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que regulamenta o Código Civil, em seu art. 4º, dispõe que em caso de omissão legislativa, “o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. O artigo em questão traz os métodos de integração do direito tendo em vista que o juiz, conforme o art. 140 do Código de Processo Civil, não pode se eximir de decidir o caso concreto alegando lacuna legal.

Nesse caso, fica claro que estamos diante de omissão da lei quanto ao tema da reprodução assistida *post mortem*, especialmente no que tange à questão sucessória, logo, deve-se aplicar os princípios constitucionais mencionados, a fim de solucionar, por hora, essas questões. Além disso, ainda que surja lei disciplinando o tema, a Constituição Federal deve servir de norte para essa regulamentação, tendo

em vista que norma infraconstitucional não pode ir de encontro às normas constitucionais (VALERIANO, 2016).

Ademais, as resoluções são normas administrativas expedidas por autoridades superiores competentes para disciplinar sobre matéria específica, e compõem o ordenamento jurídico brasileiro, ainda que não sejam leis em sentido estrito (art. 59, VII, CF/88). Logo, são consideradas pelo juiz quando estiver diante de lacuna legislativa.

O Projeto de Lei 115/15 que pretende instituir o Estatuto da Reprodução Assistida, caso aprovado, supriria a lacuna legal acerca do direito sucessório do filho oriundo de técnicas de reprodução assistida *post mortem* ao prever:

Art. 59. Tratando-se de fecundação *post mortem*, garantir-se-á o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

§ 1º As partes que se submeterão aos procedimentos de reprodução assistida serão informadas clara e expressamente quanto à condição apresentada no caput, no termo de consentimento informado, antes de se submeterem ao tratamento.

§ 2º Caso haja material genético congelado de pessoa que tenha deixado autorização expressa para sua utilização, nos termos desta lei, será aberta sucessão provisória ou condicional até que transcorra o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico da pessoa falecida.

§ 3º Transcorrido o prazo previsto ou nascido o filho a sucessão passará a ser definitiva.

§ 4º O previsto neste artigo não exclui o direito de petição de herança, nos termos do Código Civil.

Dito isso, filio-me à corrente que defende a sucessão daqueles oriundos de fertilização homóloga *post mortem* tendo em vista: a) o respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, do planejamento familiar e da igualdade jurídica entre os filhos; b) a possibilidade de reprodução humana assistida póstuma; c) o reconhecimento do estado de filiação dos filhos havidos através de técnica de reprodução homóloga; d) o direito constitucional de herança.

No entanto, ainda que tenha concluído pela possibilidade de sucessão dos filhos havidos por técnicas homólogas de reprodução *post mortem*, há que se discutir a necessidade de autorização do *de cujus* para que o seu material biológico seja utilizado para fins de reprodução póstuma, bem como a forma exigida para que essa autorização seja válida.

4. DA AUTORIZAÇÃO PARA IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES *POST MORTEM*

O art. 1.597, III, do Código Civil, ao tratar da presunção de paternidade na fecundação homóloga, ainda que, falecido o marido, não prevê a necessidade de autorização do cônjuge. O referido artigo, no inciso V, exige a autorização apenas nos casos de inseminação heteróloga (BRASIL, 2002).

No entanto, algumas normas administrativas, expedidas pelo Conselho da Justiça Federal, Conselho Nacional de Justiça, Conselho Federal de Medicina, disciplinam que, para prosseguir com a implantação de embriões *post mortem*, é necessário que haja autorização prévia e específica manifestada pelo *de cujus*, independente da técnica de reprodução póstuma utilizada.

É pacífico na doutrina que, mesmo não havendo previsão legal, a autorização prevista no inciso V do art. 1.597 deve ser estendida a fecundação homóloga, para que não se impute, de má-fé, paternidade a quem não a deseje (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2019). Ademais, a filiação gera efeitos jurídicos e patrimoniais tanto para aquele sobre quem recai a paternidade, como para terceiros, tendo em vista as decorrências sucessórias do reconhecimento de filiação.

A questão que permanece controvertida é a forma que essa autorização deve ter para que seja válida, pois ao citar a autorização marital no caso de fertilização heteróloga, o legislador não previu nenhuma formalidade para que essa permissão fosse manifestada. No entanto, normas administrativas que tratam do assunto preveem algumas exigências formais.

Dessa forma, a partir do REsp 1.918.421/SP, que trata especificamente sobre essa questão, pretende-se concluir se são exigíveis ou não as formalidades previstas para a manifestação da autorização em dispositivos que não têm status de lei.

A discussão acerca da autorização é válida, pois, somente a partir dela é possível reconhecer o vínculo de filiação daqueles oriundos de técnicas de reprodução assistida, especialmente quando ocorre após a morte de um dos cônjuges, e todos os direitos e obrigações decorrentes do estado de filiação

4.1 Do Recurso Especial 1.918.421/SP

Em sessão realizada no dia 18/05/2021, a Quarta Turma do STJ, julgou o REsp 1.918.421/SP, de relatoria do Ministro Marco Buzzi. No julgamento, por três votos a

dois, foi decidido que para que haja a implantação de embriões *post mortem*, concebidos de forma homóloga, é necessário a manifestação do falecido marido ou companheiro de “maneira inequívoca, leia-se expressa e formal”.

O relator votou no sentido de negar provimento ao recurso, reconhecendo a desnecessidade, de forma específica, para que a autorização prévia manifestada pelo *de cujus* tenha validade jurídica. Votou no mesmo sentido a Ministra Maria Isabel Gallotti, ambos, foram votos vencidos. Em sentido contrário, após pedir vista do processo, o Ministro Luis Felipe Salomão abriu a divergência, os Ministros Antonio Carlos Ferreira e Raul Araújo acompanharam o voto discordante do Ministro.

O caso em questão traz à tona uma discussão pertinente acerca da autorização de embriões *post mortem* quando se tratar de concepção homóloga. Dito isto, faz-se necessária uma análise dos argumentos relacionados ao mérito do processo, logo, discussões processuais não serão suscitadas. Cabe ainda destacar que o processo tramita em segredo de justiça, portanto, não serão mencionados os nomes das partes, apenas suas iniciais.

A disputa judicial teve início quando L. Z. N. e F. Z, ora recorrentes, deram entrada em petição inicial em face de T. DA C. R. Z. (viúva) e S. B. DE S. - H. S. L. (hospital), ora recorridos, ao alegarem serem filhos adotivos de J. L. Z, falecido no ano de 2017. O falecido era casado com a ré T. DA C. R. Z. desde o ano de 2013, em regime de separação obrigatória de bens.

O falecido deixou testamento privado, no qual previa como beneficiários os autores, herdeiros universais do testador, e a viúva, beneficiada através de legado. O testamento, no entanto, não menciona qualquer filho que venha a surgir.

A exordial tinha por objetivo frustrar a implantação de dois embriões criopreservados, resultantes da técnica de fertilização *in vitro* homóloga, realizada no ano de 2015 pelos, até então, cônjuges. Os filhos do falecido sustentam que a viúva não possui autorização válida do ex-marido para que se proceda com a implantação dos embriões *post mortem*. Os autores requereram tutela provisória de urgência para impedir a implantação do material biológico do *de cujus*, que foi acatada pelo juiz. Os pedidos constantes na petição inicial são:

- (i) reconhecer e declarar judicialmente a inexistência do direito de utilização *post mortem* dos embriões deixados pelo Sr. J. L. Z. que se encontram sob a custódia do Hospital S. L. (...) e, (ii) proibir os corréus de implantar os

embriões deixados pelo de cujus após a sua morte – tornando, assim, definitiva a tutela provisória de urgência cautelar (REsp 1.918.421/SP).

A viúva, em sede de contestação, alegou a existência de autorização expressa do falecido marido que a autoriza a implantar os embriões criopreservados, bem como defendeu o direito ao planejamento familiar, tendo em vista que o projeto parental se iniciou em vida e de comum acordo. Suscitou também que a legislação brasileira não tem nenhuma lei que exija uma forma específica para a manifestação da autorização, logo, não pode ser óbice a sua implantação.

A autorização mencionada pela viúva é uma das cláusulas constantes no contrato de prestação de serviços assinado pelos cônjuges com o hospital que realizou o procedimento da fertilização *in vitro*, além de ser o responsável pela conservação dos embriões. Na referida cláusula, fica estabelecido que no caso de morte de um dos contratantes, os embriões congelados ficarão sob a custódia do cônjuge sobrevivente, o que daria plena liberdade a T. DA C. R. Z. para prosseguir com o procedimento capaz de concretizar o desejo de procriação nutrido por ambos.

A sentença proferida em primeiro grau foi favorável aos autores, resultando na confirmação da tutela de urgência, que proíbe que os demandados utilizem o material biológico criopreservado para seguir com a implantação.

No entanto, ao interpor apelação, os demandados tiveram suas pretensões atendidas. Nesse sentido, a ementa da decisão proferida pelo Tribunal de São Paulo em sede de apelação:

(...) PRELIMINARES REJEITADAS AÇÃO MOVIDA PELOS FILHOS DO 'DE CUJUS' CONTRA SEU CÔNJUGE E HOSPITAL, PARA OBSTAR A IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÃO DO FALECIDO Sentença que comporta reforma – Constatação da suficiência da manifestação de vontade carreada no documento de fls. 86/87, consubstanciado em contrato hospitalar denominado “Declaração de opção de encaminhamento de material criopreservado em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos ou 5 anos” Contratantes que acordaram que, em caso de morte de um deles, todos os embriões congelados seriam mantidos sob custódia do outro, ao invés de descartados ou doados - Confiança dos embriões ao parceiro viúvo que representa autorização para a continuidade do procedimento, a critério do sobrevivente sendo embriões criopreservados inservíveis a outra finalidade que não implantação em útero materno para desenvolvimento Contrato celebrado com o hospital com múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão ou desentendimento para os contratantes Ausência, outrossim, de lei que preveja forma específica para manifestação da vontade - Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça, que ostenta caráter infralegal e é, ademais, flexível quanto à forma da manifestação de vontade, permitindo se

dê por instrumento privado, caso dos autos - Inversão do ônus pela sucumbência. (REsp 1.918.421/SP, RECURSOS PROVIDOS).

Irresignados com a decisão proferida pelo Tribunal, os filhos interpuseram Recurso Especial, dentre as alegações estão:

(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; 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* (REsp 1.918.421/SP).

Feito um breve resumo do caso, é possível compreender os argumentos utilizados nos votos dos Ministros Marco Buzzi e Luis Felipe Salomão para proferir suas decisões. A questão controvertida no caso diz respeito à existência de autorização expressa do falecido para que a viúva possa implantar os embriões.

O Ministro Marco Buzzi inicia seu voto reafirmando a vontade de procriar, demonstrada em vida pelo *de cujus*, tendo em vista a submissão ao procedimento da fertilização *in vitro*, assim como a realização de procedimento cirúrgico de sucção de espermatozoides para que fosse viável a fertilização.

De acordo com o Ministro, o art. 1597 do Código Civil, ao tratar de presunção de filiação, só exige autorização prévia do marido ou companheiro nos casos de inseminação heteróloga (inciso V). No entanto, a partir de uma interpretação sistemática do diploma legal, conclui-se que nos casos de inseminação homóloga *post mortem* (inciso III) e de implantação de embriões excedentários (inciso IV) é necessária a autorização expressa do cônjuge ou companheiro para que os filhos concebidos através dessas técnicas sejam presumidos como concebidos durante o casamento (BRASIL, 2002). O Ministro relator entendeu que, caso concreto, a exigência da autorização foi cumprida.

O Ministro Marco Buzzi enumera algumas normas presentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro que tratam da autorização para utilização das técnicas de reprodução artificial *post mortem*, dentre as quais estão as normas emanadas pelo Conselho Nacional de Justiça, Conselho Federal de Medicina e Conselho da Justiça Federal.

O Provimento 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça prevê, em seu art. 17, § 2º que para o registro de nascimento nos casos reprodução *post mortem*, “conforme o caso, deverá ser apresentado termo de autorização prévia específica do falecido ou falecida para uso do material biológico preservado, lavrado por instrumento público ou particular com firma reconhecida”.

A Resolução 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina, citada na decisão, foi revogada pela Resolução 2.294/21 do CFM, mas o dispositivo que exige “autorização específica” do *de cujus* para reprodução assistida *post mortem* permaneceu inalterado.

No mesmo sentido, durante a I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, foi editado o Enunciado 106, o qual enuncia a necessidade de “autorização escrita” do falecido marido ou companheiro para que a mulher, ex-esposa ou ex-companheira, possa dar prosseguimento ao procedimento de reprodução assistida homóloga póstuma.

O enunciado 633, por sua vez, proveniente da VIII Jornada de Direito Civil do CJP, a fim de garantir a isonomia entre os gêneros, dispõe sobre o direito do viúvo ou companheiro sobrevivente a utilizar-se das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, desde que haja “expresso consentimento” por parte da, até então, esposa ou companheira.

No entanto, no entendimento do Ministro, não há qualquer imposição legal sobre a forma que a autorização deve seguir para que seja válida. Segundo ele, “é cediço que o formalismo cedeu passagem ao consensualismo ou liberalidade das formas”, seu argumento encontra razão no art. 107 do CC/02, no qual, a validade dos negócios jurídicos “não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir”.

O Ministro Marco Buzzi cita em seu voto diversos trechos do acórdão proferido pela Tribunal *a quo*, alguns deles merecem especial atenção, tais como:

E é pela via do documento intitulado 'Declaração de opção de encaminhamento de material criopreservado em caso de doença incapacitante, morte, separação ou não utilização no prazo de 3 anos ou 5 anos' que o 'de cujus' conferiu expressa e indubitosa autorização à esposa, T.C.R.Z., para que desse continuidade ao tratamento, implantando os embriões, se assim o desejasse, na eventualidade de sua morte. O formulário, em papel timbrado do Hospital e cuja veracidade não foi questionada, é formado por hipóteses para as quais incidem múltiplas escolhas, fáceis, objetivas e simples, impassíveis de gerar qualquer confusão

ou desentendimento ao consumidor, com orientação expressa, em cabeçalho, no sentido de que 'O casal deverá preencher um único formulário de comum acordo' (fl. 86).

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

Podiam ter escolhido descarte ou doação destes, o que representariam nítida vontade de interrupção do procedimento se falecido um deles. Não o fizeram. Escolheram que permaneceria com o outro a custódia dos embriões, a entregar-lhe plena disposição destes, o que, de todo, expressamente autoriza continuidade do procedimento.

(...) Destarte, deve ser garantido a T.C.R.Z. o direito de dispor dos embriões a ela confiados, implantando-os em seu ventre, medida que concretiza, também, vontade de seu falecido marido (REspecial 1.918.421/SP).

Foi suscitada, ainda no acórdão, uma reflexão filosófica acerca do caso, segundo a qual, “na dúvida, preferível conceder a oportunidade à vida, a, na incerteza, evitá-la, apenas para garantir aos autores melhor proveito do patrimônio que lhes foi deixado de herança pelo *de cujus*”.

Pelo exposto, o Ministro Marco Buzzi votou no sentido de negar o provimento do recurso interposto pelos filhos do falecido, entendendo que, o requisito da autorização livre, prévia e expressa foi satisfeito com a assinatura de contrato de prestação de serviços que prevê que o seu material genético ficasse sob a custódia da sua esposa em caso de morte, podendo ela escolher o destino desses embriões.

Em sentido oposto, tem o voto-vista do Ministro Luis Felipe Salomão. O Ministro menciona, como um dos fundamentos da reprodução humana assistida, a transparência que deve envolver todo o processo e deve ser estendida a todos os envolvidos.

Essa transparência é normatizada no item 4 da Resolução 2.294/21 do CFM ao tratar sobre o consentimento livre e esclarecido, que deve ser observado a todos aqueles que se submetem a qualquer uma das técnicas de reprodução assistida. A Recomendação do Conselho Federal de Medicina nº 1/2016 considera como consentimento informado na assistência médica:

ato de decisão, concordância e aprovação do paciente ou de seu representante, após a necessária informação e explicações, sob a responsabilidade do médico, a respeito dos procedimentos diagnósticos ou terapêuticos que lhe são indicados

De acordo com os estudos da Câmara Técnica de Bioética, que fundamentou a referida Recomendação do CFM, o termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE) é obrigação médica, tanto do ponto de vista ético quanto jurídico, tendo em

vista que o consentimento informado é direito fundamental do paciente, principalmente quando se está diante das técnicas de reprodução assistida. Além disso, a assinatura do TCLE é de suma importância para evitar eventuais questionamentos relacionados ao consentimento do paciente para a realização de determinado procedimento.

O Ministro Luis Felipe Salomão se utiliza das normas expedidas pelos CFM, CJB e CNJ, já mencionadas, para fundamentar seu voto no sentido de exigir uma autorização específica para que seja possível a implantação de embriões *post mortem*.

Menciona, ainda, o Princípio Do Planejamento Familiar, o qual está ligado, em suas palavras, “ao ato consciente de escolher entre ter ou não filhos de acordo com seus planos e expectativas”, para advogar a tese que uma decisão de tamanha importância não pode ser presumida por outrem, pois tal presunção iria de encontro ao Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana, base do planejamento familiar.

Relembra, ainda, o fato de que apesar dos cônjuges terem optado por realizar o procedimento da fertilização *in vitro* homóloga e congelar os embriões, o procedimento não foi concluído com a transferência dos dois embriões concebidos para o útero da mulher. Além disso, o procedimento foi realizado dois anos antes do advento da morte de J. L. Z., tempo suficiente para que o falecido manifestasse, através de testamento, sua vontade quanto a destinação desse material biológico após sua morte.

O Ministro asseverou seu entendimento no seguinte sentido:

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 (REsp 1.918.421/SP).

O instrumento jurídico apropriado para a autorização, segundo ele, seria o testamento ou instrumento equivalente, tendo em vista sua característica de exprimir a última vontade do testador de forma livre. Ademais, a exigência de que as diretrizes patrimoniais sejam tratadas na forma testamentária deve ser estendida às disposições sobre a utilização do material biológico *post mortem*, pois, apesar de versar sobre questão existencial, repercute no patrimônio de terceiros. Na sua visão:

admitir-se que a autorização posta naquele contrato de prestação de serviços, na hipótese, marcado pelo 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 (REs 1.918.421/SP).

Diante do exposto, o Ministro Luis Felipe Salomão dá provimento ao recurso, reafirmando o entendimento do juízo de primeiro grau, ao não autorizar a implantação dos embriões preservados.

4.2 Análise Acerca da Autorização a Partir do REsp 1.918.421/SP

Apesar de termos uma decisão proferida por um Tribunal Superior, a decisão não foi unânime, e o tema não é pacífico. Diversos doutrinadores defendem que a autorização não precisa seguir formalidade específica para que seja possível a reprodução assistida *post mortem*.

Apesar do Enunciado 106 do CJP, exigir autorização escrita, o inciso III do art. 1.597 do Código Civil sequer menciona a exigência da autorização, logo, não prevê nenhuma exigência formal para que a vontade do falecido seja manifestada, podendo ocorrer, inclusive, através de prova testemunhal (MORAES, 2019; BRASIL, 2002).

Segundo Maria Berenice Dias (2021), a exigência legal é de que a autorização para a reprodução póstuma seja manifestada em vida. Previstas na Resolução nº 2.294/21 do CFM, VIII, as normas que impõem formalidades específicas têm natureza ético-administrativa, logo, não podem ser mais prestigiadas que o Código Civil, ou até mesmo se sobrepor ao Princípio Constitucional do Planejamento Familiar.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a técnica de inseminação heteróloga, Carlos Roberto Gonçalves (2021), advoga que a única exigência relativa à autorização é que ela seja prévia. Assim, aplicando esse entendimento, de forma análoga, à fertilização homóloga, é possível que a autorização se manifeste de qualquer forma, até mesmo verbal, se puder ser comprovada judicialmente.

Maria Helena Diniz (2017, p. 720), em sentido contrário, afirma ser possível a presunção de filiação decorrente de inseminação homóloga póstuma apenas quando houver “anuência escrita (Res. CFM n. 2.121/15, Seção VIII) do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento”.

É imprescindível que haja autorização legítima, manifestada por testamento ou equivalente, do marido para que a esposa utilize material genético criopreservado com vistas à procriação após a morte do mesmo, tendo em vista que a paternidade está intimamente ligada à autonomia pessoal (VENOSA, 2021).

Segundo o portal de notícias jurídicas Migalhas, Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, umas das advogadas que representa F.Z, filho do falecido, em sua sustentação oral, alegou que "não se pode extrair de 'custódia' o conceito de disposição. Nem em vida, muito menos em morte. Importante dizer que, ao assim fazer, o TJ/SP violou o art. 1.513 e está interferindo na comunhão da família". Dessa forma, a custódia consentida pelo *de cujus* ao assinar contrato de prestação de serviços não serviria como autorização para que a ex-esposa utilizasse o material biológico preservado após a morte do marido.

A advogada tem razão ao diferenciar os conceitos de custódia e disposição, aquele está associado a guarda, proteção, vigilância sobre algo, enquanto este está atrelado à ideia de destinação, deliberação. No entanto, a análise jurídica não deve se ater a minúcias, deve-se analisar, em primeiro lugar, a finalidade perpetrada pelos cônjuges ao se submeterem a técnica de reprodução humana assistida.

Assim, vislumbro não haver motivo, além da vontade de procriar, para que alguém se submeta a procedimento invasivo com o objetivo de retirar espermatozoides para realização de fertilização *in vitro*, e posterior congelamento dos embriões concebidos em laboratório. Vale destacar que, o procedimento de fertilização *in vitro* e congelamento de embriões é dispendioso, o que faz com que apenas pessoas realmente interessadas em ter filhos realizem esses procedimentos.

Luís Inácio Lucena Adams, advogado de T. DA C. R. Z., a seu turno, alega, em sustentação oral, que "o falecido tinha a opção de optar pelo descarte, mas ele preferiu dar a custódia à esposa. Ele fez uma escolha e não foi pelo descarte".

Para que serviria a custódia, nesse caso, senão para a utilização desses embriões? Haja vista que as opções restantes, seja doação ou descarte, foram excluídas pelos próprios cônjuges quando da assinatura do contrato de prestação de serviços. Os contratantes optaram por deixar os embriões sob custódia do cônjuge, inclusive, em caso de morte. Há que se privilegiar a hermenêutica jurídica, e não o formalismo.

Isto posto, filio-me à corrente a qual defende que a autorização para implantação de embriões *post mortem* não exige forma específica, desde que o consentimento do falecido seja manifestado de forma clara e indubitosa, tendo em vista os seguintes aspectos: a) inexistência de lei que exija forma específica para que a autorização se manifeste; b) o respeito ao Princípio do Planejamento Familiar e a autonomia da vontade, tendo em vista o desejo de reprodução manifestado em vida por aqueles que se submetem às técnicas de reprodução assistida; c) preponderância do direito à vida e a constituição familiar frente a formalidades jurídicas.

Por fim, é necessário que haja edição de lei para disciplinar melhor o tema, ainda mais, tendo em vista que a escassez de doutrina e jurisprudência específica dificulta a pacificação do assunto. Além disso, a existência de lei que trate da autorização relativa à reprodução *post mortem* evitaria novas batalhas judiciais, o que interessa, não só aos envolvidos no processo, mas a toda sociedade, ao desafogar o Poder Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O evento da morte de uma pessoa, e do nascimento de outra são fatos importantes, únicos e marcantes, em especial, para aqueles que os rodeiam no seio familiar, mas, ao falar do tema desse trabalho, temos, o entrelaçamento direto da morte de um e a possibilidade de nascimento de outro, em tempos diferentes, e, com um novo desafio para os operadores do Direito diante do contraste entre sucessão, segurança jurídica e princípios relativos à Dignidade Humana. Nesse sentido, percebe-se certa defasagem do Direito frente aos avanços da medicina e as novas possibilidades para a constituição da família.

Como abordado no presente trabalho, a filiação daqueles havidos por reprodução homóloga póstuma não gera maiores discussões, pois é pacífico o reconhecimento do estado de filiação destes, desde que haja consentimento do casal, tendo em vista a previsão do art. 1.597, III, do Código Civil, dispondo sobre a presunção de concepção do filho gerado nesses casos como na constância do casamento.

Corroborando esse entendimento, tem-se o Princípio Da Dignidade Da Pessoa Humana (CF/88, art. 1º, III), da Igualdade Jurídica entre os Filhos (CF/88, art. 227, § 6º) e do Planejamento Familiar (CF/88, 226, §7º).

No entanto, ao tratar de questões sucessórias tem-se maior complexidade, tendo em vista que, o reconhecimento de um novo sucessor repercute na esfera patrimonial de terceiros, alheios à tomada de decisão pela reprodução assistida *post mortem*.

Assim, apesar de haver doutrinadores que defendem a ilegitimidade para figurar na linha sucessória o filho oriundo de técnica homóloga póstuma, entendo que a doutrina majoritária se inclina no sentido de admitir a sucessão *post mortem*.

Além disso, entendo ser razoável esse posicionamento doutrinário ao admitir a sucessão, haja vista o direito constitucional de herança, que deve prevalecer sobre a alegação de insegurança jurídica decorrente do reconhecimento sucessório, principalmente, quando se está diante do melhor interesse da criança.

Admitir que um filho não tenha direito de suceder, fora das hipóteses legais de deserdação e declaração de indignidade previstas do Código Civil, atenta contra o objetivo do Direito das Sucessões, contra o instituto da herança e contra a vontade do *de cuius*.

No que tange à autorização para implantação de embriões *post mortem*, a escassez de doutrina, legislação e jurisprudência dificulta a análise do tema, razão pela qual a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, relativa à autorização, se torna ainda mais importante, ao proporcionar mais visibilidade à essa discussão.

É legítima a exigência de autorização para a utilização de material biológico criopreservado objetivando a reprodução póstuma, evitando que se utilize, de má-fé, desse mecanismo de reprodução e constituição familiar para obter proveito próprio ou alheio.

Todavia, a exigência de forma específica para manifestação do consentimento para realização de implantação de embriões *post mortem* extrapola a exigência legal, impondo ônus excessivo ao cônjuge sobrevivente para comprovar a vontade do falecido. Dito isto, não merece prosperar a decisão proferida pela Quarta Turma do STJ no REsp 1.918.421/SP, na qual prevaleceu o entendimento de que a autorização deve se manifestar de maneira expressa e formal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**. 2006. Disponível em:

https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf. Acesso em: 12 Set 2021.

Brasil é protagonista em tratamentos de reprodução assistida, aponta relatório da ANVISA. 2020. Disponível em: <https://sbra.com.br/noticias/brasil-e-protagonista-em-tratamentos-de-reproducao-assistida-aponta-relatorio-da-anvisa/>. Acesso em: 12 Out 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 115, de 03 de fevereiro de 2015. **Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Acesso em: 13 Set 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1998**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 Jul 2021.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 10 Set 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 26 Set 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 12 Jul 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 06 Dez 2021.

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:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 10 Out 2021.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9263.htm>. Acesso em: 06 Set 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1918421/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgamento em 08/06/2021, DJe de 26/08/2021.**

Disponível em:

https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2058572&num_registro=202100242516&data=20210826&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 13 Set 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.** Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur178396/false>. Acesso em: 10 Set 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Recomendação nº 1/2016.**

Brasília, 2016. Disponível em:

https://portal.cfm.org.br/images/Recomendacoes/1_2016.pdf. Acesso em: 6 Dez 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Resolução nº 2.168/2017.**

Brasília, 2017, Resoluções Normativas. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>. Acesso em: 7 Set 2021.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM - Brasil). **Resolução nº 2.294/2021.**

Brasília, 2021, Resoluções Normativas. Disponível em:

<<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2021/2294>>. Acesso em: 6 Set 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento nº 63, de 14 de novembro de 2017.**

Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Acesso em: 13 Set 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias** - 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. **Manual de Direito Civil** - Volume único. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil v 7 - Direito das Sucessões**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555594812/>. Acesso em: 01 out. 2021.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Herança legítima Ad tempus: tutela sucessória no âmbito da filiação resultante da reprodução assistida póstuma**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 6 - direito de família.** – 18. ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>. Acesso em: 03 nov. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro v 7 - direito das sucessões.** – 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616015/>. Acesso em: 01 out. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil.** Ano, v. 3, p. 413-422, 2017. Disponível em https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0413_0422.pdf. Acesso em: 12 nov. 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões.** Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. Ano, v. 57, 2008. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/322640249.pdf>. Acesso em: 13 Out 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das Sucessões brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 65, 1 maio 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4093>. Acesso em: 12 nov. 2021.

I **Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/734>>. Acesso em: 15 Jul 2021.

I **Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Acesso em: 06 Set 2021.

I **Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2002. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/736>. Acesso em: 10 Out 2021.

III **Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2004. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 26 Set 2021.

VIII **Jornada de Direito Civil.** Brasília, 2018. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/1170>>. Acesso em: 15 Jul 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil - Sucessões** - Vol. 6. – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593686/>. Acesso em: 01 out. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil - volume 5: famílias.** 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555593655/epubcfi/6/4\[%](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555593655/epubcfi/6/4[%)

3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.html]/4/14/6/1:94[ia%20%2Caut. Acesso em: 13 Set 2021.

Manual de direito das famílias e das sucessões. Belo Horizonte: Del Rey: Mandamentos, 2008.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Renovar, 2000.

MORAES, Carlos Alexandre. **Col.Rubens Limongi-Resp.Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida.** São Paulo: Grupo GEN, 2018. 9788530982959. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Acesso em: 01 Jul 2021.

OLIVEIRA, Euclides. **Sucessão legítima à luz do novo código civil.** Revista CEJ, v. 8, n. 27, p. 57-63, 2004. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/211930399.pdf>. Acesso em: 12 Nov 2021.

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. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990572/>. Acesso em: 01 out. 2021.

REIS, Carolina Eloáh Stumpf. **Reprodução Assistida Homóloga Post Mortem – Aspectos Éticos e Legais.** Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/reproducao_assistida_homologa_pos_t_mortem_-_aspectos_eticos_e_legais.pdf. Acesso em: 22 set. 2021.

RODRIGUES JUNIOR, Walsir Edson Rodrigues; BORGES, Janice Silveira. **Alteração da vontade na utilização das técnicas de reprodução assistida.** In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coord.). Belo Horizonte: Del Reys, 2008.

SANTIAGO, Maria Carolina Nogueira Nomura *et al.* **Post Mortem: a questão sucessória de embriões criopreservados.** 2020. Disponível em: <https://tede.pucsp.br/handle/handle/23485>. Acesso em: 10 Set 2021.

SILVA, Rodrigo Alves da. **A fórmula da saisine no direito sucessório.** 2013. Disponível em: <https://www.direitodefamilia.adv.br/2020/wp-content/uploads/2020/07/rodrigo-alves-da-silva-a-formula-da-saisine.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.

STJ proíbe implantação de embriões após morte de um dos cônjuges. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/346777/stj-proibe-implantacao-de-embrioes-apos-morte-de-um-dos-conjuges>. Acesso em 03 nov. 2021.

TARTUCE, Flávio. **A nova resolução n. 2.294/2021 do CFM, sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida.** 2021. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/1253923192/a-nova-resolucao-n-2294->

2021-do-cfm-sobre-a-utilizacao-das-tecnicas-de-reproducao-assistida. Acesso em: 01 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil - Direito das Sucessões** - Vol. 6. 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993788/>. Acesso em: 01 out. 2021.

VALERIANO, Gabriele Cristine. **Inseminação artificial “post mortem” e seus aspectos segundo o direito sucessório brasileiro**, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/49786/inseminacao-artificial-post-mortem-e-seus-aspectos-segundo-o-direito-sucessorio-brasileiro>. Acesso em: 13 Out 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil - Família e Sucessões** - Vol. 5. 21. ed. – São Paulo: Atlas, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597027150/>. Acesso em: 13 out. 2021.