

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

CHARLINE ANDRESSA BORGSMANN

**DIREITO SUCESSÓRIO: O EMBRIÃO FECUNDADO POR INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL *POST MORTEM* E O DIREITO À SUCESSÃO
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2021

CHARLINE ANDRESSA BORGMANN

**DIREITO SUCESSÓRIO: O EMBRIÃO FECUNDADO POR INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL *POST MORTEM* E O DIREITO À SUCESSÃO
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Roberto Pozzebon

Santa Rosa
2021

CHARLINE ANDRESSA BORGMANN

**DIREITO SUCESSÓRIO: O EMBRIÃO FECUNDADO POR INSEMINAÇÃO
ARTIFICIAL POST MORTEM E O DIREITO À SUCESSÃO.
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora

Roberto Pozzebon

[Roberto Pozzebon \(Jul 11, 2021 20:23 ADT\)](#)

Prof. Ms. Roberto Pozzebon – Orientador

MARCOS SALOMÃO

[MARCOS SALOMÃO \(Jul 15, 2021 17:33 ADT\)](#)

Prof. Ms. Marcos Costa Salomão

Renê Carlos Schubert Junior

[Renê Carlos Schubert Junior \(Jul 15, 2021 21:28 ADT\)](#)

Prof. Ms. Renê Carlos Schubert Junior

Santa Rosa, 07 de julho de 2021.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que me deu saúde e força para superar todos os momentos difíceis aos quais me deparei ao longo da minha graduação, aos meus pais, minha irmã, meu companheiro e a minha filha, por serem essenciais na minha vida e a todos os meus amigos por me incentivarem a ser uma pessoa melhor e não desistir do meu sonho.

AGRADECIMENTO

Agradeço primeiramente aos meus pais, Áureo e Dianes, por nunca terem medido esforços para proporcionar um ensino de qualidade durante todo o período acadêmico.

Ao meu companheiro, Orlei, e a minha filha, Rafaelli Luiza, que nasceu no decorrer da realização dessa pesquisa, e só me proporcionou alegrias.

Agradeço imensamente os meus professores pelo incentivo e por compreenderem a minha ausência no tempo em que me dediquei aos estudos.

Ao meu orientador, Prof. Ms. Roberto Pozzebon, que conduziu o trabalho com paciência e dedicação, sempre disponível a compartilhar todo o seu vasto conhecimento.

E a todos os professores e funcionários das Faculdades Integradas Machado de Assis o meu muito obrigado.

Sem sonhos, a vida não tem brilho. Sem metas, os sonhos não têm alicerces. Sem prioridades, os sonhos não se tornam reais. Sonhe, trace metas, estabeleça prioridades e corra riscos para executar seus sonhos. Melhor é errar por tentar do que errar por se omitir! Não tenha medo dos tropeços da jornada. Não se esqueça de que você, ainda que incompleto, foi o melhor aventureiro da História. (AUGUSTO CURY, 2002, p.11).

RESUMO

O presente trabalho abordará a temática do direito à sucessão hereditária do embrião que foi fecundado por inseminação artificial *post mortem*, analisando a legislação aplicável ao tema proposto, identificando se o ordenamento jurídico regulamenta o direito sucessório nos casos de fecundação artificial post mortem e, havendo normatização, identificar os requisitos e os direitos do embrião. Neste contexto, o problema a ser respondido pela pesquisa é: quais são os efeitos jurídicos da filiação realizada por inseminação artificial post mortem no direito sucessório, previstos no ordenamento jurídico brasileiro? A pesquisa tem como objetivo analisar a (im)possibilidade do concebido advindo por inseminação artificial post mortem, para participar da herança a luz do direito sucessório e seus preceitos legais. A pesquisa é viável, uma vez que trata de um tema vigente na doutrina, visando que é um tema importante para o Direito brasileiro. O tema proposto foi pesquisado, tendo por base os principais autores que abordam a temática, sendo eles Paulo Lôbo, Carlos Alexandre Moraes, Rolf Madaleno, Danielle Galvão França e Andrea Aldrovandi, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. A metodologia adotada se caracteriza pela pesquisa teórico-prática, pois desenvolverá a temática delimitada por meio de documentação indireta, versando sobre os tratamentos de dados que serão abordados de forma qualitativa, tendo como propósito a apresentação do fenômeno de forma exemplificativa. Em relação aos procedimentos técnicos, abordará metodologicamente um conjunto diferenciado de informações, baseados em estudo bibliográfico e terá como método de abordagem o hipotético-dedutivo. A pesquisa será dividida em três importantes capítulos, cada qual se subdividindo. O primeiro capítulo abordará o direito das sucessões no código civil vigente, embasando a abertura da sucessão, e tratando das duas formas legais de suceder, a legítima e a testamentária. O segundo capítulo abordará a filiação e a reprodução humana assistida, elencando seu conceito, os métodos de RA e a RA homóloga e, por fim, no terceiro capítulo, será abordado a RA *post mortem*, visando se é necessário ou não a autorização do falecido e qual será a situação do filho que fora gerado dessa maneira. Ao final, será respondido o problema e analisado a legislação quanto a matéria. Como principais conclusões é possível afirmar que o direito sucessório no Código Civil tem início pelo princípio da *saisine*, e se subdivide em sucessão legítima e sucessão testamentária, ademais, ressalta-se que existem três importantes técnicas de reprodução humana assistida estudadas foram: inseminação artificial, inseminação *in vitro* e a gestação de substituição, também conhecida como “barriga de aluguel”. E, por fim, mesmo com o grande crescimento das técnicas de reprodução humana assistida, em nosso ordenamento jurídico existem diversas controversas a respeito do direito sucessório do embrião concebido *post morte*.

Palavras-chave: inseminação artificial – direito sucessório – *post mortem*.

ABSTRACT

This study will approach the issue of the right to hereditary succession of the embryo that was fertilized by *post mortem* artificial insemination, analyzing the legislation applicable to the proposed theme, identifying whether our legal order regulates the inheritance law in cases of *post mortem* artificial fertilization and, if standardization, identify the requirements and the rights of the embryo. In this context, the question to be answered by the research is: what are the legal effects of affiliation carried out by *post mortem* artificial insemination in the inheritance law provided for in the Brazilian legal system? The research aims to analyze the (in)possibility of the conceived arising by *post mortem* artificial insemination, to participate in inheritance in the light of inheritance law and its legal precepts. The research is viable once it deals with a current issue in legislation and doctrine, considering that it is an important issue for Brazilian law. The suggested theme was researched based on the main authors who approach the theme, namely, Paulo Lôbo, Carlos Alexandre Moraes, Rolf Madalen, Danielle Galvão França and Andrea Aldrovandi, Pablo Stolze Gagliano and Rodolfo Pamplona Filhos. The methodology that has been chosen is characterized by theoretical-practical research, as it will develop the delimited theme through indirect documentation, dealing with data treatments that will be approached in a qualitative way, with the purpose of presenting the phenomenon as an example. Aiming the technical procedures, it will methodologically approach a differentiated set of information, based on a bibliographic study and will have the hypothetical-deductive approach as the approach method. The research will be divided into three important themes, each one subdivided itself. The first will approach the inheritance law in the current civil code, basing the opening of the succession, and dealing with the two legal forms of succession, the legitimate and the testamentary. The second will approach the affiliation and assisted human reproduction, listing its concept, the AHR methods and the homologated AHR and finally, in the third chapter, the *post mortem* AHR will be addressed, aiming at whether or not the authorization of the deceased and what will be the situation of the child that was generated in this way, and finally the problem will be answered and the legislation analyzed regarding the subject. As main conclusions, it is possible to state that the inheritance law is governed by the *saisine* principle, and is subdivided into legitimate succession and testamentary succession, furthermore, it is noteworthy that there are three important techniques of assisted human reproduction studied were: artificial insemination, *in vitro* fertilization insemination and surrogate pregnancy, also known as surrogate mother. And, ultimately, even with the huge growth of assisted human reproduction techniques, there are several controversies regarding the succession law of the embryo conceived after death in our legal system.

Keywords: artificial insemination – inheritance law – *post mortem*.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1 - Sucessão por ordem da vocação hereditária e representação	15
Ilustração 2: Subdivisão das classes dos descendentes	22
Ilustração 3: Linha Reta de Ascendentes	29
Ilustração 4: Linha Reta de Descendentes	29

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

a.C – Antes de Cristo

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis

FIV – Reprodução humana assistida através de Fertilização *In Vitro*

GIFT – Reprodução humana assistida com gametas

IU – Inseminação Artificial Intrauterina

p. – Página

pg. – Página

RA – Reprodução Assistida

ZIFT – Reprodução humana assistida com zigotos

§ – Parágrafo

nº – Número

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	14
1.1 ABERTURA DA SUCESSÃO E O PRINCÍPIO DA <i>SAISINE</i>	15
1.2 SUCESSÃO LEGÍTIMA.....	19
1.2.1 Ordem da Vocação Hereditária	21
1.3 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA	23
1.3.1 Testamento	23
1.3.2 Formas de Testamento	24
2 A FILIAÇÃO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	28
2.1 CONCEITO DE FILIAÇÃO	28
2.2 CLASSIFICAÇÃO DOCTRINÁRIA DE FILIAÇÃO.....	30
2.2.1 Filiação Matrimonial	30
2.2.2 Filiação Extramatrimonial	33
2.2.3 Filiação Adotiva	35
2.2 MÉTODOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RA)	38
2.2.1 Reprodução Humana Assistida através da inseminação artificial (IA)	38
2.2.2 Reprodução humana assistida através de fertilização <i>in vitro</i> (FIV) ...	39
2.2.3 Reprodução Humana através da gestação substituta	40
2.2.4 Reprodução humana assistida com gametas (GIFT)	41
2.2.5 Reprodução humana assistida com zigotos (ZIFT)	42
3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	43
3.1 EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO <i>DE CUJUS</i> PARA UTILIZAÇÃO DE SEU GAMETA OU PARA A IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÃO APÓS A MORTE	45
3.2 ENTENDIMENTO LEGISLATIVO QUANTO À MATÉRIA.....	46
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS	56
ANEXOS	61
ANEXO A – CERTIDÃO DE ÓBITO.....	62

INTRODUÇÃO

O trabalho a ser desenvolvido versa sobre o direito à sucessão hereditária do embrião que foi fecundado por inseminação artificial *post mortem*, analisando, para tanto, a legislação aplicável ao tema buscado.

Primeiramente, deve-se identificar se o ordenamento jurídico regulamenta o direito sucessório nos casos de fecundação artificial *post mortem* e, havendo normatização, identificar os requisitos e os direitos dos embriões.

Desta forma, o presente trabalho elencará quais são os efeitos jurídicos da filiação que fora realizada por inseminação artificial *post mortem* no direito sucessório que estão expostos no ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se, portanto, como objetivo geral, analisar a (im)possibilidade do concebido por este método participar da herança a luz do direito sucessório e seus preceitos legais. Pretende-se explicar a sistemática do direito sucessório no Código Civil vigente, estudar os fundamentos doutrinários e legislativos acerca da filiação e da reprodução humana assistida, bem como identificar a principal sistemática da reprodução humana assistida *post mortem*.

O estudo sobre o tema proposto é importante para a sociedade, pois possibilita o conhecimento e a identificação dos direitos hereditários dos nascituros, sejam eles fecundados naturalmente ou por inseminação artificial. É relevante também por possibilitar a potencialização das discussões, em especial identificar a normatização, se existente, ou o entendimento jurisprudencial que regula o assunto, objeto do trabalho de curso, versando o desenvolvimento das discussões na Constituição Federal de 1988 e o Código Civil, de 2002.

A pesquisa é viável, uma vez que trata de um tema vigente na doutrina, onde o direito sucessório é de extrema importância e torna-se um recorte coerente para a análise.

Por ser uma temática recente, a qual é pouco difundida no ambiente acadêmico, esta investigação busca incentivar novas pesquisas e aprimorar o estudo acadêmico no direito sucessório. Assim, a repercussão esperada estará para reflexão acerca do entendimento doutrinário e do entendimento processual.

Quanto à metodologia aplicada, como o objetivo geral é analisar a (im)possibilidade do concebido advindo por inseminação artificial post mortem, para participar da herança a luz do direito sucessório e seus preceitos legais, a pesquisa caracteriza-se como teórico-prática, pois desenvolverá a temática delimitada por meio de documentação direta e indireta, principalmente para pesquisas bibliográficas ou em fontes secundárias, nos livros doutrinários, artigos científicos, jurisprudências e pesquisa documental. Ademais, um dos propósitos é apresentar o fenômeno estudado de forma explicativa, abordando assim, um conjunto diferenciado de informações, baseando-se no estudo bibliográfico. A pesquisa terá como método de abordagem o hipotético-dedutivo.

Há três importantes capítulos na pesquisa estruturada para que, assim, o problema abordado seja respondido. No primeiro capítulo será abordado o direito das sucessões, fazendo uma mera comparação entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, conceituando o direito sucessório, aprimorando o conhecimento com a abertura da sucessão e trabalhando com o princípio da *saisine*. Após serão conceituados os dois principais métodos de sucessão, a legítima e a testamentária. Já o segundo capítulo estuda a filiação e a reprodução humana assistida, conceituando as filiações e seus aspectos jurídicos, debatidos acerca das formas de filiação e os métodos da reprodução humana assistida. Ao final, estuda a reprodução humana assistida homóloga *post mortem* propriamente dita. No terceiro e último capítulo, será respondido o problema da pesquisa sobre quais são os efeitos jurídicos da filiação realizada por inseminação artificial *post mortem* no direito sucessório, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, buscando se é exigida a autorização expressa do *de cujos* para a utilização de seus gametas ou da implantação de embrião após a sua morte.

Diante do exposto, será verificada também a situação do filho concebido por reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, e, para finalizar o trabalho de curso, será embasado o entendimento legislativo sobre a matéria objeto da pesquisa.

1 O DIREITO DAS SUCESSÕES NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O presente capítulo abordará, de forma geral, o direito sucessório no Código Civil vigente, conceituando a morte e seus diversos tipos, a abertura da sucessão, o princípio da *saisine* e elencar os dois importantes tipos de sucessões, a legítima e a testamentária.

A palavra sucessão significa “dar continuidade”, em todo ou em parte, nas relações jurídicas que foram cessadas por seu titular. Em outras palavras, o direito sucessório é um conjunto de normas que disciplina a modificação do patrimônio de uma pessoa para a outra, em função de sua morte.

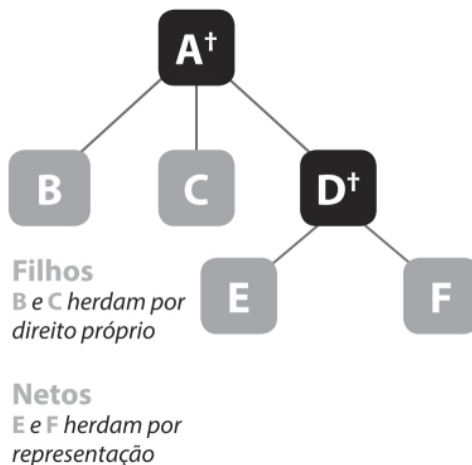
Para o autor Paulo Lôbo, “O direito das sucessões é o ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade.” (LÔBO, 2020, p. 15). O mesmo autor ainda acrescenta que “O direito das sucessões não é dos mortos, mas sim dos vivos. São estes os reais titulares e destinatários deles.” (LÔBO, 2020, p. 15). Por este ponto de vista, a sucessão ocorre por meio dos herdeiros que o falecido deixou, assumindo assim, seus direitos e os seus deveres.

Para Rolf Madaleno “A expressão sucessão deriva do ato pelo qual uma pessoa toma o lugar de outra, investindo-se, a qualquer título, no todo ou em parte, nos direitos que lhe competiam.” (MADALENO, 2019, p. 252).

A sucessão em geral pode ocorrer de duas formas, por ato *Inter vivos* ou por *causa mortis*. O ato *Inter vivos* é aquele que os poderes e os deveres jurídicos vêm a decorrer ainda em vida do declarante. Já a *causa mortis* é aquela que a transferência patrimonial irá acontecer após a morte da pessoa, ou seja, somente terá efeitos a partir da morte do *de cujos* (MADALENO, 2019).

A sucessão *causa mortis* se dá através do direito próprio, onde a sucessão decorre através do herdeiro mais próximo em grau de parentesco, através da ordem de vocação hereditária ou por representação, ou seja, quando além do herdeiro próximo concorre um herdeiro de grau de parentesco mais distante (MADALENO, 2019). Um bom exemplo seria:

Ilustração 1: Sucessão por ordem da vocação hereditária e representação



fonte: Madaleno (2019, p. 254)

Nesse sentido, “A” já faleceu, tinha três filhos “B”, “C” e “D”, onde “B” e “C” são vivos e não possuem filhos, já “D” é falecido e deixa dois filhos “E” e “F”, nesse caso, “B” e “C” herdam pela ordem da vocação hereditária, ou seja, “E” e “F” herdam através de representação. (MADALENO, 2019)

No Código Civil vigente o direito sucessório está elencado no Livro V, especificamente nos arts. 1.784 ao 2.027 se subdividindo em quatro importantes títulos, que são: I – da sucessão em geral; II – da sucessão legítima; III – da sucessão testamentária; e, IV – do inventário e da partilha.

Após apontamento dos principais títulos do Direito Sucessório, torna-se fundamental analisar os pontos mais importantes para o presente trabalho, elucidados especificamente no Livro V, do Código Civil de 2002. Assim, será elencado o momento da abertura da sucessão, e, os principais tipos de sucessões existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 ABERTURA DA SUCESSÃO E O PRINCÍPIO DA SAISINE

Nesse primeiro ponto, será abordado a abertura da sucessão e o princípio da *saisine*, diante disso, entende-se que a abertura da sucessão ocorre com a morte. Stolze e Filho mostram que:

Sobre o prisma eminentemente jurídico, temos que a morte, em sentido amplo, é um fato jurídico, ou seja, um acontecimento apto a gerar efeitos na órbita do Direito. No entanto, a depender da circunstância, o enquadramento

deste fato poderá, em nível subtipológico, variar: a morte natural de uma pessoa de avançada idade é, nessa linha, um “fato jurídico em sentido estrito”; ao passo que um homicídio traduz um “ato ilícito”. (STOLZE; FILHO, 2020, p. 29-30).

Em outras palavras, todos os indivíduos, quando nascem, já possuem a certeza de que um dia irão morrer, mesmo não sabendo quando, ou seja, a morte é um ato que acontece com data incerta. Abordando a morte natural, há um fato jurídico em sentido estrito¹, e a morte advinda de homicídio, trata-se de um ato ilícito².

Muitas pessoas devem se questionar sobre o que é a morte, como é estabelecido um diagnóstico e qual é o efeito sucessório. Diante de tais questionamentos, Dimas Messias de enfatiza que a morte é classificada no campo do Direito Civil, sendo considerada morte natural, também conhecida como morte real ou biológica, morte assemelhada a real e a morte presumida. (CARVALHO, 2019)

A morte natural, real ou biológica, é aquela comprovada com a verificação do cadáver por meio de um médico, ou quando não possui tal profissional, é tida através de duas testemunhas, levando assim para o livro de óbito, onde será extraída a certidão que comprove a morte. Ela se dá mediante a verificação do término das atividades cerebrais. (CARVALHO, 2019)

Diante disso, o artigo 6º do Código Civil de 2002 prevê que: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”. Com base nesse entendimento, a existência da pessoa termina com a morte real. E o art. 77 da Lei nº 6.015/73, dispõe que:

Art. 77. Nenhum sepultamento será feito sem certidão do oficial de registro do lugar do falecimento ou do lugar de residência do de cujus, quando o falecimento ocorrer em local diverso do seu domicílio, extraída após a lavratura do assento de óbito, em vista do atestado de médico, se houver no lugar, ou em caso contrário, de duas pessoas qualificadas que tiverem presenciado ou verificado a morte (BRASIL, 1973).

¹ Resulta de suporte fático em que a norma jurídica põs apenas elementos de fatos da natureza, ainda que antes da entrada deles no mundo do direito tenha havido participação humana. Se enquadram nesses fatos o nascimento, a morte, o parentesco, a idade. (LÔBO, 2017, p. 245).

² É toda a conduta culposa, imputável a alguém, que seja contrária a direito e cause dano reparável. (LÔBO, 2017, p. 245).

Já a morte assemelhada a real está elencada no art. 88, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 6.015/73 e relata que os juízes poderão admitir a justificação do óbito, assim, sendo comprovada quando não existe a presença do cadáver.

Art. 88. Poderão os Juízes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.
Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito. (BRASIL, 1973)

E, por fim, a morte presumida, encontra-se elencada no art. 7º do CC (2002), estabelecendo que a morte presumida, quando não há decretação de ausência, pode ser declarada, quando a morte for provável daquela pessoa que estava em perigo de vida e quando a pessoa desaparecida em campanha ou até mesmo feita prisioneira, não for encontrada em até dois anos após o término da guerra. A morte presumida, somente poderá ser requerida após todas as buscas serem esgotadas e a sentença deverá ser fixada na data provável do falecimento (BRASIL, 2002).

Em ambas as situações, quando já elencado a prova da morte, existindo ou não o cadáver, será extraído a certidão de óbito (conforme anexo A), onde constará a fundamentação em que a morte ocorrera. Através desse documento, será comprovada a morte do *de cujus* e assim será permitida a abertura do inventário, onde terá como finalidade a regulação da situação sucessória em benefício aos seus atuais sucessores legais ou também para os testamentários, caso haja documento específico.

Embasado no art. 1.784 do CC, Luiz Paulo Vieira de Carvalho dispõe que:

É nesse momento que a designação sucessória anterior se fixa na vocação hereditária: o chamado a suceder só passa a ser efetivamente o titular da designação sucessória prevalente – legal ou testamentária – por ocasião da abertura da sucessão. Isto é, só a partir desse momento passa a ter direitos subjetivos sobre o patrimônio deixado pelo *de cuius*. (CARVALHO, 2019, p. 70).

Neste sentido, a transferência imediata do patrimônio é regida pelo princípio da *saisine*, o qual prevê que o *de cujus* transmite aos seus sucessores o domínio e a posse da herança. Para Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, o princípio da *Saisine*, “Consiste o *Droit de Saisine* no reconhecimento, ainda que por ficção jurídica, da

transmissão imediata e automática do domínio e posse da herança aos herdeiros legítimos e testamentários, no instante da abertura da sucessão.” (STOLZE; FILHO, 2020, p. 56). Em outras palavras, esse princípio é a regra fundamental do Direito Sucessório, em que a partir da morte opera-se a imediata transferência da herança aos seus atuais herdeiros, não deixando o patrimônio sem um titular legítimo.

Nas palavras de Pablo e Rodolfo, tal princípio não dá ao sucessor o direito imediato do bem que fora exclusivo da herança. Ou seja, com a abertura da sucessão, os herdeiros passam a ter um direito abstrato, e não poderão tomar posse do bem sem que tenha a devida autorização judicial depois de concluído o inventário (STOLZE; FILHO, 2020).

Ademais, há uma mera diferença entre inventário e herança. Nesse sentido, Lôbo nos mostra que o inventário é

[...] o procedimento pelo qual os bens, direitos e dívidas deixados pelo *de cuius* são levantados, conferidos e avaliados de modo a que possam ser partilhados pelos sucessores, sejam eles herdeiros legítimos, herdeiros testamentários e legatários. A finalidade do inventário é permitir que a partilha seja feita, de acordo com as normas legais vigentes, individualizando o que a cada um deva caber. (LÔBO, 2019, p. 294).

O inventário é que uma forma legal de partilhar a herança que o *de cuius* deixa para seus herdeiros, frisando bem que podem ser herdeiros legítimos, testamentários e os legatários.

Já Gonçalves traz um conceito de herança, expondo que

A herança é, na verdade, um somatório, em que se incluem os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis. (GONÇALVES, 2020, p. 31).

Ainda, o Código Civil vigente, em seu art. 1.785, estabelece que a abertura da sucessão ocorra no último domicílio do falecido. Essa regra se fixa no foro competente para processar o inventário que será aberto.

Diante disso, o art. 48 do CPC/15 prevê:

Art. 48. O foro de domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Parágrafo único. Se o autor da herança não possuía domicílio certo, é competente:

I - o foro de situação dos bens imóveis;

II - havendo bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes;

III - não havendo bens imóveis, o foro do local de qualquer dos bens do espólio. (BRASIL, 2015).

Entende-se por domicílio, de acordo com o art. 70 do CC (2002), o local onde a pessoa reside com ânimo definitivo. Caso essa pessoa possua mais de uma residência, será considerada qualquer uma delas (art. 71 do CC). Também poderá ser considerado domicílio o lugar em que a pessoa exerça suas profissões, caso exerça em diversos lugares, poderá ser considerado domicílio qualquer um desses lugares (art. 72 do CC). Caso a pessoa não possua uma residência habitual, será considerado domicílio o lugar que a mesma for encontrada (art. 73 do CC).

Assim, domicílio é uma qualidade jurídica, no entanto, a residência é o local onde uma pessoa vive, isto é, trata-se de sua morada (LÔBO, 2018). Já para Gagliano e Filho, “O domicilio é o lugar onde a pessoa estabelece residência como ânimo definitivo, convertendo-o em regra, em centro principal de seus negócios jurídicos ou de sua atividade profissional” (GAGLIANO; FILHO, 2018, p. 137).

E, embasado no art. 1.786 do CC, a sucessão é admitida por lei, através da sucessão legítima, ou pela última vontade do falecido, através da sucessão testamentária.

Com base nisso, o ordenamento jurídico elenca duas espécies de sucessão *mortis causa*, a sucessão legítima ou legal e a sucessão testamentária.

1.2 SUCESSÃO LEGÍTIMA

Neste subtítulo será abordado o conceito de sucessão legítima, uma breve origem da sucessão legítima, quem possui a legitimidade para suceder e qual é a ordem da vocação hereditária, com base na doutrina e na legislação, especificamente no Código Civil vigente.

Em um conhecimento geral, a sucessão legítima é aquela advinda pela lei, ou seja, se o *de cuius* falecer e não deixar testamento, a sucessão passa para os herdeiros que a lei estabelece, ou também conhecidos como herdeiros necessários.

Para Lôbo, “A sucessão legítima ou legal é a que se dá em observância à ordem de vocação e aos critérios estabelecidos na legislação. A sucessão legítima divide-se

em sucessão necessária e sucessão legítima em sentido amplo.” (LÔBO, 2018, p. 75). A partir de então, o referido autor acrescenta que tanto a sucessão legítima quanto a sucessão testamentária possuem os mesmos efeitos legais e tem as mesmas funções.

Nas palavras de Salomão de Araujo Cateb, “A sucessão legítima, ou *ab intestato* é uma complementação natural, com a transferência do patrimônio adquirido em vida a certas e determinadas pessoas, nomeadas pela lei, sem qualquer interferência da vontade de seu titular”. (CATEB, 2015, p. 11)

Já no entendimento de Madaleno (2019), a origem da sucessão legítima é antiga, advinda do Código de Hammurabi de 2000 a.C. Ele possui várias disposições referentes à herança, inclusive que se constitui na deserção dos filhos, tendo sua evolução no Direto Romano, com seu primitivo regime patriarcal, onde o que importava era a sucessão da chefia doméstica do que a transmissão dos bens (MADALENO, 2019).

Com base nisso, é possível perceber que havia um único herdeiro, configurado na figura do filho primogênito, após evoluiu para o uso de testamento, onde de início era apenas um modo de excepcionar a sucessão estatutária, porém com o passar do tempo passou a ser um meio normal que regulamentava a sucessão, ficando assim, a sucessão legítima com um papel secundário.

Ainda, destaca que no início, todos os bens eram tidos conjuntamente, no entanto a sucessão hereditária não era importante para eles. Após surgem os Clãs, onde a sucessão hereditária do chefe atribuía ao grupo, ou seja, quando morria o pai um filho ou outro membro do grupo o substituía. Nos primitivos direitos gregos e romanos, a transmissão dos bens ocorria através do nascimento dos filhos e não pela morte dos pais (LÔBO, 2018).

O Código Civil vigente, em seu art. 1.788, determina que se a pessoa morre sem deixar testamento, a herança será transmitida logo aos herdeiros legítimos. A mesma coisa acontece com os bens que não estiverem no testamento ou até mesmo se caso o testamento caducar ou for julgado nulo. O art. 1.789 complementa que havendo os herdeiros necessários, e deixado testamento, o testador só poderá testar metade da herança (BRASIL, 2015).

1.2.1 Ordem da Vocação Hereditária

Quando o autor da herança não deixou testamento, o legislador irá estabelecer que a herança seja deferida para determinadas pessoas, obedecendo assim a ordem da vocação hereditária. A ordem da vocação hereditária é aquela que a lei determina, ou seja, é uma sequência de pessoas que a lei irá estabelecer como sucessores dos bens que o *de cujus* deixar.

O Código Civil de 1916, em seu art. 1.603, estabelecia a ordem de uma forma diferente do que o atual Código Civil traz. Isto é, a sucessão legítima possuía a seguinte ordem: em primeiro herdavam os descendentes, em segundo os ascendentes, em terceiro o cônjuge sobrevivente, em quarto os colaterais e em quinto os Estados, Distrito Federal ou a União (BRASIL, 1916).

Com a revogação de tal dispositivo, o cônjuge sobrevivente teve uma posição mais favorável, ele passou a concorrer com determinadas pessoas, como elencado no art. 1.829 do Código Civil de 2002:

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)³; 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)

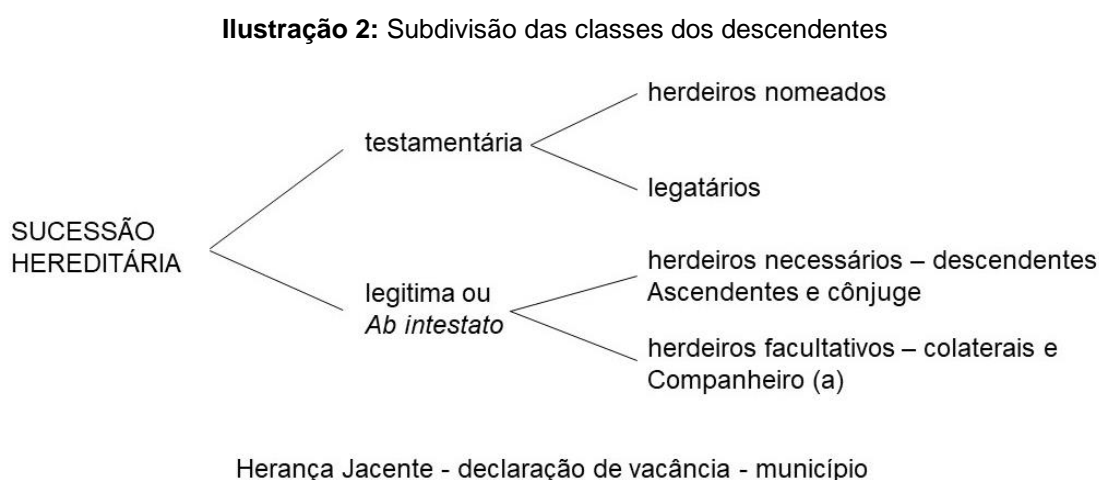
Diante de tal dispositivo, sabe-se que o cônjuge, a partir da nova ordem da vocação hereditária, foi elevado   condição de herdeiro necessário e, assim sendo, concorrerá com os descendentes, caso não haja descendentes, passará a concorrer com os ascendentes (GONÇALVES, 2017).

Conforme o inciso I do art. 1.829 do CC, nas palavras de Gonçalves, os filhos sucedem por direito próprio, e os descendentes, tanto por direito próprio como por representação, conforme elencado na Ilustração I da pg. 16. O chamamento da vocação hereditária será dividido por classes e a classe mais próxima irá excluir a

³ De acordo com Gonçalves, tal dispositivo citado no referido inciso está incorreto, uma vez que é o art. 1.641 que menciona as hipóteses em que o regime de separação de bens se torna obrigatório no casamento (GONÇALVES, 2017, p. 51).

classe mais remota. Isto é, será dividido em linha reta, primeiramente para os descendentes, na falta desses, para os ascendentes (GONÇALVES, 2017).

No pensamento de Dimas Messias de Carvalho, cada grupo de herdeiros legítimos⁴ que o art. 1.829 do Código Civil estabelece é chamado de classe. Se não houver herdeiros na classe dos descendentes, que o inciso I traz, será convocada a classe dos ascendentes, que está elencado no inciso II. Essas classes podem se subdividir em classe dos descendentes de primeiro grau e a classe dos descendentes de segundo grau (CARVALHO, 2006).



Fonte: Carvalho (2006, p. 324)

Quando não existir herdeiros necessários⁵, ou quando esses herdeiros renunciarem a herança, os bens serão devolvidos para o Município ou para o Distrito Federal, quando for localizada nas circunscrições, ou ainda para a União, quando o bem for situado em território federal, conforme o art. 1.844 do Código Civil de 2002. Há três ordens de sucessão legítima. A primeira são os parentes, o segundo é o cônjuge sobrevivente e o terceiro é o Estado, como já mencionado acima.

No Código Civil de 1916, os Municípios, Distrito Federal e a União estavam elencados no mesmo dispositivo que instituía a ordem da vocação hereditária. Com a revogação de tais dispositivos, foram excluídos, não recebendo assim os bens da

⁴ “Herdeiro legítimo é a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança”. (GOMES, 2012, p. 40)

⁵ “Herdeiro necessário é o parente e o cônjuge com direito a uma quota-parte da herança, da qual não pode ser privado”. (GOMES, 2012, p. 40)

herança na qualidade de herdeiro, ficando somente incluídos os parentes e os cônjuges.

1.3 SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Nesse ponto, abordaremos a sucessão testamentária, com base nisso, no conhecimento de Orlando Gomes em Roma, a sucessão testamentária teve mera importância com ênfase no fator religioso, ou seja, a devolução sucessória destinava-se a manter cultos dos ancestrais, na qual o testamento tinha como principal finalidade a instituição de herdeiro e este iria prosseguir o culto privado (GOMES, 2012).

Já no direito clássico, o testamento era um ato solene, na qual era priorizada a última vontade do testador, que tinha validade após a morte do *de cuius*. Nesse período, a sucessão testamentária tinha a finalidade econômica, onde se destinava a distribuição dos bens que o testador deixou e também se prosseguia com os cultos familiares. De início, o direito sucessório era irrevogável e com o passar do tempo se tornou revogável.

A sucessão testamentária é aquela que deriva da última vontade do *de cuius*, ou seja, antes de sua morte ele deixa um testamento ou um codicilo. Para Lôbo, “A sucessão testamentária é a que se dá em observância às declarações de vontade expressa deixadas pelo *de cuius*, nos limites e documentos formais admitidos por lei”. (LÔBO, 2018, p. 206).

Para Cateb,

A sucessão testamentária representa uma faculdade à pessoa que, durante sua existência, economizando valores e formando um patrimônio, tornou-se titular deste monte e quer transferir parte dele ou sua totalidade a pessoa que lhe parecem merecedoras de uma retribuição [...] o testamento é um ato livre e espontâneo, mais conhecido como disposição de última vontade, que encontra limites na legítima dos herdeiros necessários. (CATEB, 2015, p. 11)

O Código Civil em seu art. 1.858, considera o testamento como um ato personalíssimo e que pode ser revogável a qualquer momento. O art. 1.857 do CC estabelece que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.” (BRASIL, 2002).

1.3.1 Testamento

O testamento é um negócio jurídico unilateral, formal e pessoal, ou seja, seus efeitos ficam suspensos até que ocorra o evento futuro, não possuindo um tempo certo para ocorrer, isto é, tem efeito legal após a morte do testador. Para Silvio Venosa, “O testamento serve precipuamente para o autor da herança alterar a vontade do legislador.” (VENOSA, 2020, p. 672).

Nas palavras de Silvio Venosa, o testamento é um negócio jurídico revogável, sendo nula qualquer disposição que vise eliminar a revogabilidade do ato de última vontade do *de cuius*. Se houve um vício de vontade na elaboração do testamento, o testador pode revogá-lo a qualquer tempo (VENOSA, 2020).

Ainda, o testamento é um ato solene, que nas palavras de Silvio Venosa significa que na,

Manifestação de vontade contida em um testamento deve ser efetivada por meio de formalidades determinadas na lei. Tais formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador, bem como cercar de respeito o ato. (VENOSA, 2020, p. 740).

Diante disso, existe a nulidade absoluta no testamento, ou seja, ocorre quando as formalidades testamentárias não são seguidas na forma da lei, ou seja, mesmo produzindo efeitos legais e válidos, ele poderá ser revogado porque ainda não produziu efeitos e somente se efetivará após a morte do testador. E ainda, conforme o ar. 1.858 do CC, ele é ato personalíssimo e poderá ser mudado a qualquer momento.

1.3.2 Formas de Testamento

O Código Civil de 2002 atribui em seu art. 1.862 que as formas de testamentos ordinários são o público, o cerrado e o particular. Nesse contexto, será analisado cada uma das formas já mencionadas.

O testamento público, no Código Civil vigente, é aquele escrito pelo tabelião, ou, na falta desse, pelo substituto legal, em seu livro de notas, na presença de duas testemunhas. O Código Civil de 1916 atribuía que deveria ser escrito por um oficial público no livro de notas com a presença de cinco testemunhas. O art. 1.864, do atual código, prevê que:

São requisitos essenciais do testamento público:

I - ser escrito por tabelião ou por seu substituto legal em seu livro de notas, de acordo com as declarações do testador, podendo este servir-se de minuta, notas ou apontamentos;

II - lavrado o instrumento, ser lido em voz alta pelo tabelião ao testador e a duas testemunhas, a um só tempo; ou pelo testador, se o quiser, na presença destas e do oficial;

III - ser o instrumento, em seguida à leitura, assinado pelo testador, pelas testemunhas e pelo tabelião.

Parágrafo único. O testamento público pode ser escrito manualmente ou mecanicamente, bem como ser feito pela inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas, desde que rubricadas todas as páginas pelo testador, se mais de uma. (BRASIL, 2002).

Como é um testamento que deve ser escrito com todas as declarações que o testador der, nas palavras de Orlando Gomes, o testamento público é a forma mais utilizada, pois o mesmo traz mais segurança para o testador (GOMES, 2012).

Ainda, nas palavras de Gonçalves, quando o Código Civil de 1916 exigia cinco testemunhas, era constituída uma reminiscência da antiga divisão do povo romano, que era dividido em cinco classes, e cada testemunha representava uma dessas classes. Segundo o art. 1.865 do CC de 2002, ao invés de solicitar para que uma testemunha instrumentária assinasse a seu rogo, como dispõe o dispositivo legal, deve fazer pedido a outrem, trazendo mais segurança para a lavratura de tal instrumento (GONÇALVES, 2020).

O testamento cerrado é aquele onde o testador deseja manter sua última vontade em segredo, conforme exposto no art. 1.868 do Código Civil de 2002, ele pode ser escrito pelo próprio testador ou por outra pessoa, porém somente será válido se o mesmo for aprovado pelo tabelião ou por seu substituto legal. Para que isso ocorra, deve ser entregue para o tabelião na presença de duas testemunhas uma declaração de que é dele o testamento e que quer que seja aprovado, que o tabelião lavre o auto de aprovação e o leia em voz alta para todos, e o auto de aprovação seja desde logo assinado pelo tabelião, pelo testador e pelas duas testemunhas.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves, o testamento cerrado possui alguns requisitos, quais sejam: cédula testamentária; ato de entrega; auto de aprovação e; cerramento (GONÇALVES, 2020).

Gonçalves ainda acrescenta que:

A cédula testamentária deve ser escrita e assinada pelo próprio testador, ou por alguém a seu rogo (desde que não seja o herdeiro ou o legatário, seu cônjuge ou companheiro, ou os ascendentes e irmãos, não legitimados, por força do art. 1.801, I do CC). O próprio tabelião pode escrever o testamento, a rogo do testador, quando este não souber, ou não o puder fazer

pessoalmente, não ficando, por esse motivo, impedindo de, posteriormente, lavrar o auto de aprovação (art. 1.870) (GONÇALVES, 2020, p. 83).

Conforme o art. 1.871 do Código Civil de 2002, o testamento poderá ser escrito tanto na língua nacional como também na língua estrangeira, caso o testador saiba a língua referida. Ao contrário do testamento público, não pode dispor do testamento cerrado quem não sabe ler, conforme exposto no art. 1.872 do CC/02. Ademais, o surdo-mudo poderá fazer o testamento cerrado, desde que o escreva todo e o assine com sua mão, entregando ao tabelião em frente às duas testemunhas e escrevendo na parte externa do papel que o testamento é seu e que requer a aprovação do mesmo, ante o exposto pelo art. 1.873 do CC/02.

Após, Gonçalves, acrescenta que o próprio testador deverá entregar ao tabelião o testamento, contendo a presença de duas testemunhas, afirmando assim, que se trata do seu ato de última vontade e assim sendo, quer que seja aprovado (GONÇALVES, 2020).

Carlos Roberto Gonçalves acrescenta que:

Na sequência, na presença das testemunhas, o tabelião lavrará o auto de aprovação (na verdade, mera autenticação), após a última palavra. Se não houver espaço na última folha escrita, colocará o seu sinal público e declarará, colando outra folha, a razão de seu procedimento. Todos (tabelião, testador e testemunhas) assinarão, em seguida, o instrumento. (GONÇALVES, 2020, p. 83-84)

No entender de Gonçalves, a última fase é o cerramento, onde o tabelião, com a cédula dobrada, irá costurar o testamento com cinco pontos de retrós e lançará sobre cada ponto pingos de lacre. O art. 1.874 do Código Civil de 2002 deixa claro que, “Depois de aprovado e cerrado, será o testamento entregue ao testador, e o tabelião lançará, no seu livro, nota do lugar, dia, mês e ano em que o testamento foi aprovado e entregue”. (BRASIL, 2002). E quando falecido o testador, o art. 1.875 do CC/02 evidencia que o testamento será entregue ao juiz, onde o mesmo abrirá e o fará registrar, ordenando assim, caso não encontrar vício externo ou torne nulo ou suspeito de falsidade, que o mesmo seja cumprido (GONÇALVES, 2020).

E, por fim, o testamento particular, sendo o testamento menos seguro para o direito brasileiro. Para Silvio Venosa, o testamento particular também é denominado hológrafo, e para o Código Civil de 1916 foi o testamento menos utilizado (VENOSA 2020).

O atual Código Civil prevê que o testamento particular é aquele elencado no art. 1.876, que perfaz em,

Art. 1.876. O testamento particular pode ser escrito de próprio punho ou mediante processo mecânico.

§ 1º Se escrito de próprio punho, são requisitos essenciais à sua validade seja lido e assinado por quem o escreveu, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever.

§ 2º Se elaborado por processo mecânico, não pode conter rasuras ou espaços em branco, devendo ser assinado pelo testador, depois de o ter lido na presença de pelo menos três testemunhas, que o subscreverão. (BRASIL, 2002)

Isto significa que se o testador optar por escrever de próprio punho, o mesmo deverá ler e assinar na presença de três testemunhas, e se optar em escrever conforme o processo mecânico, não poderá conter rasuras nem espaços em branco, devendo ler e assinar na presença de três testemunhas.

Como os outros tipos de testamento, o particular também pode ser escrito em língua estrangeira, desde que as testemunhas a compreendem, conforme elencado no art. 1.880 do CC de 2002.

Há uma mera diferença entre o testamento cerrado e o testamento particular. O testamento cerrado pode ser escrito tanto pelo testador como também por outrem a seu pedido, e o testamento particular somente poderá ser escrito pelo próprio testador.

Assim, ao término do primeiro capítulo, iniciar-se-á o segundo capítulo, que abordará sobre o que é a filiação e sua respectiva classificação e, também, sobre a reprodução humana assistida e seus métodos.

2 A FILIAÇÃO E A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Neste capítulo, será analisado o conceito da filiação, a classificação doutrinária de filiação, tais como, filiação matrimonial, filiação extramatrimonial e filiação adotiva, bem como abordar os principais métodos de reprodução humana assistida existente no Brasil.

2.1 CONCEITO DE FILIAÇÃO

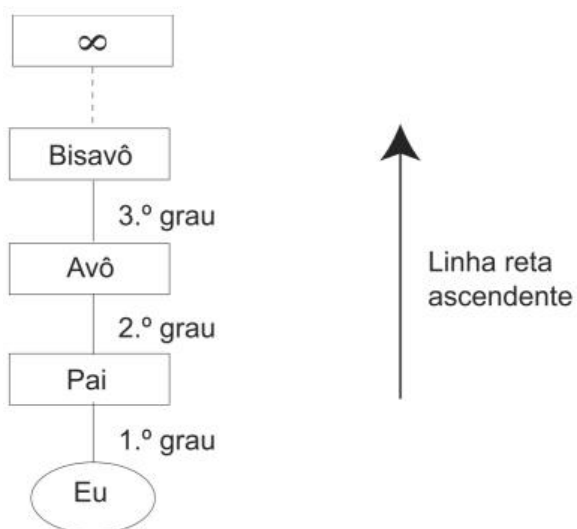
Filiação tem origem no vocábulo latino *filiatio*, que significa a descendência de pais a filhos, ou seja, é a continuação da espécie humana, dando sequência à representação do homem. Em outras palavras, Jorge Siguemitsu Fujita acrescenta que a

Filiação é, no nosso entender, o vínculo que se estabelece entre pais e filhos, decorrente da fecundação natural ou da técnica de reprodução assistida homóloga (sêmen do marido ou do companheiro; óvulo da mulher ou da companheira) ou heteróloga (sêmen de outro homem, porém com o consentimento do esposo ou companheiro; ou o óvulo de outra mulher, com a anuência da esposa ou companheira), assim como em virtude da adoção ou de uma relação socioafetiva resultante da posse do estado de filho. (FUJITA, 2011, p.10)

Há também o entender de Maria Helena Diniz que aborda que “A Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aquela que lhe deram a vida” (COSTA *apud* DINIZ, 2018, p. 11). Em outras palavras, a filiação é um vínculo que une o fruto de sua reprodução, entre pais e filhos, sendo a relação de parentesco consanguíneo, entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, ou, até mesmo, por parte daqueles que adotam.

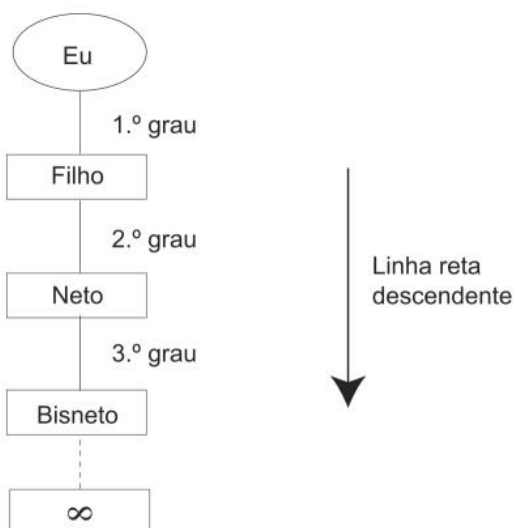
Diante disso, observa-se que a filiação trata de uma relação de parentesco, estando assim, interligada em linha reta. Assim, Flávio Tartuce mostra que, o grau de parentesco entre eu e meu pai é de primeiro grau, já entre meu avô e eu é de segundo grau e por fim, eu e meu bisavô é de terceiro grau na linha reta de ascendentes (TARTUCE, 2020).

Após apontamento de seu conhecimento, Tartuce esquematiza a linha reta de ascendentes, viabilizando assim, cada grau de parentesco mencionado no exemplo acima.

Ilustração 3: Linha Reta de Ascendentes

fonte: Tartuce (2020, p. 490)

De outro modo, nas palavras de Tartuce, em linha reta de descendente, o grau de parentesco entre eu e meu filho é de primeiro grau, entre eu e meu neto é de segundo grau e entre eu e meu bisneto é de terceiro grau de parentesco (TARTUCE, 2020).

Ilustração 4: Linha Reta de Descendente

fonte: Tartuce (2020, p. 490)

Desta forma, a filiação se caracteriza tanto pelo vínculo consanguíneo, como também pelo vínculo afetivo, tendo como principal elo aqueles que os conceberam ou agiram como se assim fosse, isto é, possuindo o vínculo entre os pais com seus filhos.

Com base no conceito de filiação, para melhor compreensão, é importante analisar, de forma breve, a evolução histórica, verificando desde o Código Civil de 1916, a legislação pertinente, a Constituição Federal de 1988 até a atual legislação.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA DE FILIAÇÃO

O Código Civil de 1916 classificava a filiação de acordo com sua origem, isto é, a filiação estava entrelaçada ao contexto matrimonial, que advinha de um casamento válido, como também extramatrimonial, quando não há a existência de um casamento válido. Diante disso, eram considerados filhos legítimos aqueles que advinham do matrimônio e ilegítimos aqueles que advinham da relação extramatrimonial.

A adoção era criticada por diversos doutrinadores, sendo colocada à parte no contexto de filiação, não sendo menos importante que a filiação matrimonial e extramatrimonial. Diante disso, será abordada uma divisão entre filiação matrimonial, filiação extramatrimonial e a filiação adotiva.

2.2.1 Filiação Matrimonial

Como o próprio nome sugere, a filiação matrimonial é aquela advinda dentro do casamento, ou seja, são os filhos advindos dentro do matrimônio. Ademais, o Código Civil, especificamente do artigo 1.561 ao 1.617, mostra que o casamento possui algumas formas impeditivas e anulatórias. Por isso, Inácio Vinicius Santos Costa destaca que “O casamento dos genitores deve ser anterior não só ao nascimento do filho, como também à sua própria concepção”. (COSTA, 2018, *apud*, DINIZ, 2015, p. 24). Como é sabido, há diversos casos que a concepção e o nascimento do filho ocorrem antes do casamento e este terá os mesmos direitos que os nascidos dentro do casamento de seus genitores.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597 estabelece que:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - Nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - Nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - Havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (BRASIL, 2002)

O prazo de 180 dias (conforme estabelecido no inciso I do art. 1.597 do CC) inicia a contagem do início da convivência conjugal e não da celebração do casamento. Nas palavras de Jorge Siguemitsu Fujita, o legislador objetivou em defender a condição matrimonial dos filhos cujos genitores acabam se separando de fato, voluntariamente ou involuntariamente, logo após a conjunção matrimonial. O mesmo autor enfatiza ainda a hipótese de uma criança nascer antes de tal prazo, onde entende-se a presunção do filho matrimonial, cabendo somente ao marido o direito de contestar a paternidade, mediante provas que lhe são admitidas pela lei, o exame de DNA. (FUJITA, 2011).

Para ele, o prazo de 300 dias (conforme estabelecido no inciso II do art. 1.597 do CC) refere-se ao tempo de duração de gestação,

[...] com referência ao prazo de 300 dias após a dissolução da sociedade conjugal (morte; separação legal – judicial ou extrajudicial; anulação; ou nulidade) há que se dizer que a cautela do legislador se encontra presente, para efeitos da legitimidade, porquanto uma gestação tem prazo máximo de 260 a 280 dias, sendo inviável a hipótese de ultrapassagem daquele lapso temporal de 300 dias. [...] (FUJITA, 2011. p. 40)

Mesmo que o casamento seja considerado nulo, ou venha a ser objeto de anulação, serão considerados filhos matrimoniais, independentemente de declaração judicial, aqueles nascidos no decorrer do prazo de 300 dias.

Conforme elencado no inciso III do art. 1.597 do Código Civil, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que o marido tenha falecido, no entender de Fujita dita fecundação é considerada artificial porque não houve a conjunção sexual, e sim, a fecundação decorreu de uma técnica de reprodução humana assistida. O inciso prevê que a fecundação é homóloga, ela é tratada assim, pois a fecundação ocorreu com a utilização do óvulo da mulher e o sêmen do homem (FUJITA, 2011).

A menção do art. 1.597, inciso IV do Código Civil, “Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” (BRASIL, 2002), nesse contexto, Costa mostra que,

O filho decorrente dessa concepção utiliza materiais genéticos de ambos os cônjuges, que são usados para fins de reprodução humana. Nesse caso, estão presentes os mesmos requisitos do inciso anterior, no qual é necessária

a autorização expressa do casal, respeitando o disposto na resolução do CFM nº 2.168 de 2017 que faz referência de gametas e embriões criopreservados, que, por sua vez, podem ser armazenados e usados conforme destinação já estipulada entre os pacientes. (COSTA, 2018. p. 25-26)

E por fim, o art. 1.597, inciso V, do mesmo código, traz a hipótese de inseminação artificial heteróloga, haja vista que, deve conter prévia autorização do marido ou da esposa. Assim, um dos cônjuges colabora com a carga genética para que seja fertilizado com a contribuição de uma doação através de um terceiro, ou seja, a inseminação heteróloga é aquela que envolve o óvulo da mulher com o sêmen de um terceiro, ou o sêmen do marido com o óvulo de uma terceira mulher, gerando como consequência a filiação biológica por um dos cônjuges e, por outro lado, a filiação socioafetiva⁶.

Para Fujita, o entendimento de prévia autorização do marido, deve ser escrito por instrumento público ou particular para que não haja discussões futuras a respeito da paternidade (FUJITA, 2011). Porém, há controvérsias a respeito da autorização, na obra de Jorge Siguemitsu Fujita, ele cita Luís Paulo Cotrim Guimarães, onde o mesmo diverge tal posição, assegurando que tal consentimento pode ser verbal, sendo certo que “Em caso de impugnação da filiação pelo marido, caberá a este provar seu não assentimento, posto que o artigo de lei não determina formalidade para autorização”. (FUJITA *apud* GUIMARÃES, 2011, p. 42).

O terceiro deverá promover a doação do sêmen por meio de documento escrito, tendo em vista, que nesses casos há o sigilo do nome do casal receptor. Nesse contexto, será considerado pai aquele que não forneceu o espermatozoide para a fertilização e não será considera pai aquele que doou o sêmen. Diante disso o Enunciado nº 111 da I Jornada de Direito Civil mostra que,

A adoção e a reprodução assistida heteróloga atribuem a condição de filho ao adotado e à criança resultante de técnica conceptiva heteróloga; porém, enquanto na adoção haverá o desligamento dos vínculos entre o adotado e seus parentes consanguíneos, na reprodução assistida heteróloga sequer será estabelecido o vínculo de parentesco entre a criança e o doador do material fecundante. (BRASIL, 2009, I Jornada de Direito Civil).

⁶ A filiação socioafetiva é aquela que a paternidade e a maternidade se baseiam no afeto, ou seja, não possui vínculo consanguíneo entre as pessoas, como por exemplo a adoção. (MADALENO *apud* DELINSKI, 2020, p. 528).

Assim, entende-se que a adoção, como também a reprodução humana assistida heteróloga atribui para o adotando ou para a criança resultante de tal técnica, a condição de filho.

2.2.2 Filiação Extramatrimonial

A filiação extramatrimonial é advinda fora do matrimônio. Fujita conceitua a filiação matrimonial como “Aquela que decorre de pessoas que não querem casar ou que se encontram impedidas de casar em razão de casamento anterior ou de parentesco próximo.” (FUJITA, 2011, p. 45), ainda, tais filhos advindos da união extramatrimonial, podem ser naturais ou espúrios, isto é, adulterinos ou incestuosos.

Nas palavras de Fujita, os filhos naturais são os descendentes de pais que não possuíam nenhum impedimento de matrimônio, isso no momento de sua concepção, ou seja, os pais poderiam se casar em qualquer momento. Ao contrário dos filhos naturais, os espúrios são aqueles concebidos por pais que possuem impedimento de matrimônio (FUJITA, 2011).

Os filhos espúrios podem ser classificados como adulterinos e incestuosos. Menciona o referido autor que “Adulterinos são os que nascem de uma união de pessoas impedidas de casar em virtude de casamento anterior, sendo, pois, resultado de um adultério.” (FUJITA, 2011, p. 45)

Acrescenta ainda, que os filhos gerados por um uma mulher ou por um homem separado legalmente, que possui separação em via judicial ou extrajudicial, embora que o vínculo matrimonial esteja intacto, não serão considerados filhos espúrios adulterinos, e, sim, serão considerados filhos naturais (FUJITA, 2011).

Os incestuosos são aqueles gerados por pais não casados e ainda, impedidos de realizar o matrimônio em virtude de parentesco natural, civil ou afim.

Citando novamente Fujita, o reconhecimento dos filhos extramatrimoniais é considerado um ato jurídico com natureza declaratória, pois não cria a maternidade ou a paternidade. Entretanto, é declarado um fato, ou seja, trata-se de um ato que estabelece o parentesco entre o pai e a mãe, sendo um deles em um lado e no outro lado o filho (FUJITA, 2011).

Há duas espécies de reconhecimento dos filhos extramatrimoniais, o voluntário e o judicial, “O reconhecimento voluntário é o meio pelo qual o pai, a mãe ou ambos revelam espontaneamente o vínculo que os liga ao filho extramatrimonial, outorgando-

lhe, pois o *status* correspondendo” (FUJITA, 2011, p. 46). Diante disso, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.613, estabelece que as condições e o termo do ato de reconhecimento dos filhos serão ineficazes, ou seja, serão impróprios.

O artigo 1.609, por sua vez, e seus respectivos incisos, prevê as formas de reconhecimento dos filhos:

Art. 1.609...

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. (BRASIL, 2002).

Ainda, o parágrafo único de tal dispositivo acrescenta que “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.” (BRASIL, 2002). Com base na legislação, e, nas palavras de Fujita, o nascituro, mesmo não possuindo personalidade jurídica poderá ser reconhecido, ao contrário, o embrião não poderá ser reconhecido, uma vez que não é apto se desenvolver até o nascimento (FUJITA, 2011).

O artigo 1.611 do Código Civil de 2002 destaca que o filho advindo fora da conjunção matrimonial, reconhecido por um dos cônjuges, não poderá frequentar o lar conjugal sem que o outro cônjuge dê seu consentimento. Diante do exposto, o artigo 1.612 do referido código relata que os filhos menores, reconhecido, ficarão sob guarda do genitor que o reconheceu, e caso ambos o reconheceram, não havendo acordo, a guarda irá atender os interesses do menor.

Já o artigo 1.614 do Código Civil de 2002 enfatiza que “O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento, e o menor pode impugnar o reconhecimento, nos quatro anos que se seguirem à maioridade ou à emancipação.” (BRASIL, 2002).

Para Fujita, “O reconhecimento é ato irrevogável, uma vez que resulta em uma confissão de paternidade ou de maternidade. Todavia, pode ser anulado, na hipótese de ocorrência de vício de vontade, como erro, coação, etc.” (FUJITA, 2011, p. 47). No artigo 1.607 “O filho havido fora do casamento pode ser reconhecido pelos pais, conjunta ou separadamente”. (BRASIL, 2002). O reconhecimento do filho poderá se dar por escritura pública ou particular e será arquivada em cartório.

Para a forma de reconhecimento voluntário, nas palavras de Fujita, não precisará ser especificado para tal finalidade, podendo ser incidental ou acessório, nesse caso, poderá ser feito mediante testamento, sendo público, cerrado ou particular, como também o militar, marítimo ou aeronáutico, mesmo restando nulo ou ser objeto de revogação, subsistirá a parte de reconhecimento de filiação (FUJITA, 2011).

2.2.3 Filiação Adotiva

Nas palavras de Madaleno *apud* Pontes de Miranda, a adoção é um ato solene pelo qual cria-se uma relação fictícia de paternidade e filiação entre o adotante e o adotado (MIRANDA, 2020). Ainda, quanto a sua natureza jurídica, é um negócio bilateral, todavia, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, §5º, estabelece que “A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros” (BRASIL, 2002), ou seja, passou a definir como um ato complexo, pois exige sentença judicial.

Para Fujita, “Filiação adotiva é aquela proveniente de uma adoção, pela qual, mediante sentença judicial constitutiva, é estabelecido um vínculo jurídico entre adotante(s) e adotado” (FUJITA, 2011, p. 52).

Em suas conclusões Fujita acrescenta,

A adoção é o negócio jurídico pelo qual se promove, mediante sentença judicial constitutiva, o ingresso de uma pessoa, menor ou maior de idade, capaz ou incapaz, como filho na família do adotante, independentemente da existência entre elas de uma relação parental consanguínea ou afim, desfrutando o adotado de todos os direitos e deveres inerentes à filiação. (FUJITA, 2011, p. 53).

Ademais, a filiação trata-se de um negócio jurídico, mesmo que não exista a consanguinidade, possui vinculação de filiação, advindo mediante sentença judicial, o qual deve observar diversos requisitos para que seja procedida a adoção.

Antes do Código Civil de 2002, a adoção era classificada como simular ou também conhecida como brasileira, civil e estatutária. A adoção simular era considerada uma criação da jurisprudência, para Gonçalves,

[...] a expressão “adoção simular” foi empregada pelo Supremo Tribunal Federal ao se referir a casais que registram filho alheio, recém-nascido, como

próprio, com a intenção de dar-lhe um lar, de comum acordo com a mãe e não com a intenção de tomar-lhe o filho. (GONÇALVES, 2018, p. 124).

Este fato, para o Código Penal, era constituído como crime de falsidade ideológica, onde os casais eram absolvidos pela inexistência de dolo específico. Já nos dias atuais, o Código Penal enfatiza que o juiz deixará de aplicar a pena.

A adoção civil era considerada a tradicional, regulamentada no Código Civil de 1916, também conhecida como restritiva, pois não integrava o menor totalmente na família do adotante, permanecendo assim, o adotado, interligado aos seus parentes consanguíneos. Com a entrada em vigor do ECA, esse tipo de adoção ficou limitado para os maiores de dezoito anos.

Por fim, a adoção estatutária era elencada preferencialmente para os menores de dezoito anos, também conhecida como adoção plena, pois ao contrário da adoção civil, essa promovia absoluta integração do adotado na família do adotante, desligando-o completamente de seu parentesco consanguíneo.

Na atualidade, a adoção é regida pela Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. No momento em que entrou em vigor, passou a introduzir inúmeras alterações no ECA e revogou do artigo 1.620 ao 1.629 do Código Civil de 2002, ainda, trouxe nova redação para os artigos 1.618 e 1.619, do referido código, os quais se referiam a adoção. Para Gonçalves,

A referida Lei Nacional da Adoção estabelece prazos para dar mais rapidez aos processos de adoção, cria um cadastro nacional para facilitar o encontro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados por pessoas habilitadas e limita em dois anos, prorrogáveis em caso de necessidade, a permanência de criança e jovem em abrigo. Fixa, ainda, o prazo de seis meses para a reavaliação de toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional. (GONÇALVES, 2018, p. 125).

Para o Código Civil de 2002, especificamente em seu artigo 1.618 “A adoção de crianças e adolescentes será deferida na forma prevista pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente” (BRASIL, 2002).

Ainda, o artigo 48 da Lei nº 12.010/09 dispõe que, “O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.” (BRASIL, 2009).

Para que a adoção possa ser constituída é necessário seguir alguns requisitos. Diante disso, o artigo 42 do ECA (1990), estabelece que, a idade mínima do adotante é de dezoito anos, independo do estado civil. Ainda, o §3º do referido artigo prevê que deve haver uma diferença de dezesseis anos entre o adotando e o adotado. Conforme o §1º, “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.” (BRASIL, 1990). Ainda, é necessário o consentimento dos pais ou do representante legal daquele que se deseja adotar, nas conformidades do artigo 45 do ECA. Já, exposto no §2º do artigo 28 do ECA, caso o adotado seja maior de 12 (doze) anos de idade, para que ocorra a adoção é necessário o consentimento do mesmo, colhido, assim, em audiência.

A adoção contribui a condição de filho para criança ou adolescente que fora adotado, onde possui os mesmos direitos e deveres, inclusive em relação sucessória, ainda, o adotado é desligado de qualquer vínculo com os familiares consanguíneos, isso exposto no artigo 41 do ECA (1990).

Ainda, o artigo 47 do ECA constitui que o vínculo da adoção ocorre mediante sentença judicial, após, com o mandado, será inscrita no Registro Civil e assim sendo, será fornecido a certidão do adotado. Ademais, o § 7º do referido artigo estabelece que será produzido efeito a partir do trânsito em julgado.

Após a sentença, será proferido alguns efeitos, o primeiro é elencado no artigo 41 do ECA (1990), onde será atribuído a condição de filho para o adotado e com isso ocorrerá o desligamento de qualquer vínculo com a família de origem; por segundo, o artigo 47, §5º do ECA mostra que “A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome” (BRASIL, 1990), ou seja, o adotado terá o direito de levar consigo o sobrenome do adotante; por terceiro Fujita acrescenta que,

Parentesco civil. Ainda com o trânsito em julgado da sentença constitutiva de adoção, são estabelecidas as relações de parentesco civil não somente entre o adotante e o adotado, como também entre o adotante e os descendentes do adotado e entre este e todos os parentes do adotante. Deste modo, o adotado é considerado como se tivesse nascido dentro da família do adotante. (FUJITA, 2011, p. 60).

Em quarto, aparece a transferência do poder de família dos pais biológicos para os pais adotivos, conforme elencado no artigo 1.635, inciso IV do Código Civil de 2002; por quinto, o artigo 45, § 2º do ECA combinado com o artigo 1.829 e seguintes do

Código Civil de 2002 inclui a relação de sucessão, ou seja, o adotado possui os mesmos direitos e os mesmos deveres que os filhos naturais.

2.2 MÉTODOS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA (RA)

A reprodução humana assistida trata-se de um conjunto de técnicas que interferem no processo natural de procriação, tendo como maior objetivo a possibilidade de pessoas, que apresentam determinados problemas de infertilidade, satisfazerem assim, seu desejo de maternidade ou paternidade.

Para Scalquette,

A Reprodução Assistida é aquela em que o casal recebe orientação de forma a programar a maneira de suas relações, visando à facilitação do encontro do espermatozoide com o óvulo, ainda que esse encontro se dê por meio de relação sexual. (SCALQUETTE, 2010, p.58).

Por muitos anos, a medicina se constituía apenas em acompanhar a gravidez e realizar os partos, uma vez que a fecundação ocorria por meio de relação sexual. Com o passar dos anos e com o aperfeiçoamento da ciência, os profissionais de medicina começaram também a ter a relação com a “criação” de novas vidas, isto é, através dos meios de reprodução humana assistida (SCALQUETTE, 2010).

A RA pode ocorrer de diversos métodos, o mais simples deles é a Inseminação Artificial Intrauterina (IIU). Essa fecundação ocorre com a introdução dos espermatozoides no interior do canal genital feminino utilizando um cateter, sem que ocorra a relação sexual (SCALQUETTE, 2010).

A seguir, serão relatadas as principais técnicas de reprodução humana assistida que estão sendo utilizadas pelos médicos, frisando, em um contexto geral, o conceito de cada uma delas.

2.2.1 Reprodução Humana Assistida através da inseminação artificial (IA)

Este tipo de inseminação artificial foi a primeira técnica a ser utilizada pela medicina. Para que o processo seja um sucesso é necessário observar com cautela a ovulação da mulher, pois os espermatozoides são introduzidos dentro do óvulo da mulher. Esta técnica passou a ser mais utilizada em 1932, quando foi possível determinar, com mais facilidade, o período fértil da mulher, e, em 1945 quando foi

descoberta a criopreservação dos espermatozoides (FERRAZ, 2008). Com isso, Ferraz destaca que,

A inseminação artificial, como técnica de reprodução humana assistida, importa na substituição da relação sexual, onde ocorreria a fecundação, tratando-se de pessoas saudáveis, pela união do sêmen ao óvulo, sendo auxiliar ao processo reprodutivo, deficiente em alguma de suas etapas. (FERRAZ, 2008, p. 38)

A IA pode ser homóloga, quando são utilizados os espermatozoides do marido ou companheiro, e, heteróloga, quando não pertence ao marido ou companheiro, ou seja, quando são utilizados os espermatozoides de uma terceira pessoa, conhecido como doador anônimo (FERRAZ, 2008). Ferraz mostra, ainda, o modo de como é realizada a IA,

Na realização da inseminação artificial, primeiramente recolhem-se os espermatozoides do marido ou do companheiro ou de um doador, através da masturbação. Os espermatozoides, então, são analisados quanto à quantidade e mobilidade, separando-se os normais dos anormais. O esperma, então, é diluído em uma solução crioprotetora composta por um glicerol misturado a frutose, antibiótico e gema de ovo, a qual é distribuída automaticamente em tubos de plásticos numerados, os quais estão prontos para serem conservados em azotolíquido a uma temperatura de 196 graus abaixo de zero; os capilares são colocados em botijões de estocagem cheios de azoto líquido, podendo ser conservados pelo prazo atualmente fixado de 20 anos. (FERRAZ, 2008, p. 39-40)

Tendo em vista que tal técnica ocorre com a introdução do espermatozoide no corpo da mulher, ela é a técnica de reprodução assistida menos criticada e uma das técnicas mais utilizadas.

2.2.2 Reprodução humana assistida através de fertilização *in vitro* (FIV)

É a segunda técnica a ser utilizada. Segundo Carlos Alexandre de Moraes: “A fertilização *in vitro*, diferentemente da fecundação natural, ocorre fora do corpo materno, na “caixa de Petri”, e depois o embrião é transferido para o útero da receptora – ou seja, a vida humana tem origem em um laboratório.” (MORAES, 2019, p.75).

Para que essa técnica ocorra é necessário colher o material do casal, ou seja, o espermatozoide do homem e o óvulo da mulher, onde, já no laboratório, o esperma é colocado em uma “caixa de Petri” juntamente com o óvulo, ocorrendo assim a

fecundação de forma natural, porém não através de relação sexual. Após isso, o embrião ou os embriões, são transferidos para o útero da mulher (MORAES, 2019).

Na inseminação *in vitro*, assim como na inseminação artificial, ocorre a forma homóloga como também a forma heteróloga. A homóloga utiliza o material genético do próprio casal e assim sendo, a paternidade e a maternidade biológica se igualam com a legal (MORAES, 2019). Já a heteróloga, Moraes destaca que,

Ocorre a fertilização *in vitro* heteróloga quando os gametas utilizados (sêmen e óvulo) não pertencem ao casal ou companheiros que serão beneficiados, podendo ocorrer de pelo menos três formas: quando o sêmen utilizado é de terceira pessoa que não o cônjuge ou companheiro e o óvulo é da mulher que será fertilizada; quando o sêmen utilizado é do cônjuge ou companheiro e o óvulo não é da mulher que será fertilizada; e quando tanto o sêmen quanto o óvulo utilizados foram doados por terceiro para a formação do embrião, o qual será implantado em outra mulher. (MORAES, 2019, p.77)

Essa técnica, nas palavras de Ferraz, é conhecida como bebê de proveta e foi realizada pela primeira vez no ano de 1978, por Steptoe e Edwards, com o nascimento de Loise Brown (FERRAZ, 2008).

Ferraz acrescenta que “a técnica de fertilização *in vitro* à época foi uma experiência inédita que causou espanto na sociedade com a ideia de que a vida humana pudesse ser criada em laboratório e sua utilização desencadeou uma série de problemas éticos e jurídicos que serão examinados” (FERRAZ, 2008, p. 42). Assim, entende-se que tal inseminação, trata-se na verdade, de uma “vida humana de laboratório”.

2.2.3 Reprodução Humana através da gestação substituta

A gestação substituta surgiu logo após o nascimento do primeiro bebê gerado pela FIV, possui como objetivo solucionar os problemas de mulheres que não podem gerar um filho em seu ventre, ou seja, que possuem algum tipo de esterilidade seja de nascença ou decorrente de algum problema grave em seu útero.

Desta forma, Carlos Alexandre de Moraes elenca que,

A gestação de substituição (ou maternidade substitutiva ou, ainda, como é mais conhecida, “barriga de aluguel”) ocorre quando uma mulher possibilita que o filho de outro casal seja gerado em seu ventre, podendo o material genético ser fornecido pelo próprio casal, por terceiros ou pela própria mulher que cedeu o seu útero para gerar a criança. (MORAES, 2019, p.78)

A gestação de substituição, também conhecida como “barriga de aluguel”, é aquela em que uma mulher gera em seu ventre o filho de outro casal, onde o material genético pode ser fornecido pelo próprio casal, por terceiros ou ainda pela própria mulher que está gerando a criança (MORAES, 2019).

A Resolução nº 2.121/2015 do CFM mostra que somente pode ocorrer esse tipo de reprodução humana assistida caso haja algum problema, diagnosticado pelo médico, que impeça ou contraindique a gestação. Ainda, tal resolução, ilustra que,

1- As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. (CFM, 2015, p.6)

Desta forma, as doadoras deverão permanecer no contexto familiar até o quarto grau de parentesco. Ainda que a mãe carregue o feto, não será transmitida ao filho sua informação genética, ou seja, a genética se encontra nas células sexuais, isto é, no óvulo e no espermatozoide, com isso, serão pais biológicos os donos do material genético (CFM, 2015).

2.2.4 Reprodução humana assistida com gametas (GIFT)

Essa técnica possui mera semelhança com fertilização *in vitro*, na fase em que se encontra a estimulação da ovulação e também a coleta dos espermatozoides. Com isso, o material recolhido é transferido para uma ou para as duas trompas, por meio de um cateter, assim sendo, ocorrerá a fecundação (FERRAZ, 2008).

Uma diferença entre os dois meios de fertilização é que a *in vitro* ocorre fora do corpo da mulher, ou seja, o embrião possui origem laboratorial, já a fertilização com gametas ocorre nas trompas, ou seja, dentro do corpo da mulher (FERRAZ, 2008).

O GIFT, nas palavras de Ferraz, não é indicado,

Para mulheres que possuem danos significativos nas trompas, problemas anatômicos com o útero e quando o espermatozoide não pode penetrar no óvulo. A técnica é escolhida geralmente por casais que não conseguem a fecundação natural, após um ano de tentativas e que falharam aos cinco ou seis ciclos de estimulação ovariana com inseminação intrauterina. (FERRAZ, 2008, p. 44)

Caso a mulher não possa engravidar naturalmente, em decorrência de algum dano significativo em suas trompas, e o espermatozoide não possa penetrar naturalmente no óvulo, a medicina indica a inseminação por gametas.

2.2.5 Reprodução humana assistida com zigotos (ZIFT)

Nas palavras de Ferraz, através dessa técnica, os espermatozoides serão postos em contato com o óvulo, ocorrendo fora do corpo da mulher, após a fecundação se forma o zigoto. Também possui uma mera diferença do GIFT, pois esse ocorre nas trompas, ou seja, dentro do corpo da mulher, já o ZIFT ocorre fora do corpo feminino (FERRAZ, 2008).

Trata-se de um procedimento mais rápido. O zigoto é introduzido nas trompas em um período de vinte e quatro horas. Já a inseminação *in vitro* ocorre após observação em média de cinco dias. Ademais, essa técnica possui menor risco de gestação múltipla, pois são introduzidos poucos zigotos na mulher (FERRAZ, 2008).

Assim, finalizado o segundo capítulo, iniciar-se-á o terceiro capítulo, onde será tratado da reprodução humana assistida *post mortem*, respondendo assim, o problema da temática escolhida.

3 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

A delimitação temática da pesquisa é enfrentada neste terceiro capítulo do Trabalho de Curso. Busca-se aprofundar o estudo sobre a necessidade de autorização expressa do *de cujus* para a utilização de seus gametas ou para a implantação do embrião após a sua morte. Ainda, será abordada a situação do filho que fora concebido através de reprodução humana assistida homóloga, *post mortem*.

A reprodução humana assistida gera grande polêmica na atualidade ao interferir na procriação natural do ser humano, fazendo com que surjam diversas situações que desafiam o direito brasileiro. É um assunto de grande relevância e vem se ampliando à medida que as pessoas se interagem mais para as novas descobertas.

Diante disso, a Reprodução Humana *post mortem* existe em duas modalidades. A primeira ocorre quando o *de cujus* é cônjuge feminino e a segunda ocorre quando é o cônjuge masculino. Diante do exposto, por razões metodológicas, optou-se em aprofundar o conhecimento da inseminação *post mortem* apenas com a utilização do sêmen do falecido marido, sendo este, utilizado pela companheira ou viúva (SOARES, 2014).

No conhecimento de Costa, em meados de 1984, Caroline Richar e Alain Parpallaix, após se apaixonar, começaram a conviver juntos. Algum tempo depois do início da união, Alain descobriu que estava com câncer nos testículos e antes de realizar as quimioterapias, contratou uma clínica para que coletassem seu sêmen para serem utilizados posteriormente. Alguns dias antes do jovem falecer, Caroline e Alain casaram. Após algum tempo, Caroline foi até a clínica para realizar o procedimento de inseminação, mas seu pedido foi negado, havendo falta na legislação. Com isso, a jovem recorreu ao tribunal Francês que em um primeiro momento negou a devolução do material recolhido, pois na França não existia lei que autorizasse esse tipo de procedimento. Depois de um longo processo, o Tribunal deferiu que a clínica devolvesse os espermatozoides para que a jovem tivesse o direito de realizar tal procedimento, porém o procedimento de inseminação não teve êxito. (COSTA, 2018)

Nos dias atuais, com o avanço das tecnologias, é possível falar na concepção de filhos, mesmo após a morte do *de cujus*. A reprodução humana assistida *post mortem* é aquela realizada após a morte do genitor, isso significa que a mulher viúva, por meio de um tipo de inseminação artificial já mencionada, usa o sêmen de seu falecido marido para engravidar.

Com base nas palavras de Carlos Alexandre de Moraes, a inseminação *in vitro post mortem* homóloga pode decorrer através de duas formas: a primeira quando é utilizado o sêmen do *de cuius* para o desenvolvimento do embrião, e o segundo quando é utilizado o sêmen criopreservado⁷, o mesmo já colhido antes do falecimento do marido ou do companheiro (MORAES, 2019).

Ademais, a realização das referidas técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* tornou-se permitida a partir do congelamento do espermatozoide humano. Ainda, as técnicas utilizadas para o congelamento do sêmen são meramente utilizadas na prevenção da fertilidade de homens que irão se submeter a tratamentos de doenças graves, onde, em muitos casos, tais tratamentos poderão levar à esterilidade (SOARES, 2014).

No conhecimento de Soares, existem duas correntes que dividem os doutrinadores em relação à proteção da vontade de procriação após a morte, quais sejam,

A primeira defende essa proteção ao argumento de ser convergente do direito da criança à existência. A corrente restritiva sustenta a impossibilidade dessa técnica como forma de assegurar o direito da criança a uma estrutura familiar formada por ambos os pais. Neste sentido, defendem que, mesmo que haja o consentimento prévio à criopreservação do sêmen e óvulo, na inseminação *post mortem*, a morte funciona como causa revogadora da permissão ao emprego da técnica. (SOARES, 2014, p. 24).

Contudo, nas palavras de Soares, destaca-se que a referida técnica de reprodução humana deve ser analisada, ou seja, é necessário avaliar a real intenção da mãe em gerar essa criança, isto é, poderá ser tanto para dar continuidade na família, como também por motivos financeiros em relação à herança do *de cuius*. (SOARES, 2014).

Desta forma, destaca-se a importância dos princípios éticos que irão nortear a utilização das técnicas de reprodução assistida. Com isso, Soares menciona Luiz Edson Fachin, trazendo “O sentido da bioética, princípios necessários para reger condutas aplicáveis à reprodução humana”. Diretivas a partir de um “patrimônio comum de valores” (SOARES *apud* FACHIN, 2014, p. 25).

Desta forma, pergunta-se, é necessária a autorização do *de cuius* para a utilização dos gametas? Isto será analisado a seguir.

⁷ Trata-se da conservação do material biológico, através do congelamento em temperaturas baixas, geralmente tais células são congeladas em -196 °C (sento e noventa e seis graus celsius negativos)

3.1 EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO *DE CUJUS* PARA UTILIZAÇÃO DE SEU GAMETA OU PARA A IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÃO APÓS A MORTE

Conforme disposto no Conselho Federal de Medicina, observa-se a mera necessidade de autorização para que possa ser utilizado o sêmen do *de cujus*, onde o mesmo menciona 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” (CFM, 2017). Desta forma, observa-se a vontade que o *de cujus* possuía em ser pai.

Ainda, o item V.3 do CFM, descreve que,

No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (BRASIL, 2017)

Com base no CFM, é necessário que o marido deixe, por livre e espontânea vontade, a prévia autorização, sendo esta, por escrito. Ademais, o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil mostra que,

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (CNJ, I Jornada de Direito Civil, 2003)

De acordo com o que foi mencionado acima, para que este procedimento ocorra, é necessária prévia autorização do *de cujus*, sendo esta estabelecida por escrito, para que a mulher ou companheira, em condição de viúva, possa ser inseminada com o sêmen ou com o embrião que possui a sua carga genética seja implantado. Com isso, Gonzaga menciona Dias, onde aduz que,

Ainda que o marido tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *pos mortem*. Somente na hipótese de ter havida expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso a esse fim. Sem tal autorização, os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queira ser pai depois de morto. Assim, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança. (GONZAGA *apud* DIAS, 2011, p. 38).

Conforme decisão no APC 20080111493002, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, tramitado em Segredo de Justiça na 1ª Câmara Cível, tendo como Relator Carlos Rodrigues demonstra que:

Emenda: DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO *POST MORTEM* SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO *DE CUJUS* PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM*. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA.

1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do *de cujus* para a inseminação artificial homóloga *post mortem*, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.
2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina)
3. Recurso conhecido e desprovido (DISTRITO FEDERAL, 2015).

Conforme o julgado exposto acima e a norma do Conselho Federal de Medicina, não é permitido a fecundação póstuma sem a prévia autorização do *de cujus*. Sendo assim, após a coleta dos seus espermatozoides, o marido deverá autenticar em cartório a prévia autorização, para que assim, possam ser utilizados seus sêmens após a sua morte.

3.2 ENTENDIMENTO LEGISLATIVO QUANTO À MATÉRIA

A mera evolução das tecnologias e das ciências, especialmente a medicina, proporcionam outras formas de reprodução humana. Nesse contexto, o ordenamento jurídico pode contribuir ao regulamentar e proporcionar a melhora na qualidade de vida dos seres humanos advindos de forma natural, ou seja, através de relações sexuais, ou por meio de inseminação artificial.

Diante do exposto, a inseminação humana ora estudada, gera muitas dúvidas, tais como: se o casamento se extingue com a morte, como poderia se aplicar a paternidade após o falecimento do marido? E como ficaria a questão sucessória do embrião fecundado *post mortem*?

Tendo como base os diversos avanços científicos, nos dias atuais pode-se dizer que a morte não impede o homem de procriar, sendo que, a possibilidade de gerar um filho é tão real, mesmo que já tenha falecido, ainda poderá ser pai.

Com isso, o Código Civil, diante da atual realidade, trouxe a presunção de filiação àqueles nascidos através de técnicas de reprodução humana assistida, mesmo após o falecimento do genitor. Sendo assim, todas as crianças nascidas por tais métodos de reprodução humana assistida possuem a mesma proteção do Estado, ou seja, lhes são garantidos os mesmos direitos inerentes às crianças nascidas por vias naturais (GONZAGA, 2011).

Diante disso, a criança, concebida por meios artificiais, ao nascer terá todos os direitos e obrigações, inclusive o de suceder, uma vez que fora concebido durante a vida dos genitores. O art. 1.798 do CC refere que a sucessão ocorre para as pessoas nascidas ou que já foram concebidas no momento da abertura da sucessão (GONZAGA, 2011).

As diversas técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* não estão previstas no ordenamento jurídico, tendo como principal exceção o art. 1.597, inciso III do Código Civil de 2002, que pressupõe a paternidade aos que são concebidos após a morte de seu genitor. Assim, surge o questionamento se a criança que fora concebida de pai pré-morto terá direito ao reconhecimento de sua paternidade genética e, principalmente, de participar da sucessão, especialmente a legítima.

Conforme o pensamento de Gonzaga, quando tratar da sucessão testamentária, a doutrina é quase unânime em afirmar que um filho advindo de fecundação artificial poderá ser sucessor, ou seja, quando fora contemplado em testamento, isto é, desde que tenha prévia autorização registrada ainda em vida, conforme Enunciado nº 106 do Conselho Federal de Justiça. Ainda, Gonzaga acrescenta que “Se contrair novo matrimônio, o filho nascido da fecundação póstuma nascido nos trezentos dias subsequentes do novo casamento, não será presumido do falecido (CC, art. 1.597, II)”. (GONZAGA, 2011, p. 40). Ademais, Gonzaga também menciona Dias, que aduz que “Há possibilidade de ser contemplado mediante testamento o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido (CC 1.799 I), contanto que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800)”. (GONZAGA *apud* DIAS, 2011, p. 40).

Entretanto, o maior problema em questão é o filho que foi gerado por inseminação artificial *post mortem*, se o mesmo terá o direito de participar da sucessão

legítima, tendo em vista que o surgimento de um novo descendente consanguíneo de primeiro grau afetará no quinhão hereditário dos herdeiros necessários, podendo assim, acarretar disputas familiares no âmbito judicial, principalmente, quando a partilha já fora consumada (GONZAGA, 2011).

Assim, Gonzaga destaca que,

O problema em questão reside justamente no conflito de normas trazidas pelo atual Código Civil, uma vez que na parte destinada a tratar do Direito de Família autoriza a fecundação *pós mortem*, presumindo que os filhos nascidos em tais situações são concebidos na constância do casamento (GONZAGA, 2011, p. 41).

Entretanto, há uma norma que mostra um conflito com a referida técnica de reprodução assistida, onde o artigo 1.798 do Código Civil de 2002 ressalta que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, 2002). Com base nesse artigo, a transmissão da herança ocorre no momento da morte, adquirindo os herdeiros a propriedade e a posse dos bens que integram a herança do *de cuius*, desde que o mesmo possua capacidade para suceder.

Assim, pode-se entender que o Código Civil não aborda os meios de reprodução humana assistida *post mortem*, isto é, ele “deixa de lado” os filhos concebidos após a morte de seu genitor, abordando assim, somente os filhos que já nasceram, ou até mesmo os que ainda não nasceram, mas que já foram concebidos ainda com o *de cuius* vivo.

Ainda com base no artigo 1.798 do Código Civil de 2002, a III Jornada de Direito Civil, em seu enunciado nº 267 CJF/STJ mostra que:

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. (BRASIL, 2005, p. 69-70).

Ademais, como já mencionado, o artigo 1.597, inciso III e inciso V do Código Civil de 2002, admite que seja presumido na constância do casamento os filhos advindos por inseminação artificial homóloga, mesmo que já falecido o seu genitor e aqueles advindos por inseminação artificial heteróloga, desde que o genitor tenha deixado mera autorização registrada em cartório.

Com base neste mesmo artigo, a III Jornada de Direito Civil, em seu enunciado nº 257 CJP/STJ, menciona:

As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição. (BRASIL, 2005, p. 68-69).

Ainda, em relação aos efeitos de fecundação artificial *post mortem*, a doutrina divide em três correntes: excludente, relativamente excludente e inclusiva (GONZAGA, 2011). Assim, Gonzaga destaca que a primeira corrente,

Chamada de excludente não concede nenhum direito a filiação advinda de técnicas de reprodução humana assistida, nem ao menos direito ao reconhecimento da paternidade. Tal corrente não admite nenhum reconhecimento para o filho póstumo, em virtude da extinção da sociedade conjugal em decorrência da morte, e principalmente por não subsistir no momento da abertura da sucessão (GONZAGA, 2011, p. 41)

Ainda, o referido autor menciona que a segunda corrente,

Denominada relativamente excludente, é reconhecido o direito a paternidade dos filhos advindos de fecundação póstuma, em virtude da própria lei expressamente reconhecer o direito à filiação dos nascidos na citada situação. (GONZAGA, 2011, p. 42)

Entretanto, tal corrente não confere os direitos sucessórios, ou seja, a criança não é gerada por fecundação *post mortem* incluída na ordem da vocação hereditária (GONZAGA *apud* MAIA, 2011)

Por fim, a referida autora termina mencionando a terceira corrente como

Denominada inclusiva, reconhece todos os direitos dos filhos nascidos mediante fecundação artificial homóloga *post mortem*, tanto o direito de filiação, tendo em vista que a lei expressamente reconhece esse direito, como também os direitos sucessórios, podendo o filho póstumo ser chamado a suceder a seu genitor falecido tanto na sucessão testamentária como também na legítima. (GONZAGA, 2011, p. 42).

Deste modo, tal corrente fundamenta-se no princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, frisando assim, o entendimento do artigo 227, §6º da Constituição Federal de 1988, que é dever de toda família escolher a melhor forma de planejar a família, isto é, todas as pessoas possuem o direito de procriação, adequando-se aos

meios naturais através da relação sexual, artificiais, utilizando-se das diversas técnicas de reprodução humana assistidas já mencionadas, ou por adoção, podendo advir ou não da relação de casamento, mas mesmo assim os filhos possuem as mesmas qualificações e os mesmos direitos que os demais.

Ademais, Scalquette leciona a seguinte forma:

No caso de se permitir fecundação da mulher com o sêmen congelado de seu marido, já falecido, estaremos diante da escolha entre duas soluções: ou diremos ao recém-nascido que seu direito à herança não existe visto que seu pai já faleceu, e em decorrência desse fato, poderemos ter filhos pobres de pais ricos, ou retornaremos os bens que poderiam já estar partilhados para que pudéssemos proceder à nova divisão, o que acabaria por causar uma enorme insegurança jurídica. (SCALQUETTE, 2010, p.58).

Trata-se de um tema que gera polêmica, onde pode-se “deixar de lado” a sucessão de um filho que fora fecundado após a morte de seu genitor, ou será deixado uma enorme insegurança para o ordenamento jurídico através de uma nova divisão dos bens que já fora partilhado.

Com isso, a Constituição Federal de 1988, especialmente no artigo 5º, inciso XXX, estabelece que:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXX - é garantido o direito de herança. (BRASIL, 1988)

Sendo considerado como cláusula pétrea, o artigo 5º, inciso XXX da Constituição Federal de 1988, garante o direito à herança, frisando que todos são iguais perante a lei.

Com a chegada do novo descendente consanguíneo de primeiro grau, após abertura do processo de inventário e término da partilha, irá afetar diretamente no quinhão hereditário dos herdeiros necessários, gerando assim, insegurança em todas as relações jurídicas já consumadas. Portanto, não poderá se configurar impedimento para a aquisição dos direitos hereditários dos nascidos por fecundação *post morte* (GONZAGA, 2011).

Assim, o tema abordado é controverso em relação aos efeitos sucessórios. Com isso, Karla Ferreira de Camargo Fischer, menciona o jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama, onde o mesmo defende o vínculo parental na razão da verdade

biológica, que não admite os efeitos sucessórios decorrentes disso. Desta forma, menciona que

... haverá diferenças no que pertine aos efeitos de tal paternidade-filiação relativamente aos outros filhos deixados pela pessoa do falecido e que foram concebidos e nascidos durante a vida deste. No direito brasileiro, nos termos dos artigos 1.717 e 1.718, do Código Civil de 1916, somente as pessoas que, ao menos, tinham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, teriam aptidão para suceder – tal regra é inserida no âmbito do artigo 1.798, do Código Civil de 2002, de forma mais técnica porque se refere tanto à sucessão legítima quanto à sucessão testamentária –, sendo que no caso da técnica conceptiva *post mortem* ainda sequer havia embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro. (...) no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão. (FISCHER *apud* GAMA, 2009, p. 15).

Ainda, a referida autora menciona o jurista Caio Mário da Silva Pereira, ao referir que “... não se pode falar em direito sucessório daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos”. (FISCHER *apud* GAMA, 2009, p. 16). No mesmo entendimento, menciona Eduardo de Oliveira Leite, comentando assim o artigo 1.800, do Código Civil, que afirma que

Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios. (FISCHER *apud* LEITE, 2009, p. 16).

Porém, com o entendimento contrário dos referidos juristas, a referida autora faz a menção da professora Giselda Maria Fernandes Hironaka, onde a mesma menciona o enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal, frisando que:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (CNJ, I Jornada de Direito Civil, 2003)

Assim, sendo cumpridos todos os requisitos expostos no enunciado nº 106 do CNF, no entendimento da referida professora, "...a inseminação *post mortem*, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido". (FISCHER apud HIRONAKA, 2009, p. 16).

Diante da problemática apresentada, Silva menciona Maria Berenice Dias, ao sustentar que:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercar este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, 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*. (SILVA apud DIAS, 2017, p. 22)

Diante desse entendimento, pode-se alegar que os filhos concebidos por inseminação artificial homóloga, *post mortem*, terão, por lei, o direito de um lar que possibilitará a sua mera integração familiar (SILVA, 2017).

Ainda, o enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil assegura:

267 – Art. 1.798⁸: 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. (CNJ, III Jornada de Direito Civil, 2005)

Nas palavras de Silva, o enunciado a cima referido não transforma os inseminados *post mortem* em herdeiros legítimos, porém traz uma opção além da testamentária, buscando garantir o direito à herança para estes concebidos *post mortem* (SILVA, 2017).

Diante das divergências acerca da matéria em questão e visando a igualdade entre os filhos no direito sucessório é importante ressaltar o entendimento de que após a realização da inseminação artificial homóloga *post mortem*, ter-se-á a presunção de paternidade, conforme previsão no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil vigente, e

⁸ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. (BRASIL, 2002)

que a criança, concebida através desse método científico, possua os mesmos direitos sucessórios e os mesmos deveres que aos demais filhos, já advindos antes do genitor falecer, ou seja, ambos herdaram no mesmo grau de parentesco com o *de cujus* e o cônjuge sobrevivente.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como temática a sucessão hereditária do embrião que foi fecundado por inseminação artificial *post mortem*. Buscou-se analisar a (im)possibilidade do concebido advindo por este meio participar da herança à luz do direito sucessório e seus preceitos legais.

Nesse viés, a pesquisa organizou-se em três capítulos. No primeiro capítulo, realizou-se uma análise geral acerca do direito das sucessões no código civil de 2002. Diante disso, é importante frisar que o direito sucessório significa dar continuidade nas relações jurídicas que foram cessadas pelo titular após a morte do *de cuius*.

Ademais, entende-se que a abertura da sucessão ocorre com a morte, que pode ser classificada como morte natural, biológica ou presumida. A morte natural é comprovada com a verificação do cadáver. Já a biológica é aquela que não possui a presença do cadáver e, por fim, a presumida é comprovada se a morte for provável daquela pessoa que estava em perigo de vida, podendo somente ser requerida após esgotadas todas as buscas.

O segundo tópico do primeiro capítulo aborda a sucessão legítima, admitida por lei, transmitida diretamente para os herdeiros legítimos após a morte do *de cuius*. No segundo tópico estudou-se também a ordem da vocação hereditária, que está disposta no art. 1.829, do CC/02, o qual estabelece que primeiramente é transmitido para os descendentes, na sequência, para os ascendentes, depois para o cônjuge ou companheiro sobrevivente e, por fim, para os colaterais até quarto grau.

Ao fechar o primeiro capítulo, o terceiro tópico abordou a sucessão testamentária, isto é, aquela advinda da última vontade do *de cuius*. Ademais, o Código Civil abrange os seguintes métodos de testamento: o público, o cerrado e o testamento particular.

Em um segundo momento, realizou-se o estudo da filiação e a reprodução humana assistida, abordando o conceito de filiação, sendo este o vínculo que se estabelece entre os pais e filhos.

No segundo tópico buscou-se aprofundar o estudo da classificação doutrinária de filiação, subdividido em filiação matrimonial, extramatrimonial e adotiva. Ao final do segundo capítulo, estudou-se os métodos de reprodução humana assistida, sendo estes a inseminação artificial (IA), a fertilização *in vitro* (FIV), a gestação substituta, a

reprodução humana assistida com gametas (GIFT) e a reprodução humana assistida com zigotos (ZIFT).

No terceiro capítulo abordou-se o tema da reprodução humana assistida *post mortem*. Diante disso, buscou-se aprofundar o estudo acerca da autorização expressa do *de cuius* para a utilização de seus gametas ou para a implantação do embrião, após a sua morte, para que possa ocorrer a técnica de inseminação artificial *post mortem*, necessitando da prévia autorização por escrito do *de cuius*.

Para finalizar a monografia e responder a problemática do presente estudo, obteve-se o entendimento legislativo referente à matéria. Diante disso, há divergência doutrinária a respeito da sucessão do embrião fecundado *post mortem*, uma vez que o atual código civil concebe como filho e frisa o direito sucessório daquele que fora fecundado por tal método artificial após a morte de seu genitor. Ainda, é fundamental atender as condições de que a mulher seja viúva, e que apresente uma autorização do *de cuius* por escrito, conforme o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, para que assim, possa ser utilizado seu material genético.

Durante esse momento da pesquisa o problema central se tornou concreto à proporção que o trabalho se desenvolveu, com a finalidade de analisar quais os efeitos jurídicos da filiação realizada por inseminação artificial *post mortem* no direito sucessório previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Logo, de acordo com o estudo apresentado, no Brasil o planejamento familiar é um direito garantido pela Constituição Federal. Com os diversos avanços tecnológicos na área da medicina, especificamente na questão da reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, observa-se que o legislador, no atual Código Civil, no tocante ao Direito Sucessório dos filhos concebidos após a morte de seu genitor, não considerou tal possibilidade, mesmo se tratando de um procedimento comum na área da medicina em dias atuais, como já demonstrado no Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013.

Diante desse fato, conclui-se que os filhos concebidos por meio da referida técnica possuem seus direitos sucessórios sem amparo na legislação civil vigente, o que gera diversas divergências doutrinárias e uma mera insegurança jurídica. Sobretudo, entende-se que a melhor solução seria uma conciliação do artigo 1.798 do Código Civil vigente com os artigos 227, §6º e 226, §7º, ambos da Constituição Federal de 1988, reformulando assim o texto constitucional.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609727/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acessado em 09 mar. 2021

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.168**. Brasília: 2017. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acessado em: 06 abr. 2021

_____. **Conselho Nacional de Justiça - CNJ. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 106**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>>. Acessado em: 08 mai. 2021

_____. **Conselho Nacional de Justiça - CNJ. I Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 111**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/746>>. Acessado em: 9 mar. 2021

_____. **Conselho Nacional de Justiça - CNJ. III Jornada de Direito Civil. Enunciado nº 267**. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/iii-jornada-de-direito-civil.pdf/view>>. Acessado em: 06 abr. 2021

_____. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**, de 10 de novembro de 1937. Brasília, DF: Senado, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acessado em 26 jan. 2021.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Decreto-Lei 3.200**, de 19 de abril de 1941. Dispõe sobre a organização e proteção da família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3200.htm>. Acessado em 12 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei 5.860**, de 20 de setembro de 1943. Modifica o art. 348 do Código Civil e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del5860.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%205.860%2C%20DE,que%20lhe%20confere%20o%20art.>. Acessado em 12 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei 9.701**, de 03 de setembro de 1946. Dispõe sobre a guarda de filhos menores, no desquite judicial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De19701.htm> Acessado em 12 mar. 2021.

_____. **Lei 883**, de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. Disponível em: <<https://arisp.files.wordpress.com/2008/12/boletim-02dez1949-reconhecimento1.pdf>>. Acessado em 13 mar. 2021.

_____. **Lei 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1910-1919/lei-3071-1-janeiro-1916-397989-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessado em 17 nov. 2020.

_____. **Lei nº 6.015/1973**, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acessado em: 11 nov. 2020

_____. **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>. Acessado em: 10 mar. 2021

_____. **Lei 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>. Acessado em 19 out. 2020

_____. **Lei 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nos 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acessado em 20 mar. 2021

_____. **Lei 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>. Acessado em 03 nov. 2020

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017328/cfi/6/2!/4/2@0:0>>. Acessado em: 11 nov. 2020

CARVALHO, Dimas Messias de. Sucessão legítima do cônjuge e do companheiro no novo código civil. **De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**. Minas Gerais. p. 323-333. 2006. Disponível em: <https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/279/sucessao%20legitima%20conjuge_Carvalho.pdf?sequence=1>. Acessado em: 23 nov. 2020

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497225/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acessado em 16 nov. 2020

COSTA, Inácio Vinicius Santos. **A (im)possibilidade do reconhecimento da filiação por reprodução assistida post mortem**. Brasília, 2018. Disponível em:
<<https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/12508>>. Acessado em 08 mar. 2021

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **A reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Recife, 2008. Disponível em:
<<https://attena.ufpe.br/handle/123456789/3830>>. Acessado em 23 mar. 2021

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação Artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório**. 2009. Disponível em:
<https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf>. acessado em 22 mai. 2021

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. **Filiação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466917/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acessado em 07 jan. 2021

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553172764/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acessado em: 14 nov. 2020

GARBOSSA, Júlia Mühl. **As técnicas da reprodução humana assistida: a inseminação artificial post mortem e sua influência no direito sucessório**. Carazinho: 2012. Disponível em:
<http://repositorio.upf.br/bitstream/riupf/247/1/CAR2012Julia_Muhl_Garbossa.pdf>
Acessado em: 24 out. 2020

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 7: Direito das Sucessões**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616015/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acessado em: 03 nov. 2020

_____. **Direito Civil: Direito de Família**, 21. ed. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601097/cfi/0!/4/4@0.00:0.00>>. acessado em: 09 mar. 2021

_____. **Direito das Sucessões**. Vol. 4. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em:
<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217877/cfi/0>>. Acessado em: 17 nov. 2020

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. Disponível em: <<https://pdfslide.net/documents/2012-sucessao-orlando-gomes-sucessoespdf.html>>. Acessado em: 23 nov. 2020

GONZAGA, Cristiane Dias de Melo. **A fecundação artificial homóloga post mortem e seus efeitos no âmbito sucessório**. Sousa, 2011. Disponível em: <<http://dspace.sti.ufcg.edu.br:8080/jspui/handle/riufcg/17046>>. Acessado em 16 mai. 2021

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215453/cfi/0>>. Acessado em: 03 nov. 2020

_____. **Direito Civil: Parte Geral – Volume 1**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229160/cfi/0!/4/4@0.00:58.1>>. Acessado em: 14 nov. 2020

_____. **Direito Civil: Sucessões – Volume 6**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229122/cfi/0!/4/4@0.00:58.1>>. Acessado em: 16 nov. 2020

_____. **Direito Civil: Sucessões** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553607914/cfi/0!/4/4@0.00:57.4>>. Acessado em: 04 nov. 2020

_____. **Direito Civil: Sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616763/cfi/3!/4/4@0.00:0.00>>. Acessado em: 10 set. 2020

LOBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Brasília: Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça, 2004. Disponível em: <<https://core.ac.uk/reader/211932230>>. Acessado em 26 jan. 2021

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987190/cfi/6/10!/4/20@0:46.5>>. Acessado em: 16 nov. 2020

_____. **Direito de Família**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530987190/cfi/6/10!/4/20@0:46.5>>. Acessado em: 26 fev. 2021

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/first>>. Acessado em: 29 mar. 2021

SCALQUETTE, Ana Cláudia S. **Estatuto da Reprodução Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502152885/cfi/4!/4/4@0:00:0.00>>. Acessado em: 14 set. 2020.

SILVA, Diego Rodrigues. **O Direito Sucessório dos Inseminados *post mortem* em face dos princípios constitucionais**. Meu advogado: 2017. Disponível em: <<https://www.meuadvogado.com.br/entenda/download/Direito-Sucessorio.pdf>>. acessado em 26 mai. 2021

SOARES, Carolina Ferreira. **Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e seus efeitos Sucessórios**. Curitiba, 2014. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/147518129.pdf>>. acessado em 16 mai. 2021.

STOLZE, Pablo; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617821/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acessado em: 04 nov. 2020


TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993818/cfi/6/2!/4/2@0:0>>>. Acessado em 10 mar. 2021

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil – Família e Sucessões**. Vol. 5. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024777/cfi/6/2!/4/2@0:0>>>. Acessado em 28 nov. 2020

ZENI, Bruna Schlindwein. **A evolução histórico-legal da filiação no Brasil**. Revista direito em debate, Rio Grande do Sul, 2009. Disponível em: <<https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/641>>. Acessado em 12 mar. 2021.

ANEXOS

ANEXO A – CERTIDÃO DE ÓBITO


 REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
 REGISTRO CIVIL DAS PESSOAS NATURAIS
CERTIDÃO DE ÓBITO

NOME _____
 MATRÍCULA
 999999999999 9999 9 9999 999 99999999 99

SEXO COR PROFISSÃO ESTADO CIVIL E IDADE

DATA DE NASCIMENTO (POR EXTENSO) DIA MÊS ANO

DOMICÍLIO / RESIDÊNCIA

NATURALIDADE DOCUMENTO DE IDENTIFICAÇÃO ELEITOR

FILIAÇÃO, PROFISSÃO E RESIDÊNCIA

DATA E HORA DE FALECIMENTO DIA MÊS ANO

LOCAL DE FALECIMENTO

CAUSA DA MORTE

SEPULTAMENTO CARTÓRIO DE CASAMENTO

NOME DO CÔNJUGE DECLARANTE

FILHOS (NOME E IDADE)

OBSERVAÇÕES / AVERRAÇÕES

NOME DO OFÍCIO _____
 OFICIAL REGISTRADOR _____
 MUNICÍPIO/UF _____
 ENDEREÇO _____

O registro da certidão é verdadeiro. Dou fé
 Data e local: _____

Assinatura do Oficial