



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**JULLIANA DE JESUS SILVA**

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO POST  
MORTEM: UMA ABORDAGEM À LUZ DO  
CONSENTIMENTO, FILIAÇÃO E SUCESSÃO.**

Salvador  
2022

**JULLIANA DE JESUS SILVA**

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO POST  
MORTEM: UMA ABORDAGEM À LUZ DO  
CONSENTIMENTO, FILIAÇÃO E SUCESSÃO.**

Monografia apresentada ao curso de  
graduação em Direito, Faculdade Baiana de  
Direito, como requisito parcial para obtenção  
do grau de bacharel em Direito.  
Orientadora: Ana Thereza Meireles Araújo

Salvador  
2022

**TERMO DE APROVAÇÃO**  
**JULLIANA DE JESUS SILVA**

**OS EFEITOS JURÍDICOS DA REPRODUÇÃO POST MORTEM: UMA  
ABORDAGEM À LUZ DO CONSENTIMENTO, FILIAÇÃO E SUCESSÃO.**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_  
Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_  
Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Ao meu pai, mãe, irmãs, tias e amigos  
pelo apoio e suporte durante todo  
trajeto acadêmico.

## **AGRADECIMENTOS**

À minha mãe e ao meu pai, por não medirem esforços para me verem realizada e por se fazerem presente nos obstáculos da minha jornada.

As minhas irmãs, pela parceria na vida, pelos abraços nos momentos de desespero e pelas risadas para acalmar o coração.

Aos meus colegas e amigos, por acreditarem em mim e respeitarem as minhas escolhas.

As minhas tias, avó, primas, por contribuírem para o meu caminhar e, sobretudo, para a construção do meu caráter.

Aos meus professores, aos quais sou grata pelos ensinamentos transmitidos durante o período da graduação.

## RESUMO

O trabalho monográfico apresentado visa discutir os efeitos jurídicos decorrentes da reprodução artificial post mortem, analisando na perspectiva da filiação, consentimento e sucessão. O direito à procriação e ao livre planejamento familiar é assegurado pela Carta Magna, não cabendo ao Estado intervir na forma em que uma família pretende se concretizar, seja pelas vias naturais ou medicamente assistidas. O Código Civil, inclusive, inclui três incisos no art. 1.597, a fim de abranger essas técnicas e presumir a paternidade nas situações previstas no dispositivo. Este estudo irá se debruçar quanto ao inciso III, que disciplina a paternidade advindo da reprodução homóloga, ainda que após o falecimento do cônjuge. Extraído da norma editada pelo Conselho Federal de Medicina, tem-se, entretanto, a condicionante da obtenção de autorização anterior à realização da prática. Assim sendo, o projeto irá observar quais as formas aceitáveis de obtenção do consentimento, inclusive analisando a validade do ato jurídico assinado pelo casal na contratação dos serviços médicos. Por fim, na vertente sucessória, observa-se uma celeuma jurídica, considerando que o art. 1.798 do CC disciplina que apenas os nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão são legitimados a suceder. No entanto, restará evidenciado que é cabível a interpretação normativa no sentido de entender a expressão “concebido” também na seara laboratorial, sendo possível a sucessão legítima deste embrião. Diante da admissão, ainda precisará observar um prazo para implantação do embrião, inclusive sob parâmetros médicos. É imprescindível, dessa forma, uma regulamentação expressa, jurídica e específica sobre os efeitos da reprodução artificial póstuma no direito, em face da crescente utilização desta prática na sociedade moderna, visando, pois, garantir a efetiva segurança jurídica para os envolvidos.

**Palavras-chave:** Bioética; reprodução humana assistida post mortem; técnicas de reprodução artificial; princípio da igualdade entre os filhos; presunção de paternidade; direitos sucessórios; sucessão legítima; herdeiro necessário; consentimento do doador.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
FIV	Fertilização in vitro
GIFT	Transferência intratubéria de gametas
RESP	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCLE	Termo de Consentimento Livre e Esclarecido
ZIFT	Transferência intratubéria de zigotos

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA.....</b>	<b>12</b>
2.1 A REPRODUÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO VÍNCULO GENÉTICO.....	13
<b>2.1.1 Reprodução homóloga.....</b>	<b>13</b>
<b>2.1.2 Reprodução heteróloga.....</b>	<b>14</b>
2.2 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	15
<b>2.2.1 Inseminação artificial assistida.....</b>	<b>16</b>
<b>2.2.2 Fertilização In Vitro.....</b>	<b>17</b>
<b>2.2.3 Outras técnicas.....</b>	<b>19</b>
2.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM.....	20
<b>3 A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>23</b>
3.1 CONCEITO DE FILIAÇÃO.....	25
3.2 CRITÉRIOS DETERMINANTES DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO.....	27
3.3 DAS MODALIDADES DE RECONHECIMENTO DOS FILHOS.....	32
3.4 PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE.....	37
3.5 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À FILIAÇÃO.....	40
<b>3.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana.....</b>	<b>41</b>
<b>3.5.2 Princípio do melhor interesse da criança.....</b>	<b>42</b>
<b>3.5.3 Princípio da igualdade entre os filhos.....</b>	<b>43</b>
3.6 A ANÁLISE SISTEMÁTICA DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE PREVISTA NO ART. 1.597 DO CÓDIGO CIVIL.....	44
<b>3.6.1 Da presunção da paternidade na fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.....</b>	<b>45</b>
<b>3.6.2 Da presunção da paternidade na fecundação artificial heteróloga, mesmo que falecido o marido.....</b>	<b>46</b>
<b>4 O CONSENTIMENTO DO DOADOR E NORMAS SOBRE DIREITO SUCESSÓRIO.....</b>	<b>48</b>
4.1 CONCEITO DE CONSENTIMENTO.....	48
4.2 DAS MODALIDADES DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE.....	49
4.3 DAS FORMAS DE CONSENTIR COM A REPRODUÇÃO HUMANA POST MORTEM.....	51

<b>4.3.1 Da cláusula de concessão do uso do material genético post mortem nos contratos com a clínica de reprodução.....</b>	<b>51</b>
<b>4.3.2 Do termo de consentimento livre e esclarecido.....</b>	<b>53</b>
<b>4.3.3 Outros meios de prova para aferir o consentimento?.....</b>	<b>55</b>
<b>5 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>57</b>
5.1 TRANSMISSÃO DE HERANÇA.....	59
5.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA.....	60
5.3 TIPOS DE SUCESSÃO.....	62
<b>5.3.1 Sucessão legítima.....</b>	<b>63</b>
<b>5.3.2 Sucessão testamentária.....</b>	<b>65</b>
5.4 TIPOS DE SUCESSORES.....	68
<b>5.4.1 Herdeiro legítimo.....</b>	<b>68</b>
<b>5.4.2 Herdeiro testamentário.....</b>	<b>69</b>
<b>5.4.3 Legatários.....</b>	<b>70</b>
<b>6 AS IMPLICAÇÕES SOBRE A PRÁTICA DA REPRODUÇÃO POST MORTEM.....</b>	<b>72</b>
6.1 A (S) FORMA (S) DE CONSENTIMENTO ADMITIDA.....	72
6.2 O DIREITO DE FILIAÇÃO DO FILHO.....	76
6.3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO.....	78
6.4 DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL – RESP 1.918.421.....	82
6.5 DO PRAZO PARA PLEITEAR O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM.....	84
<b>7 CONCLUSÃO.....</b>	<b>xx</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	

## 1 INTRODUÇÃO

Notável se faz a evolução das ciências nas últimas décadas, impactando de diferentes formas a vida em sociedade. Na seara biotecnológica, por exemplo, surgiram novas formas de concretizar os desejos maternos e paternos que, por motivos diversos, não utilizarão do método natural para a procriação.

Eis a chamada reprodução humana artificial, técnica essa que tem despertado interesse frente à sua rápida evolução e aos conflitos jurídicos, éticos e sociais por ela gerados.

É nesse contexto que se vê a atuação da bioética, de modo a mediar a interação entre a ciência e as relações humanas, de forma a se pautar no dever de proporcionar instruções morais para que os indivíduos sigam frente aos dilemas trazidas pela biomedicina.

Assim, vislumbra-se, atualmente, a necessidade extrema da atuação da bioética na solução dos dilemas resultantes das técnicas reprodutivas artificiais. Isto pois, é ainda mais comum a utilização desta técnica no planejamento familiar, de modo que, inclusive, os idealizadores deste projeto parental possam não estar mais em vida quando da sua concretização.

Resta, então, configurada a reprodução humana assistida post mortem, que vem travando embates na ordem jurídica, em razão dos reflexos na área do consentimento, filiação e sucessão. Em consequência dessas discussões e da ausência de previsão legal específica, o judiciário vê-se diante da precisão de utilizar outras formas de interpretação da casuística.

Nessa conjuntura, o presente estudo irá passear nas modalidades de reprodução assistida, sendo homólogas e heterólogas. Entretanto, irá se debruçar com mais afinco na segunda forma, principalmente, quando ocorrida após a morte do cônjuge doador. Ademais, exemplificará as técnicas mais comuns de viabilizar a fecundação artificial.

Isto posto, preocupar-se-á em tecer uma análise quanto ao conceito de filiação, os critérios e presunções para a determinação, para enfim, estabelecer qual o vínculo entre o doador do material criopreservado e o embrião dele advindo.

Outrossim, a validade do consentimento, que é entendido pela legislação supralegal como requisito para a realização da prática reprodutiva, será discutida, a fim de examinar as formas possíveis de anuência e a atualidade dela.

Debruça-se também quanto aos efeitos sucessórios, de modo a vislumbrar as regras existentes no direito quanto ao tema e a inevitabilidade de interpretação extensiva, considerando a inércia legislativa sobre o caso. O debate é pautado na possibilidade de o embrião concebido após a morte do doador ser entendido como sujeito sucessório, além de determinar o enquadramento como herdeiro testamentário ou necessário.

Cumprе ressaltar a necessidade de analisar disposições supralegais, como Enunciados da Jornada de Direito Civil, Resoluções do Conselho Federal de Medicina, decisão recente do STJ, para compreender se o ordenamento jurídico pátrio é suficiente para regular a questão debatida.

Diante do exposto, é evidente a relevância temática no âmbito jurídico, uma vez que, não pode ser admissível o desamparo jurídico do filho do *de cujus* advindo das modernas técnicas reprodutivas, com a obsta de gozar dos direitos sucessórios.

## 2 NOTAS ELEMENTARES SOBRE A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Antes de efetivamente adentrar no campo da reprodução artificial, faz-se essencial entender o seu desenvolvimento histórico e as bases que a fizeram se tornar um instrumento presente no planejamento das famílias atuais.

A infertilidade, socialmente, sempre figurou como algo negativo, em contrapartida o poder de gerar filhos era considerada uma benção. Por anos, a infertilidade do homem não era cogitada, recaindo sobre a mulher todos o ônus de não procriar. Décadas depois, a infertilidade dos homens foi reconhecida e descobriu-se que a fecundação ocorria com a união de um espermatozoide a um óvulo, através da cópula carnal.

Todavia, é importante esclarecer que a medicina atual considera estéril o casal que, pelo método espontâneo, não conseguir conceber um filho no período bienal. Segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde), a infertilidade é a inexistência de concepção depois de, pelo menos, dois anos de relações sexuais não protegidas. A contar disso, começam a ser feitos exames para detectar qual é o tipo de anormalidade que existe no casal e qual será a técnica de reprodução assistida mais indicada para a situação.<sup>1</sup>

Foi apenas na década de 70 que a sociedade teve ciência da possibilidade da formação de embriões, de maneira extracorpórea, e a posterior implantação no útero, nascendo assim o primeiro bebê de proveta, na Inglaterra.<sup>2</sup>

Atualmente, diversas são as técnicas existentes para procriar sem a necessidade de conjunção carnal, de modo que é possível escolher qual a mais adequada ao caso concreto.

---

<sup>1</sup> SCAPARO, Mônica Sartoti. **Fertilização assistida**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991, p. 09.

<sup>2</sup> “Após numerosos estudos, o cientista e sua equipe viram nascer, em 1978, no Oldham General Hospital, em Manchester, Luise Brown, o primeiro bebê de proveta a vir à luz na história da humanidade. O mundo, então, ficava perplexo diante do poderio tecnológico a que tinha chegado à Ciência. O homem, finalmente, estava apto a vencer a barreira natural da infertilidade.” (FRASÃO, Alexandre Gonçalves. A fertilização “in vitro”: uma nova problemática jurídica. **Portal Jus**, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1850/a-fertilizacao-in-vitro>. Acesso em: 02 fev. 2022.)

## 2.1 A REPRODUÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO VÍNCULO GENÉTICO

É notório o desenvolvimento dos estudos referentes à genética na atualidade, o que auxiliou na previsão de determinadas doenças hereditárias como também alavancou as técnicas de reprodução humana assistida.

Os procedimentos artificiais substituem as vias naturais, objetivando satisfazer os desejos paternos ou maternos dos inférteis ou viabilizar um projeto familiar idealizado pelo casal. Em qualquer que seja a situação, haverá uma discussão sob a acepção geneticista, uma vez que pode ocorrer do material implantado não ser dos constituidores da entidade familiar. Isto poderá acarretar problemas na fixação da paternidade, riscos quanto a doenças transmitidas pelos genes, discussões acerca do direito à origem genética e ao anonimato do doador, conforme Resolução nº 2.294/2021.

Todavia, o estudo irá se limitar a entender a fixação de paternidade nas duas modalidades de reprodução, quais sejam homóloga e heteróloga, não adentrando nos problemas acima citados por merecerem estudo específico

### 2.1.1 Reprodução homóloga

Paulo Lôbo<sup>3</sup> conceitua a reprodução homóloga como aquela que manipula gametas da mulher, qual seja, o óvulo, e do marido, isto é, o sêmen. A manipulação, que permite a fecundação, substitui a concepção natural, havida por meio da cópula. O meio artificial resulta da impossibilidade ou deficiência para gerar do casal ou apenas de um indivíduo, seja por infertilidade ou outra questão biológica.

Defronte deste conceito, resume-se que a fecundação homóloga é aquela ocorrida utilizando do material germinativo do casal que, por motivo de saúde ou outro alheio, não pode procriar naturalmente.

Adriana Maluf disserta acerca do procedimento da inseminação, afirmando consistir na utilização de um cateter, o qual irá introduzir o gameta masculino no canal genital da mulher.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 200.

<sup>4</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, P.198.

Nos aspectos legais, a técnica não encontra maiores embaraços, considerando que o aspecto biológico está presente, ou seja, a utilização dos gametas do casal que deseja gerar a prole.

Nesse sentido, Andrea Aldrovandi menciona que a identidade genética da criança é 100% compatível com a dos pais. Assim sendo, é uma filiação baseada no critério biológico, já que o embrião a ser concebido é fruto do material masculino e feminino do casal.<sup>5</sup>

Assim sendo e considerando o uso do material genético de pessoas casadas, haverá a instauração imediata da paternidade pela presunção pater ist est.

### 2.1.2 Reprodução heteróloga

No tocante a reprodução assistida heteróloga, esta acontece quando há disponibilização de material biológico por parte de um terceiro, sem pertencer ao casal. Geralmente, em razão de uma esterilidade, o casal sofre com a inviabilidade de gerar filhos, sendo este o motivo pelo qual se faz necessária a intervenção de terceiro.

Para Maria Berenice Dias, de igual modo, a técnica ocorre através da doação de sêmen de um sujeito que não seja o cônjuge, ou seja, um terceiro, sendo preciso a concordância dos envolvidos<sup>6</sup>.

É mais comum que o gameta doado seja masculino, no entanto, nada impede que seja feminino. Dessa maneira, a doação por terceiros pode ser tantos de óvulos e espermatozoides ao casal, como também de somente óvulos ou somente espermatozoides, caso a inviabilidade de procriação seja de apenas uma das partes.<sup>7</sup> É possível também, entretanto, que os dois cônjuges ou companheiros não tenham condições de contribuir com qualquer material genético.<sup>8</sup>

É importante vislumbrar que, utilizando-se de material de terceiros, a prole advinda só terá vínculo consanguíneo com o pai ou a mãe, podendo trazer embaraços quanto à filiação.

---

<sup>5</sup> ALDROVANDI, A.; FRANÇA, D. G. de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Portal JusNavigandi**, ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acesso em: 03 nov. 2021.

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 335.

<sup>7</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 47.

<sup>8</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**. São Paulo: Editora Atlas. 2003, p. 734-735.

Perante essa situação, o artigo 1.597, V, CC tratou de legislar sobre a matéria, em seu, afirmando que se presumem concebidos os filhos advindos da inseminação assistida heteróloga durante o casamento, contanto que ocorra autorização anterior do cônjuge.

Logo, é cabível dizer que a técnica da reprodução assistida é permitida pelo sistema normativo, podendo se gerar filhos através delas quando não for possível concebê-los naturalmente, desde que com a autorização do parceiro.

Cristiano Chaves<sup>9</sup>, por sua vez, defende que a autorização deve ocorrer de maneira expressa e escrita, não perfazendo-se necessário a configuração da esterilidade para tanto.

Por outra visão, Ana Thereza Meirelles Araújo ensina que há, sim, a exigência de justificativas para o uso do procedimento heterólogo, devendo tais motivos estarem pautados na esterilidade, na probabilidade de transmissão de doenças hereditárias ou em impedimentos que acobertam homossexuais, pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas, inviabilizando a constituição do projeto parental.<sup>10</sup>

Cumprido tal requisito legal, presume-se a paternidade considerando não ser possível comprovar por outro meio, qual seja exame de DNA, em razão do uso de gametas de indivíduos alheios ao casal.

Por fim e à caráter meramente informativo, por valer-se de doação para que a reprodução obtenha êxito, o Conselho Federal de Medicina em sua resolução n. 2.168/2017, seção IV sobre Doação de Gametas ou Embriões, dispõe que a doação não poderá ter caráter lucrativo, devendo ser mantido o anonimato dos receptores e vice-versa.

## 2.2 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Resolução 2.294/21 do CFM afirma que as modalidades de reprodução artificial têm o papel de auxiliar no processo procriatório, desde que exista possibilidade de prosperidade e de baixa probabilidade de risco grave à saúde do paciente ou do possível descendente.

---

<sup>9</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 649.

<sup>10</sup> MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 48.

Assim sendo e considerando o aumento pela procura de meios artificiais de reprodução, algumas técnicas têm se destacada em razão da sua taxa de eficiência e segurança, quais sejam: inseminação artificial assistida; fertilização in vitro; transferência intratubária de gametas; transferência intratubária de zigotos.

### 2.2.1 Inseminação artificial assistida

A inseminação artificial é a técnica mais antiga do mundo<sup>11</sup>, sendo a primeira técnica de reprodução humana praticada pelos médicos, condicionando o seu sucesso ao cálculo exato da ovulação da mulher, uma vez que o material germinativo do homem é introduzido diretamente no útero, onde ocorrerá a gestação.

A técnica passou a ser mais utilizada a partir de 1932, quando se tornou possível se determinar, com maior exatidão, o período fértil da mulher e, posteriormente, a partir de 1945, quando se descobriu a criopreservação de espermatozoides.<sup>12</sup>

Da mesma forma entende Jussara Maria Leal de Meirelles, ao afirmar que a inseminação artificial consiste em procedimento por meio do qual o sêmen é inserido, através de uma cânula, dentro do canal genital da paciente, devendo ocorrer quando o processo de amadurecimento do óvulo já estiver concluído, estando ele pronto para ser fecundado.<sup>13</sup>

Segundo Kerry H. Cheever, é válido considerar a inseminação artificial, quando os espermatozoides não conseguem penetrar normalmente no canal cervical. Para isso pode-se utilizar do sêmen do cônjuge, ou parceiro, ou o de um doador, isto quando os espermatozoides do parceiro da mulher são defeituosos ou estão ausentes (azoospermia), ou quando há risco de transmissão de doença genética.<sup>14</sup>

Diante das assertivas, é correto concluir que a inseminação artificial ocorre de maneira intracorpórea, uma vez que o embrião será formado dentro do corpo da mulher.

---

<sup>11</sup> LEWIS, Ricki, **Genética Humana: conceitos e aplicações**. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004, p. 428.

<sup>12</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1955, p. 31.

<sup>13</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 18.

<sup>14</sup> HINKLE, Janice L; CHEEVER, Kerry H. **Brunner e Suddart: tratado de enfermagem médico-cirúrgica**. 13 ed. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 2016, p. 1639.

Assim sendo, não há discussão quanto aos embriões excedentários, considerando que o óvulo será fecundado dentro do útero da mulher e não em laboratório, havendo embrião apenas após a concepção intrauterina. Diante disso, também não há o que se falar sobre o momento de início da vida, do ponto de vista bioético.

Dessa forma, nota-se que a inseminação artificial reproduz o que, naturalmente, aconteceria, de modo à apenas auxiliar possíveis problemas médicos que o casal possa ter e que dificultaram a reprodução por cópula carnal.

### 2.2.2 Fertilização In Vitro

A fertilização in vitro é a técnica em que se manipula espermatozoides e óvulos em laboratório, procurando obter embriões de boa qualidade para serem implantados no útero feminino.

Dessa forma, essa técnica é mais utilizada para resolver os obstáculos na segunda etapa da procriação natural, ou seja, o encontro dos gametas masculinos e femininos nas tubas uterinas.

Para Lewis, a fertilização in vitro, é a união de um espermatozoide e um ovócito em um frasco de laboratório, para então ser implantado o embrião formado no útero da dona do ovócito ou da genitora gestacional<sup>15</sup>. Diante disso, nesse caso, a fecundação se dá fora do corpo da mulher.

Silvia da Cunha Fernandes discorre sobre a técnica à luz do relatório formulado pela Sociedade Americana de Fertilidade, que versa, sobretudo, quanto às questões éticas do procedimento. Relata, então, que os casais devem assinar o termo de consentimento adequado, os embriões que não forem transferidos para o útero materno só podem permanecer no laboratório por 14 dias, a criopreservação do material genético deve ter o tempo proporcional à vida reprodutiva da doadora, entre outras disposições.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> HINKLE, Janice L; CHEEVER, Kerry H. **Brunner e Suddart**: tratado de enfermagem médico-cirúrgica. 13 ed. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 2016, p. 1639.

<sup>16</sup> FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 24-25.

Quanto ao procedimento, o material colhido é colocado em uma placa de Petri em laboratório, entretanto, a fertilização ocorre de forma natural. Após fecundados, o embrião é transferido para o útero, visando a obtenção da gravidez.

De forma mais minuciada, em primeira senda, a mulher passa por um período de indução da ovulação, a fim de garantir maior produção de óvulos. Assim feito, haverá a coleta de óvulos e sêmen, armazenados em local próprio para o seu desenvolvimento e a posterior inseminação in vitro, em recipiente específico. Isto realizado, há a transferência para o útero e o diagnóstico ou não da gravidez.

Nessas circunstâncias, pode-se concluir que a FIV nada mais é que uma viabilização e assistência, em laboratório, da concepção natural. Destarte, a FIV consiste em propiciar, em condições específicas para tal fim, em laboratório, a fecundação do óvulo pelo espermatozoide fora do corpo da mulher. Cumprida esta etapa o embrião é transferido ao útero da mãe.<sup>17</sup>

De igual modo entende Eduardo de Oliveira Leite ao afirmar que a FIV é uma técnica capaz de reproduzir artificialmente o ambiente da trompa de Falópio, onde a fertilização ocorre naturalmente e a clivagem prossegue até o estágio em que o é transferido para o útero.<sup>18</sup>

A possibilidade não haver a gestação, anteriormente mencionada, se dá em razão da inadequação de determinados embriões para a implantação. É devido a esta probabilidade que se faz necessário o estímulo à produção de óvulos para que aumente a chance de gerar células biologicamente aptas para contribuir com o processo. É por isso também que são implantados mais de um embrião no útero feminino, de modo a propiciar gestações múltiplas.

Em outro aspecto, considerando a produção de vários embriões para apenas alguns lograrem êxito e serem implantados, é necessário atentar-se sobre o destino daqueles que não foram considerados aptos para o procedimento.

No Brasil, segundo a Resolução nº 2.2.94/2021 do Conselho Federal de Medicina, existem três alternativas para embriões excedentes congelados: descarte, doação/adoção para um casal receptor, doação para a pesquisa/ciência.

---

<sup>17</sup> WRIGHT, V. C., CHANG, J., JENG, G., MACALUSO, M. **Assisted reproductive technology surveillance**. MMWR: Surveillance Summaries, 2005, p. 23.

<sup>18</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1955, p. 41.

A Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05) estabelece que células-tronco embrionárias podem ser extraídas de embriões inviáveis ou que estejam armazenados há mais de três anos, desde que para fins de pesquisa ou terapia (o art. 5º da referida Lei foi considerado constitucional pelo STF). Poderá, também, ser feita a doação para um banco, nos moldes da doação de sêmen e óvulo.<sup>19</sup>

A discussão sobre o destino destes embriões tem uma vertente bioética e pauta-se no momento de início da vida. Sobre o prisma da corrente concepcionista, a vida se origina no momento da concepção, assim sendo, os embriões ainda não implantados já são detentores de vida, não podendo ser descartados.

Já a corrente nidacionista, o começo da vida é marcado com a nidação, ou seja, a presença do embrião no útero materno. Isto significa dizer que enquanto não houver nidação, não há vida, sendo possível o descarte de embriões congelados.

### 2.2.3 Outras técnicas

A transferência intratubária de gametas, por exemplo, é outra técnica de reprodução humana que consiste em coletar os óvulos da mulher por meio de um exame endoscópico, mediante uma incisão na parede do abdômen, a chamada laparoscopia, ao mesmo tempo em que se capta o esperma do marido.

Este método foi idealizado pelo médico argentino Ricardo Ash, onde na mesma operação, os gametas são colocados em uma cânula especial e introduzidos em cada uma das trompas de Falópio, onde haverá a produção natural da fertilização. Se tudo transcorre normalmente, os espermatozoides penetram em um ou mais óvulos, formando-se o embrião. Este descerá dentro das trompas até o útero, de forma tal que a concepção se produzirá integralmente no corpo da mulher.<sup>20</sup>

A GIFT tem algumas adversidades, entretanto. O problema central é a baixa porcentagem de êxito dessa técnica, figurando entre 35 e 40%<sup>21</sup>. Outro problema, comum às técnicas que não se utilizam apenas de métodos físicos, é a grande

---

<sup>19</sup> SOUZA, Mariza Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel — a definição de maternidade e paternidade. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 350, 2010. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

<sup>20</sup> OMMATI, José Emilio Medauar. As novas técnicas de reprodução à luz dos princípios constitucionais. **Portal Jus**, 24 jun. 1998. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1854/as-novas-tecnicas-de-reproducao-humana-a-luz-dos-principios-constitucionais>. Acesso em: 02 nov. 2021.

<sup>21</sup> LAMADRID, Miguel Ángel Soto. **Biogenética, filiación y delito**: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990, p. 30.

possibilidade de concepção de gêmeos. Isso se explica pelo fato de, ao se utilizar esse método de reprodução artificial, recolherem-se vários óvulos, para se garantir alguma margem de sucesso.

Tal modalidade se assemelha a fertilização *in vitro*, uma vez que há o estímulo à ovulação e coleta dos espermatozoides. Todavia, na técnica FIV a fecundação é extracorpórea e na GIFT ocorre nas trompas, ou seja, no interior do corpo feminino.

Segundo Silvia da Cunha Fernandes, a transferência intratubária de gametas como alternativa da fertilização *in vitro*, oferta condições mais naturais de desenvolvimento, migração e nidação ao embrião, reduzindo assim o risco de gravidez extrauterinas, pois a fecundação acontece *in vivo*. Diante dessa característica, essa é a técnica mais aceita pela igreja católica.<sup>22</sup>

A transferência intratubária de zigotos, por sua vez, caracteriza-se pela colação em contato dos tipos de gametas, *in vitro*, em condições apropriadas para a sua fusão. Dessa forma, o zigoto que se originar serão transferidos para o interior das trompas uterinas.

A diferença entre a ZIFT e a GIFT reside que na primeira a fecundação ocorre de maneira extracorpórea.

A técnica, entretanto, não é indicada para mulheres com danos significativos nas trompas, problemas anatômicos com o útero. É mais plausível de ser utilizada entre casais que não conseguem a fecundação natural após um ano de tentativas e falha de cinco ou seis ciclos de estimulação ovariana com inseminação intra-uterina.

É importante saber, inclusive que, em razão da facilidade em constatar a fecundação antes da introdução do zigoto, a ZIFT traz menor risco de gestação múltipla, isto porque poucos zigotos são introduzidos na mulher.

### 2.3 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Diante de todos os avanços, tornou-se possível a reprodução assistida ainda que falecido o doador do material genético. Assim, a reprodução humana assistida post mortem é a técnica onde a criopreservação de gametas pode se realizar após a morte do proprietário do material germinativo.

---

<sup>22</sup> FERNANDES, Silvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005, p. 24-16.

É qualificada como intermediária, uma vez que não se enquadra nas características da reprodução homóloga nem heteróloga. A viabilidade desta técnica é demonstrada, na maioria das vezes, quando um homem com problema ou risco de esterilidade ou que possua doença grave, podendo ocasionar seu óbito. Diante desta conjuntura, o indivíduo recorre às clínicas de fertilização para recolher e depositar seus gametas, a fim de que, posteriormente, seja realizada a inseminação homóloga em sua esposa ou companheira, inclusive depois da sua morte.<sup>23</sup>

No Brasil, o ordenamento jurídico é lacunoso no que tange à essa temática, de modo que fica a cargo da doutrina, jurisprudência, resoluções das entidades de classe e enunciados normativos tecer apontamentos sobre a possibilidade de inseminação de embriões post mortem do doador.

Evidencia-se, no entanto, a breve disposição legal, no corpo do Código Civil, sobre a aplicação de presunção de paternidade aos casos de fecundação artificial homóloga post mortem, desde que na constância do casamento, conforme art. 1.597, inciso III.

Cabe aqui esclarecer que, embora o legislador tenha utilizado a expressão “fecundação”, esta deve ser interpretada de forma a abranger todas as demais técnicas de reprodução humana assistida, conforme inteligência do Enunciado nº 105 da Jornada de Direito Civil.<sup>24</sup>

A única norma que versa especificamente sobre o tema é a Resolução nº 2.294/2021 que, em seu capítulo V, da Criopreservação de gametas ou embriões, determina 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, dissolução de união estável ou falecimento de um deles ou de ambos, e se desejam doá-los.”

Em mesmo sentido, o Enunciado nº 106 da Jornada de Direito Civil<sup>25</sup>, prevê a imprescindibilidade de anuência prévia do doador do gameta para a implantação do embrião após o seu falecimento.

---

<sup>23</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1955, p. 155.

<sup>24</sup> As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida”.

<sup>25</sup> 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.

Carlos Eduardo Nicoletti Camillo<sup>26</sup>, entende que esta concordância deve ser realizada por meio de testamento válido, instrumento público ou particular, desde que se reconheça em vida a sua assinatura, sob pena de se violar direito da personalidade.

Nada obstante, as normas se limitam a isso, não trazendo maiores informações quanto à forma desta manifestação e nem o procedimento e seus efeitos. Conjecturando que, o direito pátrio é silente quanto o tema, fica a cargo das discussões doutrinárias e jurisprudências abordarem a situação, trazendo, assim, posições conflitantes.

---

<sup>26</sup> CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 1164.

### 3 A FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A necessidade de compreender a filiação, advém do desejo humano em fazer parte de algo. Até mesmo antes do nascimento, o indivíduo é incapaz de sobreviver autonomamente, de forma que precisa de cuidados específicos por um certo período.

Assim, surge o elo de dependência a uma estrutura que lhe assegure o crescimento e o pleno desenvolvimento. Daí a imprescindibilidade da família, que acaba se tornando o seu ponto de identificação social.<sup>27</sup>

Cristiane Chaves ainda afirma que é possível vislumbrar a filiação como um dos mecanismos de formação dos núcleos familiares e, por conseguinte, um dos mecanismos de realização da personalidade humana.<sup>28</sup>

Em mesma senda, Diogo Leite de Campos diz que a filiação decorre da faculdade que a toda pessoa é reconhecida de se realizar como humano; de prosseguir a sua felicidade.<sup>29</sup>

A partir dessas ideias gerais, é cabível afirmar que a reforma trazida pela Constituição Federal de 88, no que tange a igualdade entre os filhos, foi de extrema relevância para a dignidade da pessoa humana.

Para tanto, uma recapitulação histórica se mostra uma medida interessante para a compreensão deste instituto.

Em uma sociedade patriarcal do século XX, o pai era quem detinha todo o poder familiar, sendo sinônimo de autoridade, cabendo à mulher e aos filhos serem coadjuvantes desta configuração. Além de hierarquizada, a família antiga era patrimonial, valorizando o bem de família, no aspecto econômico.

Para Maria Berenice Dias, a família constituída pelo casamento era a única a merecer reconhecimento e proteção estatal, tanto que sempre recebeu o nome de família legítima.<sup>30</sup>

Dessa forma, historicamente a filiação era baseada no estado civil dos pais, discriminando aquelas que não nasceram no bojo de um casamento, privando-o de

---

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 388.

<sup>28</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 578.

<sup>29</sup> CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Almedina, 2008.

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, 2008, p. 360.

direitos decorrentes dessa relação parental, com base na Lei 3.071 de 1º de janeiro de 1996, que vigorou por mais de 80 anos no Brasil.

Já o Código Civil de 1916, em sua redação originária estabeleceu que os filhos incestuosos e os adúlteros não poderiam ser reconhecidos. Sobre o tema, pelas lições de Clóvis Beviláqua, ao declarar que a falta é cometida pelos pais, e a desonra recai sobre os filhos. A indignidade está no fato do incesto e do adultério, mas a lei procede como se estivesse nos frutos infelizes dessas uniões condenadas.<sup>31</sup>

De igual modo entende Maria Berenice Dias ao afirmar que negar reconhecimento ao filho é excluir-lhes direitos, é punir quem não tem culpa, é brindar quem infringiu os ditames legais.<sup>32</sup>

Os filhos, então, eram classificados em legítimos e ilegítimos. A distinção era fundada na existência ou não de matrimônio entre os genitores, de modo que o filho legítimo era protegido pela paternidade *pater is est quem nuptiae demonstrant* (é o pai aquele que o matrimônio como tal indica).

Os filhos ilegítimos, ainda, eram subdivididos em naturais e espúrios. Os naturais seriam os nascidos de pais entre os quais não havia, à época da concepção, impedimento matrimonial decorrente de parentesco ou de casamento anterior. Estes poderiam ser legitimados, posteriormente.

Já os filhos espúrios, teriam genitores proibidos de casar-se, quando da concepção, seja por parentesco ou por já contraírem outro matrimônio, não importando se os dois ou apenas um deles. Dentro desse contexto, ainda havia uma nova divisão entre adúlteros e incestuosos.

Sobre o tema, Orlando Gomes relata que provindo os filhos naturais da livre união dos pais, têm condições superior à dos filhos espúrios, equiparando-se completamente, em nosso Direito, aos filhos legítimos. O filho natural adquire esse status com o reconhecimento por ambos os pais, ou por um deles. Antes de reconhecido, há simples situação de fato, que não gera qualquer direito.<sup>33</sup>

Após anos, o advento de duas normas, quais sejam, o Decreto Lei nº 4.737 de 1942 e a Lei nº 883 de 1949, modificou a situação dos filhos ilegítimos, os reconhecendo, desde que após a dissolução do casamento do genitor. No entanto, os

---

<sup>31</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 361.

<sup>32</sup> *Idem*. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 361.

<sup>33</sup> GOMES, Orlando. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 308.

direitos a eles concebidos não eram totais, sendo possível apenas requerer a metade da herança que um legítimo receberia e direito aos alimentos, contanto que sob segredo de justiça, além de serem registrados como ilegítimos.

Apenas a Constituição de 88, em seu art. 227, parágrafo 6º, foi capaz de proibir o caráter discriminatório entre os filhos, sob o prisma do princípio da igualdade entre os filhos, revogando todos os dispositivos contrários. Assim determina que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Atualmente, a filiação ocorre em razão do nascimento, sem adentrar na esfera ética e moral, no que tange a forma e a relação oriunda da concepção do indivíduo. Como Maria Berenice Dias afirma, basta atentar que o filho fruto de uma relação incestuosa, é filho.<sup>34</sup>

### 3.1 CONCEITO DE FILIAÇÃO

Sob o ponto de vista técnico-jurídico, a filiação é a relação de parentesco estabelecida entre pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta, unindo pais e filhos.

Paulo Lôbo disserta que é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é titular de autoridade parental e a outra a esta se vincula pela origem biológica ou socioafetiva.<sup>35</sup>

Em mesmo sentido, Sílvio Rodrigues propõe uma compreensão de filiação como sendo a relação de parentesco, em primeiro grau e em linha reta, ligando uma pessoa àquelas que a geraram ou a receberam como se a tivessem gerado.<sup>36</sup>

Filiação, segundo Carlos Roberto Gonçalves, é a relação jurídica que vincula o filho a seus pais, assim denominada quando visualizada pelo lado do filho. Por seu turno, pelo lado dos pais em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 388.

<sup>35</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 211.

<sup>36</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 27 ed. CAHALI, Francisco José (Atual.). São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 323.

<sup>37</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

Ademais, diante das mudanças na estrutura social, há de se falar em outras formas de filiação baseadas não apenas no critério sanguíneo. Isto porque, em relação ao direito brasileiro, este instituto não é exaurido da natureza, tendo uma visão cultural, baseado na convivência familiar e na afetividade. Assim, o direito considera a filiação muito além da mera origem biológica, que antes detinha a exclusividade.<sup>38</sup>

A filiação registral, por exemplo, é aquela derivada do registro civil. Caracteriza-se com o registro de nascimento, que constitui a parentalidade registral e tem presunção de veracidade. Tal modalidade é comum, principalmente, nas hipóteses de adoção, onde há o reconhecimento civil da filiação ali existente.

O Código Civil disciplinou este tipo no art. 1.603 ao afirmar que a filiação resta comprovada pela certidão de nascimento registrada no cartório competente, que irá gozar de presunção de veracidade, conforme art. 1.604. Logo, a lei empresta ao registro de nascimento a característica de prova da filiação. Ademais, o art. 1.609 dispõe que ainda poderá ser efetuada mediante escritura particular, testamento ou declaração perante juiz.

Atualmente, apesar da inferioridade desta modalidade frente à filiação socioafetiva, o registro se insere como uma importante fonte para geração de deveres, como de prestação de alimentos e de mútua assistência, como assegura o direito sucessório e as restrições impostas pela lei que regulam atos jurídicos entre pais e filhos.<sup>39</sup>

A filiação por afinidade é aquela advindo da convivência, da ligação emocional entre os envolvidos. Nesse sentido, Pablo Stolze dispõe que o parentesco por afinidade, por sua vez, é estabelecido diante de uma relação de afeto. Assim, o núcleo familiar do cônjuge ou companheiro é agregado ao núcleo próprio de seu(sua) parceiro(a) de vida.<sup>40</sup>

O surgimento desta modalidade se deu em virtude da mudança de paradigma trazido pela Constituição Federal, ao reconhecer a afetividade como elemento constitutivo da família e abandonar as ideias da primazia da verdade genética e traços da família patriarcal e matrimonial.

---

<sup>38</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 155.

<sup>39</sup> CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 3, p. 148, ago./set. 2005.

<sup>40</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. 2 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

Dessa forma, segundo Paulo Lôbo, para o estabelecimento da filiação socioafetiva é necessária a subsunção de determinados critérios. A priori, o comportamento social entre pais e filhos deve ser facilmente aferido pela sociedade, de modo que qualquer indivíduo comum possa reconhecer aquela relação como a ocorrida normalmente entre os genitores e a prole. No Brasil, a doutrina costuma destrinchar este requisito em outros três pressupostos não cumulativos, quais sejam: nome, quando há atribuição do sobrenome ao perfilhado, mediante registro civil; trato, ou seja, tratamento social ao perfilhado como se filho fosse; fama, de modo que a comunidade reconhece os pretensos como pais e filhos. É ainda imprescindível haver uma convivência familiar duradoura, isto é, as pessoas precisam integrar uma entidade familiar juridicamente conhecida e conviver desta forma. Não há, entretanto, prazo estipulado para a sua caracterização. Por fim, tem de se observar a relação de afetividade familiar, não bastando a amorosidade, mas também o intuito de constituição de família. Dessa forma, não haverá filiação nas relações de apadrinhamento, por exemplo.<sup>41</sup>

Feitas tais considerações, observa-se uma mudança no paradigma conceitual da filiação, sendo possível a sua caracterização mediante diversas formas que, inclusive, serão de grande relevância para o presente estudo monográfico.

### 3.2 CRITÉRIOS DETERMINANTES DA RELAÇÃO DE FILIAÇÃO

Ao buscar a mais clara compreensão deste instituto, faz-se necessária a análise da evolução da filiação no ordenamento jurídico pátrio.

No Direito Romano, a filiação não era determinada pelo critério da consanguinidade, de modo que bastasse constituir o mesmo seio familiar para ser considerado filho. A ideia aqui era de manter os valores entre as gerações, de modo a se prolongar no outro. Dessa forma, ainda que adotado era considerado membro da família, caso tivesse a mesma crença dos demais, enquanto se um filho renunciasse à essa fé era afastado desse núcleo familiar.<sup>42</sup>

Já no direito brasileiro, havia a íntima relação entre consanguinidade e legitimidade do casamento. Neste diapasão, a Igreja Católica estabeleceu critérios para distinguir a filiação legítima da ilegítima, a fim de manter a eficiência destes

---

<sup>41</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 164.

<sup>42</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 02-03.

preceitos e reafirmar o ideal de que a conjunção carnal só fundamenta para procriação entre pessoas sob o escudo matrimonial.<sup>43</sup>

Por conseguinte, o Código Civil de 1916 se limitava a tratar nos seus dispositivos sobre essas famílias, advindas do casamento. Trazia, assim, a diferenciação entre ilegítimos, que são os filhos concebidos fora do casamento e legítimos, aqueles nascidos na constância da união, detendo de um conjunto maior de direitos. Denota-se, assim, que o casamento constituía a base familiar, não sendo a consanguinidade, por si só, o cerne das relações dele advindas.<sup>44</sup>

Apesar de já mencionado anteriormente, é válido o ressaltado quanto à subdivisão existente no que se refere aos filhos ilegítimos, quais sejam naturais e espúrios, sendo este último ainda repartido em incestuosos ou adúltero. Os naturais eram resultantes da união de duas pessoas que não se casaram, mas poderiam fazê-lo, porquanto inexistente qualquer impedimento para tal. Os espúrios, por sua vez, advinham da união de pessoas impedidas de contrair matrimônio. Os filhos espúrios se subdividiam em incestuosos, onde o impedimento se origina na relação de parentesco e, os adúlteros, na qual havia uma ou ambas casadas com terceira pessoa.<sup>45</sup>

A evolução legislativa quanto ao tema foi lenta. A Constituição de 1824 versou apenas sobre a família imperial. A Carta Magna de 1891 se conteve em atribuir validade ao casamento civil. A primeira disposição acerca da filiação só ocorreu na Constituição de 1934, onde fora regulamentado, no artigo 147, o reconhecimento dos filhos naturais será isento de quaisquer selos ou emolumentos, e a herança, que lhes caiba, ficará sujeita, a impostos iguais aos que recaiam sobre a dos filhos legítimos. Já em 1937, houve a equiparação entre filhos naturais e legítimos. Dessa forma, diversas leis começaram a surgir com a visão de minimizar os obstáculos ao reconhecimento da filiação.

A Constituição de 1988 foi revolucionária e essencial para a reformulação do conceito de família e de vários dos seus institutos. A Carta Magna instituiu a igualdade entre os filhos e, expressamente, vedou qualquer tipo de discriminação da prole. Ou

---

<sup>43</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 02-03.

<sup>44</sup> LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 4 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2006, p. 332.

<sup>45</sup> LUCCHESI, Mafalda. Filhos — evolução até a plena igualdade jurídica. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**, 13, vol. 1, p. 03. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil\\_231.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/volumel/10anosdocodigocivil_231.pdf). Acesso em: 04 mar. 2022.

seja, não há base para permanecer as restrições consagradas pelas codificações anteriores, conforme dispõe as novas normas. Ademais, o Código Civil de 2002 seguiu o mesmo entendimento na redação do art. 1.596.

Sinteticamente, nota-se que as questões familiares eram pautadas na preocupação patrimonial, não levando em conta valores éticos, humanistas, afetivos entre os componentes da família. Assim, com o passar do tempo, o surgimento de novas famílias e a mudança nas relações sociais, o direito privado precisou reformular os conceitos de família para se adequar ao mundo dos fatos.

Feitas as considerações quanto à evolução histórica do conceito de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, é cabível afirmar que um filho pode advir das mais variadas formas de relação, passando da origem biológica até a afetiva. Diante disso, são inúmeras as formas de determinar a relação filial.

O chamado status de filho é inerente ao status familiae, que é a expressão usada para identificar a situação de um indivíduo dentro de uma comunidade familiar,<sup>46</sup> podendo ser obtido seguindo alguns critérios, que serão explicados a seguir.

O primeiro parâmetro a ser examinado é o jurídico, que se fundamenta no que está estabelecido legalmente. Neste sentido, Cristiano Chaves afirma que o critério legal está fundado em uma presunção relativa, advinda de uma imposição legislativa diante de circunstâncias indicadas no dispositivo legal.<sup>47</sup>

É preciso lembrar que a sociedade antigamente tinha como pressuposto para procriação a existência de casamento, além de crer na fidelidade entre os cônjuges e na virgindade da mulher até o momento do matrimônio. Assim, não existia os métodos precisos de aferição de paternidade, como ocorre atualmente com o teste de DNA, por exemplo. Assim, utilizou-se de algumas bases legais para determinar a filiação.

Dessa forma, o Código Civil foi expresso ao listar as situações em que haverá presunção de concepção na constância do casamento de filhos “nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; havidos, a qualquer tempo, quando

---

<sup>46</sup> VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 66.

<sup>47</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil**: direito das famílias. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 590.

se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.”

Nota-se, entretanto, que a filiação matrimonial não passa de uma ficção jurídica, na qual faz presumir que o pai da criança sempre será o marido da mãe<sup>48</sup>, salvo se comprovada a infertilidade do marido ou nas situações elencados no inciso V, sem a prévia autorização do cônjuge. Assertivamente, Maria Berenice Dias coaduna que, em verdade, o que a lei faz presumir não é o estado de filiação, mas sim a fidelidade da esposa perante seu marido.<sup>49</sup>

Não haverá mais delongas quanto as presunções de paternidade, ora vista que o tema será melhor abordado em tópico posterior.

A filiação registral, por sua vez, é estabelecida pelo art. 1603 do Código Civil,<sup>50</sup> e goza de presunção de veracidade e publicidades, conforme o art. 50 da Lei 6.015/73, que determina o registro de todo nascimento que ocorrer no território nacional, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, dentro do prazo de quinze dias, que será ampliado em até três meses para os lugares distantes mais de trinta quilômetros da sede do cartório.

Esta declaração, conforme art. 52 da mesma lei, deverá ser feita pelo pai ou a mãe; subsidiariamente, o parente mais próximo, os administradores do hospital, médico ou parteira; pessoa inidônea da casa em que ocorrer; quem estiver encarregado da guarda do menor.

Para Paulo Luiz Netto Lôbo, o registro produz uma presunção quase absoluta, pois apenas pode ser invalidado mediante comprovação de erro ou falsidade, caso contrário a declaração é inalterável e não pode ser questionada.<sup>51</sup>

O genitor, por seu turno, pode contestar a declaração munido da comprovação de que não é o genitor biológico e não possuiu relação afetiva com o menor.

---

<sup>48</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 393.

<sup>49</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>50</sup> “Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrado no Registro Civil.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 04 fev. 2022).

<sup>51</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 233.

A I Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal, aprovou o enunciado no sentido de que a filiação provada pelo registro compreende a filiação consanguínea e também a socioafetiva.<sup>52</sup>

O critério biológico adota parâmetro científicos e genéticos para configurar a filiação. O avanço das pesquisas científicas promoveu o advento do exame de DNA, que possui como principal destaque a determinação do estado de filiação das pessoas, sem contar que se trata de um método altamente confiável, estabelecido praticamente sem margens de erro.<sup>53</sup>

Neste contexto, a determinação de filiação aqui é importante para saber a sua origem genética, mas também para requerer dos seus genitores o cumprimento dos deveres a eles competentes. Assim, a verdade científica se sobrepõe à vontade do genitor em assumir as suas responsabilidades próprias da paternidade.<sup>54</sup>

O direito ainda se preocupou em positivar a presunção relativa de paternidade em casos de recusa injustificada do provável genitor em realizar exame de averiguação. Tal situação é tão manifesta, que a súmula nº 301 do STJ afirma que “em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção juris tantum de paternidade”.

Todavia, imprescindível entender que a filiação biológica não é suficiente por si só para determinar a paternidade, até mesmo porque por mais que haja o vínculo genético, a afetividade não se impõe, podendo ou não existir.<sup>55</sup>

É neste cenário que se vislumbra o último critério, o socioafetivo. Este parâmetro se fundamenta basicamente na convivência cotidiana, na forma em que os membros daquela relação agem entre si.

Conforme Maria Berenice Dias, a filiação socioafetiva é resultado da posse do estado de filho, que se caracteriza quando alguém desfruta de uma situação jurídica que não corresponde à verdade<sup>56</sup>.

O legislador, entretanto, não se preocupou em estabelecer o laço afetivo como critério para aferição do parentesco, salvo nos casos de adoção e reprodução assistida heteróloga. Contudo, é nítido a relevância da posse do estado de filho pois

---

<sup>52</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 233.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 588.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 02.

<sup>55</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 35-36.

<sup>56</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

caracteriza a filiação socioafetiva e se constitui de um ato de vontade, diferente dos demais critérios que se baseiam no nascimento.

Assim, a posse do estado de filho decorre de um ato de vontade, pautado na afetividade, e não em um fator biológico, no qual se apresentam a terceiros como se filho fosse.<sup>57</sup>

Embora ausente previsão legal, o Enunciado 06 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), afirmou que do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental. Ou seja, já está sedimentado o entendimento de que o filho afetivo goza dos mesmos direitos que o filho biológico gozaria.<sup>58</sup>

Isto resta demonstrado no fato de que, uma vez definida a posse de estado de filiação e realizado registro de nascimento, ainda que saiba não haver o critério biológico, não há o que se falar em revogação ou retratação, fundado no princípio da boa-fé objetiva e venire contra factum proprium.<sup>59</sup>

Diante das ponderações redigidas acima, pode-se concluir que o critério biológico, ou seja, a simples disposição do material genético para configurar a filiação não é mais o preponderante no nosso ordenamento. A ideia atual a ser disseminada é que pai não é apenas o que participa da cópula carnal, mas quem ativamente está presente na criação do indivíduo.

Maria Berenice Dias reafirma a não similaridade entre pai e genitor e ressalta o destaque atribuído a afetividade, não só nas relações de filiação, como também no campo familiar como um todo, tendo em vista que a família se tornou ampla, não restringindo-se mais apenas à família marital.<sup>60</sup>

### 3.3 DAS MODALIDADES DE RECONHECIMENTO DOS FILHOS

Apesar dos avanços trazidos, constitucionalmente, pela equiparação entre os filhos, a legislação restringiu-se a estabelecer presunções de paternidade apenas aos filhos de pais casados. Dessa forma, fica sob a competência de o

---

<sup>57</sup> DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 15-16.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 407.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 35-36

<sup>60</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

reconhecimento da paternidade abranger os filhos concebidos sem a égide do casamento.

Assim, o reconhecimento da paternidade é o ato utilizado para declarar a filiação extramatrimonial, estabelecendo a relação pai e filho e dando origem aos efeitos jurídicos dessa relação. É um ato declaratório, tornando a paternidade, já existente, pública.

Este reconhecimento pode ser feito de modo voluntário, onde o pai, a mãe ou ambas, declaram o vínculo que os une ao filho nascido, conferindo-lhe o status *familiae correspondente*.<sup>61</sup>

Ressalta-se ainda, conforme art. 1.607 do CC, que o reconhecimento pode ser feito conjunta ou separadamente. Ademais, embora trate-se de ato personalíssimo, pode ser efetuado por intermédio de terceira pessoa, desde que munida de poderes específicos dispostos em procuração. De resto, salienta a desnecessidade de outorga conjugal para a prática do ato.

Extraindo-se do disposto no art. 1.613<sup>62</sup>, é incabível a submissão do reconhecimento à condição, termo ou encargo, reforçando o caráter livre, irrevogável e irretratável do ato. De igual forma e considerando a natureza declaratória, o reconhecimento produz efeitos *erga omnes*, tratando-se de uma manifesta confissão do vínculo parental.

O art. 1.609 do Código Civil, portanto, estabelece algumas formas de reconhecimento voluntário e irrevogável da paternidade para filhos havidos fora do casamento. Este deverá ser feito no registro do nascimento; por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; 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.

O reconhecimento disposto neste artigo pode ser feito a qualquer tempo, antes do nascimento, durante a vida ou após o óbito. Se este último for o caso, o reconhecimento deve estar submetido à análise de existência de descendentes, visando evitar fraudes, em razão da lógica da vocação hereditária.

---

<sup>61</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 524.

<sup>62</sup> “Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato do reconhecimento do filho.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm). Acesso em: 04 fev. 2022)

Conforme o inciso I do artigo supramencionado, o reconhecimento pode ser por registro do nascimento. Para isso, basta que o ascendente compareça perante um cartório de Registro Público, com testemunhas, e promova o reconhecimento formal da prole.

Na mesma linha, sendo filho não-matrimonial, há proibição em declarar o nome do pai sem sua expressa autorização e comparecimento pessoal ou por meio de procurador com poderes especiais no ato do registro.<sup>63</sup>

Há também o reconhecimento por escritura pública ou escrito particular. Neste cenário, não se faz necessário apresentar documento específico, versando apenas sobre essa matéria.

O Estatuto da Criança e do Adolescente sustenta que é possível reconhecer a filiação por escritura pública ou outro documento público, não sendo admissível confundir essas expressões. Isto pois, o último se refere ao reconhecimento incidental e acessório, havendo apenas referência incidental do reconhecimento da filiação.

Já no escrito particular é imprescindível que o progenitor manifeste a sua clara, inequívoca e expressa declaração de reconhecimento do vínculo de filiação, não exigindo a lei se trate de documento manuscrito, ou seja, escrito de próprio punho<sup>64</sup>. Não há, todavia, qualquer menção legislativa quanto à exigência de testemunhas ou reconhecimento da autenticidade do documento.

É válido evidenciar que não é admitido abranger o documento particular a qualquer escrito produzido pelo genitor, como bilhetes, por exemplo. Estes constituem meios de prova na ação investigatória. O escrito particular deve ser suficiente por si só, como forma autônoma de reconhecimento.<sup>65</sup>

A filiação ainda pode ser reconhecida voluntariamente por meio de célula testamentária, não sendo necessário dispor de nenhuma outra cláusula de aspecto patrimonial.

Importante mencionar que a invalidação do testamento não alcança o reconhecimento da filiação nele contido. A problemática possível é quanto à

---

<sup>63</sup> “Art. 59 - Quando se tratar de filho ilegítimo, não será declarado o nome do pai sem que este expressamente o autorize e compareça, por si ou por procurador especial, para, reconhecendo-o, assinar, ou não sabendo ou não podendo, mandar assinar a seu rogo o respectivo assento com duas testemunhas.” (BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.)

<sup>64</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 425.

<sup>65</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 530.

revogação involuntária de paternidade, em razão de ação humana dolosa, considerando que a cédula testamentária não tem forma predefinida, cabendo ao testador conservá-lo intacto para posterior apresentação em juízo.

O reconhecimento pode ser realizado por manifestação direta e expressa perante o juiz, não tendo nenhuma disposição específica sobre qual a competência deste magistrado. Malgrado, havendo manifestação em ata, este é um documento apto para apresentação ao Oficial do Registro Civil, para fins de averbação do patronímico paterno.

Por fim, existe uma modalidade de reconhecimento, embora não originalmente, se converte em voluntária. É a averiguação oficiosa, consoante art. 2º da Lei nº 8.560/92<sup>66</sup>, onde o oficial do registro de nascimento do menor irá enviar ao magistrado competente informações suficientes, fornecidas pela mãe, para a localização e citação do suposto pai para se manifestar quanto à paternidade. Havendo concordância, será lavrado o ato de reconhecimento, assim não acontecendo, os autos serão encaminhados para o Ministério Público, a fim de que este decida se irá proceder com a ação de investigação de paternidade.

Em contrapartida, a paternidade pode ser reconhecida por via judicial, ajuizando ação investigatória com polo passivo o possível genitor, objetivando a declaração da filiação. Ou seja, trata-se da ação de investigação de paternidade, que é uma ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível.<sup>67</sup>

A ação investigatória de paternidade só poderá ser ajuizada pelo filho, considerando o caráter personalíssimo do direito. Todavia, tratando-se de menor, é admitido a representação pela mãe ou tutor. É ainda cabível, em sendo a mãe também menor, a assistência por pessoa absolutamente capaz.

A doutrina ainda tem aceitado a legitimidade do nascituro, levando em conta os direitos da personalidade e o estabelecido constitucionalmente quanto à proteção integral da criança.

---

<sup>66</sup> Art. 2º. Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada officiosamente a procedência da alegação.” (BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 dez. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm). Acesso em: 08 abr. 2022.)

<sup>67</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 317.

O art. 27 do Estatuto da Criança e Adolescente<sup>68</sup>, por sua vez, estabelece que a ação pode ser ajuizada sem qualquer restrição entre filhos, corroborando a ideia constitucional de equidade.

Os meios de prova admitidos neste procedimento são os mais diversos, entretanto, demonstra-se o exame de DNA como o mais seguro. A incerteza trazida aos autos pela exceção oposta pelo réu já não conduz, necessariamente, à improcedência da ação, pois mesmo comprovado o *plurium concubentium*, o exame demonstrará, com grau praticamente absoluto de certeza, a paternidade.<sup>69</sup>

Os efeitos da decisão proferida em sede de ação de investigação de paternidade são similares ao do reconhecimento voluntário, ou seja, tem eficácia erga omnes, efeito ex tunc, retroagindo até a data do nascimento. Outrossim, haverá consequências no âmbito moral, mas também patrimonial, de modo que além de estabelecer a relação de parentesco, irá assegurar os direitos dela advindo.

Dessa forma, é preciso saber que ainda que não tenha prazo prescricional definida para o ajuizamento dessa ação, os efeitos dela decorrentes são prescritíveis, o que não acontece com a petição de herança. Eis a inteligência, por exemplo, da súmula 149 do Supremo Tribunal Federal.

Isto significa dizer que, mesmo havendo o reconhecimento, pode ser que o filho não tenha mais acesso a alguns direitos a eles atinentes, como o de herança. No entanto, o prazo, que é de dez anos, conforme art. 205, CC, só se inicia no momento do reconhecimento da paternidade, não do falecimento do genitor.

Além disso e relacionando com o tema do presente estudo, caso a mulher se submeta à inseminação artificial e engravidar, malgrado a inexistência de legislação específica no País, não se poderá negar ao filho o direito de investigar a paternidade, segundo art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Se a mulher for casada e a inseminação feita sem a permissão do marido, pode este negar a paternidade.<sup>70</sup>

---

68 “Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.” (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 08 abr. 2022.)

69 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 395.

70 *Ibidem*, p. 397.

### 3.4 PRESUNÇÕES DE PATERNIDADE

Diante da impossibilidade de aferição concreta da filiação, o Estado viu-se obrigado a criar uma forma de garantir a proteção a essas crianças e adolescentes e oferecer a eles uma estrutura familiar. Dessa forma, a lei cria um sistema de reconhecimento da paternidade por meio de presunções. Isto é, deduções que se tiram de um fato certo para provar um fato desconhecido.<sup>71</sup>

Em mesma lógica, Caio Mário declara que, não se podendo provar diretamente a paternidade, toda a civilização ocidental assenta a ideia de filiação num jogo de presunções.<sup>72</sup>

Tal ficção jurídica ocorre desde o Direito Romano, com a presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*. Comumente, no entanto, é referida de modo abreviado: presunção *pater is est*.<sup>73</sup> Esta se fundamenta na ideia de que relações sexuais acontecem dentro de um casamento, conjeturando a fidelidade da mulher. Logo, o filho concebido na constância do matrimônio tem como pai o marido da mãe.

O que é suposto aqui é a impossibilidade de a mulher ser infiel, não o estado de filiação. Nesse sentido e com base no "dever" de fidelidade da mulher, e não na sua fidelidade "efetiva", é que se formou a regra *pater est*.<sup>74</sup>

A maternidade não é contestada, tendo como sempre certa. Neste ponto, resta caracterizada a *presunção mater sempre certa est*, além dos sinais indubitáveis como a gravidez e o parto.

O intuito é assegurar os direitos às crianças e garantir a manutenção da família, assim não há espaço para atribuir prole adulterina à mulher casada e, por consequência, imputar infidelidade no seio familiar.<sup>75</sup>

O texto legal, então, traz as hipóteses de presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento. Quais sejam:

---

<sup>71</sup> SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 11 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010, p. 93.

<sup>72</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. SILVA, Tânia Pereira da (Atual.). 14 ed. Vol. 5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 51-52.

<sup>73</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 349.

<sup>74</sup> VILLELA, João Baptista. As novas relações ele família. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**, Foz do Iguaçu, set./1994, p. 128.

<sup>75</sup> JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil: la familia**. V. II. Tomo I. MANTEROLA, Santiago Cunchillos (Trad.). Buenos Aires: Bosch, 1952, p. 15.

Os incisos I e II trazem um prazo o prazo máximo e mínimo para que o nascido seja considerado filho. Ou seja, aqueles nascidos até cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal e os havidos até trezentos dias após a dissolução do casamento, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do vínculo, respectivamente. Ressalta-se que o prazo do inciso I tem como marco inicial a convivência conjugal, abarcando as situações de casamento por procuração, por exemplo.

Quanto à razão de ser do prazo de cento e oitenta dias, Pontes de Miranda afirma possuir como fundamento o que mais ordinariamente acontece: a fidelidade conjugal por parte da mulher. *Praesumptio sumitur ex eo quod plerumque fit*. Presumida a fidelidade da mulher, paternidade torna-se certa.<sup>76</sup>

Dito isso, esclarece-se que o prazo não foi fixado por mera liberalidade do legislador, tendo observado o período de, aproximadamente, nove meses, entre a concepção e o nascimento do menor. Assim, buscando afastar qualquer dúvida quanto ao vínculo da paternidade, são estabelecidos limites que não correspondem às médias fixadas pela ciência.<sup>77</sup>

Já no que se refere ao prazo de trezentos dias, têm-se alguns gatilhos para o começo. A única opção de iniciar o período, por si só, é a morte. As demais hipóteses necessitarão de ação ou procedimento. Frisa, entretanto, que a decretação do divórcio não é suficiente para estimular a contagem do prazo, considerando o momento da separação de fato, que é onde se presume a cessação do convívio conjugal e, conseqüentemente, da relação sexual.

Uma questão palpitante é a viabilidade da mulher contrair novas núpcias. O art. 1.523<sup>78</sup> traz que mulher viúva ou que tenha dissolvido a sociedade conjugal até dez

---

<sup>76</sup> PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971, p. 24.

<sup>77</sup> LÔBO, Paulo. **Código Civil comentado: famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 48.

<sup>78</sup> Art. 1.523. Não devem casar: I - o viúvo ou a viúva que tiver filho do cônjuge falecido, enquanto não fizer inventário dos bens do casal e der partilha aos herdeiros; II - a viúva, ou a mulher cujo casamento se desfez por ser nulo ou ter sido anulado, até dez meses depois do começo da viuvez, ou da dissolução da sociedade conjugal; III - o divorciado, enquanto não houver sido homologada ou decidida a partilha dos bens do casal; IV - o tutor ou o curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com a pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas. Parágrafo único. É permitido aos nubentes solicitar ao juiz que não lhes sejam aplicadas as causas suspensivas previstas nos incisos I, III e IV deste artigo, provando-se a inexistência de prejuízo, respectivamente, para o herdeiro, para o ex-cônjuge e para a pessoa tutelada ou curatelada; no caso do inciso II, a nubente deverá provar nascimento de filho, ou inexistência de gravidez, na fluência do prazo. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406compilada.htm). Acesso em: 04 fev. 2022)

meses, não deve casar. O ordenamento com este dispositivo visa evitar confusão de paternidade, estabelecendo um prazo maior do que o período de nove meses, comum da gravidez humana.

Esta regra, contudo, pode ser mitigada, desde que comprovada a inexistência de gravidez ou o nascimento do filho, conforme o parágrafo único do referido artigo. Ocorrendo o casamento em período anterior, se o filho nascer antes de 300 dias, presume-se que o pai é o primeiro marido. Se nascer depois desse prazo, será considerado filho do novo cônjuge.<sup>79</sup>

Urge mencionar a natureza relativa desta presunção, ou seja, admite prova em contrário. Ademais, diante do surgimento do exame de DNA, tais presunções de filiação trazidas pelos dois primeiros incisos do artigo 1.597 são de pouca relevância prática, devendo haver uma adaptação dessas presunções ao novo panorama científico.<sup>80</sup>

Em contrapartida, considerando as evoluções biotecnológicas, os incisos subsequentes trazem as presunções decorrentes da manipulação genética. Isto é, os incisos III, IV e V do art. 1.597 traz mais três hipóteses de ficções legais em que serão presumidos como filhos concebidos na constância do matrimônio, todas elas relacionadas à reprodução medicamente assistida.<sup>81</sup>

Essas presunções, por sua natureza, devem ser interpretadas restritivamente<sup>82</sup>, não abrangendo a utilização de óvulos doados e gestação de substituição, segundo o enunciado 257 da III Jornada de Direito Civil, 2004, Conselho da Justiça Federal.<sup>83</sup>

A priori, necessária se faz lembrar a distinção de reprodução artificial homóloga e heteróloga. A diferença reside na origem do material genético, na

---

<sup>79</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 395.

<sup>80</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. Vol. 7. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 572.

<sup>81</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 325.

<sup>82</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit*, 2015, p. 217.

<sup>83</sup> BRASIL. Justiça Federal. **Enunciado 257**, da III Jornada de Direito Civil. Brasília, DF. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/505#:~:text=As%20express%C3%B5es%20%22fecunda%C3%A7%C3%A3o%20artificial%22%2C,e%20a%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 10 abr. 2022.

primeira, a procriação é realizada utilizando-se o material genético do casal, enquanto que na segunda, utiliza-se o material genético de terceiro.<sup>84</sup>

Isto posto, haverá presunção de paternidade aos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido; a qualquer tempo, quando versar sobre embriões excedentários da concepção homóloga; e por inseminação artificial heteróloga, desde que com a anuência do cônjuge.

Assim sendo, os incisos III e V destoam no sentido de que, sendo o espermatozoide doado por terceiro, é imprescindível a autorização prévia do marido para a realização da técnica, sendo, por outro lado, dispensada em caso de doação feita pelo próprio cônjuge.

Nesse instante, porém, limitar-se-á a tecer essas breves conceituações sobre o tema, considerando que este será melhor desbravado e analisado sistematicamente em itens abaixo, em razão da natureza do presente estudo.

Quanto ao inciso IV, a questão transita sobre os embriões excedentários, entretanto não há espaço para discuti-lo, em razão da sua complexidade e do recorte inerente a este trabalho.

Por último, há ainda no que se falar quanto à presunção de paternidade atribuída aquele que teve relações sexuais com a mãe no período da concepção e a presunção de *exceptio plurium concubentium*, que se opõe a esta anterior, quando a mãe tiver relações com mais de um homem na provável época da fecundação.<sup>85</sup>

### 3.5 DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS À FILIAÇÃO

A doutrina traz princípios basilares no estudo do direito de família, sejam expressos nos dispositivos normativos ou decorrentes de uma interpretação ético e valorativa do ordenamento jurídico.

Para a maioria dos doutrinadores os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, além dos princípios gerais da igualdade, liberdade, afetividade, convivência familiar e melhor interesse da criança são os norteadores desta vertente jurídica.

---

<sup>84</sup> MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 212-215.

<sup>85</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

Diante disso, o presente estudo irá abordar alguns princípios no que se refere aos seus efeitos no instituto da filiação e como há afetação nos direitos pessoais e patrimoniais das crianças envolvidas.

### 3.5.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana, disposta no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, é considerada como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Maria Berenice Dias enquadra a dignidade da pessoa humana como sendo um princípio universal, do qual todos os demais princípios, como liberdade, autonomia privada, igualdade, cidadania, emanam.

Alexandre de Moraes conceituou dignidade como um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.<sup>86</sup>

Quando se fala em reprodução humana assistida post mortem é preciso vislumbrar o princípio da dignidade humana em relação a elaboração do projeto parental pelo casal ou pela pessoa sozinha, a criança que será concebida e a viúva que seguirá com o projeto mesmo após o falecimento do companheiro.

No tocante à dignidade do casal com a elaboração do projeto, Marcio Delfim<sup>87</sup> aduz que o princípio da dignidade da pessoa humana se faz presente em todos os ramos do direito e, no âmbito do direito da família é possível perceber a sua efetivação pela existência do planejamento familiar

Quanto à criança concebida, ela tem sua dignidade efetivada no instante da prevalência do princípio do melhor interesse da criança, considerando que o menor deve ser protegido prioritariamente aos demais indivíduos.

Por fim, a viúva tem a dignidade assegurada quando utiliza o material genético criopreservado do falecido, concebendo a gravidez. No entanto, o ordenamento

---

<sup>86</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

<sup>87</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. In: DONATO, Elton José. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, vol. 12, n. 65, p. 7-20, abr./maio 2011.

jurídico, apesar de lacunoso, traz breves requisitos, como o consentimento expresso do doador autorizando a reprodução ainda que após a morte.

Há ainda o que se falar no tocante ao direito sobre o próprio corpo, Guilherme Calmon entende que com os avanços da medicina, cada vez mais vem sendo possível a disposição de partes do corpo humano, a fim de se efetivar outros desejos inerentes ao homem. Forte exemplo disso é a doação de célula germinativa para que seja possível a concepção de um filho através da inseminação artificial, situação a qual demonstra a efetivação da dignidade do homem. No entanto, é preciso restar ressalvado à integridade física.<sup>88</sup>

### 3.5.2 Princípio do melhor interesse da criança

Camila Colucci afirma que a origem do melhor interesse da criança vem do instituto inglês *parens patriae* que objetiva a proteção de pessoas incapazes e de seus bens. Com sua divisão entre proteção dos loucos e proteção infantil, esta última evoluiu para o princípio do *best interest of child*.<sup>89</sup>

Com efeito, este princípio foi recepcionado pela Convenção Internacional de Haia, Apesar de não haver previsão expressa, o art. 227, caput da Constituição Federal de 1988, versa que é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Também vislumbra-se a proteção à criança no Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA, previsto na Lei 8.069/2013, ao lecionar que a “a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando- sê-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o

---

<sup>88</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**. São Paulo: Editora Atlas. 2003, p. 166.

<sup>89</sup> COLUCCI, Camila. **Princípio do melhor interesse da criança**: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila\\_Fernanda\\_Pinsinato\\_Colucci\\_completa.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf). Acesso em: 02 nov. 2021.

desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”, além de salientar no parágrafo único a não distinção, de qualquer gênero, entre os menores.

Uma vez consagrado como princípio, a criança passou a ser vista como sujeito de direito, devendo ser tutelado pelo ordenamento jurídico, em completa prioridade em relação aos demais integrantes da família.

Assim, a criança passa a ser o centro das atenções, ou seja, havendo conflitos familiares, é prioridade a proteção e respeito ao direito da criança como as decisões que sobre ela versem.

Nesta assentada, Maria Berenice Dias, leciona que a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, sendo, pois, necessários os princípios que asseguram aos menores os direitos a eles atinentes, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.<sup>90</sup>

Nesse sentido, quanto à reprodução humana após a morte do doador, é preciso assegurar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, uma vez que o ordenamento jurídico é silente, não podendo transferir esse ônus para o menor e deixá-lo sem proteção.

### **3.5.3 Princípio da igualdade entre os filhos**

O artigo 1.596 do Código Civil determina que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Tal princípio é também contemplado pela Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, não admitindo mais a retrógrada distinção entre filiação legítima ou ilegítima, auferindo os mesmos direitos e qualificações aos filhos havidos ou não da relação do casamento.

De acordo com Maria Helena Diniz a diferença entre as categorias de filiação seria o ingresso, ou não, no mundo jurídico, por meio do reconhecimento. Dessa

---

<sup>90</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 50.

forma, é filho se, didaticamente, matrimonial ou não-matrimonial reconhecido e não reconhecido.<sup>91</sup>

A isonomia entre os filhos se desdobra em dois aspectos. Em primeiro lugar, positivamente, a CF afirmou a igualdade de direitos independente da ordem dos filhos, havidos por casamento ou não. Em segundo lugar, negativamente, através da proibição de designações discriminatórias.<sup>92</sup>

Neste sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama também entende a interpretação deste princípio sob dois primas: a igualdade de qualificações entre filhos e a igualdade de direito entre estes.

Em relação à igualdade de qualificações, entende-se não ser mais cabível o uso de expressões discriminatórias, como antigamente existia, por exemplo, filhos ilegítimos. Em contrapartida, a igualdade de direitos entre os filhos, ou seja, independentemente da origem da filiação, se fundada em vínculo civil, qual seja por adoção, reprodução assistida heteróloga ou posse de estado de filho ou natural, todos terão os mesmos direitos.

Dessa forma, para tal doutrinador uma vez existente o vínculo jurídico de parentalidade-filiação, todos os filhos do mesmo pai ou da mesma mãe têm, estritamente, os mesmos direitos reconhecidos no ordenamento jurídico brasileiro, sem possibilidade de qualquer diferenciação.<sup>93</sup>

A consequência dessa igualdade passeia pelos direitos pessoais e também patrimoniais, que será melhor abordado mais à frente.

### 3.6 A ANÁLISE SISTEMÁTICA DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE PREVISTA NO ART. 1.597 DO CÓDIGO CIVIL

Tecidas as considerações acerca do conceito e acepções de filiação, assim como, das formas de reconhecimento da paternidade, é preciso analisar

---

<sup>91</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19 ed. Vol. 5. rev. aum. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 21.

<sup>92</sup> MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Claudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual- direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 16, 1999, p. 32.

<sup>93</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família**: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08 - família criança, adolescente e idoso. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 96.

sistematicamente o disposto pelo art. 1.597, principalmente no que se refere as técnicas de reprodução artificial dos incisos III e V, que são objetos do estudo.

### **3.6.1 Da presunção da paternidade na fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido**

Antes de adentrar no tema central, é preciso novamente lembrar que fecundação artificial homóloga é aquela que decorre do uso de material genético próprio do casal.

Seguindo com a abordagem e considerando que a presunção de paternidade na fecundação artificial homóloga está inserida no dispositivo que menciona a necessidade de concepção na constância do casamento, é cabível notar que se trata de *presunção pater is est*. Esta é a tradicional, em que atribui a paternidade ao marido da mãe.

Nos incisos I e II do art. 1.597 do CC, há um lapso temporal a ser atendido. No entanto, nos casos da reprodução humana assistida, é possível o alargamento deste prazo, uma vez comprovada a utilização do material genético do marido.<sup>94</sup>

A parte final do inciso III traz ainda a possibilidade de a inseminação artificial acontecer mesmo após a morte do marido. Ressalta-se aqui que, embora não haja menção expressa, deve zelar pela necessidade de consentimento prévio e expresso do falecido para utilização do seu material genético.

O fundamento para a imprescindibilidade da manifestação de vontade é uma interpretação sistemática do artigo supramencionado, o qual menciona no inciso V a autorização como requisito para a presunção da paternidade nos casos de reprodução heteróloga. Ademais, a Resolução 2.294/2021 do CFM, condicionou a realização da prática a concordância por escrito e anterior ao falecimento do doador do gameta.

Ademais, o Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil restou por disciplinar a obrigatoriedade de a mulher estar na condição de viúva, quando da submissão à técnica de reprodução assistida com material genético do falecido e a autorização escrita do marido para a sua utilização após a morte, para que seja presumida a paternidade do cônjuge falecido.

---

<sup>94</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 159.

Nesta norma ética há a ainda a determinação de que a mulher deve encontrar-se em estado de viuvez, uma vez que, caso viesse a contrair novas núpcias, a presunção de paternidade se estabeleceria com o novo cônjuge, – após 180 dias da convivência conjugal, conforme prevê o inciso I do art. 1.597, acima explicado –, e não mais com o falecido marido.<sup>95</sup>

Nesta assentada, é vislumbrada o princípio da autonomia dos sujeitos. Dessa forma, não cabe à viúva exigir a inseminação do material criopreservado, considerando que não é objeto de herança e nem é coisa.<sup>96</sup> Não adentrar-se-á quanto à natureza jurídica deste material genético, uma vez que não é objeto do presente estudo e merece aprofundamento próprio.

Assim, Paulo Lôbo afirma que a paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade.<sup>97</sup>

Diante de todo o exposto, ainda que o falecido não tenha consentido de forma explícita o uso do embrião após a sua morte, houve o congelamento e a utilização pelo cônjuge sobrevivente. Dessa forma, mesmo não sendo possível caracterizar a presunção de paternidade, haverá filiação pelo critério biológico. Em outras palavras, o filho não ficará sem pai.<sup>98</sup>

### **3.6.2 Da presunção da paternidade na fecundação artificial heteróloga, mesmo que falecido o marido**

Na reprodução assistida heteróloga, há a utilização de sêmem de um doador anônimo, um terceiro, para fecundação. Logo, evidencia-se que não há como determinar a paternidade pelo caráter biológico, mas sim pelo afetivo.

Em igual sentido, entende Maria Berenice Dias ao afirmar que a presunção da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento mediante inseminação artificial heteróloga baseia-se na verdade afetiva, uma vez que a lei reconhece a filiação, mesmo havendo a certeza de que o filho não é biologicamente do marido da

---

<sup>95</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7 ed. rev. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 577.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>97</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 222.

<sup>98</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op.cit*, 2014, p. 604.

mãe. Assim, aquele que será considerado como pai da prole é o consorte, e não aquele que doou o sêmen.<sup>99</sup>

Neste caso, não há necessidade de comprovação de esterilidade ou da impossibilidade de procriação por razões físicas ou psíquicas, basta que haja o consentimento do marido, de modo expresso. A lei, por sua vez, não determina que deve ocorrer por via escrita, de modo que ela pode ocorrer das mais variadas formas, inclusive, verbal e comprovada em juízo como tal.<sup>100</sup>

Uma vez ofertado o consentimento, este é irrevogável e jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido, não podendo este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois o venire contra factum proprium é repellido por nosso sistema jurídico.<sup>101</sup> Cristiano Chaves, por outra via, acredita que a revogação é cabível até o momento de início do procedimento para implantação do embrião, após esse período incide a presunção de paternidade.<sup>102</sup>

Diante da impossibilidade de retratação, extrai-se a presunção absoluta de paternidade socioafetiva. Isto porque, caso fosse admitido a impugnação da paternidade esta seria incerta, considerando que a Resolução nº 2.294/2021 do CFM versa sobre a sigilo médico profissional e o anonimato do doador do sêmen.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev. atual. aum. Salvador: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 395.

<sup>100</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 162.

<sup>101</sup> *Ibidem, loc.cit.*

<sup>102</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9 ed. rev. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 600.

<sup>103</sup> DIAS, Maria Berenice. *Op.cit*, 2015, p. 403.

## 4 O CONSENTIMENTO DO DOADOR

Vê-se que as normas atinentes ao tema revelam a necessidade de consentimento do doador para que o material genético seja utilizado após a sua morte. Sendo assim, é necessário entender as nuances e a validade da anuência, as formas de obtenção e, sobretudo, a precisão de tratar-se de autorização atual ou não.

Para tanto, iremos versar sobre o conceito de consentimento, tanto no âmbito social quanto contratual, o termo de consentimento livre e esclarecido sob a visão bioética, a validade da cláusula de concessão do material genético nos contratos das clínicas de reprodução, para então compreender a viabilidade da realização da reprodução humana post mortem.

### 4.1 CONCEITO DE CONSENTIMENTO

A princípio, evidencia-se que a expressão “consentimento” pode ser entendida por duas vertentes: como acordo de vontades, formando o negócio jurídico contratual bilateral e como declaração de vontade no contrato.<sup>104</sup>

Considerando a primeira acepção, o consentimento é um requisito indispensável na formação contratual, interferindo no plano da validade, eficácia e até o da existência. Portanto, um contrato no qual a vontade não se manifestou gera, quando muito, mera aparência de negócio, porque terá havido, quiçá, simples aparência de vontade.<sup>105</sup>

Diante do caráter bilateral deste negócio jurídico, haverá a associação de diferentes vontades que, uma vez unidas, formam o acordo. Essas declarações são autossuficientes, cabendo subordinação apenas as próprias regras individuais.

Essas manifestações, embora autônomas, necessitam ser integradas, comunicadas, objetivando a realização do fim. É válido ressaltar, todavia, que pode ocorrer uma celeuma entre o que realmente é almejado e o que se efetivamente declara. Diante disso, diz-se que o consentimento é viciado, seja por meio de erro, dolo ou coação.

Assim, é certo afirmar que o consentimento é a materialização da manifestação da vontade e da livre concorrência entre as partes de uma relação, isto é, da

---

<sup>104</sup> GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 56.

<sup>105</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

autonomia, própria das relações jurídico-privadas nos negócios jurídicos, em particular no contrato.<sup>106</sup>

No que tange à forma desta manifestação, têm-se que deve ser livre, salvo previsão legal em contrário.

Em se tratando de consentimento na relação médico-paciente, que interessa ao presente estudo, não é cabível interpretar apenas como um requisito para a formação do contrato. Aqui, ocorre a manifestação de direito fundamental, a vida, de modo que deve ser assegurado e protegido como tal.<sup>107</sup>

Nesse caso, o consentimento só é considerado juridicamente válido quando emitido pelo sujeito da enfermidade ou seu representante, atendendo a determinados requisitos e desde que não esteja viciado. Assim, a exteriorização de vontade se apresenta como pressuposto essencial para a constituição da licitude da intervenção terapêutica que virá a ser exercida.<sup>108</sup>

#### 4.2 DAS MODALIDADES DE MANIFESTAÇÃO DE VONTADE

É certo que a manifestação de vontade ocorre por meio de declarações. Partindo deste pressuposto, a declaração é a forma de comunicar, de levar ao conhecimento de outrem a intenção de provocar determinados efeitos jurídicos.

Dessa forma, a comunicação pode ser realizada pelos mais variados meios, seja por palavras, gestos, ações. Com isso, urge classificar as formas de declarações possíveis, quais sejam: verbal, escrita, simbólica,

É verbal aquela manifestação proferida mediante uso de palavra ouvida, independentemente do meio utilizado para transmissão da voz. Esta ainda pode ser proferida a pessoa presente ou não. Tratando-se da primeira situação, basta que a destinatária do vocábulo possa compreendê-la. Já a declaração verbal dirigida à pessoa faltosa, ocorre por meio de um terceiro, que irá tornar a palavra conhecida pelo alvo. Trata-se de declaração verbal emitida por uma pessoa e transmitida por outra.<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> FERNANDEZ HIERRO, José M. **Sistema de responsabilidade médica**. 3 ed. Granada: Editora Comares, 2000, p. 138.

<sup>107</sup> CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernaandes. **O Consentimento informado na relação entre médico e paciente**: aspectos jurídicos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 128.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 146.

<sup>109</sup> FERNANDEZ HIERRO, José M. *Op.cit*, 2000, p. 59.

Por outro lado, é escrita a declaração feita via documento, seja escrito pelo declarante, impressa, ou por qualquer outro meio. Para ser considerado, o instrumento deve ser assinado pelo depoente. Ademais, não irá surtir efeitos caso a papelada nunca chegue à posse do receptor.

Caracteriza, em seu turno, a declaração simbólica quando exercida mediante uso de movimentos. Assim, a inclinação da cabeça para a frente é tida como expressão de assentimento. Significativo, igualmente, o gesto de levantar o braço. De resto; outros gestos, mediante os quais se exprime à vontade por modo a ser entendida por qualquer pessoa. Podem ser utilizados, ainda, certos sinais convencionais, como os semafóricos.<sup>110</sup>

Na seara contratual, têm-se ainda que a declaração pode ser tácita ou expressa. Conta, no entanto, doutrinariamente, com uma discussão quanto ao critério utilizado para fins conceitual. Para o critério subjetivo, basta o desejo de enunciar para que a manifestação seja expressa. Em contrapartida, do ponto de vista objetivo, é preciso que haja exposição de meios extrínsecos para comprovar o anseio.

Por fim, a vontade ainda pode ser manifestada pelo silêncio, com base no propagado pelo Direito Canônico e popularmente conhecido como “quem cala consente”. A maior parte da doutrina, por sua vez, entende que quem cala não afirma, mas também não nega; não diz nem sim nem não; não rejeita nem aceita.<sup>111</sup>

Nesse contexto, a legislação pátria passou a estabelecer que, havendo dever de falar e não o faz, o silêncio geraria o efeito de concordância. Vários são os casos de consentimento pelo silêncio: na locação, a recondução tácita; na doação pura, quando o donatário se cala no prazo fixado pelo doador; no mandato, nos casos em que o mandatário deve declarar a recusa para que não se presuma ter aceito; na gestão de negócios, quando, ao ter conhecimento, o dominus não desaprova os atos do gestor.<sup>112</sup>

Nessa perspectiva, o art. 111 do Código Civil disciplinou que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

---

<sup>110</sup> FERNANDEZ HIERRO, José M. **Sistema de responsabilidade médica**. 3 ed. Granada: Editora Comares, 2000, p. 59.

<sup>111</sup> CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernaandes. **O Consentimento informado na relação entre médico e paciente**: aspectos jurídicos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004, p. 146.

<sup>112</sup> *Ibidem, loc.cit.*

Após todo o exposto, conclui-se que a manifestação de vontade pode ocorrer das mais variadas formas, cabendo aos interessados comprovarem a existência dela.

#### 4.3 DAS FORMAS DE CONSENTIR COM A REPRODUÇÃO HUMANA POST MORTEM

Sendo necessário o consentimento do doador do material genético para a sua implantação post mortem, é preciso entender os meios viáveis de obtenção desta anuência.

Há, nesta senda, a cláusula contratual com a clínica de reprodução para o destino do material coletado, entretanto é preciso entender o alcance dela, se houve a informação necessária e esclarecida no momento da assinatura do documento. Em igual sentido, existe o termo de consentimento livre e esclarecido que, no ponto de visto bioético, é imprescindível um processo de conhecimento informado. Por fim, é imprescindível discutir os outros meios de consentimento, aqueles fora da esfera jurídica, que estão intimamente ligados com a realidade dos fatos.

Ademais, necessário se faz a discussão quanto à duração deste consentimento, isto é, até que ponto a vontade real do doador do material genético ainda está de acordo com a manifestação anteriormente proferida?

Nesta conjuntura, o tópico irá se debruçar diante dessas temáticas para examinar a validade e possibilidade destes consentimentos para o prosseguimento da reprodução assistida post mortem.

##### **4.3.1 Da cláusula de concessão do uso do material genético post mortem nos contratos com a clínica de reprodução**

Os contratos realizados entre a clínica de reprodução assistida e o casal, em regra, possui a cláusula quanto ao destino do material genético em caso de falecimento do doador.

No entanto, há o questionamento quanto à validade da manifestação ali oferecida, no que toca ao nível de compreensão dos nubentes quanto ao que está disposto contratualmente.

Neste sentido, há o que se falar na bioética principialista, que versa sobre o princípio da autonomia. O Código de Nuremberg em 1949, e o Relatório Belmont em

1974 discutiram, por exemplo, a idade em que a autonomia poderia ser efetivada sem necessidade de representação e a consciência plena para o exercício dela.

Dessa forma, Beauchamp e Childress, à luz desta vertente bioética, conceitua a ação autônoma como a capacidade de escolha, na qual será possível vislumbrar que os agentes normais agiram intencionalmente, com entendimento e sem influências controladas que determinam sua ação.<sup>113</sup>

Aqui, a ideia é que a pessoa deve possuir autodeterminação de modo a agir por meio de ações autônomas, ou seja, sem interferência externa, com intenção e compreensão. Ausente um desses requisitos, não há o que se falar em autonomia.

Assim, o processo de consentimento deve ser pautado na escolha esclarecida, mediante explicitação médica de todos os ônus e bônus do procedimento, assim como suas consequências, inclusive jurídicas. No entanto, é imprescindível que tais informações sejam efetivamente assimiladas pelo receptor, de modo a poder proferir o seu consentimento informado.

Logo, a discussão aqui é como aferir que, no momento da assinatura do contrato, o doador dos gametas realmente tinha clareza quanto aos alcances daquele ato. Ainda mais, como afirmar que a manifestação de vontade é imutável?

O julgado do RESP 1.918.421, que será posteriormente melhor destrinchado, menciona que a autorização posta naquele contrato de prestação de serviços é marcada pelo inconveniente imprecisão na redação de suas cláusulas, não sendo documento incontestavelmente válido para que possa equivaler a declaração inequívoca e formal, própria às disposições post mortem.

Julga-se, pois, este entendimento como acertado, uma vez que prática nacional a assinatura de documentos sem a correta, clara e cuidadosa leitura, além de não ser possível aferir que, naquele momento, o contratante tinha ciência de todas as disposições contratuais. Outrossim, em um momento sensível como o de uma decisão pelas práticas artificialmente reprodutivas, não há como assegurar que as razões emocionais se sobrepuseram aos racionais, sendo possível que o consentimento tenha sido dado ainda que este não demonstre a real vontade do doador.

Por fim, há ainda no que se falar na atualidade da autorização oferecida no momento da contratação, levando em conta que os procedimentos de reprodução assistida costumam se perfazer no tempo. Assim, como poderá se afirmar que a

---

<sup>113</sup> Beauchamp, T. L., & Childress, F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Editora Loyola, 2002, p. 140.

realidade dos fatos e a vontade expressa pelo indivíduo naquele instante permaneceu a mesma até o momento do seu falecimento?

Diante do exposto, resta claro que a cláusula constante nos contratos com a clínica reprodutiva é uma forma de obtenção de consentimento para uso do material genético após a morte do doador, entretanto, não se demonstra prova inequívoca da vontade do cidadão.

#### 4.3.2 Do termo de consentimento livre e esclarecido

A atuação médica está restrita à autonomia privada do paciente, de modo a torná-lo capaz de decidir quanto às intervenções terapêuticas a serem realizadas. Daí a necessidade de entender o princípio da autonomia na esfera bioética.

A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer a sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses.<sup>114</sup>

A forma como essa autodeterminação é exercida no campo biológico é resumido na expressão “consentimento livre e esclarecido”.<sup>115</sup>

Aliados ao princípio supramencionado, necessária a atenção aos direitos de informação, constitucionalmente assegurado no art. 5º, inciso XIV, CF<sup>116</sup>, além do direito ao consentimento.

Nesta senda, Maria Celeste Cordeiro Santos afirma que um médico viola seu dever para com o paciente e é sujeito de responsabilidades se não proporciona qualquer dado que seja necessário para fundamentar um consentimento inteligente ao tratamento proposto.<sup>117</sup> Entretanto, é preciso um certo cuidado na revelação das peculiaridades do tratamento, a fim de evitar maiores impactos psicológicos.

---

<sup>114</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000, p. 337.

<sup>115</sup> SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021, p. 193.

<sup>116</sup> 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: [...] XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; (BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 abr. 2022.)

<sup>117</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei**. São Paulo: Editora Ícone, 1998, p. 97.

O consentimento deve estar pautado em quatro aspectos: informação, competência, entendimento e voluntariedade. Ou seja, não basta oferecer a explicação, é preciso garantir que ela seja compreendida. Assim, não há a necessidade de utilizar-se linguajar técnico-científico; pelo contrário, as informações devem ser simples, aproximativas, inteligíveis e fornecidas dentro de padrões acessíveis ao nível intelectual e cultural do paciente.<sup>118</sup>

Destarte, o consentimento informado é o registro em prontuário da decisão do paciente ou seus representantes, após um processo informativo e esclarecedor, a fim de autorizar um tratamento terapêutico, ciente de todos os malefícios e benesses. Deve documentar que o paciente foi informado a respeito das opções de tratamento, se existirem.<sup>119</sup>

No que concerne a previsão legal, o Conselho Federal de Medicina, no Código de Ética Médica, na Resolução n. 2.217/2018, em seus artigos 22 e 24, disciplina a necessidade de consentimento, por meio de vedação a atuação médica diante a ausência da autorização.

Os dispositivos supramencionados afirmam que é vedado ao médico “deixar de obter consentimento do paciente após esclarecê-lo sobre o procedimento realizado, salvo em caso de risco iminente de morte”, além de ser necessário “garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo”.

Em mesmo sentido, a Resolução 2.294/CFM, afirma que o consentimento livre e esclarecido será obrigatório aos pacientes submetidos às reproduções assistidas, de modo que as informações médicas, atingindo dados éticos, biológicos e jurídicos, além de dever detalhar os resultados obtidos. Ademais, dispôs sobre a forma, estabelecendo que o TCLE deverá ser elaborado em formulário específicos e com a concordância por escrito das partes envolvidas.

O TCLE se apresenta como um negócio jurídico, salvo existência de determinação legal em sentido contrário. Não há nenhuma disposição no ordenamento jurídico quanto à forma a ser seguida na elaboração deste termo. Assim,

---

<sup>118</sup> FILHO, José Marques. Termo de consentimento livre e esclarecido na prática reumatológica. **Revista Brasileira de Reumatologia**, 2011; 51(2); p. 175-183. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbr/a/JpYmQtDB9v78rwNvbLb9TNC/?format=pdf>. Acesso em: 04 abr. 2022.

<sup>119</sup> HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paul Pediatría**, 2010; 28(2); 128-133. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rpp/a/Lbp8gqKHc3YRnXPXkgwhP8j/?format=pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

há a equivocada crença de que ainda que se produzisse esse documento como prática, tal conduta de nada valeria no caso de demanda judicial.<sup>120</sup>

Diante da falta de norma no ordenamento jurídico, a apresentação do TCLE não demonstra prova inequívoca para comprovar o cumprimento do dever de informação e a obtenção válida do consentimento. Não obstante o exposto, vale ressaltar que ainda que se o considere documento de baixo valor probatório, o mesmo tem valor inestimável para a formação do convencimento do juiz, razão pela qual não assiste qualquer razão aos que argumentam no sentido de sua não necessidade.<sup>121</sup>

### 4.3.3 Outros meios de prova para aferir o consentimento?

É sabido que a maioria das pessoas não possuem acesso a informações legais e tampouco consultam profissionais a fim de formalizar as situações. O Brasil não tem a cultura de regularizar problemas, antever conflitos, de modo que o testamento, por exemplo, é pouquíssimo utilizado no nosso ordenamento.

Assim, faz-se mais que necessário admitir outros meios de prova para aferir o consentimento proferido pelo doador do material genético.

Atualmente, na seara processual, é cada vez mais comum a utilização de prints de redes sociais, vídeos e fotos de momentos pessoais, áudios e outros artefatos tecnológicos para comprovar a existência de uma relação jurídica.

Nessa senda, já tem se admitido o uso das provas digitais, desde que exista a utilização de método científico e atendimento às normas e técnicas periciais forenses.

Para isso, é preciso do isolamento do fato digital, a fim de evitar contaminações ou adulterações no material que está na internet, sejam elas intencionais ou não; o espelhamento do fato, com a coleta ampla que segue as normas vigentes, para dar completude à prova e auxiliar na comprovação de que o material é aquilo que diz ser e vem de onde diz ter vindo e a preservação da prova, com a utilização de meios legais de autenticação, para manter os materiais coletados preservados, de forma imutável, para evitar modificações posteriores no conteúdo.<sup>122</sup>

---

<sup>120</sup> OLIVEIRA, Vitor Lisboa; VIEIRA, Déborah Pimentel Maria Jésia. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. **Revista Bioética**, 2010, 18(3), 705-24, p. 717, 2010.

<sup>121</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>122</sup> MIDORI, Regina. Conversas e áudios do WhatsApp servem como prova na justiça? **Portal Jus**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93359/conversas-e-audios-do-whatsapp-servem-como-prova-na-justica>. Acesso em: 04 abr. 2022.

Sendo assim, no caso em comento, seria possível a demonstração da vontade do falecido por meio de vídeos, onde há expressa menção quanto ao desejo, conversas em aplicativos, fotos ou qualquer outra forma de prova que deixe claro o intuito do doador quanto ao destino do material genético.

## 5 A SUCESSÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Como já mencionado anteriormente, a concepção de família sofreu algumas modificações com o passar das décadas, de modo que, com a Constituição Federal de 1988, mudou-se o conceito de que a família era aquela oriunda do casamento.

Com ideias melhores delineadas deste ramo do Direito Civil, o ordenamento jurídico auxiliou a evolução em outras áreas, principalmente o Direito das Sucessões, o qual sofre reflexos diretos das relações familiares.

A Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, XXX<sup>123</sup>, determina que é garantido o direito de herança aos brasileiros, ou seja, estabelece a obrigatoriedade estatal em assegurar ao indivíduo a possibilidade de transmitir os bens aos sucessores.

Tal possibilidade de deferimento do acervo de direitos e obrigações do autor da herança a determinadas pessoas, seja por indicação da lei ou por manifestação de última vontade, é uma das questões mais relevantes do direito sucessório<sup>124</sup>.

Plausível se faz, nesse instante, entender a relação entre a sucessão e a propriedade privada. A sucessão, nada mais é do que o acúmulo de riquezas, quando vivo, para serem transmitidos a seus sucessores, no momento da morte, impedindo a apropriação destes pelo Poder Público. Assim, nota-se que o fundamento do direito sucessório é a propriedade privada.

Isto é, havendo acúmulo de riqueza pelo indivíduo, a sociedade é beneficiada, de modo que carece de razoabilidade que o Estado retenha os bens do falecido, quando a propriedade privada foi-lhe garantido, constitucionalmente, durante a vida.

Neste sentido, Orlando Gomes preleciona que o direito das sucessões se encontra na parte especial do Direito Civil e visa regular o destino que será dado ao patrimônio do de cujus, sendo, ainda, uma das formas de aquisição de propriedade.<sup>125</sup>

Isto posto, faz-se necessário compreender o que significa sucessão. Carlos Roberto Gonçalves aduz que “a palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato

---

<sup>123</sup> 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. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 abr. 2022)

<sup>124</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 14.

<sup>125</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 01.

pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens.<sup>126</sup>

A sucessão, por sua vez, pode ocorrer por ato *inter vivos*, quando há uma alteração na titularidade de bens ou direitos, como ocorre no direito das obrigações. No entanto, o que importa no presente estudo, é sucessão por *causa mortis*, ou seja, aquela decorrente da morte de alguém.

Luiz Paulo Vieira de Carvalho<sup>127</sup> explica que a sucessão inter vivos se encontra no âmbito do Direito das obrigações, das coisas e de família e é aquela que ocorre por meio dos negócios jurídicos, onde a transmissão dos direitos ou o seu exercício acontecem durante a vida dos envolvidos e por conta de suas manifestações de vontade. Já sobre a sucessão causa mortis, também chamada de hereditária, conceitua como sendo aquela onde a transmissão do patrimônio do indivíduo ocorre após a sua morte e por conta da mesma

Fabio Ulhoa Coelho afirma que os direitos sucessórios estão ligados ao patrimônio da pessoa falecida, a fim de superar o conflito de interesses envolvendo a destinação dele. Sua matéria, portanto, é a transmissão causa mortis. O direito de família, então, tem relação ao notar que os sucessores são, normalmente, familiares do morto.<sup>128</sup>

A morte é algo inerente a existência humana, não podendo ser evitada, que resulta na extinção da personalidade jurídica, conforme determina o artigo 6º do Código Civil.<sup>129</sup>

Pode-se concluir, então, que a sucessão pressupõe a morte<sup>130</sup>. No entanto, o falecimento não é o único requisito para que ocorra a sucessão, devendo ser analisado a ordem de vocação hereditária, a capacidade sucessória, a dignidade dos herdeiros, entre outros aspectos.

---

<sup>126</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 01.

<sup>127</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Atlas, 2014, p. 16.

<sup>128</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família e sucessões**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 494.

<sup>129</sup> “Art. 6º 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.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 04 fev. 2022)

<sup>130</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Vol. 20. São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 01.

## 5.1 TRANSMISSÃO DE HERANÇA

No Brasil, a morte de uma pessoa, real ou presumida sem ausência, ao abrir a sucessão, induz a transmissão automática e imediata de todas as suas relações jurídicas patrimoniais, ativas e passivas.<sup>131</sup>

Assim, o art. 1.748, do Código Civil de 2002 determina que aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

O ordenamento jurídico pátrio submete-se, portanto, ao princípio do *droit de saisine*, que determina a transmissão automática da propriedade e posse da herança do de cujus aos seus sucessores, sendo a morte pressuposto e causa para a transmissão da herança.<sup>132</sup>

Tal princípio foi originado na França, na Idade Média, em oposição ao regime feudal. Nesta época, em caso de falecimento, os bens do falecido eram entregues ao senhor feudal, tendo os sucessores que requerer a imissão na posse e pagar uma contribuição ao senhor. Assim, visando ver-se livre deste tributo, foi instaurada a ideia de que, no momento da morte do proprietário, houve a transmissão da posse dos bens aos sucessores.<sup>133</sup>

Clóvis Beviláqua, citando Murlon, relata que “os senhores feudais eram considerados os verdadeiros donos de todas as terras submetidas à sua autoridade [...] Pensava-se, portanto, que o vassalo, entregava, ao morrer, as terras que possuía ao senhor de quem as recebera, e que a este deviam pedir os herdeiros a posse, mediante uma contribuição. Para fugir deste tributo odioso, imaginou-se que o vassalo falecido, no momento mesmo da morte, tinha imitado os seus herdeiros na posse de todos os seus bens. E, assim, uma ficção destruiu a outra”.<sup>134</sup>

Sobre o assunto, Manuel Albaladejo, expõe que “a palavra: *saisine* é uma velha palavra francesa de origem germânica que, para o que importa agora, pode ser traduzida como posse. A *saisine* foi aplicada à transmissão da herança. Os herdeiros passaram a ter o direito de tomar posse dos bens do falecido sem necessidade de qualquer formalidade e, para defender a sua posse, foram-lhes concedidas

---

<sup>131</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 7 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 121.

<sup>132</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. Vol. VII. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 38.

<sup>133</sup> *Idem*. **Direito Civil Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 38.

<sup>134</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Editora Red Livros, 2000, p. 65-66.

imediatamente as ações possessórias. Para explicar esta situação se tomou o costume de dizer 'le mort saisit le vif, que equivale a 'mortuus fact vivium possessorem'. E visto com os olhos de hoje, e formulados os termos mais abstratos, pode se afirmar que, segundo a tradição do direito alemão, acolhida pelos franceses, ao morrer o titular do patrimônio, o herdeiro resulta investido automaticamente em qualquer situação patrimonial que aquele desfrutava".<sup>135</sup>

Dessa forma, o direito sucessório brasileiro defende não haver necessidade de condutas ou ciências para que haja a abertura da sucessão, fazendo o herdeiro suceder o morto. Logo, o sucessor assume o lugar do proprietário da herança, no que tange aos direitos, mas também às obrigações, sendo de sua responsabilidade a aceitação da herança, o que não afeta a transmissão automática, podendo ser efetuada na forma expressa como na tácita ou ainda presumidamente.<sup>136</sup>

Diante disso, não há entre a morte (=abertura da sucessão) e a transmissão do patrimônio qualquer intervalo de tempo. Por isso, os herdeiros sucedem imediatamente o defunto, adquirindo o patrimônio desde o momento em que o causante faleceu.<sup>137</sup>

Constata-se, à vista disso, que o Brasil optou por inserir o princípio do *droit de saisine* no ordenamento jurídico para não deixar o bem à mercê da administração pública, de forma a manter com quem teria direito sobre ele, por pressuposição.

## 5.2 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Já foi estabelecido que a abertura da sucessão se dá com a morte do de cujus. No entanto, não basta que os herdeiros invoquem a vocação hereditária, é necessário analisar se há capacidade sucessória deste indivíduo.

A priori, resta deixar claro que a capacidade sucessória não se confunde com a capacidade civil, elencada nos primeiros artigos do Código Civil. O termo em questão deve ser entendido no viés de aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido. Ou seja, ainda que o indivíduo seja incapaz para a prática de atos civis, ele pode ser capaz para figurar como sucessor da herança.

---

<sup>135</sup> ALBALADEJO, Manuel, d. **Curso de Derecho Civil**. Derecho de sucesiones. 10 ed. Madrid: Edisofer, 2013, p. 39-40.

<sup>136</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 29.

<sup>137</sup> ZANNONI, Eduardo A. **Manual de las sucesiones**. 4 ed. Buenos Aires: Editora Astrea, 2000, p. 20.

Neste sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que a incapacidade sucessória (ou, no sistema do Código Civil de 2002, falta de legitimação para suceder) identifica-se como impedimento legal, para adir à herança.<sup>138</sup>

Assim sendo, o art. 1.798 do Código Civil estipulou quem seria legítimo para figurar como herdeiro, restringindo às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, que ocorre com a morte, com base no princípio da saisine.

Maria Helena Diniz reforça esse entendimento ao lecionar que por abertura da sucessão entende-se que é o exato momento do falecimento, e, sucessivamente, se apura a capacidade para suceder.<sup>139</sup>

Diante dessas afirmações, infere-se o princípio da coexistência, isto é, o sucessor precisa estar vivo no momento do óbito do proprietário dos bens para que possa receber, mesmo que ainda não nascido.

Sobre o tema, Silvio Rodrigues disciplina que quem já está morto quando o de cujus faleceu, ou não existe quando o hereditando morreu, na verdade não sucede porque a existência do herdeiro sucessível é antes um pressuposto da sucessão hereditária do que uma causa de incapacidade ou de falta de legitimação.<sup>140</sup>

O dispositivo legal supramencionado assegura os direitos sucessórios à figura do nascituro, desde a concepção. Entretanto, fica condicionado a aquisição destes direitos ao nascimento com vida do feto. Assim não ocorrendo, não haveria o que se falar em herança.

Segundo Maria Helena Diniz, o nascituro tem capacidade sucessória excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, ficando pendente a transmissão da herança.<sup>141</sup>

Paulo Nader ainda menciona que não é o nascituro quem sucede, mas a pessoa ao nascer. Tal fato se justifica porque o nascituro sucede só quando nasce e se nasce e sucede em virtude de uma ficção legal: o seu nascimento é considerado já existente ao tempo da abertura da sucessão.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI. 24 ed. MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa (Atual.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017, p. 46.

<sup>139</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 61.

<sup>140</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 38.

<sup>141</sup> DINIZ, Maria Helena. *Op.cit*, 2011, p. 61.

<sup>142</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 53.

Ainda sobre o mencionado artigo, é sabido que “nascidas” são aquelas que já foram separados pelo cordão umbilical. Todavia, há uma discussão doutrinária quanto à extensão da expressão “já concebidas”, diante do conceito genérico nela presente.

A dúvida paira na inclusão da concepção laboratorial na tutela sucessória. O embrião concebido em laboratório e ainda não implantado no útero materno seria legítimo para suceder?

Uma parcela minoritária de estudiosos entende não ser possível assegurar os direitos sucessórios ao embrião concebido laboratorialmente, de acordo com uma interpretação restritiva do dispositivo legal.

Por outro lado, a doutrina majoritária segue no sentido de que não é possível suprimir direitos sucessórios ao embrião laboratorial, em primazia do princípio da igualdade entre os filhos. Assim, sendo assegurado ao embrião uterino a capacidade sucessória, essa também deverá valer para o embrião criogenizado.

O tema é palpitante e complexo, sendo melhor explorado nos tópicos posteriores.

### 5.3 TIPOS DE SUCESSÃO

O art. 1.786 do Código Civil disponibiliza ao sucessor duas modalidades de sucessão: a advindo da lei e a em obediência ao testamento, que é por disposição de última vontade.

Na sucessão em razão do testamento, fica assegurada a vontade do testador, que manifesta suas vontades acerca da divisão patrimonial dos bens, com a devida obediência das normas que regem esta modalidade.

Em contrapartida, na outra espécie, a lei estabelece pessoas que devem suceder e regras para a divisão da herança.

Neste sentido ensina Washington Monteiro de Barros que o “art. 1.786 do Código Civil de 2002, a exemplo do que dispunha o de 1916, preceitua que “a sucessão se dá por lei ou por disposição de última vontade”. Prevista se acham, neste dispositivo legal, as duas formas de sucessão do nosso ordenamento jurídico, a legítima, resultante da lei, e a testamentária, decorrente do testamento”.<sup>143</sup>

Vejamos, portanto, as especificidades de cada tipo sucessório.

---

<sup>143</sup> MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 35 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 09-10.

### 5.3.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima é aquela que ocorre por força de determinação legal, onde haverá a transmissão seguindo a ordem de vocação hereditária, a qual traduz-se pela escala de preferência dos herdeiros no chamamento à herança.

Conforme Cristiano Chaves, esta modalidade de sucessão é ainda chamada de testamento tácito ou sucessão ab intestato (sem testamento) porque decorre da norma legal, independentemente de qualquer declaração volitiva do auctor hereditatis, beneficiando, por ordem preferencial, as pessoas previamente contempladas no Código Civil (art. 1.829) e que, muito provavelmente, ele gostaria de transmitir o seu patrimônio.<sup>144</sup>

A ordem de vocação hereditária ocorre pelo chamamento da pessoa mais próxima até a mais remota, pautada no vínculo consanguíneo. Isto porque o legislador entendeu que se o falecido não deixou manifestação através de um testamento, há vontade implícita em beneficiar os familiares, em ordem de proximidade.

Note-se, também, que a sucessão legítima ao utilizar o critério biológico como fator determinante para a capacidade sucessória, tem o objetivo de assegurar os bens do falecido, permanecendo no núcleo familiar, ou seja, entre pessoas ligadas consanguínea ou afetivamente.

Dessa forma, o art. 1.829-A do CC estabeleceu a ordem de chamamento para a sucessão legítima, sendo ela: “aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; ao cônjuge sobrevivente; aos colaterais.”

Não havendo os sujeitos mencionados, convocam-se os herdeiros facultativos, ou seja, os parentes colaterais (irmãos, tios, sobrinhos e primos até o quarto grau), segundo o art. 1.839 da referida norma.

É possível, ainda, que o falecido não deixe testamento nem herdeiros conhecidos. É a chamada herança jacente. Paulo Nader bem leciona no sentido de que constitui a herança jacente uma universalidade jurídica, cuja titularidade

---

<sup>144</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 262.

provisoriamente é desconhecida, mas seu objeto deve ser alvo da proteção do Estado.<sup>145</sup>

Diante disso, haverá a nomeação de um curador especial, em regra esta função é alojada a Defensoria Pública, para que preze pelos bens do falecido até que se habilite um sucessor. Deste modo, reconhecendo um herdeiro, cessa automaticamente a jacência da herança.

No entanto, pode ser que inexista qualquer pessoa legitimada a suceder, os bens do falecido, assim, deverão ser devolvidos ao Estado. A essa situação dá-se o nome de herança vacante.

Tal entendimento é extraído do art. 1.844 do CC que dispõe que “não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situada em território federal.”

Em outros termos, restando frustradas as tentativas de localizar prováveis herdeiros, os bens do falecido deverão ser arrecadados e dar-se por encerrado o inventário, após a publicação do edital nos órgãos oficiais de imprensa por três vezes. Um ano depois da primeira publicação, a herança jacente é revertida em vacante, por meio de decisão judicial, e os bens passam a estar sob a proteção da Administração Pública.

Por este ângulo, Cristiano Chaves dispõe que com a deliberação do juiz reconhecendo a vacância, encerra-se a herança jacente, ocorrendo a efetiva transferência do patrimônio para o Poder Público, inclusive a sua administração e guarda.<sup>146</sup>

Entendido a ordem de vocação hereditária, faz-se necessário saber que a sucessão legítima será impositiva ao autor da herança caso haja herdeiro necessário, que são os descendentes, ascendentes e cônjuge, pela inteligência do art. 1.845 do CC.

A legislação optou por garantir a esses herdeiros necessários a metade do patrimônio do de cujus, sendo assim, o proprietário apenas pode dispor, em testamento, de metade do seu patrimônio. A parte indisponível à sua vontade é

---

<sup>145</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 107.

<sup>146</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 276.

chamada de legítima e baseia-se nos princípios da solidariedade familiar, garantindo a este rol de pessoas um mínimo para a subsistência.

Contudo, ainda que haja herdeiros necessários e a eles seja resguardada a legítima, o autor da herança pode optar por não dispor de todo o patrimônio na declaração de última vontade. Assim, os bens não elencados nos testamentos ficarão sob o domínio dos herdeiros legítimos facultativos existentes, representados, por exemplo, pelos colaterais.

Nesse sentido, o art. 1.788 do Código Civil determina que “morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo”.

Nesta acepção, Maria Helena Diniz declara que em não havendo testamento ou melhor, se faleceu sem que tenha feito qualquer declaração solene de última vontade; se apenas dispôs parte dos bens em testamento válido; se seu testamento caducou ou foi considerado ineficaz ou nulo ou, ainda, se havia herdeiros necessários, obrigando a redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, a lei promoverá a distribuição, convocando certas pessoas para receber a herança, conforme ordem de vocação hereditária. Em todas essas hipóteses ter-se-á sucessão legítima que é a deferida por determinação legal.<sup>147</sup>

### 5.3.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária é prevista pelo Código Civil e, conceitualmente, é aquela que ocorre através de um negócio jurídico, no qual há disposição da última vontade feita em testamento pelo autor da herança.

Válido ressaltar que a vontade do morto não é efetivada com o cumprimento do testamento, uma vez que morto não tem vontade. Há, apenas, a vontade uma pessoa viva para depois da morte. Sucintamente, tem-se que a vontade decorreu do vivo, mas os seus efeitos foram gerados por conta do falecimento dele.<sup>148</sup>

---

<sup>147</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 91.

<sup>148</sup> VELOSO, Zeno. Testamentos. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007, p. 126.

Orlando Gomes diz que a sucessão testamentária se origina de ato de última vontade, representado por testamento realizado pelo autor da herança, ou seja, o de cujus, na forma e condições estabelecidas na lei. Nesta hipótese, não é a lei, mas a pessoa que indica seus sucessores, manifestando, por isto, seu desejo.<sup>149</sup>

O doutrinador ainda disciplina os requisitos necessários para que ocorra a sucessão testamentária: a) pessoa capaz de dispor dos seus bens para depois da morte; b) pessoa capaz de recebê-los; c) declaração de vontade na forma peculiar exigida em lei; d) observância dos limites ao poder de dispor.<sup>150</sup>

Logo, pode-se concluir que o testamento é um negócio jurídico personalíssimo, só podendo ser feito pelo autor da herança, unilateral, gratuito, com eficácia post mortem, cumpridas as exigências legais e revogável a qualquer tempo.

No entanto, como já mencionado no tópico anterior, havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade do seu patrimônio no testamento, tendo em vista a exigência legal de proteger a legítima. Todavia, o espólio sendo composto apenas por herdeiros facultativos, terá o indivíduo liberdade plena sobre o seu patrimônio para testar.

Tais afirmações se coadunam com o disposto no art. 1.857 do CC, o qual estabelece que “toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. Ainda leciona que a legítima deverá ser resguardada em face do testamento e a viabilidade das disposições testamentárias não patrimoniais.

É importante ressaltar que a manifestação de vontade em testamento não se limita apenas à aspectos patrimoniais, dispondo sobre quem ficará com parcelas dos bens. Possível se demonstra o estabelecimento de diretrizes a serem seguidas, sobre os mais diversos assuntos, após a morte do testador.

Nesta senda, Cristiano Chaves afirma que o testamento não se restringe à declaração de patrimônio para depois do falecimento, sendo possível também a sua utilização para outras manifestações volitivas, com ou sem conteúdo econômico. Seria o exemplo da disposição do corpo humano para fins altruísticos ou científicos para depois da morte (CC, art. 14), do reconhecimento de filhos pelo testador (CC, art. 1.609), da prática de deserção de herdeiro necessário (CC, art. 1.961), da

---

<sup>149</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 91.

<sup>150</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 38.

instituição de um bem de família (CC, art. 1.711-1.713), da constituição de uma fundação (CC, art. 62), da nomeação de um tutor para filhos incapazes deixados (CC, art. 1.729, Parágrafo único), da instituição de um condomínio (CC, art. 1.332), da criação de uma servidão sobre bem imóvel (CC, art. 1.378), dentre outras possibilidades.<sup>151</sup>

No que versa sobre a legitimidade para testar, têm-se a capacidade testamentária ativa, disciplinada pelo art. 1.860 do CC, qual seja estão impedidos de testar os incapazes; quem no ato de fazê-lo não tiver pleno discernimento. Ademais, assegura a capacidade dos maiores de dezesseis anos para elaborar testamento.

Já quanto às pessoas que poderão ser chamadas à sucessão testamentária, têm-se a seguinte ordem, estabelecida pelo art. 1.799, CC: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; as pessoas jurídicas; as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

O inciso I, que ocupa posição fundamental para o presente estudo, menciona a chamada prole eventual. Esta é a única hipótese, prevista em lei, para que um indivíduo ainda não concebido quando da morte do testador possa suceder.

A prole mencionada no dispositivo mencionado não versa sobre o nascituro, mas a pessoa que ainda não foi concebida. Diante disso, a herança está condicionada ao nascimento com vida do privilegiado a um evento futuro e incerto para que seja adquirida a sucessão.<sup>152</sup>

De igual forma entende Orlando Gomes ao lecionar que a sucessão testamentária é a única hipótese do não concebido ao tempo de a abertura da sucessão ter capacidade sucessória. Neste caso, faz-se uma analogia ao artigo 1799, I, Código Civil, aduzindo que seria o caso de disposição testamentária sobre prole eventual, e que sua parte do acervo hereditário ficaria reservada por no máximo dois anos. Se passado o prazo o herdeiro não for concebido, os bens serão destinados aos demais sucessores.<sup>153</sup>

Fábio Ulhoa Coelho diz que a disposição testamentária é uma forma pacífica que possibilita que o ainda não concebido tenha capacidade hereditária, nos casos

---

<sup>151</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 384.

<sup>152</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014, p. 71.

<sup>153</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p. 30.

em que o testador beneficia o filho que uma determinada pessoa possa ter, devendo, conquanto, respeitar-se o limite máximo de dois anos seguintes à sua morte para a concepção.<sup>154</sup>

Utilizando-se dessa norma, o indivíduo concebido pós morte poderia ser beneficiário da sucessão do falecido, sendo considerado prole eventual. No entanto, é preciso entender a complexidade da discussão e a não observância, nesse caso, do princípio da igualdade entre os filhos, uma vez que mesmo sendo reconhecido como herdeiro ainda não é legítimo como os demais filhos. Diante disso, o caso será melhor destrinchado nos tópicos subsequentes.

#### 5.4 TIPOS DE SUCESSORES

A pessoa que será convocada para imprimir continuidade às relações jurídicas (patrimoniais) do falecido que foram transmitidas em razão de seu óbito é chamada de sucessor.<sup>155</sup> Isto posto, o sucessor pode ser pessoa física, jurídica e o nascituro, mediante prole eventual disposta no art. 1.799, inciso I, CC.

O sucessor, portanto, é aquele que adquire a titularidade do patrimônio transferido em substituição do morto, podendo ser a título universal, que será chamado de herdeiro, e singular, sendo o legatário. Nada impede, entretanto, que uma pessoa seja herdeira e legatário ao mesmo tempo, é o que chamamos de princípio da coexistência.<sup>156</sup>

Isto posto, faz-se necessário o exame detido das modalidades de sucessores e as suas particularidades.

##### 5.4.1 Herdeiro legítimo

Herdeiro legítimo é aquele beneficiário da herança em razão de previsão legal, isto é, o que está beneficiado por conta da relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas chamadas a suceder o finado.<sup>157</sup> Estes herdeiros, por sua vez, receberão

---

<sup>154</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 236.

<sup>155</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 57.

<sup>156</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>157</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 94.

uma cota-parte, chamada de quinhão hereditário, do total do patrimônio a ser transmitido.

São considerados herdeiros legítimos os descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais até 4º grau, sendo os 3 primeiros considerados legítimos e necessários, conforme dispõe o artigo 1.829 e artigo 1.845 do Código Civil, enquanto o último considera-se como sendo legítimo e facultativo.

Aqui, faz-se necessário entender a diferenciação entre herdeiros legítimos necessários e facultativos. Os primeiros, obrigatoriamente, deverão figurar na sucessão, não podendo ser excluídos por liberalidade do proprietário dos bens. Já os segundos, poderão ser eliminados da cadeia sucessória, de modo a garantir a vontade do *autor hereditatis* de dispor do patrimônio.

Sendo assim, os descendentes se encontram em primeiro lugar na ordem de preferência, logo, eles sempre irão herdar se existirem e, em algumas situações, a depender do regime de casamento, irão concorrer com o cônjuge.

Em caso de não haver descendentes, os ascendentes entram na ordem sucessória, concorrendo com o cônjuge, independentemente do regime de casamento. Se não existirem descendentes e nem ascendentes, o cônjuge herdará e se beneficiará sozinho.

Ao final, não existindo nenhum dos agentes anteriormente citados, os colaterais se beneficiarão, desde que não tenham sido afastados por disposição testamentária, haja vista que, apesar de serem legítimos, são facultativos, conforme dispõe o artigo 1.850 do Código Civil.

#### **5.4.2 Herdeiro testamentário**

Os herdeiros testamentários são aqueles indicados como beneficiários da herança por disposição de última vontade, podendo, inclusive, é o que diz Cahali, ser também herdeiros legítimos, quando se quer favorecê-los mais do que aos outros da mesma classe de preferência, com quem eventualmente estejam concorrendo.<sup>158</sup>

Quanto a quem pode figurar como herdeiro testamentário, o Código Civil adota a conhecida facção testamentária passiva, disposta nos artigos 1.798 e 1.799,

---

<sup>158</sup> CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 56-57.

considerando qualquer indivíduo apto a ser beneficiado, desde que exista no tempo da morte do de cujus e não seja incapaz, sob a prisma do direito civil.

Convém salientar que o herdeiro testamentário somente pode se favorecer de parte do acervo patrimonial no falecido, além de não poder ter individuação de bens. Nesses casos, normalmente, a herança concedida é representada por meio de porcentagem, ou seja, a pessoa se beneficia de dez ou vinte por cento do total dos bens transmitidos.

Novamente ressalta-se que a presença de herdeiros legítimos e necessários limita a liberdade de testar do de cujus, uma vez que há a proteção de 50% dos bens da herança, a chamada legítima, a qual é inatingível, conforme dispõe o artigo 1.846 do Código Civil. Assim, resguardando os 50% da legítima, com relação ao restante poderá o testador dispor como bem entender.

No entanto, é possível que não haja herdeiros necessários, sendo legal a disposição da totalidade do patrimônio do de cujus em testamento.

### **5.4.3 Legatários**

Antes de, fundamentalmente, adentrar no conceito de legatário, demonstra-se necessário entender outras definições que ajudarão a melhor compreensão desta expressão.

O patrimônio pode ser transmitido por meio de parcelas da totalidade do patrimônio. A isso chamamos de sucessão a título universal e quem recebe este tipo de herança é o herdeiro.

Assim, o herdeiro é aquele que continuará as relações patrimoniais, titularizando um percentual do total transmitido.<sup>159</sup> Por outro lado, se o sucessor recebe um bem determinado, por meio de um testamento, este é chamado de legatário e essa sucessão ocorre a título singular.

A diferença é elementar: o herdeiro sucede na totalidade do patrimônio transferido, quando for único, ou em uma cota-parte dele, quando há mais de um (título

---

<sup>159</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 57.

universal); o legatário sucede em bens ou valores certos e determinados (título singular).<sup>160</sup>

Em igual sentido, menciona Silvio Rodrigues que “a liberalidade tem por objeto uma coisa determinada ou uma cifra em dinheiro, como no caso de o testador dispor que deixa a certa pessoa o prédio situado em tal lugar, ou a importância de cinco mil reais, ou seu automóvel, ou seu avião, caracterizados no testamento. Na herança, ao contrário, o herdeiro sucede o de *cujus*, por força da lei ou de testamento, em uma universalidade, quer no total de seu patrimônio, quer em parte dele.<sup>161</sup>

Dessa forma, o legado serve como alternativa ao testador de cumprir com os deveres sociais, de recompensar amigos e parentes que não se enquadram como herdeiros legítimos, recompensar serviços, contribuindo para a educação do povo, da localidade.<sup>162</sup>

É válido ressaltar que só é possível vislumbrar o legatário na sucessão testamentária, podendo ser qualquer pessoa seja física ou jurídica e o objeto tem que ser conforme o negócio jurídico, ou seja lícito, possível e determinado. Quanto ao objeto do legado, têm-se: coisas corpóreas (imóveis, móveis, semoventes), bens incorpóreos (títulos, ações, direitos), alimentos, créditos, dívidas, todas as coisas, enfim, que não estejam fora do comércio e sejam economicamente apreciáveis.<sup>163</sup>

Por último, conforme mencionado em tópicos anteriores, pelo princípio da coexistência, é possível que o mesmo sucessor figure como herdeiro legítimo e legatário. A esse fato dá-se o nome de prelegado ou legado precípua, sendo aquele que recebe o legado e também os bens que integram o seu quinhão na herança. O herdeiro encarregado de cumprir o legado é chamado de onerado. Onerado ou gravado é, pois, o que deve pagar o legado; legatário, ou honrado, o que recebe a dádiva ou liberalidade.<sup>164</sup>

---

<sup>160</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 57.

<sup>161</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 197.

<sup>162</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Freire Bastos, 1942, p. 307-308.

<sup>163</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 96.

<sup>164</sup> *Ibidem, loc.cit*

## 6 AS IMPLICAÇÕES SOBRE A PRÁTICA DA REPRODUÇÃO POST MORTEM

Entendidos todos os institutos envolvidos e afetados pela prática da reprodução humana post mortem, é preciso fazer a ligação entre eles, compreender como a doutrina entende as implicações jurídicas deste método.

Para isso, o presente tópico irá se preocupar em estabelecer as formas de consentimento admitida, de modo a viabilizar a realização da fecundação artificial, o direito de filiação do filho advindo desta modalidade e a possibilidade de assegurar a eles o direito sucessório.

### 6.1 A (S) FORMA (S) DE CONSENTIMENTO ADMITIDA

Apesar da legislação mencionar a necessidade de prévia autorização do doador do material genético para a implantação após o falecimento dele, o ordenamento jurídico brasileiro é silente quanto à sua forma. Diante disso, embates doutrinários e jurisprudenciais são travados, a fim de determinar a forma mais adequada de admitir este consentimento.

Alguns doutrinadores entendem que o ato jurídico não deve ter uma forma específica definida em lei, de modo que a regra é a livre manifestação de vontade<sup>165</sup>. Assim, sendo indubitável a vontade do falecido, a autorização pode ser realizada por qualquer forma.

Em igual perspectiva, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho entende pela não atribuição de forma, bastando o consentimento expresso para que seja admitida a prática da reprodução humana post mortem, além da presunção de paternidade e todos os efeitos jurídicos dela decorrentes.<sup>166</sup>

Outrossim, Maria Berenice Dias alega que, em virtude de o planejamento familiar ter sido constituído em vida e manifestado na ação de congelar o material genético, não há óbices à consecução legal e legítima do procedimento reprodutivo.

---

<sup>165</sup> CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2019, p. 206.

<sup>166</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. **Portal IBDFAM**, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2022.

Significa dizer que o óbito não serve como forma de revogação da anuência já concedida.<sup>167</sup>

Por outro prisma, doutrinadores defendem que o consentimento ofertado por mera verbalização traria inseguranças jurídicas imensuráveis no tocante a aferição da sua veracidade. Todavia, também não caberia ao direito impor qual o meio cabível para a obtenção da concordância, como instrumento público ou particular, considerando que o primeiro geraria encargos aos envolvidos. Assim, entendem, minimamente, que a manifestação de vontade ocorra por via escrita.<sup>168</sup>

Isto porque o emprego desta técnica reprodutiva acarreta diversas consequências no âmbito da vida e também no jurídico, de modo que o mais correto seria o consentimento escrito visando minimizar invalidades.

É lógico que apenas a manifestação de vontade não tem o condão de extinguir os riscos da relação jurídica, no entanto demonstra-se a medida mais eficiente a fim de minimizá-los.

Além disso, essa parte da doutrina interpreta que os procedimentos médicos estão na esfera da autonomia privada. Isto é, o poder atribuído pelo ordenamento jurídico à pessoa para que esta possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações.<sup>169</sup>

Com isso, é indispensável a autorização do cônjuge pré-morto para que o projeto parental por eles desenvolvidos obtenha êxito. Isto pois, a autonomia deve evitar a obstrução de suas ações, no entanto, não é permitido que em razão dessas haja claro prejuízo para outras pessoas.<sup>170</sup>

Por conseguinte, seria necessária a prévia autorização escrita, porque não se pode permitir que terceiros decidam em favor do próprio dono dos gametas, o que incorreria num desacato aos princípios da autonomia privada e da dignidade.

---

<sup>167</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomas Reuters Brasil, 2018, p. 129.

<sup>168</sup> SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. 34f. Tese (Concurso de Professor Titular) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese\\_Ana\\_Claudia\\_Silva\\_Scalquette\\_versao\\_simplificada.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette_versao_simplificada.pdf). Acesso em: 28 abr. 2022.

<sup>169</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito Contratual: temas atuais**. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 29.

<sup>170</sup> LEVY, Lauro Affonso da Costa. Inseminação Artificial Post Mortem e a Reflexão Constitucional. **Revista Síntese de Direito de Família**, Água Branca, ano 12, n. 65, p. 31, abr./maio 2011.

Nesta senda, cabe apenas ao detentor do material genético o destino a ser dado a eles, de modo que nem a cónyuge sobrevivente pode exigir a entrega dos gametas da instituição incumbida de criopreservá-los<sup>171</sup>.

Em via imediatamente oposta, o presente estudo se filia ao entendimento de que, em razão da lacuna legislativa, deve-se entender pela forma livre de consentir, tendo como único requisito a manifesta vontade do de cujus quanto ao destino dos gametas.

Para fins de explicação da posição ora defendida, é preciso entender a teoria do fato jurídico. Nesta senda, ato jurídico *stricto sensu* é o fato jurídico que tem por elemento nuclear do suporte fáctico manifestação ou declaração unilateral de vontade cujus efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas.<sup>172</sup>

O referido autor classifica o ato jurídico em sentido estrito, ressalvada as demais categorias, como comunicativo, onde o cerne é a manifestação de vontade dentro de uma relação jurídica. É o caso do consentimento na reprodução assistida *post mortem*.

Isto posto, cumpre observar os requisitos para a validade destes, dispostos no art. 104 do Código Civil, quais sejam agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

A capacidade jurídica é direito atribuído a todo ser humano, sem distinção, e a certos entes por ele criados. Ela se caracteriza como a atribuição da possibilidade de ser sujeito de direito, isto é, de poder ser titular de direitos e obrigações na ordem civil (Código Civil, art. 1º).<sup>173</sup>

Diante disso e considerando a maioria civil do falecido à época do consentimento, além de não enquadramento das hipóteses de incapacidade, previstas no art. 4º, CC, o requisito referente ao inciso I do art. 104 resta configurado.

Quanto ao objeto, nota-se que é possível, uma vez que há a disponibilização do material genético, demonstrando capacidade financeira

---

<sup>171</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 217-218.

<sup>172</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 21 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 228.

<sup>173</sup> *Idem*. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. 15 ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2019, p. 53.

Já quanto ao objeto, verificamos, de logo, ser ele possível e determinável. Possível porque a realização da inseminação homóloga póstuma depende, em via de regra, somente da disponibilização dos gametas pelos envolvidos no projeto parental, da possibilidade financeira do casal e técnica da clínica. É ainda determinável porque a técnica a ser utilizada é diferenciada das demais modalidades de reprodução assistida.

A licitude, por sua vez, se faz presente diante da inércia legislativa sobre o tema. Não há qualquer norma legal que discipline a reprodução humana assistidas posts mortem. O fundamento aqui é o do princípio da legalidade. Bulos sintetiza esse princípio informando que “nas relações privadas, tudo aquilo que não for proibido pela lei é tido como permitido”.<sup>174</sup>

Por fim, quanto à forma, a única previsão de norma sobre o assunto é trazida pelo Conselho Federal de Medicina, sendo assim deontológica. Ou seja, conjunto de deveres e regras de natureza ética de uma classe profissional, o que não necessariamente vincula os sujeitos de direito.

Todavia, ainda que fosse uma norma obrigatória, a técnica ora estudada cumpre o requisito previsto na Resolução 2.294/2021. A referida disposição apenas assevera que o consentimento deve ser prévio, sem versar quanto à forma.

Assim, o art. 107 do CC<sup>175</sup> dispõe que a validade da declaração de vontade não obedecerá a forma especial, exceto em caso de expressa previsão legal. Nota-se, portanto, a existência da liberdade quanto à exteriorização dos anseios, de modo que não há o que se falar em invalidade jurídica.

A ideia aqui defendida é que a restrição do consentimento ao tipo escrito, afastaria o direito da realidade. Isto pois, é provável que muitos casais, intimamente possuam o desejo de procriar, mesmo que após a morte do cônjuge e, ainda assim não tenha produzido nenhum documento que expressasse à vontade.

Com todo o exposto, resta claro que a reprodução humana assistidas post mortem demonstra-se um ato jurídico totalmente válido e de acordo com a disposição legal, independentemente, pois, de forma específica.

---

<sup>174</sup> BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 1653.

<sup>175</sup> “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.” (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 04 fev. 2022)

Do mesmo modo entende, Guilherme Calmon Nogueira da Gama ao doutrinar que não pode o médico impedir que um casal utilize das técnicas reprodutivas pelo fato de não assinarem um documento, vez que este prescinde de obrigatoriedade no que se refere às questões parentais e filiais. Isso porque a vontade em realizar o procedimento pode ser exteriorizada de qualquer maneira, desde que haja a aquiescência do casal e que este seja previamente informado acerca dos aspectos relevantes relativos ao procedimento.<sup>176</sup>

Após todas as menções realizadas, não há dúvidas quanto à inexistência de meio específico para proferir o consentimento, de modo a serem recepcionadas todas as modalidades de declarações. Saliencia, entretanto, que é preciso que a manifestação de vontade do falecido seja comprovada de forma incontestável. Ademais, em nada se diminui a importância do consentimento, uma vez que é necessário assegurar os princípios constitucionais violáveis, quais sejam autonomia privada, planejamento familiar, dignidade da pessoa humana ao passo que se coadune com a verdade dos fatos.

## 6.2 O DIREITO DE FILIAÇÃO DO FILHO

Não há dúvidas que o embrião concebido após a morte do proprietário do material genético será filho deste. Isto porque, ainda que ocorra o falecimento, não há modificação no fenômeno natural que estabelece o vínculo consanguíneo, na reprodução homóloga.

Para deixar mais claro, os gametas deixados pelo falecido e inseminados posteriormente configuram a paternidade biológica, uma vez que o processo intracelular não está ligado à sobrevivência do doador.

Dessa forma, o filho advindo desta técnica terá o mesmo grau de parentesco e os direitos reservados aos filhos gerados pela procriação natural. Se assim não fosse, haveria clara violação ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos, previsto no art. 227, § 6º, da CF/88.

---

<sup>176</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais — o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, p. 701.

Além da filiação pelo critério biológico, nos casos da reprodução homóloga, têm-se também a incidência do aspecto legal, considerando o texto legal do art. 1.597, inciso III.

Neste sentido, o fato de os gametas utilizados no procedimento reprodutivo póstumo serem doados pelas próprias pessoas envolvidas no projeto parental propicia a formação de um vínculo filiatório de total afinidade, já que o falecido será simultaneamente pai biológico, por ser o dono dos espermatozoides utilizados no procedimento, e jurídico, uma vez que será civilmente registrado como genitor da futura criança.<sup>177</sup>

No que tange ao disposto no Enunciado 106, já destrinchado anteriormente, alguns doutrinadores entendem pela possibilidade de reconhecer o filho concebido após o prazo de 300 dias, conforme inteligência do inciso II, art. 1597, CC, além de atestar o estado de viuvez da esposa.

Em contrapartida, há quem acredite que a inseminação homóloga tardia poderá ocorrer mesmo após o transcurso deste prazo, mantendo-se a aludida presunção, desde que a instituição responsável pelo armazenamento dos gametas do de cujus comprove que estes foram utilizados no procedimento reprodutivo.<sup>178</sup>

Em perspectiva oposta, há quem assevere que a reprodução post mortem não deve ser realizada e caso seja produz apenas a filiação *a matre*. Isto porque a morte serve como causa revogadora do consentimento dado em vida pelo doador.

Mônica Aguiar então disciplina que a procriação resultante de um desejo unilateral foge à bilateralidade que caracteriza o autêntico projeto parental e, pois, não pode provocar efeitos em relação a quem não se manifestou, ao tempo da inseminação artificial, pela assunção desse desiderato.<sup>179</sup>

O posicionamento adotado por este estudo é que a, tratando-se de técnica com material genético do casal, não há no que se falar de não reconhecimento da paternidade, considerando que o vínculo consanguíneo é estabelecido independente da convivência com o genitor em vida e até do seu consentimento expresso. A questão aqui é, acima de tudo, biológica.

---

<sup>177</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. In: DONATO, Elton José. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, vol. 12, n. 65, p. 12, abr./maio 2011.

<sup>178</sup> LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 7 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 217.

<sup>179</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 119.

Em mesma senda, é a compreensão de Cristiano Chaves, que reconhece a filiação, ainda que não possa presumir a paternidade diante a ausência de consentimento expresso.<sup>180</sup>

### 6.3 O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO APÓS A ABERTURA DA SUCESSÃO

A fertilização artificial post mortem, segundo Karla Ferreira de Camargo Fischer, é uma forma de viabilizar a geração do filho de pai pré-moriente, de modo que a doutrina se divide em duas correntes: àqueles que defendem a aplicação do inciso III, do art. 1.597, do Código Civil, entendendo ser plenamente possível a prática da inseminação artificial homologa post mortem e a outra corrente que entende não ser possível tal prática.<sup>181</sup>

Neste seguimento, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho esclarece que o planejamento familiar, sem dúvida, dá-se quando vivos os partícipes, mas seus efeitos podem se produzir para após a morte.<sup>182</sup>

Assim, é possível estabelecer três vertentes sobre o alcance sucessório do filho concebido por reprodução assistida após a morte do doador do material genético, quais sejam: a negativista; a mista; a afirmativista.

Na primeira teoria, não há o que se falar em direito sucessório ao filho concebido após a morte do de cujus, uma vez que não é possível enquadrá-lo na disposição do art. 1.798, CC. Isto é, não é pessoa nascida nem concebida no momento da abertura da sucessão.

Contudo, a questão enfrenta uma problemática: qual seria o momento de aferição da existência do embrião? Isto porque, caso a presença embrionária seja constatada antes do falecimento do doador, haveria um enquadramento na norma legal, logo sendo sujeito de direito sucessório.

Em igual acepção, Eduardo Leite disciplina que tendo embrião criopreservado antes do falecimento do doador, poderá haver sucessão; todavia, é diverso o

---

<sup>180</sup> AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 145.

<sup>181</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>182</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, São Paulo, 2006, p. 09. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

entendimento quando apenas existe o congelamento dos gametas masculinos e femininos separadamente, considerando que não teria ocorrido concepção quando da morte como preceitua o art. 1.798 do CC.<sup>183</sup>

Orlando Gomes, por outro lado, afirma que o concebido apenas teria direito a suceder se houvesse alguma lei complementar que regulamentasse o tema.<sup>184</sup>

Nessa conjectura, é cabível concluir que esta interpretação é estritamente baseada na lei, sem valer-se de qualquer outro mecanismo de compreensão. Além disso, há uma grande dúvida quanto à insegurança jurídica que o reconhecimento do direito sucessório neste caso traria para os demais herdeiros. No entanto, essa discussão ficará para tópico mais à frente.

Por outra senda, no tocante à teoria mista, há quem acredite ser possível atestar capacidade sucessória ao filho post mortem, desde que apenas pela via testamentária, consoante entendimento do art. 1.799, CC.<sup>185</sup>

A discussão aqui permeia, no entanto, se a disposição do patrimônio à própria prole eventual seria possível, uma vez que o entendido é que o artigo se refere aos filhos ainda não concebidos de terceiros indicados pelo testador.

Sílvio de Salvo Venosa afirma haver uma possibilidade restrita, onde será permitida a sucessão apenas testamentária, chamando a suceder a prole ainda não concebida do indivíduo indicado no testamento. Dispõe, entretanto, o prazo de dois anos a contar do falecimento do de cujus para a concepção e o posterior nascimento, com a reserva de bens da herança.<sup>186</sup>

Assim, nota-se que a admissão do filho advindo da fecundação artificial após o falecimento do genitor para fins de sucessão testamentária apresenta-se como uma aplicação analógica do conceito de prole eventual trazido pelo referido Código. Logo, esta vertente admite a possibilidade do indivíduo testar tanto à prole de terceiros quanto à sua própria.

---

<sup>183</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 110.

<sup>184</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012, p. 30.

<sup>185</sup> Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 04 fev. 2022)

<sup>186</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003, p. 283.

Todavia, a crítica tecida à esta corrente doutrinária é a de que não seria possível ao proprietário da herança testar a favor da própria prole, considerando a disposição legislativa impõe como pressuposto a existência de vida da pessoa indicada no momento da abertura sucessória. Logo, considerando a impossibilidade de sobrevivência do de cujus no instante do começo da sua própria sucessão, não há como dispor sobre a própria prole.

Por fim, há a teoria afirmativista, ou seja, é cabível aferir capacidade sucessória, inclusive pelo meio legítimo, aos filhos concebidos post mortem por intermédio das técnicas de reprodução assistida.

A ideia central permeada por esse grupo baseia-se nos princípios constitucionais, quais sejam dignidade da pessoa humana e o da isonomia entre os filhos. Não seria correto atribuir tratamento diferenciado entre a prole, deflagrando clara violação à Constituição Federal.

Filiado a esta corrente, Maria Berenice Dias ressalta a relevância do princípio da isonomia entre os filhos em face da ficção jurídica. A ilustríssima doutrinadora afirma que, embora a lei determine a transmissão de herança às pessoas nascidas ou concebidas, nada justifica a exclusão dos filhos post mortem da sucessão. Assim, necessária é a interpretação frente à Constituição para que o filho advindo após o falecimento do genitor seja enquadrado como herdeiro necessário.<sup>187</sup>

Ora, uma vez dado o tratamento jurídico de herdeiro necessário aos descendentes, segundo o art. 1.845, fazendo-os ocupar o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, não seria adequado atribuir a prole advinda após a morte apenas a via testamentária, ou pior, não lhe garantir nenhum direito sucessório.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho defende a ideia de expansão do direito sucessório aos filhos advindos da reprodução post mortem, não restringindo-se apenas ao âmbito testamentário. Isto porque, se é admitido o chamamento a sucessão de prole eventual de terceiro, poderá haver o beneficiamento da própria prole, sendo ainda possível estabelecer se a parte disposta sairá da parcela disponível ou irá figurar como adiantamento da legítima, necessitando de colação.<sup>188</sup> Ademais, ainda afirma

---

<sup>187</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 125.

<sup>188</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Editora IOB Thomson, 2006, p. 187.

não ter o legislador imposto nenhuma restrição ao princípio da igualdade entre os filhos. Assim, não caberia ao intérprete estabelecer limitação.

José Luiz Gavião de Almeida, em seu turno, afirma não fazer sentido reconhecer os efeitos relacionados à filiação e afastar os efeitos patrimoniais.<sup>189</sup>

O fundado receio quanto à adoção desta teoria está na forma como o embrião, uma vez concebido, poderá requerer a herança, partindo do pressuposto que já foi realizada a sua abertura. Sobre o tema, Guilherme Calmon Nogueira da Gama revela a aplicação da petição de herança como uma alternativa para esta problemática.<sup>190</sup>

O Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil dispõe que a regra do art. 1.798 do Código Civil deve abranger os embriões artificialmente reproduzidos, atingindo a vocação hereditária do que ainda irá nascer, estabelecendo, portanto, que os efeitos patrimoniais serão regidos pelas normas referentes à petição de herança.

A petição da herança, para fins meramente conceituais, é a medida judicial cabível para que a pessoa que foi excluída indevidamente da transmissão automática obtenha o reconhecimento da qualidade de herdeiro, bem como possa receber os bens que compõem a herança, inclusive com os seus rendimentos e acessórios.<sup>191</sup>

O presente trabalho acredita na igualdade entre os filhos, de modo que não há dúvidas quanto ao direito sucessório conferido ao embrião concebido após a morte do de cujus. Todavia, há uma diferenciação quanto à forma de obtenção da capacidade sucessória, entre legítimo ou testamentário.

Não se demonstra essa alternativa contraditória exatamente pelo princípio da isonomia, utilizando-se dos ensinamentos de Cristiano Chaves, porque as situações são absolutamente distintas e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual.<sup>192</sup> Ou seja, o exuberante quadro apresentado pelas novas técnicas reprodutivas nos apresenta uma singular situação jurídica, que merece uma solução igualmente individualizada.

Assim, entendemos por uma interpretação da expressão “já concebidas” constante no art. 1.798, CC, de modo a abranger também a concepção laboratorial.

---

<sup>189</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de apud DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. *In*: DONATO, Elton José (Coord.). **Revista Síntese de Direito de Família**, São Paulo, ano 12, n. 65, 1999, p. 17.

<sup>190</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2007, p. 219.

<sup>191</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 241.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 134.

Ora, não havendo diferenciação entre a concepção uterina ou laboratorial, é forçoso concluir que ambas estão abarcadas, em homenagem ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos (que é princípio de inclusão, e não de exclusão).<sup>193</sup> Assim, havendo a geração do embrião com o doador ainda vivo, ainda que fora do útero materno, a sucessão assegurada a esta prole é a legítima.

Em sentido oposto, se, no momento em que o de cujus ainda era vivo, apenas houve congelamento dos gametas, sem a sua efetiva junção, sendo esta realizada somente após a sua morte, caberia apenas a sucessão testamentária, valendo-se do conceito de prole eventual.

Em igual sentido entende o doutrinador supramencionado, ao dispor que, no caso de não haver concepção (nem laboratorial nem no útero materno), de qualquer sorte, a prole poderá ter sido beneficiada por testamento deixado pelo seu pai (CC, art. 1.800, § 4º), dès que tenha sido concebido no prazo de dois anos, contados a partir da data do óbito (abertura da sucessão), sob pena de caducidade da disposição testamentária.<sup>194</sup>

#### 6.4 DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL – RESP 1.918.421

Na seara jurisprudencial, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial- REsp 1.918.421, decidiu por negar a autorização da implantação de embrião após a morte do doador, considerando as repercussões no âmbito sucessório, patrimonial e existencial.

O caso deflagrado fora promovido pelos filhos em face da esposa do falecido. Narraram já ter sido aberta a sucessão, tomando conhecimento da existência de um testamento deixando uma parcela à esposa. Esta, segundo os autores, não demonstrou interesse no prosseguimento do inventário, além de demonstrar pretensões financeiras desarrazoadas. Os herdeiros foram então informados que a viúva realizaria o procedimento de fertilização in vitro, a fim de implantar embriões criopreservados quando o de cujus era vivo.

---

<sup>193</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 134.

<sup>194</sup> *Ibidem, loc.cit.*

O Ministro Marco Buzzi proferiu voto vencido no sentido de negar provimento aos recursos especiais interpostos com base nas explicações feitas a seguir.

Para o referido julgador, é inequívoca a vontade de procriação em vida demonstrada pelo de cujus, tanto que se submeteu a um procedimento cirúrgico de aspiração de espermatozoides. Diante das mais diversas afirmações, o Ministro afirmou que a lei não versou quanto à forma do consentimento, de modo que o termo apresentado nos autos deveria ser considerado válido. Ademais, evidenciou ser cediço que o formalismo cedeu passagem ao consensualismo ou liberalidade das formas, motivo pelo qual os negócios jurídicos não são, salvo disposição em contrário, solenes ou formais.

O voto vencedor foi proferido pelo Ministro Luís Felipe Salomão que salientou a imprescindibilidade da manifestação de maneira inequívoca, leia-se, expressa e formal, nos casos em que a expressão da autodeterminação significar projeção de efeitos para além da vida do sujeito de direito, com repercussões existenciais e patrimoniais.

Outrossim, criticou o documento colacionado ao processo, considerando que admitir que a autorização posta naquele contrato de prestação de serviços, na hipótese, marcado pela inconveniente imprecisão na redação de suas cláusulas, possa equivaler a declaração inequívoca e formal, própria às disposições post mortem, significará o rompimento do testamento que fora, de fato, realizado, com alteração do planejamento sucessório original, sem quaisquer formalidades, por pessoa diferente do próprio testador.

O Relator destacou a necessidade de proteção à autonomia pessoa em escolher ter filhos, de modo que se relacionam intrinsecamente com os direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, atraindo, portanto, a imperativa obediência à forma expressa e incontestável, alcançada por meio do testamento ou instrumento que o valha em formalidade e garantia.

Há, entretanto, decisões no sentido oposto, autorizando a implantação do embrião post mortem. Vejamos:

TJPR, 13ª Vara Cível de Curitiba. Processo n.27862/2010. Juiz Alexandre Gomes Gonçalves. Sentença prolatada em 6 mar. 2012: [...] embora o juízo tenha liminarmente “determinado” à Androlab que procedesse à inseminação, fê-lo porque a ação foi instaurada sob uma perspectiva de recusa. [...] Não será, portanto, imposto à ré a obrigação de realizar a inseminação –no que a pretensão, portanto, improcede. Será a ré autorizada a realizar o

procedimento conforme o desejo da demandante, apesar da ausência de manifestação por escrito do marido falecido, que se entende suprida judicialmente. TJDFT, 3ªT. 03/09/2014: O falecido companheiro da autora, caso não desejasse a utilização do material genético colhido poderia ter manifestado esta intenção no momento da celebração do contrato com a empresa ré, ora apelante. No entanto, não o fez, mesmo estando submetido a tratamento de doença grave, com risco de vir a falecer, o que conduz à conclusão de que concordava com a utilização do material genético armazenado, mesmo após a sua morte. [...]Ora, a formalização do contrato de criopreservação de fls.21/22 e o efetivo armazenamento do material genético contemporâneo à descoberta da grave doença do companheiro conduzem à conclusão a respeito da intenção do falecido em permitir a utilização do seu sêmen e a concretização do projeto familiar almejado. Entende-se, enfim, que houve autorização implícita do de cujus no contrato em comento para utilização, por sua companheira, do material congelado após o seu falecimento.<sup>195</sup>

Diante disso, nota-se a não pacificidade jurisprudencial acerca do tema, de modo que se faz ainda mais necessário regulamentação legal.

## 6.5 DO PRAZO PARA PLEITEAR O DIREITO SUCESSÓRIO DO CONCEBIDO POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL POST MORTEM

Ana Caroline Oliveira Montalbano indaga se a inseminação post mortem não colocaria em risco todo o sistema jurídico, principalmente da sucessão, ao dar direito ao embrião em detrimento das pessoas já existentes, o que traria insegurança jurídica aos demais herdeiros.<sup>196</sup>

Na mesma direção, há o questionamento se os demais herdeiros permaneceriam na eterna incerteza (enquanto houver embrião oriundo do de cujus) de eventuais alterações na partilha dos bens, influenciando certamente na sua disposição, contrariando, assim, o princípio da segurança jurídica.

Parcela doutrinária defende não ser apropriado estipular prazo para a realização do procedimento post mortem, podendo ser feito a qualquer tempo, a critério do cônjuge sobrevivente. Isto pois, afrontaria diretamente os princípios

<sup>195</sup> DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20080111493002. Órgão julgador: 3º Câmara Cível. Relatora: Desembargadora Nídia Côrrea Lima. Apelante: S.B.I.B.H.A.E.; S.B.I.B.H.A.E.; Apelado: N.H.B.G.; N.H.B.G. Data de julgamento: 03 set. 2014. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>. Acesso em: 04 maio 2022.

<sup>196</sup> MONTALBANO. Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. *Revista da ESMESC*, Florianópolis, v. 19, n. 25, p. 21, abr./2012.

constitucionais da dignidade da pessoa humana, no tocante à viúva, e do livre planejamento familiar.<sup>197</sup>

Todavia, esta teoria não contempla os riscos referentes aos demais herdeiros, considerando que estes ficariam à mercê da decisão da esposa, de modo a não poder gozar da herança ou, ainda que desfrute, conviva com o fundado receio de tê-la contestada.

Não é admissível que o sucessor, configurado pelo cumprimento dos pressupostos legais, não tenha acesso ao direito adquirido, causando uma enorme segurança jurídica mediante a possibilidade eterna de uma prole eventual.

Desde logo, pois, evidencia-se a impreterível exigência da determinação de um lapso temporal para que a reprodução humana assistidas post mortem seja realizada. Aqui há novamente uma discussão quanto qual o período adequado a ser estipulado para que o procedimento seja realizado e surta efeitos sucessórios.

Anna de Moraes Salles Beraldo afirma que o prazo deve ser fixado pelo legislador, e que, uma vez ultrapassado tal limite, o procedimento não poderia mais ser realizado.<sup>198</sup>

Não entendemos ser essa a solução mais acertada, considerando que, apesar da excessiva necessidade de regulamentação jurídica, o processo de trâmite para a criação de uma lei é demorado. Dessa forma, não atenderia a urgência que advém do tema. Não é aceitável deixar as situações ao arbítrio da mora legislativa, de modo a privar as pessoas de seguirem com o planejamento realizado, além de considerar o caráter biológico da matéria, tanto quanto ao embrião criopreservado, que tem prazo para ter um destino, quanto à viúva que pode se torna inapta para prosseguir com uma gravidez.

Diante do exposto, é preciso de uma saída mais premente, utilizando então da interpretação do direito e dos mecanismos por ele oferecidos para disponibilizar respostas à sociedade.

Tem quem adote, por analogia, o uso do prazo constante do artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, ou seja, de dois anos a contar da abertura da sucessão. Isto significa

---

<sup>197</sup> DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. In: DONATO, Elton José. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, vol. 12, n. 65, p. 16, abr./maio 2011.

<sup>198</sup> BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida post mortem. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n. 20, p. 83, 2010.1.

dizer que se o filho não for concebido em até dois anos da abertura da sucessão, não terá mais qualquer direito sucessório em face da herança deixada por seu pai.<sup>199</sup>

Jesualdo Almeida Junior entende que se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.<sup>200</sup> Por conseguinte, o fruto da inseminação post mortem concebido após esse prazo já não poderia herdar de forma alguma.<sup>201</sup>

Para melhor compreender o motivo de o presente estudo não se filiar a este entendimento, é preciso voltar ao exposto no tópico anterior. Foi posto por este estudo que há a possibilidade de o filho concebido após a morte do de cujus, figurar tanto como sucessor legítimo como testamentário. A diferença irá residir se a concepção foi realizada antes ou depois do falecimento do doador, considerando que o disposto no art. 1.798, CC, abrange a concepção laboratorial.

Isto posto, ressalta-se que o prazo estabelecido no art. 1.800, § 4º, versa quanto à vocação testamentária, abrangendo apenas o caso em que os gametas foram unidos após o falecimento do doador, deixando sem proteção os casos de concepção em laboratório enquanto o de cujus ainda era vivo.

Por outro lado, acha-se, então, quem defenda a aplicação analógica do prazo de três anos para a efetiva implantação do material genético, conforme o art. 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança)<sup>202</sup>, estabelecido para utilização de embriões

---

<sup>199</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Editora IOB Thomson, 2006, p. 21.

<sup>200</sup> JUNIOR, Jesualdo Eduardo de Almeida. Técnicas de reprodução assistida e biodireito. **IBDFAM**, 23 dez. 2003. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/110/T%C3%A9cnicas+de+reprodu%C3%A7%C3%A3o+assistida+e+biodireito>. Acesso em: 25 mar. 2022.

<sup>201</sup> ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Op.cit.*, 2006, p. 21.

<sup>202</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: [...] II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. (BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm). Acesso em: 08 abr. 2022).

excedentários para fins científicos e terapêuticos.<sup>203</sup> O marco inicial para a contagem temporal é a morte do de cujus.

Quem se filia a este entendimento assevera que o período trienal respeita a possibilidade de diversas tentativas para obtenção de êxito do procedimento, o período de deliberação pela esposa, como também o direito dos sucessores, que necessitam de segurança jurídica. Logo, mostra-se o intervalo mais oportuno. Ademais, estaria de acordo com a concretização do projeto parental construído e iniciado pelo falecido, em vida.

Deste modo, no tocante aos outros sucessores, o prazo de três anos, por sua vez, não é demasiadamente longo a ponto de prejudicar sobremaneira os herdeiros já existentes à época do falecimento, como também não é demasiadamente curto a ponto de forçar o possível genitor sobrevivente, ainda sob as dores do luto, a se submeter ao procedimento necessário para que a criança fosse gerada.<sup>204</sup>

Cristiano Colombo aponta que, apesar de ter os três anos para a implantação do embrião, a esposa teria, no mínimo, um ano, a contar da data do óbito do de cujus, para amadurecer a ideia da inseminação artificial, já que não seria possível que a mesma realizasse o aludido procedimento logo após o trágico ocorrido.<sup>205</sup>

Diante do exposto, não há como filiar-se completamente a nenhuma das correntes mencionadas, uma vez que a aplicação do art. 1.800, § 4º, CC seria admitir apenas a sucessão testamentária ao embrião concebido post mortem e o art. 5º da Lei de Biossegurança dispõe acerca da viabilidade embrionária, não trazendo qualquer menção sobre os aspectos sucessórios.

Nessa conjuntura, demonstra-se estritamente necessária a regulamentação jurídica do tema, considerando que o Código Civil permite a prática da reprodução assistida post mortem, todavia deixa uma lacuna normativa quanto à forma da sua utilização e os efeitos dela decorrentes.

Assim, é preciso uma junção das duas teorias apresentadas, ou seja, uma norma sucessória, como é o art. 1.800, mas que abranja a sucessão legítima tanto

---

<sup>203</sup> SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. 34f. Tese (Concurso de Professor Titular) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese\\_Ana\\_Claudia\\_Silva\\_Scalquette\\_versao\\_simplificada.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette_versao_simplificada.pdf). Acesso em: 28 abr. 2022.

<sup>204</sup> *Ibidem*, *loc.cit.*

<sup>205</sup> COLOMBO, Cristiano. Inseminação homóloga póstuma e hipervulnerabilidade de seus atores: novos rumos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 31, p. 79-113, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70705/40141>. Acesso em: 25 mar. 2022.

quanto a testamentária e que se fixe um prazo respeitando o luto da viúva, o período necessário para o sucesso da técnica reprodutiva e também que garanta a segurança jurídica aos demais herdeiros, como menciona os doutrinadores filiados a segunda corrente.

## 7 CONCLUSÃO

A presente monografia deixou claro que o uso das técnicas de reprodução assistida são correlatas à impossibilidade do casal em procriar pela via natural, entretanto, não é mais a realidade que permeia a sociedade, sendo utilizada também como forma de planejamento familiar. Sendo evidente o aumento da importância prática da fecundação artificial, a ausência de dispositivos normativos sobre o tema mostrou-se imprescindível frente a insegurança jurídica existente nesta seara.

Neste caminho, fez-se preciso compreender as modalidades de reprodução assistida e analisar o procedimento, benefícios e riscos sob o ponto de vista médico, além de compreender que é cabível a utilização de material genético do próprio casal ou de terceiros. Ademais, restou consignado que, diante das inovações e desenvolvimento das técnicas de criopreservação de gametas, é possível a inseminação destes mesmo que falecido o doador. Sendo esta a questão objeto do trabalho, em razão dos seus impactos no direito civil, principalmente no âmbito familiar e sucessório.

Debruçou-se sobre os princípios basilares do direito de família e a importância da Constituição Federal de 1988 para o estabelecimento da realização pessoal do indivíduo e da supremacia da afetividade e dignidade nas relações familiares. Assim, a filiação não mais se baseia apenas na existência de casamento entre os genitores, mas também na visão consanguínea, legal e, sobretudo, afetiva.

Dessa forma, notou-se que o indivíduo advindo da fecundação artificial é filho sob o prisma legal, considerando as presunções criadas expostas pelo próprio Código Civil quanto à paternidade destes filhos. Sendo, portanto, filho do falecido o embrião implantado após a sua morte, conforme art. 1.597, inciso III. Além disso, ainda que assim não fossem considerados, a acepção biológica determinaria a filiação, uma vez que a morte não modifica o fenômeno natural que estabelece o vínculo consanguíneo

Restou observado, ainda, que a Resolução nº 2.294/2021 do Conselho Federal de Medicina reconhece a possibilidade de reprodução assistida post mortem desde que haja expresso e prévio consentimento do doador do material genético. No entanto, há quem discorde desse posicionamento, argumentando que a anuência foi aferida no momento da criopreservação do gameta. Entretanto, coadunamos do pensamento de ser necessária a autorização do cônjuge, mas entendemos aceitáveis diferentes de formas de obtenção, seja pelas vias escritas, com o termo de consentimento livre

e esclarecido advindo de um processo de conhecimento, pela cláusula contratual das clínicas reprodutivas ou ainda por meio de provas pessoais que demonstrem a vontade do falecido.

Feitas as considerações e admitindo o estado de filho do embrião implantado post mortem, é necessário entender o impacto no direito sucessório, que não traz nenhuma regra normativa quanto ao tema. Para isso, teceu-se comentários quanto à sucessão legítima, ou seja, aquela que decorre de força de lei, fundada na presunção de vontade do falecido contemplando aqueles que provavelmente seriam beneficiados pelo de cujus, e à testamentária, onde o proprietário da herança poderá dispor dos bens mediante instrumento que expresse a sua vontade, desde que respeitada a porcentagem destinada aos herdeiros necessários, a qual chama-se de legítima.

Nessa conjuntura, foi observada ainda a diferenciação entre herdeiros necessários e testamentários e em qual modalidade o filho advindo de reprodução post mortem se enquadraria. O art. 1.829 e 1.845, CC, atribuiu aos descendentes, cônjuges e ascendentes o título de herdeiro necessário e legítimos, não estabelecendo qualquer discriminação entre os filhos, em obediência aos dispostos no art. 227, § 6º, da Carta Magna Brasileira.

Assim, foi preciso uma interpretação sistemática da Lei Civil para suprir a inércia legal sobre a temática, considerando que a expressão “concebido” na redação do art. 1.798 abrangesse também a concepção laboratorial. Dessa forma, havendo junção do gameta masculino e feminino antes do falecimento do marido, ainda que fora do útero materno, seria legítima a sucessão do embrião advindo.

Todavia, é necessário examinar o prazo para que a situação seja aceita, tanto no âmbito jurídico como na viabilidade biológica. Isto porque as normas acerca da criopreservação de embriões estabelecem o prazo de três anos para decidir o destino deles, uma vez ultrapassado sem manifestação serão doados para fins de pesquisa ou serão descartados. Por outro lado, o art. 1.800, § 4º, CC, estabelece o prazo para o advento da prole eventual, que é capaz de suceder por testamento conforme art. 1.799, inciso I, é de dois anos. Assim, há uma discussão doutrinária acerca do uso destes dois prazos para utilizar, analogicamente, à implantação do embrião post mortem.

Nesta senda, em respeito da segurança jurídica do ordenamento, mas também atenta à viabilidade biológica e à realidade dos fatos, entende-se ser mais acertado a estipulação legal de um prazo que respeite ambos os interessados. Assim, não poderá

ser um prazo longo, que traga algum tipo de prejuízo aos demais herdeiros, nem tão curto ao ponto de não respeitar o luto da viúva e o tempo necessário para a realização do procedimento.

Diante de tais argumentos, vislumbra-se o atendimento dos objetivos desta pesquisa, quais sejam compreender a existência de filiação entre o falecido e o embrião, a observância do consentimento mediante as mais diversas fontes de prova e a notória necessidade de garantir o direito sucessório, frente ao princípio constitucional da igualdade substancial entre os filhos.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ALBALADEJO, Manuel, d. **Curso de Derecho Civil**. Derecho de sucesiones. 10 ed. Madrid: Edisofer, 2013.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. **Portal IBDFAM**, 2018. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2022.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.) **Família e dignidade humana**: anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Editora IOB Thomson, 2006.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. Família e dignidade humana. **Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família**, São Paulo, 2006, p. 09. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/8.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

ALDROVANDI, A.; FRANÇA, D. G. de. A reprodução assistida e as relações de parentesco. **Portal JusNavigandi**, ago. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>. Acesso em: 03 nov. 2021.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de apud DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. *In*: DONATO, Elton José (Coord.). **Revista Síntese de Direito de Família**, São Paulo, ano 12, n. 65, 1999.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2000.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, F. **Princípios de ética biomédica**. São Paulo: Editora Loyola, 2002.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida post mortem. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n. 20, p. 83, 2010.1.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Editora Red Livros, 2000.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Reconstrução do conceito de contrato: do clássico ao atual. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito Contratual**: temas atuais. São Paulo: Editora Método, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 04 abr. 2022

BRASIL. Justiça Federal. **Enunciado 257**, da III Jornada de Direito Civil. Brasília, DF. Disponível em <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/505#:~:text=As%20express%C3%B5es%20%22fecunda%C3%A7%C3%A3o%20artificial%22%2C,e%20a%20gesta%C3%A7%C3%A3o%20de%20substitui%C3%A7%C3%A3o..> Acesso em: 10 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 04 fev. 2022

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados - OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança - CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança - PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 mar. 2005. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm). Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 08 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 dez. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8560.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm). Acesso em: 08 abr. 2022

BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm). Acesso em: 04 abr. 2022

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: direito das sucessões**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 56-57.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; FUJITA, Jorge Shiguemitsu; SCAVONE JR., Luiz Antonio (Coord.). **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito das Famílias e das Sucessões**. 2 ed. rev. atual. São Paulo: Editora Almedina, 2008.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 2 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. **Direito das Sucessões**. 4 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

CASABONA, Carlos María; QUEIROZ, Juliane Fernaandes. **O Consentimento informado na relação entre médico e paciente: aspectos jurídicos**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

CHAVES, Adalgisa Wiedemann. A tripla parentalidade (biológica, registral e socioafetiva). **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, n. 3, p. 131-152, ago./set. 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. Vol. 5. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

COLOMBO, Cristiano. Inseminação homóloga póstuma e hipervulnerabilidade de seus atores: novos rumos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 31, p. 79-113, 2013. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/70705/40141>. Acesso em: 25 mar. 2022.

COLUCCI, Camila. **Princípio do melhor interesse da criança: construção teórica e aplicação prática no direito brasileiro**. 2014. 261f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila\\_Fernanda\\_Pinsinato\\_Colucci\\_completa.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25022015-083746/publico/Camila_Fernanda_Pinsinato_Colucci_completa.pdf). Acesso em: 02 nov. 2021.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga post mortem. In: DONATO, Elton José. **Revista Síntese Direito de Família**, São Paulo, vol. 12, n. 65, p. 7-20, abr./maio 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 5 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Thomas Reuters Brasil, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev. atual. aum. Salvador: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 16 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro**. 19 ed. Vol. 5. rev. aum. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 11 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 7 ed. rev. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: famílias**. 9 ed. rev. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 3 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. Vol. 7. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: sucessões**. 7 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

FERNANDEZ HIERRO, José M. **Sistema de responsabilidade médica**. 3 ed. Granada: Editora Comares, 2000.

FILHO, José Marques. Termo de consentimento livre e esclarecido na prática reumatológica. **Revista Brasileira de Reumatologia**, 2011; 51(2); p. 175-183. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/rbr/a/JpYmQtDB9v78rwNvbLb9TNC/?format=pdf>. Acesso em: 04 abr. 2022.

FRASÃO, Alexandre Gonçalves. A fertilização “in vitro”: uma nova problemática jurídica. **Portal Jus**, 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/1850/a-fertilizacao-in-vitro>. Acesso em: 02 fev. 2022

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais — o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Editora Delrey, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios constitucionais de direito de família: guarda compartilhada à luz da lei nº 11.698/08 - família criança, adolescente e idoso**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

GOMES, Orlando. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 6 ed. Vol. 6. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 11 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

HINKLE, Janice L; CHEEVER, Kerry H. **Brunner e Suddart: tratado de enfermagem médico-cirúrgica**. 13 ed. V. 2. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 2016.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. Vol. 20. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

HIRSCHHEIMER, Mário Roberto; CONSTANTINO, Clóvis Francisco; OSELKA, Gabriel Wolf. Consentimento informado no atendimento pediátrico. **Revista Paul Pediatría**, 2010; 28(2); 128-133. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rpp/a/Lbp8gqKHc3YRnXP8j/?format=pdf>. Acesso em: 10 abr. 2022.

JOSSERAND, Louis. **Derecho Civil: la familia**. V. II. Tomo I. MANTEROLA, Santiago Cunchillos (Trad.). Buenos Aires: Bosch, 1952.

LAMADRID, Miguel Ángel Soto. **Biogenética, filiación y delito: la fecundación artificial y la experimentación genética ante el derecho**. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1990.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1955.

LEVY, Lauro Affonso da Costa. Inseminação Artificial Post Mortem e a Reflexão Constitucional. **Revista Síntese de Direito de Família**, Água Branca, ano 12, n. 65, p. 26-52, abr./maio 2011.

LEWIS, Ricki, **Genética Humana: conceitos e aplicações**. 5 ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In: DIDIER JR., Fredie. (Org.). Leituras complementares de processo civil*. 4 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2006.

LÔBO, Paulo. **Código Civil comentado - famílias**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

LUCCHESI, Mafalda. Filhos — evolução até a plena igualdade jurídica. **Série Aperfeiçoamento de Magistrados**, 13, vol. 1, p. 03. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/olumel/10anosdocodigocivil\\_231.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/13/olumel/10anosdocodigocivil_231.pdf). Acesso em: 04 mar. 2022.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MARQUES, Claudia Lima; CACHAPUZ, Maria Claudia; VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre os filhos no direito brasileiro atual- direito pós-moderno? **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, vol. 16, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Freire Bastos, 1942.

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial: limites éticos e jurídicos**. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

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

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 21 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

MELLOS, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, Educação, 2019.

MIDORI, Regina. Conversas e áudios do WhatsApp servem como prova na justiça? **Portal Jus**, 22 set. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/93359/conversas-e-audios-do-whatsapp-servem-como-prova-na-justica>. Acesso em: 04 abr. 2022.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 19, n. 25, abr./2012.

MONTEIRO, W. B. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 35 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa (Atual.). Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

OLIVEIRA, Vitor Lisboa; VIEIRA, Déborah Pimentel Maria Jésia. O uso do termo de consentimento livre e esclarecido na prática médica. **Revista Bioética**, 2010, 18(3), p. 705-724, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. SILVA, Tânia Pereira da (Atual.). 14 ed. Vol. 5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. VI. 24 ed.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1971.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito das sucessões**. 25 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil: direito de família**. 27 ed. CAHALI, Francisco José (Atual.). São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 323.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Editora Saraiva, 1999, p. 38.

SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Bioética e Biodireito**. 5 ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro. **O equilíbrio do pêndulo, a bioética e a lei**. São Paulo: Editora Ícone, 1998.

SCALQUETTE, Ana Claudia Silva. **Estatuto da reprodução assistida**. 2009. 34f. Tese (Concurso de Professor Titular) — Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: [https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese\\_Ana\\_Claudia\\_Silva\\_Scalquette\\_versao\\_simplificada.pdf](https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08032010-095921/publico/Tese_Ana_Claudia_Silva_Scalquette_versao_simplificada.pdf). Acesso em: 28 abr. 2022.

SCAPARO, Mônica Sartoti. **Fertilização assistida**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 1991.

SIMAS FILHO, Fernando. **A prova na investigação de paternidade**. 11 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2010.

SOUZA, Mariza Cunha de. As técnicas de reprodução assistida: a barriga de aluguel — a definição de maternidade e paternidade. **Revista da EMERJ**, v. 13, n. 50, p. 340-363, 2010. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj\\_online/edicoes/revista50/Revista50\\_348.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf). Acesso em: 17 mar. 2022.

VELOSO, Zeno. Testamentos. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Direito das Sucessões**. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: direito de família**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** parte geral. 18 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VILLELA, João Baptista. As novas relações ele família. **Anais da XV Conferência Nacional da OAB**, Foz do Iguaçú, set./1994.

WRIGHT, V. C., CHANG, J., JENG, G., MACALUSO, M. **Assisted reproductive technology surveillance**. MMWR: Surveillance Summaries, 2005.

ZANNONI, Eduardo A. **Manual de las sucesiones**. 4 ed. Buenos Aires: Editora Astrea, 2000.