



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CAROLINA D'AMORIM BARRETO

**A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA
POST MORTEM E SEUS DIREITOS SUCESSÓRIOS:
HERDEIRO LEGÍTIMO OU TESTAMENTÁRIO?**

Salvador
2014

CAROLINA D'AMORIM BARRETO

**A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA
POST MORTEM E SEUS DIREITOS SUCESSÓRIOS:
HERDEIRO LEGÍTIMO OU TESTAMENTÁRIO?**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Luciano Lima Figueiredo

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINA D'AMORIM BARRETO

A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA *POST MORTEM* E SEUS DIREITOS SUCESSÓRIOS: HERDEIRO LEGÍTIMO OU TESTAMENTÁRIO?

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, ____/____/ 2015

Dedico o presente trabalho aos meus pais, que sempre apostaram na minha educação e na dos meus irmãos, oferecendo a agulha e a linha para que nós costurássemos nossas próprias colchas, nossa própria estória.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Luciano Lima Figueiredo, que me auxiliou na concretização desse projeto, desde o início do percurso, sendo sempre bem solícito e atencioso. A todos os professores da casa, que me acompanharam por toda a vida acadêmica, de modo que foram os conhecimentos por eles oferecidos que traduzem o que sou hoje. A todos os colegas de curso, por terem compartilhado esta e tantas outras experiências e por terem tornado prazeroso o cotidiano do estudo do Direito. A todos os funcionários da biblioteca, por sempre estarem de bom humor e dispostos a ajudar. Aos funcionários da secretaria, por toda disponibilidade, de modo a solucionar os eventuais percalços que surgiram. À minha família, por todo o apoio, estando sempre paciente e compreensiva e ao meu namorado, por me encorajar nos momentos mais difíceis. Por fim, agradeço a todos que participaram de forma direta ou indireta nessa minha caminhada.

“Dou respeito às coisas desimportantes
e aos seres desimportantes.
Prezo insetos mais que aviões.
Prezo a velocidade
das tartarugas mais que a dos mísseis.
Tenho em mim esse atraso de
nascença.
Eu fui aparelhado
para gostar de passarinhos.
Tenho abundância de ser feliz por isso.
Meu quintal é maior do que o mundo.”

Manoel de Barros

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de esclarecer sobre a viabilidade do nascido por reprodução humana medicamente assistida *post mortem* ser herdeiro legítimo ou se apenas tem capacidade para ser herdeiro testamentário. Para iniciar o tratamento do tema em questão, cumpre ressaltar os proveitos que o instituto da reprodução assistida traz para a sociedade, de modo que proporciona àqueles que são inférteis a chance de constituírem uma família, garantindo, com isso, o princípio do planejamento familiar. Far-se-á necessário explicar que há uma omissão do legislador no que concerne à regulação do instituto da reprodução assistida no Brasil, de forma que o ordenamento se utiliza das disposições da Resolução do Conselho Federal de Medicina para poder se posicionar a cerca de tal método. No decorrer do estudo, se observa que os avanços tecnológicos são notórios e o Direito não consegue acompanhar sua evolução; por conta disso, a bioética e o biodireito atuam no sentido de limitá-los com o objetivo de resguardar a sociedade de possíveis riscos que estes possam trazer. Para iniciar a exposição do tema em questão, elenca-se que, na doutrina, há aqueles que entendem que o concebido por meio da inseminação artificial póstuma não tem direito sequer de figurar como sucessores, tendo em vista que segundo o artigo 1.798 do Código Civil é necessário que já esteja nascido ou concebido no momento do falecimento para que possa ser herdeiro. Ocorre que, em seguida, se explanará a incongruência desse artigo quando visto junto com o artigo 1.597, III do Código Civil, que trata da aplicação da presunção de paternidade aos nascidos por reprodução assistida *post mortem* e, dessa forma, destaca-se que não haveria porque reconhecer o vínculo paterno-filial e ao mesmo tempo excluí-lo da capacidade de suceder. Em seguida, como uma forma de reforçar o posicionamento de que o filho nascido por essa forma de concepção deve ter seus direitos sucessórios garantidos, será essencial destacar o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir desse ponto, terá o presente trabalho o enfoque no princípio constitucional da igualdade substancial entre os filhos, que não permite que haja tratamento desigual entre filhos que estejam em uma mesma situação fática e jurídica. Após ressaltar a contextualização de todos os pontos importantes e essenciais para a compreensão da problemática, será trazida uma possível solução para esse conflito, de forma a averiguar qual é a espécie de sucessão que melhor figura no ordenamento para esse sucessor.

Palavras-chave: Reprodução assistida *post mortem*; Capacidade sucessória; Princípio da igualdade entre os filhos; Bioética; Omissão legislativa.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
Coord.	Coordenador
CPC	Código de Processo Civil
Dir	Diretor
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
IA	Inseminação Artificial
Org.	Organizador
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 ASPECTOS FILIATÓRIOS	13
2.1 CRITÉRIOS DETERMINANTES DA FILIAÇÃO	14
2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL ENTRE OS FILHOS E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR	18
2.3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	21
2.3.1 Causas e efeitos	22
2.3.2 Direito à reprodução	24
2.4 O RECONHECIMENTO JUDICIAL DE SUAS TÉCNICAS	27
2.4.1 Inseminação artificial (IA)	29
2.4.2 Fertilização <i>in vitro</i> (FIV)	30
2.4.3 Gestação por substituição	31
2.5 A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO <i>PATER IS EST</i> E DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA	32
2.6 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	36
2.7 DOS LIMITES JURÍDICOS E BIOÉTICOS DA FECUNDAÇÃO <i>POST MORTEM</i>	38
2.7.1 Da ausência de consentimento do <i>de cujus</i>	41
2.7.2 Da família monoparental	42
2.7.3 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013	43
3 DIREITO DAS SUCESSÕES	46
3.1 PRINCÍPIO DA <i>SAISINE</i>	48
3.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO	49
3.2.1 Sucessão Legítima	51
3.2.2 Sucessão Testamentária	55
3.3 EFEITOS DA SUCESSÃO	59
3.4 ESPÉCIES DE SUCESSORES	60
3.5 CAPACIDADE SUCESSÓRIA DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS	62
3.5.1 Dos legitimados para suceder por sucessão legítima	63
3.5.2 Dos legitimados para suceder por testamento	71
3.5.3 Dos ilegítimos para serem herdeiros testamentários e legatários	73
4 SUCESSÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	75

4.1 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE SEUS POSSÍVEIS DIREITOS SUCESSÓRIOS	76
4.1.1 Posicionamento negativista	78
4.1.2 Posicionamento misto	81
4.1.3 Posicionamento afirmativista	84
4.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS EFEITOS PATRIMONIAIS COM BASE NO ENUNCIADO 267 DA III JORNADA DE DIREITO CIVIL	86
4.3 HERDEIRO LEGÍTIMO OU HERDEIRO TESTAMENTÁRIO	89
5 CONCLUSÃO	96
REFERÊNCIAS	101

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir sobre a possibilidade do filho nascido por reprodução assistida *post mortem* ter legitimidade para suceder por meio da via legítima ou testamentária. A problemática que existe nessa questão se encontra em diversos campos do ordenamento jurídico brasileiro.

O tema ora tratado é de suma importância na atualidade, tendo em vista que, debater sobre os possíveis direitos sucessórios do concebido póstumo figura desafio árduo. A doutrina nacional não se debruça com a devida atenção sobre esse ponto, sendo superficiais, de certa forma, diversas obras que tratam do mesmo. Há uma defasagem tanto no tratamento da problemática central, quanto no desenvolvimento do raciocínio para que se chegue ao fundamento das diversas posições.

Evoluções científicas ocorrem a todo tempo na sociedade, de forma a tornarem o trabalho do legislador do direito muito difícil, por conta da dificuldade que se tem de fazer com que o Direito acompanhe essas mudanças com inteireza. Adequar os conceitos passados à nova realidade demanda tempo, já que transformações no meio jurídico envolvem fatores internos, que são suas próprias normas, e externos, que é o apelo social.

O Direito se utiliza dos preceitos da bioética e do biodireito para poder limitar esses avanços no campo da tecnologia, tendo em vista que se busca entender os possíveis efeitos que essa nova área inexplorada pode causar para a sociedade. Dito isso, antes mesmo de surgir qualquer norma regulamentadora no âmbito jurídico, se faz necessário respeitar os limites estabelecidos por esse campo da ética.

A capacidade de dominar a técnica da reprodução assistida representa um imenso progresso para a sociedade, por conta da oportunidade que essa gera, qual seja, a de permitir que aqueles que têm dificuldade de se reproduzir de maneira natural consigam se organizar em família.

É nítido que, no século passado, houve um grande avanço tecnológico no âmbito da reprodução assistida; contudo, poucos são os países que conseguiram regulamentar esse instituto. Observa-se que, no caso do Brasil, não há sequer uma norma regulamentando as técnicas da reprodução assistida, muito menos alguma que se refira ao tema central da problemática desse trabalho.

A prática da reprodução humana medicamente assistida tem consequências em múltiplas searas do Direito. No Direito de Família, essa matéria se envolve nos princípios constitucionais norteadores desse campo, mas, especialmente, no que diz respeito à filiação e a presunção de paternidade. No Direito das Sucessões, no entanto, essa matéria se envolve na capacidade do concebido de suceder ou não e por qual espécie de sucessão.

Por conta do vazio legislativo que a reprodução assistida encontra no ordenamento jurídico brasileiro, apenas tendo como norte os dispositivos trazidos pelos Conselhos Federais de Medicina, o Código Civil de 2002 foi o primeiro a citar tal prática, apenas estipulando uma das vastas consequências que surgem na sua utilização.

Com isso, de acordo com o artigo 1.597, inciso III do Código Civil de 2002 aplica-se à presunção de paternidade ao nascido por inseminação artificial homóloga, mesmo que o genitor esteja morto, tendo em vista que é considerado como concebido na constância do casamento. Tratar disso na normatização jurídica brasileira representa um avanço do Direito, por mais que ainda tenha muito que se falar sobre este tema.

A controvérsia sobre esse tema consiste basicamente quando o debate se direciona para o artigo 1.798 do Código Civil, que estabelece que sejam sucessores aqueles nascidos ou já concebidos no momento do falecimento do autor da herança, de forma que, por conta, dele exclui-se a participação do nascido por reprodução assistida *post mortem*. Conforme se observa, há um conflito entre esses dois artigos supramencionados, vez que é reconhecido o vínculo filiatório, mas no que diz respeito ao vínculo sucessório estes são afastados.

Há uma eminente necessidade do julgador de direito de se estabelecerem diretrizes sobre o tema, visto que se trata de uma situação controversa tanto no campo normativo como no campo doutrinário. Dessa forma, o presente trabalho busca elucidar pontos de discussão significativos para a exploração do tema problema, de forma a compatibilizar conhecimentos com o objetivo de propiciar um equilíbrio jurídico.

O estudo abordará inicialmente sobre breves apontamentos referentes aos aspectos filiatórios presentes no ordenamento jurídico brasileiro, de forma a tratar inclusive sobre os significados dos princípios norteadores do Direito de Família, quais sejam, igualdade substancial entre os filhos e o planejamento familiar.

Posteriormente, fez-se necessário explanar sobre o conceito de reprodução assistida, de forma a dirimir dúvidas a cerca das técnicas utilizadas por esse método de concepção. Feito isso, se tratará sobre a relativização da presunção *pater is est* na reprodução assistida e o direito que todos os indivíduos têm à origem genética.

No momento seguinte, este trabalho se dedicará a explicar o que é a reprodução assistida homóloga *post mortem* e quais são os limites jurídicos e bioéticos que esse procedimento deverá respeitar. Dessa forma, será abordado se há necessidade de consentimento prévio do *de cuius* para que essa técnica seja realizada, se a inserção do nascido por esse procedimento em uma família monoparental é um quesito prejudicial e, por fim, esse assunto será tratado, no primeiro capítulo, sobre os dispositivos na Resolução mais recente do Conselho Federal de Medicina.

Será traçado *a posteriori* esclarecimento a cerca do Direito das Sucessões de forma a linear suas espécies e efeitos de acordo com o Código Civil. O estudo seguirá ilustrando aqueles que têm capacidade para suceder de forma legítima e testamentária, para só depois adentrar na problemática central do trabalho.

A doutrina será dividida em diversos posicionamentos para que a instrução se torne mais compreensível e objetiva, com o intuito de caracterizar os pontos relevantes de cada entendimento. Uma vez sistematizada toda a polêmica sobre a questão, será oportunizado o momento para oferecer uma possível solução para o conflito em debate, de forma a analisar a viabilidade do nascido por reprodução assistida *post mortem* ser herdeiro legítimo ou, em verdade, apenas poder configurar como herdeiro testamentário.

2 ASPECTOS FILIATÓRIOS

Consagra-se que as relações de afetividade entre pais e filhos são estreitas e constituem o núcleo familiar efetivo. Justamente por conta desses fatos, o Direito preceitua de maneira eloquente uma das principais relações familiares com direitos e deveres recíprocos, de forma que, na promulgação da Constituição Federal de 1988, o campo da filiação foi o que mais teve modificações e o que mais sofreu influências. Esse campo consiste essencialmente na descendência de primeiro grau, ou descendência direta.¹

Convém elucidar que a filiação como está estatuída atualmente configura-se como um instrumento que visa garantir o desenvolvimento pleno da personalidade humana.² Desse modo, reunir-se familiarmente torna-se uma importante prática e, por conta disso, controvérsias nesse âmbito não devem perdurar, especialmente por tornar o ambiente familiar estável para que seja possível a expansão da personalidade dos mesmos. Nesse sentido, conclui-se que:

A família contemporânea encontra sua realização no seu grupo e, dentro deste grupo familiar, cada um de seus integrantes encontra na convivência solidária e no afeto o valor social e jurídico que a família exerce no desenvolvimento da sociedade e do Estado.³

A ideia da família como um instrumento para alcançar as conquistas pessoais de cada indivíduo é absolutamente sensata, já que ela faz parte do início, meio e fim de todos os indivíduos. É com base na família que a pessoa obtém seus valores e princípios que irá seguir no curso da vida, e, portanto, esta deverá ser assegurada pelo Direito de forma responsável e protetiva.

Antes da Constituição Federal de 1988, a família se encontrava em uma sociedade paternalista, biologizada, heterossexualizada, hierarquizada, matrimonializada e institucional, e era denominada como família-instituição. Atualmente, a família se converteu em instrumento e tem como propósito o incentivo em busca do bem-estar de seus membros, sendo considerada família-instrumento.⁴ O texto constitucional

¹ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p.611.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p.567.

³ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 05.

⁴ FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: famílias e sucessões**. Salvador: JusPodivm, 2014. v.14, p.36.

acima de tudo deverá buscar, de acordo com o sistema democrático, assegurar a felicidade por meio da plena satisfação das pessoas que compõem qualquer tipo de estrutura familiar, baseado no afeto, tendo em vista que a família é a base da sociedade e por isso deve ter uma especial proteção do Estado.⁵

O ambiente em que se desenvolvem e se formam indivíduos deve transmitir segurança para os que fazem parte dele, e, para que isso seja possível, o Direito deverá atuar garantindo seus principais fundamentos.

2.1 CRITÉRIOS DETERMINANTES DA FILIAÇÃO

Faz-se oportuno traçar, ainda que de forma limitada, como a filiação foi trilhada no sistema jurídico brasileiro ao longo da história, tendo como objetivo a busca por uma análise mais clara dessa relação. No sistema positivo brasileiro, existia uma cumulação entre a consanguinidade e a legitimidade do matrimônio, e isto teve grande prestígio desde as Ordenações Filipinas promulgadas em 1603 e vigentes até 1830.⁶

Houve a distinção entre filiação legítima e ilegítima, realizada pela influência do poder exercido pela Igreja Católica, como forma de garantir o cumprimento de seus ditames – em destaque, àquele no qual a relação carnal deveria ter como única finalidade a procriação e só poderia ocorrer entre pessoas unidas pelos laços do matrimônio. Com isso, entendia-se por “filhos legítimos” aqueles que eram concebidos seguindo os preceitos católicos, ou seja, concebidos no casamento, de forma que, por isso, tinham mais direitos do que aqueles que eram concebidos fora do casamento os tido como filhos ilegítimos.⁷ Nessa última classe, ainda havia outra discriminação, a qual os dividia em ilegítimos naturais ou ilegítimos espúrios, sendo que o primeiro era fruto de pais não relacionados matrimonialmente, mas que não tinham impedimentos para isso, enquanto que o segundo era fruto de um relacionamento com impedimentos matrimoniais.⁸

⁵ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 05.

⁶ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 05.

⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

⁸ VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12.

As Ordenações Filipinas faziam distinção entre aqueles filhos nascidos por plebeus e por nobres, tendo em vista que quando os ilegítimos fossem filhos de plebeus, podiam suceder como herdeiros universais, mas quando fossem filhos de nobres, não se admitia essa sucessão legítima, apenas a testamentária. Essa segregação visava, sobretudo, a manutenção econômica do poder da nobreza, que mantinha seus bens na família. Posteriormente, no direito pré-codificado, houve o término dessa distinção entre filhos de nobres e plebeus, porém condicionou os direitos isonômicos ao reconhecimento dos filhos ilegítimos por meio de escritura pública para que pudessem herdar de forma universal.⁹

No Código Civil de 1916, houve a proibição do reconhecimento dos filhos incestuosos ou adulterinos. Estes seriam, ainda, uma subdivisão dos filhos ilegítimos espúrios, nos quais os incestuosos seriam aqueles que ambos os genitores tem impedimentos matrimoniais, enquanto que os adulterinos tem pelo menos um dos genitores com impedimento, por já ser casado.¹⁰ Aludido isso, existia apenas a permissão do reconhecimento de filhos ilegítimos por meio de escritura pública. Esse entendimento tinha como base a dificuldade que era encontrada, na época, de obter o reconhecimento da paternidade de forma técnica, em virtude da inexistência de dados científicos aptos a isso.¹¹

A Constituição de 1937 determinou aos filhos naturais a igualdade com os legítimos, de forma a facilitar o reconhecimento deles, e isso implicava inclusive os direitos e deveres inerentes àqueles.¹² Com ela, inúmeras leis foram introduzidas no ordenamento brasileiro com o intuito de reduzir as barreiras no reconhecimento da filiação.

Era esse o ordenamento aplicado até ser promulgada a Constituição de 1988, na qual se realizou uma redemocratização pautada inclusive sobre uma concepção mais libertária no que diz respeito à filiação e ao direito de família em si. Mister ressaltar que o conceito de família da Constituição em vigor deve ser interpretado em sentido amplo, e, portanto, com ausência de discriminações, qualificações ou

⁹ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 06 *et seq.*

¹⁰ CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p 595.

¹¹ AGUIAR, Mônica. *Op. cit.*, 2005, p. 10-11.

¹² Art. 126. Aos filhos naturais, facilitando-lhes o reconhecimento, a lei assegurará igualdade entre os legítimos e aqueles os direitos e deveres que em relação a estes incumbem aos pais. (BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1937. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014).

designações de que alguma forma possam depreciar aquilo que foge do padrão até então observado.¹³ Houve a equiparação absoluta entre os filhos, que teve como base o princípio da igualdade entre os mesmos, que será tratado no tópico posterior, e essa mudança ocorreu justamente por conta do reflexo referente ao estado social no plano fático, já que a família pode decorrer ou não da relação de casamento, esta não sendo mais o pilar.¹⁴

Após tal retrospecto ao caminho percorrido no ordenamento brasileiro, conclui-se que a filiação pode ter diversas origens, tendo em vista que a relação entre pai/mãe e filhos é a relação familiar mais profunda e complexa, já que pode efetivamente vir a surgir em qualquer momento da vida dos indivíduos. Nesse sentido observa-se:

O termo filiação apresenta um sentido plural, rico em variações e nuances, caracterizado por um verdadeiro mosaico de possibilidades, que vão desde a origem genética até a convivência cotidiana, digna do estabelecimento de uma relação firme e inabalável. São os múltiplos e variados meios de estabelecer a relação paterno-filial.¹⁵

Salienta-se conveniente ressaltar que estabelecer critérios determinantes para classificar as espécies de filiação não tem o condão de tratar os descendentes de primeiro grau de maneira discriminatória, até porque isso é vedado no nosso ordenamento pelo princípio da igualdade substancial entre os filhos. Com isso, essa categorização representa uma melhor maneira de compreender os aspectos tidos como importantes conectados com os institutos do Direito de Família.¹⁶

O Direito tem um papel importante na sociedade que é o de solucionar conflitos que, muitas vezes, os indivíduos não podem resolver sem auxílio. O chamado *status* de filho está intrínseco naquilo que se conhece como *status familiae*, isso é, o termo fixado para interpretar a situação de um indivíduo dentro de uma comunidade familiar.¹⁷ Esse *status*, portanto, pode ser obtido na filiação de acordo com diversos critérios a serem destrinchados.

O critério legal ou jurídico leva em conta o que o legislador entende como “presunção de paternidade”, de modo que está estabelecido na letra da lei. Isto é,

¹³ VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997, p 86.

¹⁴ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.11-13.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 589.

¹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.466.

¹⁷ VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 66.

“fundado em uma presunção relativa imposta pelo legislador em circunstâncias previamente indicadas no texto legal”.¹⁸ Conforme mencionado, este é condizente aos modos de estipulação do vínculo paterno-filial assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, que são a presunção de paternidade, o reconhecimento voluntário, o reconhecimento por meio de decisão judicial e, por fim, a adoção.¹⁹

O critério biológico, por sua vez, leva em conta elementos científicos e genéticos, e adota contemporaneamente o resultado do exame de DNA, de modo a se apresentar como uma importante contribuição da Ciência ao Direito,²⁰ enquanto que o critério socioafetivo se baseia essencialmente no afeto presente no cotidiano, ou seja, na maneira com que os indivíduos se portam na relação familiar de forma recíproca.²¹ Em regra, o legislador não leva em conta o laço afetivo como um criador de parentesco, com exceção dos casos de adoção ou de reprodução assistida heteróloga, de forma que acaba não dando a devida importância a fatos em que, por mais que o vínculo biológico esteja ausente, a relação paterno-filial é concebida sob o alicerce de uma paternidade juridicamente estabelecida.²²

O Supremo Tribunal Federal, por conta da relevância do tema, já discutiu sobre a prevalência dos critérios socioafetivos da paternidade em detrimento dos critérios biológicos, em uma votação regulamentada pela Emenda Constitucional nº 45/04, admitindo a repercussão geral do tema.²³ Ademais, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, pela Ministra Relatora Nancy Andrighi, aludiu que:

FAMÍLIA. FILIAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IDENTIDADE GENÉTICA. ANCESTRALIDADE. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 326 DO CPC E ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL. [...] A prevalência da paternidade/maternidade socioafetiva frente à biológica tem como principal fundamento o interesse do próprio menor, ou seja, visa garantir direitos aos filhos face às pretensões negatórias de paternidade, quando é inequívoco (i) o conhecimento da verdade biológica pelos pais que assim o declararam no registro de

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 590.

¹⁹ VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 69.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2014, p. 590.

²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.466.

²² VENCELAU, Rose Melo. *Op. cit.*, 2004, p. 70.

²³ JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. Paternidade socioafetiva x biológica. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823292/paternidade-socioafetiva-x-biologica>>. Acesso em: 08 out. 2014.

nascimento e (ii) a existência de uma relação de afeto, cuidado, assistência moral, patrimonial e respeito, construída ao longo dos anos.[...]”²⁴

Convém elucidar um ponto importante de toda essa classificação, no que se refere à ausência de prevalência entre os critérios. Portanto, será necessário analisar cada caso para que se aplique de maneira efetiva o critério, porque cada um tem suas vantagens particulares e não se faz presente hierarquia entre eles.²⁵ Com base nisso, não há *status* de paternidade – isto é, busca-se compreender o embaraço da filiação de acordo com o princípio da supremacia do interesse da criança,²⁶ de forma que deve ser interpretado sob esta ótica.²⁷

2.2 PRINCÍPIO DA IGUALDADE SUBSTANCIAL ENTRE OS FILHOS E DO PLANEJAMENTO FAMILIAR

O princípio norteador do Direito de Família que trata sobre a igualdade entre os filhos está preceituado no artigo 227, §6º da Constituição Federal, e elenca o seguinte: “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmo direitos e qualificações, proibidas quaisquer discriminações relativas à filiação”.²⁸ Consegue-se perceber com isso que, para existir uma igualdade entre os filhos, não se analisa critério algum, nem sequer o biológico.

Vale elencar que, independente da origem dos filhos, podendo ser tanto de caráter biológico como afetivo, deverão ser atribuídos a eles os mesmos direitos e proteções, seja no plano patrimonial quanto no existencial.²⁹ Portanto, um filho não

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1401719 – Proc.2012/0022035-1. Relatora Nancy Andrichi. Brasília, DJ 15 out. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274948/recurso-especial-resp-1401719-mg-2012-0022035-1-stj>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 590.

²⁶ Esse princípio foi instituído pela Convenção internacional dos Direitos da Criança em 1989 e está expresso no ordenamento brasileiro no Decreto nº 99.710/90 e no art. 227 da CF/88. Desse modo, trata-se de um princípio constitucional cuja aplicação é imperativa em todas as medidas concernentes à criança e ao adolescente, não apenas como um critério subsidiário na falta de legislação específica, mas, também, como critério hermenêutico em todos os casos, bem como fonte normativa quando situação concreta demonstrar a insuficiência da lei ou mesmo injustiça. (VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 46).

²⁷ *Ibidem*, p. 72.

²⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.77.

²⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2014, v.6, p. 130.

tem mais direitos que outro por ter sido gerado no casamento enquanto que o outro foi adotado ou gerado antes do casamento – parte-se da ideia de que não há diferença nos deveres que os pais devem prestar e, portanto, não há diferença no modo que deve ser tratado pelo Direito.

Não há mais cabimento para o que o antigo sistema preceituava, quando divergia a filiação entre filhos legítimos e ilegítimos, ou seja, os que foram concebidos dentro e fora do casamento, respectivamente. Isso ocorria por se ter como base a estrutura sólida que o instituto do casamento representava, de modo que essa diferença fazia parte do próprio lugar que esses indivíduos tomavam no núcleo familiar daquela época.³⁰

A igualdade entre a prole deve ser entendida, portanto, em todos os ramos do Direito, não apenas no Direito de Família. Dessa forma, o ordenamento constitucional optou por revogar preceitos do Direito Civil que asseguravam melhores condições no momento da sucessão aos filhos obtidos no casamento, em detrimento dos ilegítimos, que ainda tinham seus reconhecimentos limitados.³¹

Cristiano Chaves e Nelson Rosendal³² inclusive fazem uma relação no que diz respeito entre a igualdade entre os filhos e a dignidade da pessoa humana, observada tanto pelo Código Civil de 1916 quanto pelas Constituições anteriores, no qual aquela é a medida que concretiza esta. Portanto, para eles, desrespeitar esse princípio do Direito de Família, significaria desrespeitar também um direito fundamental do indivíduo, que é a observância da dignidade da pessoa humana e seus efeitos na sociedade.

O princípio do planejamento familiar, por sua vez, é bastante vasto e trata de diversos pontos, como, primeiramente, a limitação de natalidade, com vista a precaver que famílias se instituem sem capacidade financeira para se manter, utilizando-se de ações preventivas e educativas. A responsabilidade parental também é tratada nesse âmbito de discussão, levando em consideração o comportamento dos indivíduos no ambiente familiar. Por fim a garantia de que todos

³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p.81.

³¹ CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito de Família e das Sucessões**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 107.

³² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 130.

têm direito de constituir uma família, abrangendo neste o direito que todo indivíduo tem de reproduzir-se.

Esse último ponto de abordagem permite-nos avançar em particular no que diz respeito à “Lei nº 9.263/96, que estabelece uma política de planejamento familiar, entendido como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole (art. 2º)”.³³ Ocorre que ainda há discussões no que diz respeito ao planejamento familiar e à inserção da reprodução assistida nesse campo, como se pode observar no julgado abaixo:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ART. 226 DA CF E LEI Nº 9.263/96. DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL. TRATAMENTO. DIREITO SUBJETIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA. URGÊNCIA. INOCORRÊNCIA. I - A norma constitucional que cuida do planejamento familiar (art. 226, da CF), bem como a Lei nº 9.263/96, que o regula em nível infraconstitucional, determinam o respeito à liberdade de decisão do casal acerca da prole e, abarcados nessa seara, o dever estatal de propiciar recursos (educacionais e científicos) para o exercício desse direito, assim como, por consectário lógico, a vedação de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas que impeçam a implementação do planejamento familiar. II - Nessa esfera de respeito e garantia à liberdade de planejamento familiar assegurados constitucionalmente, que se insere o dever estatal (educacional e científico) previsto no tratamento normativo. Não se olvida que ao Estado incumbe, em seu papel solidarista e humanista, dispensar a assistência necessária ao exercício do direito de planejamento familiar, inserida nesse contexto a assistência à concepção e à contracepção. Tal dever de assistência, todavia, não inclui nem autoriza direito subjetivo constitucional à reprodução in vitro. III - Não se vislumbra imprescindibilidade à saúde da Autora do tratamento pleiteado (inseminação artificial), de forma a comprometer a sua integridade física, não obstante respeitar-se a louvável pretensão deduzida, a maternidade.³⁴

Com isso, nota-se que, por mais que seja um dever estatal auxiliar as pessoas a realizarem o sonho de constituir uma família – tendo em vista que isso é um direito de todo cidadão – no que diz respeito a arcar com os procedimentos de inseminação artificial, ainda há certo óbice. Atualmente, já se consegue observar decisões em outro sentido, como se verá posteriormente no tópico referente ao direito à reprodução, mas ainda de forma muito tímida.

A necessidade de se organizar em família já se vislumbra há muito tempo, de forma que o homem, reza absoluto acerto o dito popular, não é uma ilha. Conforme

³³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p.132.

³⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal – 2ª Região. Apelação Cível n. 398948 – Proc.2005.51.01.004958-3. Relator Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer. Rio de Janeiro, DJ 24 jul. 2007. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205416/apelacao-civel-ac-398948-rj-20055101004958-3>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

preceitua Aristóteles, ele não tem condições de se desenvolver sozinho; apenas na presença dos demais membros de sua espécie. Dessa forma, a família encontra-se nesse cenário como célula social elementar.³⁵

2.3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Ao iniciar a temática, é cediço tratar sobre o conceito de Reprodução Humana Assistida, para que, a partir disso possamos tratar de seus pressupostos. Portanto, esta “é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade”.³⁶

Observa-se que a reprodução humana assistida consiste essencialmente na necessidade que uma parte da sociedade tem do auxílio da tecnologia para que possa reproduzir, tendo em vista diversos problemas médicos que os impossibilita de realizar tal anseio sem colaboração externa da ciência.

Segundo Guilherme da Gama, não se faz demasiado ressaltar o prestígio da reprodução humana na história da civilização que enalteceu a fecundidade e depreciou a esterilidade, ainda em seus primórdios, ocorrendo, em determinados momentos da história, a rejeição da mulher estéril não apenas em seu núcleo familiar, como também na sociedade em si.³⁷ Em termos históricos, no entanto, as pesquisas sobre a esterilidade masculina são relativamente atuais, tendo em vista que não se contemplava a possibilidade do problema da infecundidade ser do homem.³⁸

Originalmente, as técnicas de reprodução assistida foram utilizadas como forma a evitar problemas relacionados com a infertilidade do casal, ou de apenas um deles, para tornar possível o desejo da paternidade e/ou maternidade oriundo do próprio

³⁵ GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. *In*: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 6, n. 22, abr./jun. 2005, p. 151.

³⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 193.

³⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.636.

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 18.

material genético de ambos – isto é, as técnicas foram inicialmente idealizadas no campo do aproveitamento da própria informação genética do casal, e são essas as técnicas reprodutivas homólogas³⁹ que serão objeto de estudo deste trabalho.

Aduz observar o fato de que os casais que antigamente não teriam capacidade alguma para gerar um filho pelo meio natural de reprodução, atualmente, devido ao grande avanço nas pesquisas tecnológicas referentes à reprodução humana assistida, têm alternativas para que essa vontade de ter filhos se torne real. Como nada que envolve o ser humano é uma ciência exata, a reprodução assistida é apenas uma possibilidade a mais de efetivar a ânsia à filiação que o casal exprime, e cabe ao profissional da saúde avaliar as chances de tal prática obter êxito.

2.3.1 Causas e efeitos

São inúmeros os motivos pelos quais os indivíduos querem deixar sua descendência no mundo. Portanto, a pressão pode vir tanto da cultura, da vontade de acolher os aspectos místicos e religiosos, da situação político-econômica, da própria família, ou, em alguns casos, pela simples satisfação pessoal relacionada à vaidade ou ao medo de desaparecer o legado familiar.⁴⁰

Com os avanços científicos fazendo parte do atual cenário cotidiano, se faz necessário regular as possíveis implicações de tais mudanças na sociedade. Deve-se ter em mente que a Ciência busca um processo permanente de investigação e de liberdade que não se pode evitar, tendo em vista que tem como foco estender o âmbito do saber humano cada vez mais. Esse objetivo que ela traça, portanto, pode conseguir alcançar conseqüências esperadas ou inesperadas, tanto no que se refere à sua execução quanto ao seu resultado.⁴¹

A evolução da biotecnologia permite a formação de famílias com dificuldades para levar uma gestação da maneira habitual, seja por conta da infertilidade ou porque o

³⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.635.

⁴⁰ GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. *In*: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.6, n. 22, abr./jun. 2005, p. 143.

⁴¹ GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

método natural a torne de risco. Tem-se por infertilidade o fato de um ou ambos os cônjuges serem incapazes de proporcionar uma gestação, tanto por causas funcionais como por causas orgânicas, pelo tempo mínimo de dois anos sem estarem utilizando métodos contraceptivos e, nesse tempo, ainda terem uma vida sexual ativa. A esterilidade, por sua vez, se configura no momento em que os meios terapêuticos disponíveis não conseguem obter a cura.⁴²

A inquietude é milenar com relação à reprodução e a descendência, no que se refere a cultura ocidental. A família, caso se leve em conta variáveis no tempo e no espaço, representa mais do que uma célula mater da sociedade, que incessantemente denotou o meio de perpetuação da espécie humana.⁴³

A evolução da tecnologia, em específico da reprodução assistida, veio para facilitar a vida da sociedade e tornar possível práticas que não se realizariam sem ela. Portanto, tem-se como causa para o desenvolvimento de tal técnica permitir que todos tenham a chance de se organizar familiarmente, de modo que tenta, com isso, permitir que os que não conseguem pelo método tradicional ainda tenham esperanças e meios para atingir seus objetivos sociais.

Observa-se que uma mulher que não pode gestar um embrião no útero não era capaz de ter um filho, porém, hoje em dia, por meio da reprodução assistida, pode ocorrer a fecundação de seu óvulo com o espermatozoide do seu parceiro no laboratório, e sua concepção seria, assim, por meio de uma gestação por substituição. Outro exemplo de como a reprodução assistida permite alcançar situações nunca antes pensadas é de um homem que tem um percentual de fertilidade baixo – portanto, tem dificuldade de engravidar uma mulher – conseguir que seja realizada a concepção em laboratório e, posteriormente, que se implante o concepturo no útero materno.

Pode-se observar a necessidade de realização e ampliação da reprodução humana assistida quando se faz uma análise da quantidade de indivíduos que dependem desta para poder reproduzir. Com isso, no mundo, de dez a vinte por cento dos casais sofrem de infertilidade, e esse número ainda pode aumentar em mais dez por

⁴² ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 229.

⁴³ GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. *In*: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a.6, n. 22, abr./jun. 2005, p. 143.

cento, se forem levados em consideração os casais que queriam ter mais filhos, porém não conseguem.⁴⁴

Tal método, contudo, ainda não é acessível a toda a população por ser um investimento bastante oneroso para a maioria, e àqueles que podem arcar com tal prática o resultado positivo não pode ser garantido, tendo em vista que tudo que envolve o corpo humano não pode ser uma ciência exata. Desse modo, os efeitos da reprodução assistida não são garantidos e devem ser observados de maneira criteriosa para que não desrespeite os preceitos éticos.

Guilherme da Gama⁴⁵ elenca três aspectos nos quais as causas e efeitos são mais presentes, que são os médicos, religiosos e psicológicos. Costuma-se tratar com bastante profundidade o primeiro aspecto citado, por ser o mais manifesto e evidente, porém as duas outras vertentes também têm grande influência na sociedade e, por isso, devem ser observadas também pelo Direito.

O aludido doutrinador, com isso, afirma que a postura religiosa frente a determinados temas acaba por influenciar no modo como as questões que envolvem a reprodução assistida são tratadas, se as normas jurídicas devem ser mais liberais ou mais rígidas. Aduz também que os aspectos psicológicos não envolvem apenas o casal que está sendo exposto ao método, mas sim o indivíduo nascido por reprodução assistida, não deixando ainda de incluir também o terceiro que por ventura possa fazer parte, por exemplo, como doador, de modo que as técnicas utilizadas não afetem posteriormente nenhum desses indivíduos elencados.⁴⁶

2.3.2 Direito à reprodução

Há quem entenda que, a busca intensa e desenfreada de métodos artificiais, com o objetivo de ter um filho a qualquer custo, torna o próprio desejo algo artificializado.⁴⁷

Michel Tort, concordando com tal entendimento, revela que quando o indivíduo

⁴⁴ ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 229.

⁴⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: o Biodireito e as Relações Parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 633 *et seq.*

⁴⁶ *Ibidem*, p. 659-660.

⁴⁷ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da Reprodução Assistida. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis**: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/DelRey, 2002, p.393.

recorre à reprodução assistida para procriar, acaba comprometendo esse desejo, mesmo que momentaneamente, por ser uma programação fixa, estável e calculável, comparando esse processo, inclusive, com um funcionamento bioindustrial.⁴⁸

No que tange à existência de um direito à reprodução, elenca Guilherme da Gama⁴⁹ que se mostra congruente o tratamento a respeito do direito à reprodução como uma das disposições dos direitos fundamentais e, isso posto, torna-se essencial ao respeito à integridade físico-psíquica da pessoa, no campo de estudo dos aspectos civis do ingresso às técnicas de reprodução assistida.

Dentre esses direitos fundamentais, expressamente referido no artigo 5º, *caput*, da CF/88, encontra-se o direito à vida, que é composto por elementos materiais e imateriais, integrando-se na fonte inicial de todos os bens jurídicos remanescentes tutelados pelo ordenamento, e, dentro desse mesmo diapasão, nasce também o direito à saúde. Levando tais fatos em conta, pode-se estabelecer de igual forma que, “no campo da saúde relacionada à sexualidade e à procriação, ou seja, aos denominados direitos reprodutivos, o §7º, do artigo 226, também da Constituição, prevê o direito ao planejamento familiar como livre decisão do casal”.⁵⁰

O planejamento familiar está recepcionado na Lei 9.263/96, garantindo-o a toda pessoa – não somente ao casal –, abrangendo métodos e técnicas de concepção e de contracepção,⁵¹ conferindo expressamente, portanto, em seu artigo 1º, o direito de todos de organizarem-se familiarmente.⁵² Tendo em vista tais pontos elucidados pelo princípio norteador do Direito das Famílias, o princípio do planejamento familiar, pode-se notar que este é livre, não permitindo ao Estado e à sociedade instaurarem limites ou condições,⁵³ assim sendo, “o acesso aos modernos métodos de reprodução assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa a realização de projeto de parentalidade”.⁵⁴

⁴⁸ TORT, Michel *apud* MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da Reprodução Assistida. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania – o novo CCB e a *vacatio legis***: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/DeiRey, 2002, p.393-394.

⁴⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 708.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 709.

⁵¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 366.

⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p.132.

⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Op.cit.*, 2013, p.365.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 366.

A sociedade estrutura-se, ainda, de tal forma que nos leva a crer que é essencial e imprescindível constituir família, isto é, não o fazer estaria indo de encontro com todos os padrões moralmente aceitos pela maioria. A possibilidade de poder realizar um planejamento familiar tornou-se mais palpável, portanto, com a ajuda da intervenção da ciência, sendo cada vez mais acessível àqueles que seguem esse padrão social.

É válido elencar um ponto relevante do direito à reprodução quanto tratamos da hipossuficiência do casal, tendo em vista que a utilização de tais técnicas é onerosa e, portanto de difícil acesso a determinados núcleos sociais. Todavia, se levarmos em conta que o direito à reprodução é de todos, isso não deve ser um obstáculo para o desejo de constituir família – com isso, a Vigésima Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, em 2012, prelecionou sobre tal fato, alegando que o Poder Público deverá assegurar tal prática.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SAÚDE PÚBLICA. REPRODUÇÃO HUMANA - FERTILIZAÇÃO IN VITRO. DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO - ART. 196, CF. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA ENTRE A UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. 1) Caso concreto, está comprovado, nos autos, que a autora apresenta patologias que a impossibilitam de ter uma gravidez natural, necessitando da realização do tratamento de reprodução humana assistida - fertilização in vitro, o mais breve possível, haja vista que já conta com 45 anos de idade. Não se pode privar um casal hipossuficiente de gerar um filho. A pretensão de obter o tratamento para fertilização in vitro não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público.[...] ⁵⁵

Contudo, embora a lei em epígrafe não estabeleça de forma direta limitações, seu artigo 9º, parágrafo único, prevê que o amparo às técnicas conceptivas não é absoluto ou irrestrito, de modo que certos requisitos precisam ser satisfeitos para que a realização da reprodução assistida seja exequível, tendo como exemplo um diagnóstico de esterilidade.⁵⁶

O direito à reprodução, portanto, não é ilimitado,⁵⁷ especialmente quando se leva em consideração o fato de que nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos,

⁵⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70047263785. Vigésima Primeira Câmara Cível. Relator: Francisco José Moesch. Julgado em 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21633925/agravo-de-instrumento-ai-70047263785-rs-tjrs/inteiro-teor-21633926>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

⁵⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: o Biodireito e as Relações Parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 636.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 718.

devendo, dessa maneira, ocorrer uma ponderação de interesses, observando as barreiras impostas pelo próprio ordenamento jurídico.⁵⁸

Tal observação acerca do fato de o acesso às técnicas da reprodução assistida não ser absoluto encontra-se totalmente plausível, especialmente quando se leva em conta que nem sempre as pessoas utilizam-se dos avanços biotecnológicos como *ultima ratio*, que é o que deveria ocorrer, de forma que só deve ser aproveitado se for muito difícil ou arriscado pelo método natural.

2.4 O RECONHECIMENTO JUDICIAL DE SUAS TÉCNICAS

Elencados os principais preceitos dos recentes modelos de paternidade, maternidade e sua respectiva filiação, que são resultados da reprodução assistida, é válido separá-los em espécies. Com isso, levam-se em consideração diversos aspectos – por exemplo, a existência de terceiro alheio ao casal que pretende realizar a técnica de reprodução assistida e, de preferência, os tipos de vínculos de parentesco que estão regulados pelo ordenamento jurídico, que podem vir a serem estabelecidos.⁵⁹

Deve-se, primeiramente, elencar o fato de que há indícios acerca do surgimento das técnicas de engenharia humana no Brasil, presente em dois marcos históricos do ordenamento, que são a Lei de Biossegurança, nº 8.947/95, revogada pela Lei nº 11.105/2005, de modo que estabelecem pressupostos com o objetivo de obter segurança e fiscalização no processo de produção de organismos geneticamente alterados, criando o Conselho Nacional de Biossegurança, dispondo inclusive sobre a Política Nacional de Biossegurança. Esses marcos jurídicos, porém, não exaurem o tema pelo simples fato de não tratarem da reprodução assistida de forma direta, portanto, não a regulamentam.⁶⁰

⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação**: o Biodireito e as Relações Parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.718.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 723.

⁶⁰ CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Técnicas de reprodução humana assistida: o direito de nascer do embrião. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26010/tecnicas-de-reproducao-humana-assistida-o-direito-de-nascer-do-embriao>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

No plano jurídico, há diversos preceitos e embasamentos que devem ser analisados no âmbito desses modelos de parentalidade-filiação⁶¹, que são alcançados mediante essas técnicas que permitem a realização da reprodução assistida, de modo que influenciam diretamente na regência da sociedade. As técnicas de reprodução assistida, portanto, tem como fim exercer procedimentos que possibilitem o projeto parental, isso é, não figura sequer como garantia a realização da gravidez – a obrigação do médico, nesses casos, não é de resultado e sim de meio.⁶²

Apresentados tais pontos se faz conveniente ressaltar a diferença entre a reprodução assistida homóloga da reprodução assistida heteróloga, tendo em vista que os efeitos para o âmbito judicial irão depender disto.

A reprodução assistida homóloga consiste na utilização do material genético do próprio casal, ou seja, não existe aqui a presença de terceiro alheio. O que significa que o parentesco, nesses casos, é de origem biológica, estabelecido pela consanguinidade. Se tratando da utilização dos gametas femininos e masculinos de pessoas casadas entre si, a paternidade é presumida (*pater ist est*), estabelecido automaticamente. Essa técnica relativa aos companheiros consiste na não presunção de paternidade, de modo que se a mesma não for reconhecida voluntariamente, poderá ser pela forma judicial.⁶³

A reprodução assistida heteróloga, contudo, consiste na necessidade de utilização do material genético de terceiro alheio, tanto nos casos em que o cônjuge/companheiro utiliza seu material genético e o outro não, por conta de diversos fatores, quanto nos casos em que ambos não podem contribuir. Nessas situações exige-se uma particularidade, que é o consentimento do cônjuge/companheiro para que essa técnica se realize, se o terceiro alheio for o doador de sêmen (material genético masculino), de modo que somente assim pode-se considerar a presunção de sua paternidade, com caráter socioafetivo. No que concerne à cônjuge/companheira, se o terceiro alheio for doador do óvulo (material

⁶¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 724.

⁶² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011, p.352.

⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Op. cit.*, 2003, p. 729 *et seq.*

genético feminino), entende-se que a maternidade decorrerá da vontade, se baseando também ao caráter socioafetivo.⁶⁴

2.4.1 Inseminação artificial (IA)

A inseminação artificial consiste em um método intracorpóreo, por ser realizado sem haver qualquer tipo de manipulação externa do material genético. Consiste basicamente, portanto, na introdução do gameta masculino (espermatozoide) no interior do aparelho genital feminino, no qual permite que a fecundação seja realizada dentro do corpo da mulher.⁶⁵

Essa é a técnica mais antiga da reprodução assistida, tendo em vista que o primeiro nascimento realizado por ela pode ser datado de 1799, mas só foi a partir de 1954 que a técnica do congelamento do esperma evoluiu e tornou-se mais eficiente. A inseminação artificial é utilizada por conta da impotência masculina ou da incompatibilidade sexual que pode vir a existir entre o casal, ou, ainda, por conta de problemas relacionados à qualidade do próprio esperma.⁶⁶

Observa-se que, para o procedimento de realização da técnica de Inseminação Artificial não se faz necessário a produção de embriões excedentários – embriões produzidos em laboratório – tendo em vista que o óvulo é fecundado dentro do útero da mulher. Com isso, pelo fato de que, o embrião só existirá quando houver ocorrido a concepção intrauterina, não há que discutir, do ponto de vista ético, o momento em que se dá o início da vida na IA. Deve-se ter em vista, depois de aduzidas tais explanações, que a IA repete o mesmo processo que irá ocorrer na reprodução tradicional, sendo considerada meramente um auxílio da fecundação, contornando as possíveis deficiências que o casal venha a ter.⁶⁷

⁶⁴ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.734 *et seq.*

⁶⁵ SOUZA, Mariza Cunha de. As técnicas de Reprodução Assistida. A barriga de aluguel. A definição de Maternidade e Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**. v.13, nº 50, 2010, p.350. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2014.

⁶⁶ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 89.

2.4.2 Fertilização *in vitro* (FIV)

A fertilização *in vitro*, por sua vez, consiste em um método extracorpóreo, por ser realizado por meio de uma manipulação externa do material genético que deverá ser utilizado no procedimento. Consiste em retirar os óvulos da mulher e colocá-los em um local nutritivo para que possam se reunir ao espermatozoide, por meio de um tubo de ensaio ou mídia de cultivo. Ocorrendo a fecundação dos mesmos, o embrião ficará criopreservado até o momento em que será colocado no útero da mulher.⁶⁸

Em 1984 foram desenvolvidas técnicas de congelamento e descongelamento, de gametas masculinos e de embriões, que permitiram o surgimento dessa técnica. Interessante ressaltar, inclusive, que o comumente conhecido como “bebê de proveta” é fruto de sua realização.⁶⁹

Essa técnica acarreta uma série de discussões. A primeira delas se refere ao fato de que inúmeros embriões congelados tornam-se excedentes, ou seja, não se destinam à implantação, o que abre o debate sobre o destino dos mesmos. Na Inglaterra, em 1996, os embriões foram destruídos, o que elencou problemas frente aos aspectos religiosos.⁷⁰ No Brasil, embora não exista uma legislação própria sobre isso, é proibida a destruição dos mesmos, sendo destinados a estudos genéticos ou podendo ser doados para bancos de óvulos e sêmens.⁷¹

Há, ainda, uma interessante questão que se dirige apenas à técnica de FIV, no que diz respeito à reprodução assistida *post mortem*. No direito brasileiro, como se sabe, a paternidade não poderá ser dada automaticamente para crianças nascidas 300 dias após o falecimento do marido, tendo que adentrar na controvérsia sobre o momento em que se dá a concepção e a vontade expressa pelo falecido, de modo a

⁶⁸ SOUZA, Mariza Cunha de. As técnicas de Reprodução Assistida. A barriga de aluguel. A definição de Maternidade e Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**. v.13, nº 50, 2010, p.350-351. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2014.

⁶⁹ FERRAZ, Sérgio Antônio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 55.

⁷⁰ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 91-92.

⁷¹ SOUZA, Mariza Cunha de. *Op. cit.*, 2010, p. 352.

estabelecer a paternidade e posteriormente verificar seus possíveis direitos sucessórios.⁷²

2.4.3 Gestação por substituição

A gestação por substituição, ou maternidade-de-substituição, não se caracteriza por ser uma técnica distinta das elencadas anteriormente; ela tem a particularidade de poder envolver qualquer uma das técnicas de reprodução assistida, porém a gravidez se relaciona à uma terceira alheia, que não a que resolveu aplicar o seu projeto parental.⁷³ A terceira alheia poderá tanto ser doadora somente do útero, para que possam introduzir o embrião já fertilizado em laboratório (FIV), ou poderá ser doadora tanto do útero quanto do óvulo (IA) – é a chamada comumente de “barriga de aluguel”.

Utilizando-se dessa técnica, se faz importante ressaltar que, independente da hipótese que se utilize, será considerada mãe aquela que reproduziu o óvulo, ou aquela cujo companheiro fecundou-o com seu material genético, ou, ainda, no caso de ser todo doado o material fecundante, será mãe aquela que procurou o útero de aluguel.⁷⁴

Pode-se observar que os contratos onerosos que tratam sobre o regimento do aluguel do útero não têm validade, tendo em vista que a vida humana é um bem indisponível e por isso não pode ser objeto de comércio. Os contratos de gestação voluntária têm uma maior aceitação pelo meio jurídico e pela sociedade, tendo em vista que buscam apenas resguardar os direitos do casal, que está participando do planejamento familiar, e os direitos da terceira que não quer ser mãe.⁷⁵

O que não pode ocorrer é a genitora procurar uma terceira que possa ser sua “barriga de aluguel” por questões meramente estéticas, não querendo passar pelo processo desgastante da gravidez. Só é prevista essa prática de reprodução

⁷² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 734.

⁷³ *Ibidem*, p. 745.

⁷⁴ FERRAZ, Sérgio Antônio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 55.

⁷⁵ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.111.

assistida se a genitora tiver realmente impossibilitada de gestar a criança, devendo ser analisada por um médico para evitar justamente a “coisificação” do ser humano, observando sempre a dignidade da pessoa humana.⁷⁶

2.5 A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO *PATER IS EST* E DO DIREITO À ORIGEM GENÉTICA NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Para a presunção de paternidade, atenta-se que “independentemente da verdade biológica, a lei presume que a maternidade é sempre certa, e o marido da mãe é o pai de seus filhos”.⁷⁷ Contudo, com as mudanças no instituto do direito de família, que saem da legitimidade para a efetividade, se acaba criando um novo caminho para a presunção *pater is est*, de modo que deixa de presumir a legitimidade do descendente apenas levando em conta a origem matrimonial, para passar a presumir também a paternidade em decorrência do estado de filiação, de forma a não depender da sua origem ou concepção.⁷⁸

Os filhos que são frutos de reprodução assistida fazem parte da condição de filho por ficção legal, como previsto na Codificação vigente (art. 1.597, do CC, incisos III, IV e V).⁷⁹ Por conseguinte, observa-se que:

Se o falecido não consentiu expressamente o uso de seu embrião, após o seu óbito, mas o deixou congelado e a esposa veio a utilizá-lo, embora não seja caso de incidência da presunção de paternidade, será o caso de determinação biológica da filiação. Em outras palavras, o filho não ficará sem pai.⁸⁰

Embora o quadro legislativo nacional não abarque uma lei de reprodução assistida, alguns Projetos de Lei destinam-se a conduzir o tema, e um deles é o PL 120/03, apresentado pelo deputado Roberto Pessoa, que prevê a possibilidade de

⁷⁶IPPOLITO, Clarice D. Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.366.

⁷⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 335.

⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p.593.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 604.

investigação de paternidade de nascidos por reprodução assistida.⁸¹ Portanto, não incidindo a presunção *pater ist est*, no caso de descumpridas as prescrições do Enunciado 106 da Jornada de Direito Civil elencadas anteriormente, caberá ajuizar ação de investigação de paternidade *post mortem* a fim de adquirir o reconhecimento de seu estado filiatório.⁸²

Deve-se observar que a reprodução assistida *post mortem* é uma espécie de reprodução homóloga, e, portanto, utiliza-se o material genético do casal no laboratório, de forma que não há a possibilidade da filiação advinda por esses meios não ser reconhecida por meio da presunção de paternidade. O fato de não ter o consentimento do *de cujus* não justifica tal prática, o instituto da filiação sobrepõe esse argumento.

No que diz respeito aos direitos familiares e identitários, estes permanecem garantidos⁸³ – no entanto, ao que se refere aos direitos sucessórios, a questão da inseminação artificial *post mortem* ainda encontra-se controversa.

O surgimento das técnicas de reprodução traz, além da discussão sobre a presunção de paternidade, a discussão sobre a aplicabilidade do direito à origem genética no campo da reprodução assistida.⁸⁴ Com isso, se observa que são duas situações distintas, na qual a primeira tem natureza de Direito de Família, enquanto que a segunda tem natureza de direito da personalidade.⁸⁵

Considera-se tal apontamento necessário quando se fala da reprodução assistida heteróloga, tendo em vista que esta dependerá da doação de material genético, de forma que poderá coexistir uma relação biológica e uma afetiva. Vale destacar que o doador de gametas não pode ser tido como alguém alheio ao concebido, estando ligado aos atos futuros, como no caso de poder ter herdado alguma doença genética ou na possibilidade de configurar uma relação incestuosa.⁸⁶

⁸¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013, p. 207.

⁸² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 603.

⁸³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Op. cit.*, 2013, p. 214.

⁸⁴ LEAL, Juliana Pereira Araújo. O direito à origem genética. *In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). A Família na Contemporaneidade*. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 70.

⁸⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. *In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). Temas Atuais de Direito e Processo de Família*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 340.

⁸⁶ LEAL, Juliana Pereira Araújo. O direito à origem genética. *Op. cit.*, 2007, p.70.

Os países, em sua maioria, detêm alguma legislação a respeito, já que esse direito está elencado até na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da ONU de 1989,⁸⁷ de modo que se faz totalmente necessário buscar a defesa do direito à origem genética, mesmo o anonimato sendo a regra, já que o indivíduo tem o direito de saber quem é seu pai/mãe biológico, mesmo que disso não decorra relação paterno-filial com o(a) mesmo(a).⁸⁸

Há o encontro de dois direitos fundamentais, tanto o direito à intimidade assegurado ao doador, quanto o direito à vida assegurado a criança concebida pela reprodução medicamente assistida, e este engloba inclusive inúmeros direitos, como, o direito à identidade, dignidade, historicidade e à informação da sua ascendência genética. Quando se analisam esses dois direitos fundamentais, pode-se chegar à conclusão de que o direito à vida irá prevalecer sobre o direito à intimidade, por acabar refletindo no desenvolvimento do indivíduo no que se refere ao ponto de vista físico, mental e social.⁸⁹

Para poder assegurar a observância do direito da personalidade, não há necessidade de se realizar uma investigação de paternidade, tendo em vista que não tem como objetivo, nesse caso, instituir uma relação de parentesco ou efeitos decorrentes do direito de família. Todavia, a jurisprudência, tanto do STF quanto do STJ, “reflete a confusão que se faz entre direito da personalidade, inerente/inato à pessoa, em seu âmbito individual e personalíssimo, e o reconhecimento ou contestação do estado de filiação, que pode ou não ter origem biológica.”⁹⁰ Nesse sentido, observa-se o que foi aludido:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA - CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-

⁸⁷ Art. 7º. A criança deve ser registrada ao nascimento e ter um direito ao nome, e o direito a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de ser criada por eles. (BRASIL. **Decreto nº 99.710**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014).

⁸⁸ LEAL, Juliana Pereira Araújo. O direito à origem genética. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). **A Família na Contemporaneidade**. Salvador: JusPodivm, 2007, p.70.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 71.

⁹⁰ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 341-343.

se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.⁹¹

No que se refere ao Superior Tribunal de Justiça, embora tratar-se de caso de natureza de direito de família e não do direito à origem genética, foi decidido que “na fase atual da evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência tem proclamado idônea e eficaz”.⁹² Contudo, existe um estreito limite para a aplicação da Súmula nº 301 do STJ,⁹³ tendo em vista que não há possibilidade de alegá-la com o fim de desconstituir uma paternidade existente socioafetiva, por exemplo, para investigar a filiação biológica daquele que não quis assumir a paternidade.⁹⁴

Pode-se concluir, com isso, que, se existir colisão de direitos fundamentais, se fará necessária a utilização de critérios hermenêuticos ou do instituto da ponderação de interesses, de forma a não ser recomendado o sacrifício prévio de um direito em benefício do outro.⁹⁵ Ademais, não se deve analisar essa preponderância de forma absoluta, devendo-se observar o caso concreto para ver qual direito fundamental irá prevalecer. Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que:

É necessário reconhecer que o princípio que veda o abuso de direito deve ser materialmente considerado para limitar internamente o próprio direito que, desse modo, somente poderá ser exercido pelo titular se, e quando, não for nocivo ao interesse social. O abuso de direito, portanto, serve como limite interno ao próprio direito, e normalmente se verifica quando o exercício do direito, de maneira antissocial, concretiza séria e fundada ameaça à fruição dos direitos de outras pessoas, acarretando objetiva desproporção – sob o prisma axiológico – entre a utilidade do exercício do direito e as consequências que as demais pessoas precisam suportar.⁹⁶

O direito à origem genética, portanto, caracteriza-se como um direito da personalidade, sendo elemento indispensável para a individualização e para o

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.373/RS. Relator: Francisco Rezek. Julgado em 10 nov. 1994. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs>>. Acesso em: 07 out. 2014.

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2224445 – Proc. nº 1999/0061055-5. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292991/recurso-especial-esp-222445-pr-1999-0061055-5>>. Acesso em: 08 out. 2014.

⁹³ Súmula nº 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.2009).

⁹⁴ MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 613.

⁹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. In: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 344.

⁹⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 910.

entendimento que o indivíduo faz de si mesmo. Dessa forma, esse direito deve ser relativizado em função do caráter absoluto do anonimato, de modo a evitar lesão à integridade física e psíquica do concebido por reprodução assistida heteróloga.⁹⁷

2.6 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

A partir do momento que se tornou possível a realização da concepção póstuma, ela tem sido vista, em alguns contextos sociais, como um consolo ao amedrontamento que o homem tem da morte. Os jusnaturalistas são contra essa prática, tendo em vista que pregam uma posição do homem em conformidade com a natureza, na qual esta não se encaixa. Contudo, as leis referentes a esse tema são bastante diversas ao longo do mundo.⁹⁸

A Lei Alemã 745/1990 chega a prever a quem realize reprodução assistida *post mortem* uma pena privativa de liberdade de até três anos ou multa, considerando-se que a maioria dos doutrinadores alemães entendem que essa prática é uma ofensa aos bons costumes, já que acreditam que, após a morte, não há mais que se falar na capacidade de deliberação sobre o destino dos gametas. O ordenamento português inicialmente também vedava tal forma de reprodução, contudo, um decreto de 1999 passou a permitir desde que houvesse prévio consentimento e que fosse feito com até três meses seguintes ao falecimento.⁹⁹ O ordenamento espanhol, por sua vez, passou a prever tal atuação, devendo haver o consentimento do falecido por meio de testamento ou por meio de registro em cartório, além do fato de que só poderá ocorrer em até doze meses do falecimento, admitindo apenas o direito de filiação do concebido.¹⁰⁰

Elencados tais pontos norteadores, deve-se ter uma explanação sobre o significado de reprodução humana assistida *post mortem* e como tal prática reflete-se no Direito. É conveniente elucidar que essa circunstância diz respeito à fecundação homóloga, ou seja, quando o material genético utilizado na reprodução assistida consiste nos gametas masculinos e femininos do próprio casal.

⁹⁷ LEAL, Juliana Pereira Araújo. O direito à origem genética. In: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). **A Família na Contemporaneidade**. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 74.

⁹⁸ WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 72-74.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 75-76.

¹⁰⁰ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 617.

Convém tratar da conceituação da reprodução assistida *post mortem*, isso é, quando já falecido o marido que realizou a doação da informação genética anteriormente, “naturalmente, para que a hipótese se torne viável faticamente, é preciso que o sêmen ou o próprio embrião tenham sido preservados criogenicamente e somente implantados no corpo da mulher após o óbito de seu esposo”.¹⁰¹ Elencados tais preceitos, pode-se dizer que:

Com base nos avanços científicos, é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.¹⁰²

Ressalta-se que a reprodução assistida *post mortem* pode ocorrer no caso de morte da mulher também. Contudo, nessa situação, o óvulo dela teria que estar criopreservado – ou então o próprio embrião – de forma que, após ser fertilizado, seria implantado em um útero alheio. Essa prática, feita por meio da técnica de gestação por substituição, é a mais nova na área, de acordo com a citação feita acima.

O inciso III que trata da inclusão feita pelo legislador da matéria no art. 1.597 do CC, referente à filiação e à reprodução assistida, embora tímida, tem dado abertura para diversas discussões e debates, quando diz “mesmo que falecido o marido”.¹⁰³ Contudo, há aqueles que interpretam tal inciso de forma diferente, como é o caso de Guilherme Gama, que adverte no sentido de que o inciso quis fazer referência apenas ao estabelecimento de paternidade, que seria absoluta e não relativa nesses casos, não querendo dizer que a prática desse tipo de reprodução é aceita e estimulada pelo direito brasileiro. Todavia, este é minoria, de forma que o ordenamento brasileiro entende que tal inciso torna clara e evidente a anuência dessa técnica, além da concessão de presunção de paternidade ao nascido na forma da reprodução assistida póstuma.¹⁰⁴

¹⁰¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 603.

¹⁰² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p..732.

¹⁰³ Art.1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.201).

¹⁰⁴ WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida: aspectos do biodireito e da bioética**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 82.

2.7 DOS LIMITES JURÍDICOS E BIOÉTICOS DA FECUNDAÇÃO *POST MORTEM*

Adriana Maluf faz uma reflexão válida no sentido de ser necessária uma avaliação, referente aos reais benefícios que os progressos tecnológicos irão de fato ocasionar à sociedade, defluindo inúmeras indagações bioéticas.¹⁰⁵ Em uma época que se observou a crise de valores, dentre eles os morais, filiada à evolução das pesquisas e aplicações biotecnológicas, nasceu a bioética.¹⁰⁶ A palavra “bioética” é um neologismo de vida e ética, e é decifrado como a ética da vida.¹⁰⁷ Importante esclarecer que:

O termo Bioética surgiu na década de 1970 e tinha por objetivo deslocar a discussão acerca dos novos problemas impostos pelo desenvolvimento tecnológico de um viés mais tecnicista para um caminho mais pautado pelo humanismo, superando a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e os valores estudáveis pela ética.¹⁰⁸

A bioética, portanto, “deve ser considerada como um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, na perspectiva de aclarar e resolver questões éticas decorrentes dos avanços da biotecnologia”.¹⁰⁹ Observa-se que o avanço científico não deve ser apartado da relevância da pessoa humana, levando em consideração que a própria justificação da ciência é a vida humana.¹¹⁰

Na reprodução medicamente assistida, a bioética figura como uma via de resgate da dignidade da pessoa humana em contrapartida aos avanços técnico-científicos na área da saúde, por meio de um diálogo multidisciplinar e pluralista. Dessa forma, atua como um contrapoder moderador, atuando de forma democrática com base em orientações práticas.¹¹¹ Convém ressaltar ainda que, não é porque uma coisa é cientificamente possível de ser realizada que será moral e juridicamente aceita, de

¹⁰⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed., São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 04.

¹⁰⁶ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38.

¹⁰⁷ CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. In: PASSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 30.

¹⁰⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Op. cit.*, 2013, p.07.

¹⁰⁹ VIEIRA, Tereza Rodrigues de *apud* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p.39.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹¹¹ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e Reprodução Medicamente Assistida. In: PASSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 164.

forma que a dignidade humana é considerada um valor ético que deverá ser observado e regulado pela aplicabilidade da bioética.¹¹²

A bioética, portanto, é considerada como um instrumento de humanização do avanço biotecnológico, por meio da clarificação da comunidade científica propriamente quanto ao fato de ser fundamental se pensar de forma ética sobre o trabalho de pesquisa científica e a realização das descobertas nesta área.¹¹³ Assim, esse ramo rege e influencia os progressos tecnológicos, inclusive a reprodução humana assistida, a qual este trabalho se refere, juntamente com outro campo do conhecimento jurídico, que surgiu em decorrência do primeiro e tornou-se independente – o biodireito. Nesse sentido, elucida-se que:

O desenvolvimento das discussões bioéticas no âmbito de todos os interessados, especialmente as pessoas humanas como integrantes da civilização atual e que se preocupa com as gerações futuras, deve conduzir à fixação de pontos de consenso que deverão integrar o biodireito no contexto de regras positivas no Direito interno de cada país, sendo que parte de tais pontos se relaciona ao mínimo de moralidade universal e o restante, fruto do consenso.¹¹⁴

O biodireito deve-se ao fato da junção entre a bioética e o Direito, sendo um novo ramo jurídico que examina as relações entre o direito e os avanços tecnológicos, ligados à medicina e a biotecnologia.¹¹⁵ O objeto de estudo da bioética e do biodireito coincidem, porém, o alcance que cada um exerce é singular, e tanto o é, que um exerce influência sobre o outro.¹¹⁶

As atuações das chamadas “ciências da vida”, que têm a capacidade de trazer grandes contribuições à sociedade, contêm riscos potenciais ameaçadores e que não podem ser previstos, e, por isso, os profissionais na área da saúde devem prestar atenção para não ultrapassarem os limites éticos instituídos pela proteção ao ser humano e à sua vida, integridade e dignidade.¹¹⁷

Tendo em vista tais circunstâncias referentes à aplicação e atuação do biodireito, pode-se notar que “não impedir os avanços das ciências e ao mesmo tempo impor

¹¹² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 41.

¹¹³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 36.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

¹¹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 16.

¹¹⁶ CASABONA, Carlos Maria Romeo. O Direito Biomédico e a Bioética. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p.24.

¹¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 43-44.

limitações a uso das descobertas científicas é o papel do direito.”¹¹⁸ O biodireito, como disciplina jurídica, utiliza-se do método dogmático, embora faça uso também do conhecimento zetético para sua criação. Para resolver conflitos, essa disciplina parte da análise da situação em concreto, mas baliza-se em dogmas, isso é, a norma.¹¹⁹ Mister ressaltar que:

Não conhece o quadro legislativo brasileiro uma lei que regule a procriação artificial assistida. Apenas a Resolução do Conselho Federal de Medicina de nº 1.957/10 que revogou a Resolução anterior de nº 1.358/92 garante-lhe os parâmetros básicos visando solucionar o problema da infertilidade, embasando-se nos preceitos bioéticos.¹²⁰

A interdisciplinaridade desses dois campos é indispensável, de modo que o Direito acaba por contribuir nos debates, litígios e resultados dos temas, em razão das repercussões das averiguações e das conclusões práticas da Biotecnologia nesse meio.¹²¹ Desse modo, devem contemplar eticamente em virtude da melhor forma de reger uma postura comportamental para ser prestada à pessoa humana, à sociedade e à natureza.¹²² Conclui-se, portanto, que tanto a bioética quanto o biodireito têm como pressuposto a força da norma, levando em conta o efeito judicializante que a bioética contém, e a grande função desses dois institutos é assegurar os direitos fundamentais, mesmo que façam uso de técnicas distintas de abordagem que, no final, se preenchem.¹²³

Entende-se que não tem como a legislação acompanhar todo o desenvolvimento da biotecnologia; além disso, não tem como o ordenamento jurídico apresentar leis específicas para cada âmbito inovador que a Biotecnologia alcança.¹²⁴ O Direito, então, como instrumento que rege a sociedade, deve buscar de maneira satisfatória meios para que tal regulação atenda aos seus propósitos, de forma que essa atuação conjunta com a bioética torna-se essencial para a uma boa inserção da reprodução humana assistida na sociedade, sem ferir preceitos biológicos e jurídicos.

¹¹⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p.17.

¹¹⁹ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belo Horizonte: DelRey, 2011, p. 13.

¹²⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Op. cit.*, p. 212.

¹²¹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.49.

¹²² *Ibidem*, p. 49-50.

¹²³ SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Op. cit.*, 2011, p. 14.

¹²⁴ FILHO, José Roberto Moreira. Da Bioética ao Biodireito: o grito da biotecnologia em face do silêncio da lei. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, a.16, nº 379, 2012, p. 30.

2.7.1 Da ausência de consentimento do *de cuius*

Há uma grande parte da doutrina que defende a posição de que “somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após seu falecimento”,¹²⁵ levando em conta principalmente o fato de que o princípio da autonomia da vontade regula a aplicação do material genético,¹²⁶ e além disso, que deve-se proteger o direito da filiação a uma estrutura familiar feita pelos dois pais.¹²⁷ Todavia, há aqueles que defendem essa aplicação, de forma a argumentar se baseando no direito da criança a existência. Isso posto, convém ressaltar que a morte, no caso da fecundação artificial *post mortem*, atua como circunstância revogadora da admissão à utilização da técnica médica,¹²⁸ como esclarece abaixo:

Pode-se afirmar que deve haver um consentimento prévio à criopreservação do sêmen e óvulo, revogável, porém, a qualquer tempo, desde que antes de realizada a inseminação propriamente dita. A morte opera, *ipso facto*, como revogação desse consentimento, pois, quando da fecundação ele deve ser reiterado.¹²⁹

Observa-se que a ausência do *de cuius* para que se permita a utilização do material recolhido em laboratório é o meio mais adequado para que a reprodução humana assistida *post mortem* seja feita. Todavia, deve-se, de uma maneira geral, buscar analisar essencialmente o caso concreto, buscando principalmente uma ponderação de interesses, não podendo haver tal exigência.

Por conta de tais controvérsias doutrinárias, consolidou-se¹³⁰ a compreensão de que a mulher, que realizar a fertilização assistida com o material genético do falecido, deverá estar ainda na condição de viúva, devendo haver uma autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. O Enunciado ao

¹²⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9.ed. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 2013, p.376.

¹²⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁷ AGUIAR, Mônica. **Direito à filiação e bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 117

¹²⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 117-118.

¹³⁰ O Enunciado n. 106 aprovou entendimento de que para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (BRASIL. I **Jornada de Direito Civil**. Disponível em: < <http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2014).

qual essa posição foi obtida quis, com isso, definir que “descumpridas tais prescrições, não incidirá a presunção *pater ist est*.”¹³¹

2.7.2 Da família monoparental

A família monoparental entende-se como o núcleo familiar composto por um dos ascendentes e seus descendentes. Ela pode ser classificada como originária ou superveniente, inclusive nos casos de reprodução assistida. A originária ocorre quando a família inicialmente se constitui dessa forma, como nos casos de “reprodução independente”. Já a superveniente ocorre quando a família se inicia composta por duas pessoas, mas sofre algum fator que a torna monoparental, como o caso da reprodução assistida *post mortem*.¹³²

Portanto, a reprodução assistida *post mortem* acaba por formar um núcleo familiar contemporâneo, no qual pode ser formado pela mulher e seu filho fruto de uma das técnicas de criopreservação ou um homem com seu filho fruto de uma gestação por substituição análoga a uma dessas técnicas.

Pablo Stolze observa que “reconhecida a sua condição de entidade familiar, todas as regras de Direito de Família lhe são aplicáveis, não sendo possível fazer qualquer discriminação ou tratamento diferenciado”¹³³.

Inclusive a Constituição Federal enaltece o reconhecimento desse novo núcleo familiar, em seu artigo 226, §4º, quando diz que “entende-se também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”,¹³⁴ de modo que não há mais divergências sobre a sua existência.

Vale-se observar ainda que esse tipo de estrutura familiar não é essencial à reprodução assistida *post mortem*, tendo em vista que podem ocorrer situações em que posteriormente torne-se uma família reconstituída ou recomposta, por conta do critério da paternidade ou maternidade socioafetiva que podem surgir se,

¹³¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 603.

¹³² GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 508.

¹³³ *Ibidem*, p. 513.

¹³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p. 76.

respectivamente, a viúva ou viúvo constituírem um novo afetivo. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald trazem uma observação interessante sobre esse assunto, quando dizem que “a família recomposta pode, por igual, ser decorrente de uma anterior família monoparental, na comum hipótese de uma mãe solteira que resolve, posteriormente, constituir casamento ou união estável com terceira pessoa”.¹³⁵

Dessa forma, o nascido por reprodução assistida *post mortem* pode acabar tendo um pai ou mãe socioafetivos, enaltecendo o fato de que a família monoparental pode ser um caráter transitório e não essencial desde núcleo familiar. O acréscimo de sobrenome do padrasto/madrasta pode ocorrer, preenchendo os requisitos legais, porém não terá efeitos jurídicos, nem sequer efeitos alimentares ou sucessórios,¹³⁶ o que ainda nos leva a discussão dos direitos sucessórios na reprodução humana assistida *post mortem*.

2.7.3 Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013

O Direito precisa estar sempre aberto para tratar de situações novas que surgem com a mudança constante da sociedade, tendo em vista que seu objetivo é organizá-la em prol de uma convivência ideal.

Na medida em que as pesquisas avançam, seus efeitos, quais sejam, a capacidade de influência e atuação, acabam por alcançar de forma mais ampla a sociedade, que se encontra sem o respaldo efetivo do Direito. Há uma ausência de legislação específica sobre a reprodução assistida, o CC embora apresente diretrizes aplicáveis acaba por divergir a doutrina na interpretação, de modo que foi a Resolução do Conselho Federal de Medicina de 1992 que iniciou a tentativa de regulação desse campo.

A Resolução nº 1.358/92 preceituava essencialmente normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, sobre que tipo de usuário tem capacidade para passar por esse processo, os deveres das clínicas, centros ou serviços que aplicam tais técnicas, como a doação dos gametas ou pré-embriões

¹³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p.108.

¹³⁶ *Ibidem*, p.110-111.

deve ser realizada e como tais técnicas podem ser usadas como diagnóstico e tratamento para doenças genéticas ou hereditárias.¹³⁷

Como uma norma geral de aplicabilidade da reprodução assistida, a Resolução expressava que, “as técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente”.¹³⁸ Posterior a essa resolução, surgiu a Resolução CFM nº 1.957/10, que elencava um ponto importante no que se refere à reprodução assistida *post mortem* supramencionada, já que passou a exigir uma autorização prévia, por escrito, sobre o destino dos gametas e pré-embriões, para além dos casos de falecimento de um dos genitores, ou de ambos, para divórcio, ou, ainda, casos de doenças graves.¹³⁹

A Resolução nº 2.013/2013, finalmente, que gere a reprodução assistida no Brasil atualmente e trouxe como novidade uma idade limite para que a mulher possa se candidatar a procriação por reprodução assistida, que seria de 50 anos.¹⁴⁰ A inclusão desse novo requisito gerou diversas discussões, inclusive chegou a tramitar na Câmara dos Deputados um Projeto do Decreto Legislativo nº 1359/2013 que tinha como objetivo interromper a eficácia dessa Resolução, por conta dele. Contudo, os membros da Comissão de Reprodução Assistida do Conselho Federal de Medicina tentaram comprovar por meio da análise de dados estatísticos a necessidade de tal preceito, porém o referido Projeto ainda não foi arquivado¹⁴¹.

No que se refere à reprodução assistida *post mortem* esta Resolução elucida na sua Seção VIII que “é possível, desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente”.¹⁴² Com isso, verifica-se que para que a clínica possa realizar

¹³⁷ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 13 out. 2014.

¹³⁸ SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 93.

¹³⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 605.

¹⁴⁰ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 13 out. 2014.

¹⁴¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Reprodução assistida**: Projeto que susta resolução do CFM está em discussão na CSSF da Câmara. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24712:projeto-de-decreto-que-susta-resolucao-cfm-devera-receber-parecer-contrario&catid=3> Acesso em: 13 out. 2014.

¹⁴² BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 13 out. 2014.

esse tipo de reprodução, far-se-á necessário a referida autorização direcionada especificamente para esse procedimento. Todavia, não há maiores informações sobre esse campo, por exemplo, não se estabelece o que deverá ser feito caso o procedimento ocorra sem tal autorização expressa, elencando qual seria a sanção imposta à clínica que o realizou e como configuraria a situação do concebido.

De acordo com um membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, Heloísa Helena Gomes Barboza, a resolução é de suma importância para o ordenamento jurídico brasileiro, mesmo que traga apenas normas éticas, não sendo classificada como uma norma de âmbito geral, ou seja, uma lei.¹⁴³ Conclui-se, portanto, que a falta de amparo legal referente ao tema acaba por elucidar controvérsias doutrinárias sobre seus diversos desdobramentos, inclusive o que consta na problemática deste trabalho – investido na tentativa de esclarecer que tipo de sucessor é o nascido por reprodução assistida póstuma.

¹⁴³ INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Resolução do CFM é evolução, mas ainda é necessário lei sobre o tema, diz especialista. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100512689/resolucao-do-cfm-e-evolucao-mas-ainda-e-necessario-lei-sobre-o-tema-diz-especialista>>. Acesso em: 13 out. 2014.

3 DIREITO DAS SUCESSÕES

A palavra “suceder”, no vocabulário utilizado pelo campo jurídico, “toma-se na acepção própria de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa, e, por metonímia, a própria transferência de direitos, de uma a outra pessoa”.¹⁴⁴ Isso é, por exemplo, em uma compra e venda o adquirente está sucedendo o vendedor, de forma a obter os direitos a que este pertenciam em sua integralidade. Do mesmo modo, ao cedente sucede o cessionário, similar efeito ocorre em outros meios derivados de adquirir o domínio ou o direito.¹⁴⁵

A concepção de sucessão, que se difunde na permanência de uma relação de direito que se mantém a despeito da alternância dos respectivos titulares, não acontece apenas no direito das obrigações, encontrando-se constantemente no direito das coisas, em que a tradição ocorre, e no direito de família, na situação em que os genitores perdem o poder familiar e são substituídos por um tutor. Há a ocorrência da sucessão *inter vivos* nesses casos acima elencados, de forma que, no campo do direito das sucessões o termo “sucessão” é aplicado em sentido estrito e diz respeito a uma sucessão *mortis causa*.¹⁴⁶

Com o objetivo de sintetizar, pode-se concluir que, em sentido amplo, a palavra “sucessão” emprega-se a todos os meios de adquirir domínio, apontando o ato pelo qual um indivíduo sucede o outro, devotando-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe concernem, enquanto que, em sentido estrito, o termo “sucessão” significa a transferência de toda herança ou parte dela, pela morte de alguém, a um ou mais sucessores.¹⁴⁷

Como pressuposto essencial para que a sucessão *mortis causa* ocorra, se faz necessário o término da existência da pessoa natural, qual seja, a sua morte, na qual poderá advir de forma natural ou presumida. A morte natural acontece com a interrupção da atividade cerebral da pessoa, de forma que tal evento deve ser

¹⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.01.

¹⁴⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.19.

¹⁴⁶ *Ibidem, loc.cit.*

¹⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 26.

confirmado por profissionais da área de medicina, de acordo com técnicas oferecidas pela ciência, enquanto que a morte presumida decorre da ausência do indivíduo, elencada no Capítulo III, Título I, Livro I da Parte Geral do Código Civil.¹⁴⁸

Conforme tratado acima, portanto, a morte ocorre com a cessação da atividade encefálica, de acordo com o artigo 3º da Lei 9.434/97, conhecida como Lei dos Transplantes, de forma que cabe ao Conselho Federal de Medicina estabelecer métodos clínicos e tecnológicos para indicá-la. Por conta disso, o Código Civil em seu artigo 6º assente que acaba a existência da pessoa natural com o óbito, isso é, ocorre a cessação da personalidade; por meio disso torna-se desnecessário o reconhecimento judicial desse fato. Dessa forma, só com a morte haverá o término da aptidão para titularizar relações jurídicas, acontecendo, de pleno direito, uma transformação subjetiva das relações jurídicas patrimoniais preservadas pelo *de cuius*, que passam a ter como detentores os seus sucessores.¹⁴⁹

A morte, portanto, se atesta pela inscrição em registro público da declaração de óbito ou da sentença que tiver declarado a ausência ou a morte presumida do indivíduo.¹⁵⁰ A certidão de óbito, assim, é um documento público, que declara a morte de alguém, a partir da manifestação de um profissional de Medicina, evidenciando informações relevantes sobre o falecimento e sobre o *de cuius*, conforme expresso no artigo 80 da Lei de Registros Públicos.¹⁵¹ Enquanto que a morte real é declarada dessa forma, a morte presumida é declarada judicialmente e tem que ser registrada depois, nos termos do artigo 9º, IV, do Código Civil.¹⁵²

Desse modo, a sucessão compreende apenas às pessoas físicas, isso é, a extinção de uma pessoa jurídica não pode ser regulada pelo seu âmbito, nem goza a natureza de disposições de última vontade os dispositivos estatutários que estabelecem a sorte do patrimônio social. Pode-se dizer, com isso, que regula as consequências da morte de uma pessoa natural, no campo do Direito Privado.¹⁵³

¹⁴⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p 01.

¹⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral e LINDB**. 11.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p.367.

¹⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, 2007. p 01.

¹⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, 2013, p.369.

¹⁵² TEIXEIRA, Gregory Silva. Morte real e Morte presumida. **Passei Direito**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/3569534/morte-real-e-morte-presumida/3>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

¹⁵³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 01

O mencionado ramo do direito, como bem elenca Carlos Roberto Gonçalves,¹⁵⁴ “disciplina a transmissão do patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores”. Esse aludido doutrinador ainda relata a origem da expressão latina “*de cujus*”, que vem da abreviatura de uma frase *de cujus successione* (ou *hereditatis*) *agitur*, que significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”, ou seja, é utilizada para se referir a aquele que faleceu.

3.1 PRINCÍPIO DA SAISINE

Esse princípio teve origem na Idade Média e foi instaurado pelo Direito francês com base nos costumes, como contraposição ao sistema do regime feudal. Quando o arrendatário morria, a terra que se encontrava arrendada deveria ser entregue ao senhor, e, por conta disso, os sucessores do morto deveriam pleitear a imissão na posse, tendo que pagar para o senhor certa contribuição. De modo a escapar do pagamento desse tributo feudal, admitiu-se a ideia de que o morto havia transmitido ao seu sucessor, no instante de seu falecimento, a posse de todo seu patrimônio.¹⁵⁵

O sistema brasileiro aderiu à doutrina de *saisine*, na qual o herdeiro sucede o morto e não se faz necessária, para que isso possa ocorrer, qualquer conduta determinada nem de que o sucessor saiba sobre o fato de ter ocorrido a abertura da sucessão. Em decorrência disso, o herdeiro adota o lugar que o falecido tinha, tanto no que diz respeito a seus direitos quanto às suas obrigações, cabendo-lhe, entretanto e sem que isso afete no anteriormente referido quanto à instantânea transmissão de herança, aceitá-la, como meio de confirmar tal conjuntura, sendo que se é capaz de fazer na forma expressa como na tácita ou ainda presumidamente.¹⁵⁶ Conforme preceituado, confirma-se tal assertiva:

DIREITO CIVIL. POSSE. MORTE DO AUTOR DA HERANÇA. SAISINE. AQUISIÇÃO EX LEGE. PROTEÇÃO POSSESSÓRIA INDEPENDENTE DO EXERCÍCIO FÁTICO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Modos de aquisição da posse. Forma ex lege: Morte do autor da herança. Não obstante a caracterização da posse como poder fático sobre a coisa, o ordenamento jurídico reconhece, também, a obtenção deste direito na forma

¹⁵⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.20.

¹⁵⁵ COLIN, Ambroise; CAPITANT, H. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.38.

¹⁵⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p 29.

do art. 1.572 do Código Civil de 1916, em virtude do princípio da *saisine*, que confere a transmissão da posse, ainda que indireta, aos herdeiros, independentemente de qualquer outra circunstância. 2. A proteção possessória não reclama qualificação especial para o seu exercício, uma vez que a posse civil - decorrente da sucessão -, tem as mesmas garantias que a posse oriunda do art. 485 do Código Civil de 1916, pois, embora, desprovida de elementos marcantes do conceito tradicional, é tida como posse, e a sua proteção é, indubitavelmente, reclamada. 3. A transmissão da posse ao herdeiro se dá *ex lege*. O exercício fático da posse não é requisito essencial, para que este tenha direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho, tendo em vista que a transmissão da posse (seja ela direta ou indireta) dos bens da herança se dá *ope legis*, independentemente da prática de qualquer outro ato.¹⁵⁷

Dessa forma, o que ocorre por efeito desse princípio é que no momento da morte do *de cuius* já há a transmissão do bem, visto que a posse dos mesmos é transferida para aqueles que são herdeiros do falecido. A posse, por meio da sucessão e por conta desse princípio, independe de qualquer outro ato do herdeiro, isso é, ela se dá de forma automática. O princípio de *saisine*, portanto, encontra-se expressamente no Código Civil¹⁵⁸, mas deve-se observar ainda o que Giselda Hironaka elenca:

Embora não se confundam a morte com a transmissão da herança, sendo aquela pressuposto e causa desta, a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio *de cuius* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo.¹⁵⁹

Desse modo, pode-se dizer que antes mesmo de qualquer iniciativa dos sucessores, o direito sobre os bens do falecido encontra-se com os seus herdeiros, exatamente no momento em que sua morte se realiza. Isso foi inserido no nosso ordenamento com o intuito essencial de não deixar o bem sem dono e, de certa forma, garantir que este se mantenha com aqueles que *a priori* têm o direito sob ele.

3.2 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

Inicialmente, deve-se ressaltar que, segundo Orlando Gomes¹⁶⁰, há no mundo três tipos de sistemas sucessórios aos quais devemos nos basear. Primeiramente

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.537363– Proc.2003/0051147-7. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, DJ 07 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=saisine&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=14>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

¹⁵⁸ Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p. 208).

¹⁵⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.20, p. 21.

¹⁶⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.09-10.

haveria o sistema da concentração obrigatória, no qual a sucessão seria concedida a uma pessoa em específico, de preferência o filho primogênito, com o objetivo de manter o acervo hereditário na família. De acordo com o sistema de divisão necessária, contudo, a sucessão seria dividida entre todos os filhos do falecido obrigatoriamente, ou, na falta deles entre os familiares mais próximos, e, para estes últimos se a partilha não tiver que respeitar a última vontade do *de cuius*, por meio do testamento. Por fim, o sistema da liberdade testamentária não prevê a existência de herdeiros necessários; desse modo o autor da herança pode dirimir livremente para onde seus bens devam ir.

Em Roma, na Grécia e na Índia, logo nos primórdios, se dava muita ênfase à religião e, com isso, o sistema que era adotado era o da concentração obrigatória, pois acreditavam que deveria ser transmitido o patrimônio do falecido pelo varão, filho homem e primogênito, já que este seria o único capaz de cultuar a memória da família.¹⁶¹ O Direito romano, com o instituto das XII Tábuas, regia-se pelo sistema da liberdade testamentária, já que era uma tragédia falecer sem ter feito testamento, no qual tinha total disposição de seus bens, pois, na sua falta, a herança iria para os herdeiros.¹⁶² O ordenamento jurídico brasileiro, por sua vez, adota desde seu surgimento o sistema da divisão necessária, que atende o intuito da fragmentação da propriedade, visto que não pode impedir certos herdeiros de suceder e estes parcelam, em partes iguais, a herança entre eles.¹⁶³

Esclarecido o sistema sucessório ao qual o direito brasileiro é pautado, pode-se buscar entender quais são seus desdobramentos, isso é, suas espécies. Toda vez que um direito ou bem tiver a capacidade de ser transferido para outro indivíduo por conta do falecimento do seu anterior titular, estará na presença de um campo favorável para a incidência das regras do direito sucessório. Disso, então, se assegura versar de sucessão *mortis causa*.¹⁶⁴

Há diversos meios que podem acompanhar a procedibilidade da sucessão, de forma que caberá ao próprio falecido optar em vida por qual deles deverá ocorrer a partilha

¹⁶¹ COULANGES, Fustel de *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.21.

¹⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.21-22.

¹⁶³ GOMES, Orlando. **Sucessões**.15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.10.

¹⁶⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p 15-16.

de seus bens. Convém esclarecer, de forma aprofundada, as espécies de sucessão possíveis à problemática tratada neste trabalho, já que a doutrina encontra-se divergente neste ponto, podendo suceder de forma legítima ou testamentária.

3.2.1. Sucessão Legítima

Na sucessão legítima, “a lei menciona as pessoas e estabelece as regras da delação da herança”,¹⁶⁵ portanto, segundo Caio Mário da Silva Pereira,¹⁶⁶ tem o condão de prover aquele que não faz testamento antes de falecer, *ab intestato*, de forma que não existe neste a manifestação da vontade do *de cujus*.

Essa espécie, portanto, corresponde necessariamente, em regra, quando existem herdeiros aos quais a lei direcione uma específica porção da herança.¹⁶⁷ O indivíduo quando falece sem testamento por conta essencialmente de sua vontade de não realizá-lo, ou em virtude do mesmo por mais que existente encontrar-se inválido ou com algum vício que o torne ineficaz, aplicar-se-á a sucessão legal, em razão da lei.¹⁶⁸

A sucessão legítima encontra-se presente mesmo que haja testamento, tendo em vista que o testador pode não ter disposto de todo o seu patrimônio ou porque existem herdeiros necessários que não foram observados no testamento e que devem ter seus direitos garantidos, portanto, a existência do testamento não elimina a sucessão legítima, podem coexistir, este podendo ser válido eficaz. O testamento pode ser tido como ineficaz, prevalecendo à sucessão observada em lei, quando caducar ou quando for declarado nulo¹⁶⁹, tais possibilidades serão abordadas de forma mais aprofundada no subtópico posterior.

Entende-se por herdeiros necessários, constituem a legítima juntamente com os herdeiros facultativos (colaterais até quarto grau), os indivíduos que não poderão ser

¹⁶⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.67.

¹⁶⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.08.

¹⁶⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.16.

¹⁶⁹ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2012, p.39-40.

ignorados da sucessão por vontade do sucedido, apenas na hipótese preceituada pelo ordenamento jurídico de ter feito algum ato de ingratidão contra o falecido.¹⁷⁰

A legítima, portanto, figura como um freio ao poder de disposição do indivíduo em seu ato de última vontade, de modo que no ordenamento brasileiro é considerada intocável e inviolável. O herdeiro necessário não pode ser privado do seu direito sob a mesma, a não ser que se encaixe em algum caso de deserdação ou torne-se indigno.¹⁷¹

A deserdação¹⁷² é um instituto previsto na sucessão testamentária, por conta da necessidade de estar prevista de maneira expressa, de maneira que o testador elimina da sucessão um herdeiro necessário, desde que figure uma das causas previstas no ordenamento, conforme os art. 1.814 e 1.962 do Código Civil¹⁷³. A indignidade, por sua vez, é um instituto da sucessão legítima, tendo em vista que tem como base uma vontade presumida do *de cuius*, desde que esteja dentro de uma das causas previstas de maneira taxativa na lei, nos termos do art. 1.814 do Código Civil, mas pode alcançar também o legatário.¹⁷⁴

Ordinariamente, um filho, por ser descendente, faz parte dos herdeiros necessários e, portanto, não pode ser excluído da legítima – contudo, há uma problemática no que concerne os direitos sucessórios do concebido por inseminação artificial *post mortem*, como se pode observar abaixo:

Na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes da fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido “concebidos na

¹⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.207.

¹⁷¹ ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004, p.11.

¹⁷² O recorte epistemológico do presente trabalho envolve, de maneira geral, o debate sobre os aspectos filiatórios do Direito de Família, os conceitos basilares da sucessão e, precipuamente, aqueles que têm ou não capacidade para suceder. Desse modo, prescinde para o entendimento da problemática, de forma a não entrar no mérito da questão, a necessidade de aprofundamento sobre os temas referentes à deserdação e indignidade – hipóteses deveras específicas de exclusão da capacidade de sucessão.

¹⁷³ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade; Art. 1.962. Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.209).

¹⁷⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, p.426-427.

constância do casamento”, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227, §6º, da Constituição Federal.¹⁷⁵

Tal discussão é pertinente quando se observa o preceituado no art. 1.798 do Código Civil, que traz de maneira geral aqueles que podem vir a suceder tanto por meio da sucessão legítima como da testamentária, quando elucida que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.¹⁷⁶ Como visto alhures, o momento da abertura da sucessão é o momento da morte do *de cuius*. Com isso, precisa-se ao menos estar concebido para que possa fazer parte da sucessão.

De forma que, a concepção é caracterizada como o início da gravidez, que, de modo que se explique de maneira simplificada, ocorre quando o espermatozoide fertiliza o óvulo.¹⁷⁷ Assim, depois de explanado o conceito de concepção, analisa-se, por conseguinte, se existem outros meios de concepção além da que se realiza no útero materno.

À vista disso, se já havia concepção laboratorial quando houve a morte do *de cuius*, o filho terá direito sucessório, porque o artigo acima é bem claro ao afirmar que a legitimação para suceder é admitida em benefício de quem tiver nascido ou estiver concebido. Isso se deve ao fato de que, não pode haver distinção entre a concepção uterina e a laboratorial, especialmente em respeito ao princípio da igualdade entre os filhos, não podendo haver, em princípio, nenhuma forma de diferenciação entre eles e, com isso, entre as suas concepções também não, sendo forçoso concluir que este estará igualmente abarcado. Todavia, se disser respeito somente ao sêmen congelado, sem que tenha sido feita a concepção laboratorial, observa-se a impossibilidade de se referir o alcance aos direitos sucessórios, pois não há que se falar em concepção, em respeito ao artigo retro mencionado, tendo respaldo no princípio da isonomia, tendo em vista que as situações são divergentes

¹⁷⁵ ALMEIDA, José Luiz Gavião de *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.76.

¹⁷⁶ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.208.

¹⁷⁷ SEDICIAIS, Sheila. Concepção. **Tua Saúde**. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/concepcao/>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

e a igualdade substancial fundamenta-se em tratar de forma desigual quem está numa situação de desigualdade.¹⁷⁸

Curioso, porém, esse último caso – embora não há o que se falar em direito sucessório, haverá o reconhecimento da paternidade, nos termos do art. 1.597, inciso III, que traz o seguinte enunciado, “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.¹⁷⁹ Dessa forma, haverá uma situação na qual o sujeito é filho, porém não será considerado herdeiro legítimo do seu genitor.¹⁸⁰

A discussão nos permite refletir, portanto, que tudo gira em torno do conceito de concepção, e em que momento ela se deu para figurar na sucessão ou não, inclusive na visão de Giselda Hironaka, se pode observar que mesmo que ainda que não esteja implantado, o embrião já está concebido, e, sendo possível identificar os doadores dos seus gametas, este tem direito de participar da sucessão. Inclusive com as palavras da doutrinadora, pode-se analisar:

A doutrina tem mostrado que o conceito tradicional de nascituro — ser concebido e ainda não nascido — ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que nascituro, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção.¹⁸¹

Outrossim, há doutrinadores brasileiros que se predispõem a pensar no sentido de não permitir a legitimação para suceder aos nascidos por métodos de reprodução assistida, tanto na situação de a morte do genitor ocorrer antes da concepção, quanto na situação de implantação dos embriões depois que a sucessão foi aberta.¹⁸² Tais posicionamentos, contudo, serão visto com profundidade no próximo capítulo desse trabalho, tendo em vista que esse figura como o cerne da problemática a ser debatida e esclarecida, de modo que ocorrerá uma divisão de posicionamentos para uma melhor compreensão.

¹⁷⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6, p. 603-604.

¹⁷⁹ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.201.

¹⁸⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290> >. Acesso em: 01 set. 2014.

¹⁸² LEITE, Eduardo de Oliveira; PEREIRA, Caio Mário da Silva *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.75.

3.2.2 Sucessão Testamentária

Na sucessão testamentária, por sua vez, ocorre a disposição da vontade – todavia, existindo herdeiros necessários, a herança é dividida em duas partes idênticas e o testador só poderá utilizar de uma dessas metades para dispor, porque a outra metade que não se pode tocar trata-se da legítima.¹⁸³

O testamento é um negócio jurídico unilateral, personalíssimo, revogável e solene. Unilateral porque a vontade do testador é requisito de validade do testamento, de forma que esta deve ser livre, isolada e independente. Personalíssimo porque somente o testador poderá manifestar vontade sobre ele, não permitindo que seja por meio de procuração, se houver auxílio de terceiro este terá que ser desinteressado. A faculdade de poder revogar o testamento é irrenunciável, qualquer disposição contrária a esse sentido será nula, com exceção do reconhecimento de filho, já que a vontade do testador pode mudar até o momento da morte ou até quando se mantiver a sua capacidade. Por fim, este é solene, de forma que deve respeitar os requisitos formais previstos em lei para que tenha validade. É essencialmente patrimonial, mas isso não restringe a possibilidade de ter caráter não econômico também, podendo ter disposições de última vontade, dentre diversas opções – por exemplo, referentes a reconhecimento de filiação, reabilitação de um indigno, constituir uma deserdação, disposição de forma gratuita do próprio corpo para depois da morte.¹⁸⁴

As normas referentes ao testamento devem ser respeitadas, devido ao fato de serem cogentes, isso é, de ordem pública, sendo este nulo de pleno direito qualquer um que não as observe, não produzindo efeitos.¹⁸⁵ São testamentos ordinários aqueles que podem ser realizados por qualquer tipo de pessoa que tenha capacidade civil e em qualquer condição, estes se dividem em testamento público,

¹⁸³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7,p.43.

¹⁸⁴ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p 129 *et seq.*

¹⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 253.

particular e cerrado. Testamentos especiais, todavia, só podem ser realizados por pessoas específicas e em situações também específicas, cujos requisitos estão previstos em lei, e estes se dividem em testamento marítimo, aeronáutico e militar.¹⁸⁶

O testamento público é o que representa uma maior segurança, sendo o mais recomendado, tendo em vista que é feito por um tabelião ou substituto legal em um Cartório de Notas; por conta disso, esse testamento porta fé. A declaração feita pelo testador deverá ser verbal e deve ter a presença de duas testemunhas no momento da leitura do testamento, que deverá ser escrito na língua nacional. O cego e o analfabeto só poderão testar por essa espécie de testamento, o surdo poderá fazer tanto esse como o cerrado (desde que escreva e leia), contudo, o mudo e o surdo-mudo não podem fazer testamento público, pois não conseguem expressar oralmente a vontade.¹⁸⁷

O testamento cerrado, por sua vez, será escrito pelo próprio testador ou a rogo, em qualquer língua, e posteriormente deve ser levado para o Cartório de Notas para que o oficial público lhe dê autenticidade na presença de duas testemunhas. Com isso, pode-se notar que o conteúdo desse testamento é secreto, já que o testador não precisa aduzi-lo oralmente, de forma que o entrega já pronto e o tabelião apenas observará se as formalidades foram respeitadas, não analisando o seu teor. Posteriormente, o tabelião irá cerrar o testamento e entregará ao testador, que não poderá violá-lo, só podendo ser aberto por um juiz. Devido a tais procedimentos, não poderá fazer essa espécie de testamento aquele que não saiba ler, isso é, tanto o cego como o analfabeto estão impedidos de realizá-lo.¹⁸⁸

Por fim, o testamento particular pode ser escrito de duas formas, a próprio punho ou mecanicamente; contudo, não poderá ser feito a rogo. Feito isso, o testador deverá ler para no mínimo três testemunhas o conteúdo do testamento, o que poderá ser feito em língua estrangeira se estas a compreendam, já, que depois da sua morte, as testemunhas deverão confirmar judicialmente o teor das disposições testamentárias, bastando que pelo menos uma o confirme para que seja aceito.¹⁸⁹

¹⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 6, p.230.

¹⁸⁷ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 178-180.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 181-183.

¹⁸⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 166-171.

Fazendo uma breve explanação sobre os testamentos especiais, observa-se que o testamento marítimo e o aeronáutico são admitidos em casos emergenciais e eventuais, sendo esse título meramente provisório. Poderá ser feito tanto semelhante ao testamento público como semelhante ao testamento cerrado. Podem ser feitos durante a viagem no diário de bordo, ficando sob os cuidados do comandante, que deverá entregar as autoridades logo quando parar em um porto ou aeroporto. Estes perderão a eficácia se o testador não falecer na viagem ou se não falecer em até noventa dias depois do seu término.¹⁹⁰ O testamento militar, por sua vez, pode ser feito por militar ou por pessoas que estejam em campanha, na ausência de tabelião e poderá ter três possibilidades de realização, semelhante ao testamento público, outra do cerrado e outra do antigo testamento nuncupativo (o indivíduo tem que estar nas vias da morte, declarando sua vontade de forma oral para duas testemunhas, não tendo efeito se o testador não morrer naquele momento).¹⁹¹

Essa espécie de sucessão resulta necessariamente da existência de um testamento válido. O codicilo não poderá emitir esse efeito, mesmo que, por meio desse, sejam lícitas disposições de última vontade,¹⁹² já que este instrumento só pode dispor de bens de pequeno valor. Ocorre que não há um critério definido sobre o que é considerado pequeno valor, devendo se levar em conta pressupostos do caso concreto, como observar a situação econômica e o estado social daquele que o fez, de forma a levar em conta o valor do montante dos bens da herança.¹⁹³ Frente a tanto subjetivismo, a jurisprudência tem caminhado, conforme preceitua Washington de Barros Monteiro¹⁹⁴, no sentido de considerar como valor de pequena monta o equivalente a até 10% do valor do monte. Tal entendimento é confirmado no julgado ora elencado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CODICILO. VALIDADE SÓ PARA BENS DE PEQUENA MONTA. EXIGÊNCIA DE FORMA HOLÓGRAFA. A disposição contida no codicilo, que deliberou a respeito de cerca de metade dos bens hereditários, é imprestável para fins de equiparação ao testamento, uma vez que ao instituto em questão deve se restringir a diminutas questões patrimoniais, tais como móveis, roupas ou

¹⁹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p.250-252.

¹⁹¹ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 202-203.

¹⁹² GOMES, Orlando. **Sucessões**.15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.08.

¹⁹³ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p.337.

¹⁹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2011,p. 172.

jóias, não muito valiosas, de uso pessoal, na forma do disposto no art. 1.651 do Código Civil de 1916. Ademais, verifica-se dos autos que o codicilo foi datilografado, exigindo-se para a validade formal do mesmo que tenha sido manuscrito, ou seja, que tenha a forma hológrafa. Apelo provido, por maioria.¹⁹⁵

Relacionados tais pontos, convêm esclarecer que tem capacidade para testar pessoa maior de 16 anos que esteja em plena capacidade de discernimento e a incapacidade superveniente não o tornará inválido, porém, a última vontade não poderá mais ser suplantada no tempo por outra, já que não seria mais uma vontade válida.¹⁹⁶ Conforme elucidado, no direito moderno, verifica-se a capacidade de testar no instante em que a cédula testamentária foi elaborada – assim, se depois se torna incapaz, o testamento encontra-se preservado, mas se incapaz fosse, a capacidade posterior não convalidaria o mesmo.¹⁹⁷

O ordenamento jurídico brasileiro não autoriza a realização de outros títulos de vocação sucessória, sendo portanto proibidos os pactos sucessórios, ou a chamada sucessão contratual,¹⁹⁸ com exceção expressa no art. 2.018 do Código Civil, qual seja, a partilha do patrimônio pelos pais, por ato *inter vivos*, desde que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários.¹⁹⁹

Pode-se entender então que, para que o concebido *post mortem* titularize apenas na condição de herdeiro testamentário, o mesmo não estaria sendo equiparado aos outros filhos, que configuram herdeiros legítimos, portanto, figura-se uma disparidade entre os filhos, em princípio, divergindo absolutamente dos preceitos da própria Constituição Federal²⁰⁰. Todavia, se considerado herdeiro legítimo, pode-se configurar certa insegurança jurídica ao realizar a partilha, já que a mesma poderia ficar sujeita a uma possível concepção *post mortem* por até no mínimo cinco

¹⁹⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006548143. Relator: Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira. Oitava Câmara Cível. Porto Alegre, 09 jun. 2005. Disponível em: < <http://tjrs.vlex.com.br/vid/-42771842>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

¹⁹⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.18.

¹⁹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.184.

¹⁹⁸ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.08.

¹⁹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.45.

²⁰⁰ Art. 227, §6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.77).

anos²⁰¹ – um embrião criopreservado só pode ser descartado, se for da vontade do paciente, depois desse prazo.

Existem causas, ainda, que podem impedir um testamento de produzir efeitos, que são a revogação, caducidade, rompimento e a nulidade absoluta. A revogação ocorre por meio do próprio testador, que pode utilizar-se de tal artifício a qualquer tempo, podendo revogar de forma expressa ou tácita, total ou parcialmente. A caducidade, por sua vez, decorre da lei e não da vontade do testador e engloba a caducidade de legados e a caducidade de disposições testamentárias. O rompimento do testamento ocorre com a superveniência de algum descendente que foi ignorado, ou quando no momento que testou, não o tinha ou não sabia da sua existência.²⁰² A nulidade do testamento, por fim, se dá por meio de uma impugnação judicial, e refere-se ao fato de não ter respeitado os requisitos formais, por ter sido feito de forma conjuntiva ou por ter sido feito por um incapaz.²⁰³

3.3 EFEITOS DA SUCESSÃO

Os efeitos da sucessão dividem-se em sucessão a título universal e sucessão a título singular. Na sucessão a título universal sucede quem fica com toda a gama de bens da herança ou uma fração aritmética do todo. Dessa forma, só é admitida no nosso direito se for *mortis causa*, tendo em vista que o beneficiário toma o lugar jurídico-econômico do falecido. Com isso, “as relações jurídicas constituídas do patrimônio do defunto transmitem-se como um todo orgânico, compreendido ativo e passivo, isto é, direitos, créditos, obrigações, débitos”.²⁰⁴

Na sucessão a título singular, todavia, o testador deixa ao sucessor um bem determinado e individualizado, que é conhecido como legado.²⁰⁵ Além disso, esse

²⁰¹ BRASIL. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2014.

²⁰² GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 247 *et seq.*

²⁰³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p. 248.

²⁰⁴ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2012, p. 06-07.

²⁰⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2014, p. 44.

efeito envolve somente o ativo, de forma que não toma para si os possíveis débitos que o *de cuius* deixou.²⁰⁶

Sistematizando os temas elencados, observa-se que a sucessão legítima será sempre a título universal, tendo em vista que se trata da universalidade da herança. Já a sucessão testamentária poderá abarcar os dois efeitos, sendo a título singular apenas quando tratar de coisa certa e determinada.²⁰⁷

3.4 ESPÉCIES DE SUCESSORES

Tendo em vista que o sujeito ativo da sucessão é o próprio falecido, na disposição da relação jurídica de transmissão *mortis causa*, isto é, no instante em que se dá a sua morte, de acordo com o princípio da *saisine* tratado anteriormente, tem-se que a posição dos sujeitos passivos na sucessão pode ser preenchida pelos herdeiros ou legatários. A diferença essencial entre estes dois tipos de sujeitos passivos na transmissão da herança é que o herdeiro é beneficiado com uma quota-parte ideal, enquanto que o legatário é beneficiado com um bem certo e determinado.²⁰⁸

Dessa forma, o herdeiro ainda poderá dividir-se em herdeiro legítimo, isto é, que será instituído pela legislação de acordo com a ordem de vocação hereditária,²⁰⁹ ou testamentário, que será agraciado por testamento com uma parte ideal deste acervo, porém, não haverá a individualização do bem que terá direito. Dito isso, o legatário terá que ser indicado pelo testador, por ato de disposição de última vontade, no entanto, o que o diverge é justamente o fato de ser agraciado com um bem específico.²¹⁰

²⁰⁶ NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões**: comentários à parte geral e à sucessão legítima. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p.20.

²⁰⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.45.

²⁰⁸ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.18.

²⁰⁹ Art.1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais; Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, p.210).

²¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2014, p.46.

O doutrinador Orlando Gomes discorre sobre o conceito de herança de uma maneira esclarecedora, quando diz:

A herança é coisa, classificada entre as universalidades de direito – *universum jus, universa bona*. Constitui núcleo unitário. Não é pessoa jurídica, nem simplesmente um *nomem juris*, mas sim, objeto de direito. Forma-se um complexo de relações jurídicas, não se confundindo com as universalidades de fato que se compõem de coisas especificamente determinadas. Não é suscetível de divisão em partes materiais, enquanto permanece como tal.²¹¹

A herança, portanto, é una,²¹² não podendo ser individualizada em bens específicos e nem ser divisível enquanto encontra-se em apreciação – isso só poderá ocorrer quando a partilha do inventário for realizada.

A distinção entre herdeiros, legítimos ou testamentários, e legatários tem bastante relevância prática por conta das consequências relacionadas a essas categorias, tendo em vista que o legatário necessita requisitar ao herdeiro a concessão da coisa legada e não se responsabiliza pelas dívidas da herança.²¹³

Com isso, nota-se que a sucessão legítima será sempre a título universal e, seu sucessor, será denominado de herdeiro legítimo, enquanto que a sucessão testamentária poderá ser a título universal, quando o sucessor for um herdeiro testamentário, ou a título singular, quando o sucessor for um legatário. De modo que, deve-se analisar cada situação em particular para distinguir e caracterizar a espécie de sucessor, buscando a origem do seu direito e de que forma ele será beneficiado.

²¹¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 07.

²¹² AGRAVO DE INSTRUMENTO - INVENTÁRIO - REQUERIMENTO DE INGRESSO NA POSSE DE BENS CONSTANTES DO INVENTÁRIO - IMPOSSIBILIDADE - POSSE INDIVISÍVEL ATÉ A PARTILHA - ADMINISTRAÇÃO E POSSE DA HERANÇA COMPETE AO INVENTARIANTE - HAVENDO DISCORDÂNCIA COM A ADMINISTRAÇÃO DO INVENTARIANTE, PODE O HERDEIRO REQUERER A SUA REMOÇÃO E, COMPROVADA A EXISTÊNCIA DE PREJUÍZOS, PODE REQUERER A PRESTAÇÃO DE CONTAS - DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO. A posse dos bens do espólio deve ser exercida pelo inventariante, nomeado pelo juiz, até o momento em que for efetivada a partilha. Antes da partilha, com exceção do inventariante, possuem os herdeiros apenas a posse indireta dos bens, sendo-lhes transferida a posse direta somente após a efetivação da partilha. Havendo discordância com a administração do espólio e havendo justa causa (hipóteses relacionadas no art. 995, inc. I ao VI, do CPC), assiste ao herdeiro o direito de requerer a sua remoção. Em não havendo prestação de contas de sua gestão pelo inventariante ao término do inventário ou ao deixar o cargo, poderão os herdeiros exigí-la judicialmente. (BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 12453 –Proc.2005/012453-2. Relator Desembargador Rubens Bergonzi Bossay. Mato Grosso do Sul, DJ 10 jan. 2006. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3986178/agravo-agv-12453>>. Acesso em: 22 nov. 2014).

²¹³ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2012, p. 08.

3.5 CAPACIDADE SUCESSÓRIA DAS PESSOAS FÍSICAS E JURÍDICAS

Observa-se que, uma vez o indivíduo elencado para figurar como uma espécie de sucessor, o primeiro requisito que deverá ser analisado é sua possível capacidade sucessória. Os requisitos para se averiguar a capacidade sucessória são gerais, apenas divergindo quando trata-se de pessoa física ou jurídica.

Toma-se como capazes para suceder todo o conjunto de pessoas existentes no instante em que a sucessão é aberta, portanto, independente se física ou jurídica. Nota-se, contudo, como uma exceção a essa afirmativa, para que possam participar da sucessão as pessoas apenas concebidas e as entidades de pessoa jurídica que ainda deverão se constituir.²¹⁴

No âmbito das pessoas físicas, requer-se essencialmente que tenha sobrevivido ao *de cuius*, tendo em vista que só assim poderá tomar para si a posição jurídico-econômica deste, de forma a adentrar as relações que este participava. Considera-se como uma exceção ao já concebido no momento em que a morte se deu, porém, essa capacidade tem um efeito suspensivo, que é o seu nascimento com vida. Ademais, requer-se ainda que esse indivíduo não seja indigno,²¹⁵ além do fato de estar vivo no momento da transmissão da herança.²¹⁶ Com isso, pode-se afirmar que “a legitimidade passiva é a regra e a ilegitimidade a exceção. No direito sucessório vigora o princípio de que todas as pessoas têm legitimação para suceder, exceto aquelas afastadas pela lei”.²¹⁷

No que concerne às pessoas jurídicas, a sua capacidade sucessória depende de estar inserido no testamento do *de cuius*.²¹⁸ A sua capacidade irá necessitar da sua existência legal, ou seja, que seu ato constitutivo esteja ao menos inscrito no registro respectivo. Contudo, no que diz respeito às fundações, observa-se a validade da sua

²¹⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 29.

²¹⁵ Art. 1.814. São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, co-autores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p. 209).

²¹⁶ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2012, p 29-30.

²¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.68.

²¹⁸ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2012, p 31.

inscrição por meio do próprio testamento, de forma que só será incorporado o patrimônio do morto após a personificação dessa pessoa jurídica.²¹⁹

3.5.1 Dos legitimados para suceder por sucessão legítima

A princípio, há de se analisar se aquele indivíduo indicado pela legislação para fazer parte da sucessão dispõe de personalidade jurídica para tanto, isto é, se está hábil para auferir a herança, com isso, é oportuno averiguar a legitimação desse herdeiro indicado. Essa checagem deve ser feita no momento da abertura da sucessão, portanto, nem mesmo uma mudança na lei posterior ao óbito atingirá a capacidade do sucessor existente ou ausente.²²⁰

A sucessão legítima é regida pela lei, com base na ordem de vocação hereditária, e esse chamamento é feito por uma ordem preferencial, presumida pelo legislador, na qual a mais próxima exclui a mais remota. Todavia, o Código Civil de 1916 estabelecia uma ordem de vocação fortemente compartimentada, ou seja, não havia que se falar em concorrência de classes. O legislador, com o tempo, foi aceitando exceções a essa sequência, ainda mais no que se referia ao cônjuge sobrevivente, garantindo a ele de acordo com o regime de bens certos direitos, e essa evolução alcançou seu apogeu com a promulgação do Código Civil de 2002.²²¹

O novo Código trouxe três grandes mudanças no que se refere à sequência de sucessão hereditária. A primeira refere-se à remoção do Estado da lista de herdeiros legítimos, somente tendo direito a participar da sucessão quando a herança entrar em estado de jacência e quando esta se transformar em patrimônio vago. A segunda foi a inserção do cônjuge sobrevivente no rol de herdeiros necessários, de forma a concorrer com os outros herdeiros necessários (ascendentes e descendentes). E, por fim, a privação de previsão do benefício do direito real de usufruto em proveito

²¹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.29.

²²⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p 21.

²²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.159.

do cônjuge supérstite, substituindo-o pelo direito real de habitação constante no artigo 1.831, do CC.²²²

Primeiramente, se faz necessário explanar sobre as possíveis formas de parentesco, podendo ser em linha reta ou colateral. Com isso, em linha reta, também conhecida como direta, os indivíduos descendem uns dos outros, a linha descendente parte em caminho aos parentes que nascem da pessoa em destaque, e se chama de ascendente quando se direciona de maneira contrária em rumo do genitor ao progenitor. Contudo, a forma de parentesco se entende como colateral quando os indivíduos são relacionados a um tronco comum entre si, sem descenderem um do outro.²²³

Como Orlando Gomes traz de maneira apropriada e sucinta, “a hierarquia das ordens define a vocação hereditária”,²²⁴ portanto, rege-se essencialmente com base em duas regras a serem ditas. A primeira elenca que uma classe capaz de suceder só será intitulada quando não existirem herdeiros na classe anterior. A segunda define que, na mesma classe, os herdeiros mais próximos eliminam os mais distantes, e essa situação apenas não se configurará quando tratar-se de direito de representação.²²⁵

O primeiro no rol encontra-se o descendente. Apenas na falta deste os ascendentes poderão ser chamados à sucessão. Ocorre que o cônjuge tem certa particularidade no ordenamento jurídico vigente, tendo em vista que é o terceiro na ordem de vocação hereditária, ou seja, se não houver descendente e ascendente, terá o direito de suceder integralmente, e este ainda poderá concorrer quando houver descendente ou ascendente. Conclui-se que o primeiro e o segundo na ordem de vocação hereditária não irão suceder de forma integral quando houver a presença do cônjuge supérstite no rol, desde que observado o regime de bens que este adotou.

Apenas não ocorrerá a concorrência do cônjuge com os descendentes quando tiver sido casado no regime da comunhão universal, na separação obrigatória de bens ou se, por mais que fosse casado no regime de comunhão parcial, o falecido não

²²² GOZZO, Débora. *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.159-160.

²²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.72.

²²⁴ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 42.

²²⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

houver deixado bens particulares. Na primeira situação, o cônjuge só terá direito à meação, tendo em vista que já terá a metade de todo o patrimônio ativo e passivo do *de cuius*. A segunda situação figura como uma imposição do sistema jurídico para que o patrimônio dos indivíduos não se comunique nem após a morte, tendo em vista que o legislador preceituou esse regime como forma de sanção pelo descumprimento de alguma norma legal, prevista no Código Civil.²²⁶ Na terceira situação, por fim, o cônjuge terá direito apenas à meação no que adquiriram na constância da sua união.²²⁷

Na sucessão dos descendentes, de acordo com o artigo 1.835 do Código Civil,²²⁸ estes sucedem por cabeça, isso é, cada um recebe uma quota igual do patrimônio do *de cuius*, ou ainda podem suceder por estirpe, no qual a quota será calculada dividindo o montante pelo número de linhagens do falecido.²²⁹ Observa-se que essa sucessão por estirpe ocorre por meio do direito à representação, que na verdade é uma exceção à segunda regra da vocação hereditária tratada alhures, de forma que atribui aos indivíduos mais remotos a posição dos mais próximos, substituindo como se aqueles estivessem recolhendo a herança. Se opera, nesse caso, a vocação indireta da sucessão legítima. Essa forma de sucessão é restrita à sucessão legítima, de forma que na sucessão testamentária se encontra apenas uma semelhança com o instituto da substituição, mas difere deste.²³⁰ O direito de representação,²³¹ contudo, só é aplicado na linha reta descendente, sem qualquer limitação, e jamais na ascendente, enquanto que na linha colateral, só ocorrerá em

²²⁶ Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento; II - da pessoa maior de sessenta anos; III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.202).

²²⁷ ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004, p.174.

²²⁸ Art. 1.835. Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.210).

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p.127-129.

²³⁰ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 46.

²³¹ A representação pode ocorrer também quando for caso de indignidade, já que é considerada como morte civil para efeitos hereditários, ou em casos de ausente já que é considerada sua morte presumida. Não poderá ser aplicada, contudo, nos casos de herdeiro renunciante, pois se considera que ele nunca existiu e, portanto não haveria porque alguém representá-lo. (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.219-220).

um caso específico, que seria em benefício dos filhos de irmão premorto, ou seja, dos sobrinhos, quando forem concorrer com irmão vivo.²³²

Para ilustrar, nota-se que se os herdeiros forem descendentes do mesmo grau, ocorrerá a sucessão por cabeça – por exemplo, se forem dois filhos, cada um receberá $\frac{1}{2}$ do montante. Todavia, se os herdeiros forem descendentes de graus diferentes, ocorrerá a sucessão por cabeça e por estirpe, por exemplo, se o *de cujus* tivesse tido três filhos, mas um desses seja premorto e deixou dois filhos, cada filho vivo, que sucede por cabeça, receberá $\frac{1}{3}$ do monte e os dois netos do falecido receberão $\frac{1}{3}$ do monte, que sucedem por estirpe, mas dividirão igualmente entre si o que receberem, já que os dois encontram-se no mesmo grau.

O segundo no rol encontra-se o ascendente, que, como foi tratado anteriormente, só herdará quando não houver descendente e ainda concorrerá com o cônjuge supérstite. A sucessão do ascendente faz-se com a divisão da linha materna e paterna; se os sucessores destas linhas se encontrarem no mesmo grau de distanciamento do *de cujus* a herança será dividida no meio, porém, se apenas um dessa linha tiver premorto o sobrevivente irá suceder na totalidade, pois não há direito de representação na linha reta ascendente. No segundo grau da sucessão do ascendente o que se leva em consideração é apenas a quantidade de linhas e não quantos indivíduos há em cada uma, por exemplo, tendo três avós (mesmo grau), sendo dois paternos e um materno (linhas diferentes) a herança será dividida ao meio entre as linhas, por mais que em uma se tenha duas pessoas e em outra tenha apenas uma.²³³

No que diz respeito à concorrência do cônjuge com o ascendente, não se leva em consideração o regime de bens adotado pelo cônjuge sobrevivente e o falecido, sendo indiferente, portanto, no que diz respeito ao seu direito de suceder. De forma que concorrendo com ascendentes de primeiro grau, em que as duas linhas sejam sobreviventes, o cônjuge concorrerá tendo direito a um terço, todavia, se só existir um ascendente de primeiro grau ou ascendentes de segundo grau para cima, o cônjuge terá direito a metade da herança e os ascendentes a outra metade.²³⁴

²³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p. 222.

²³³ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 59-60.

²³⁴ *Ibidem*, loc. cit.

O terceiro no rol de vocação hereditária é o cônjuge supérstite, tendo direito a suceder de forma integral se não houver descendente e ascendente e concorrerá com estes quando existirem, na forma como foi explanado alhures. Resta ao cônjuge, portanto, comprovar que o casamento era válido ao tempo da morte do *de cuius*, que não estavam separados judicialmente e nem de fato, há mais de dois anos, a não ser que consiga provar que a falta de convivência do casal não foi culpa sua.²³⁵

A prova dessa culpa funerária, segundo Rolf Madaleno, é um retrocesso constitucional, tendo em vista que o legislador criou uma prova difícil de ser alegada, já que o *de cuius* estaria impedido de dar sua versão dos fatos, tendo os herdeiros a árdua tarefa de entrar na intimidade conjugal do antigo casal pra defenderem a herança.²³⁶ Todavia, embora o entendimento do aludido autor ter respaldo jurídico, observa-se que não exprime o valor de justiça em determinados casos, como em uma situação em que houve abandono de lar pelo cônjuge falecido, ou em situações que a separação de fato se deu por conta de uma tentativa de homicídio ou injúria grave deste,²³⁷ e é por conta disso que esse preceito vige no ordenamento jurídico brasileiro. Embora a culpa tenha sido retirada da do Direito de Família, por meio da Emenda Constitucional nº 66/10, de forma que se admite a impossibilidade de sua discussão na ação de divórcio, a mesma é mantida no Direito das Sucessões.

Nota-se que se o casamento for nulo, o cônjuge poderá ser autorizado a suceder se este fosse putativo, ou seja, se tiver sido constituído de boa-fé.²³⁸ É garantido ao cônjuge, ainda, independente do regime de bens e sem prejuízo a parte que tem direito na herança, o direito real de habitação se apenas houver um imóvel a inventariar e este estiver destinado a residência.²³⁹ Esse direito se firma no imóvel enquanto o cônjuge estiver vivo, ou seja, o legislador não restringe seu direito ao período em que o cônjuge figura como viúvo.²⁴⁰ O Projeto de Lei nº 276/2007

²³⁵ ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004, p.175.

²³⁶ MADALENO, Rolf. **Concorrência Sucessória e o Trânsito Processual**. Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=45>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²³⁷ NASCIMENTO, Tizianne Cândido da Silva. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente separado judicialmente ou separado de fato. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9165/direito-sucessorio-do-conjuge-sobrevivente-separado-judicialmente-ou-separado-de-fato>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²³⁸ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p 66.

²³⁹ ASSEF, Tatiana Moschetta. *Op. cit.*, 2004, p. 176.

²⁴⁰ GOMES, Orlando. *Op. cit.*, 2012, p 67.

pretendia modificar tal enunciado, condicionando esse direito à manutenção da condição de viuvez e a proibição de constituição de união estável, mas o parecer de Vicente Arruda foi desfavorável.²⁴¹

O quarto no rol de vocação hereditária é o colateral, porém este não é considerado um herdeiro necessário, e sim facultativo, podendo não fazer parte da legítima se houver algum testamento dispondo de todos os bens. Nessa classe, apenas são herdeiros legítimos os colaterais até o quarto grau, e os mais próximos excluem os mais remotos – com exceção do direito de representação, que poderá ocorrer aos filhos dos irmãos do falecido apenas.²⁴²

A sucessão que diz respeito aos colaterais pode ser divergente no que diz respeito à quota-parte que cada irmão terá direito quando trata-se de irmão bilateral ou unilateral. De forma que cada irmão unilateral terá direito à metade do que o irmão bilateral auferirá, essa diferença é legítima no ordenamento jurídico e está expressa no art. 1.841 do Código Civil.²⁴³ A divergência de tratamento aplicada por esse preceito não é considerada inconstitucional, tendo como base o fato de que essa forma de sucessão não recebe tratamento constitucional – o que recebe é a sucessão dos descendentes, que, em princípio, deverá ser isonômica entre eles (art. 227, §6º, da CF/88).²⁴⁴

Há, ainda, uma ordem preferencial nessa classe dos herdeiros colaterais quando se trata dos colaterais de terceiro grau, que podem ser sobrinhos ou tios do falecido. Aqui não se aplica a segunda regra na vocação hereditária em que o mais próximo exclui o mais remoto, já que os dois estão presentes no mesmo grau, de forma que o ordenamento decidiu que os sobrinhos precedem os tios.²⁴⁵

Com isso, conclui-se o rol dos herdeiros legítimos, de modo que se pode observar que o Código foi omissivo ao tratar do companheiro, de forma a não incluí-lo no rol de herdeiros necessários, mas também não o excluiu da sucessão da herança por meio

²⁴¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p. 159.

²⁴² ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004, p 177.

²⁴³ *Ibidem, loc. cit.*

²⁴⁴ SIMÃO, José Fernando. A sucessão dos irmãos bilaterais e unilaterais: inconstitucionalidade?. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-sucessao-dos-irmaos-bilaterais-e-unilaterais-inconstitucionalidade/13423>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁴⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**, 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p 63.

de testamento a terceiro.²⁴⁶ O artigo 1.790 do CC estabelece seus direitos na sucessão do companheiro falecido, de forma que terá direito apenas a herdar nos bens em que é meeiro, pois só participa nos bens que adquiriu na constância da união, não incluindo bens particulares. Esse mesmo artigo ainda traz as disposições no que concerne a concorrência do companheiro com filhos comuns e exclusivos do falecido e com outros parentes sucessíveis. No primeiro caso, terá direito a sucessão por cabeça, recebendo o mesmo que os filhos. No segundo caso terá direito apenas à metade do que os filhos exclusivos serão beneficiados. E, no terceiro caso, terá direito a um terço da herança enquanto que o resto caberá aos parentes sucessíveis. O companheiro apenas terá direito a totalidade dos bens do companheiro falecido quando não houver parentes sucessíveis, de forma que a título de ilustração, um parente colateral de quarto grau irá concorrer com ele.²⁴⁷

Há uma polêmica, por conta de uma omissão legislativa, no que concerne a concorrência do companheiro com filhos comuns e exclusivos ao mesmo tempo – isso é chamado de sucessão híbrida e há três correntes a respeito. A primeira corrente entende que devem tratar os descendentes como se fossem todos comuns, e esta é a corrente majoritária. A segunda entende que se devem tratar os descendentes como se todos fossem exclusivos. A terceira se utiliza de fórmulas matemáticas para solucionar o problema, e a que se destaca é conhecida como Fórmula de Tusa.²⁴⁸

A discussão no que concerne a sucessão do companheiro se deve ao fato de que, não havendo bens particulares, o mesmo não terá direito a herdar, o colateral de quarto grau podendo preferir. Ocorre que houve uma orientação dada pelo I Encontro de Direito de Família da Corregedoria-Geral de Justiça²⁴⁹ no que diz

²⁴⁶ ELIAS, Macário Serrano. O companheiro como herdeiro necessário. **IDEP – Instituto de Defesa Popular**. Disponível em: <http://www.idep.com.br/noticia_companheiro.php>. Acesso em: 25 jul. 2014.

²⁴⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.69-71

²⁴⁸ TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2449616/artigo-da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1790-do-cc-e-suas-controversias-principais-por-flavio-tartuce>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁴⁹ Enunciado nº 13 - O art. 1.790 do Código Civil viola o superior princípio da vedação ao retrocesso e desrespeita a condição jurídica da (o) companheira (o) como integrante de um núcleo familiar equiparado àquele formado pelo casamento, razão por que padece de absoluta inconstitucionalidade. Enunciado nº 14 - Em virtude da inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, devem-se aplicar à (ao) companheira (o) viúva (o) as mesmas regras que disciplinam a sucessão do cônjuge, com exceção da norma que considera este último herdeiro necessário (art. 1845), porquanto, dada a sua natureza restritiva de direito (do autor da herança), não comportaria

respeito à situação de o companheiro ser o único a herdar, não havendo parentes sucessíveis, pois se for seguir o art. 1790 do Código Civil tais bens entrariam em vacância.

Embora seja figurada a omissão do legislador no que concerne o direito real de habitação do companheiro, o mesmo é entendido como admissível pela doutrina, de acordo com o Enunciado nº 117 da I Jornada de Direito Civil. O entendimento quanto a esse campo já se encontra pacífico inclusive o STJ, como assenta o julgado:

DIREITO DAS SUCESSÕES E DAS COISAS. RECURSO ESPECIAL. SUCESSÃO. VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MANUTENÇÃO DE POSSE. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DO DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. ART. 1.831 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 1. É entendimento pacífico no âmbito do STJ que a companheira supérstite tem direito real de habitação sobre o imóvel de propriedade do falecido onde residia o casal, mesmo na vigência do atual Código Civil. Precedentes. 2. É possível a arguição do direito real de habitação para fins exclusivamente possessórios, independentemente de seu reconhecimento anterior em ação própria declaratória de união estável. 3. No caso, a sentença apenas veio a declarar a união estável na motivação do decisório, de forma incidental, sem repercussão na parte dispositiva e, por conseguinte, sem alcançar a coisa julgada (CPC, art. 469), mantendo aberta eventual discussão no tocante ao reconhecimento da união estável e seus efeitos decorrentes. 4. Ademais, levando-se em conta a posse, considerada por si mesma, enquanto mero exercício fático dos poderes inerentes ao domínio, há de ser mantida a recorrida no imóvel, até porque é ela quem vem conferindo à posse a sua função social.²⁵⁰

Há, ainda, aqueles que dizem que o artigo 1.790, CC é inconstitucional com base no argumento de que o companheiro deve ser tratado da mesma forma que o cônjuge sobrevivente e que deveria inclusive figurar no rol de herdeiros necessários. Ocorre que, atualmente, há em análise incidente de inconstitucionalidade²⁵¹ levantado pelo Ministro Luis Felipe Salomão sobre esse artigo; contudo, tal matéria ainda está pendente de análise.

interpretação extensiva ou analógica. (BRASIL. **I Encontro de Direito de Família**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/images/pdf/enunciados_ordem_numerica.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014).

²⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1203144 – Proc. 2010/0127865-4. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.legjur.com/noticias/3381/acao-possessoria-uniao-estavel-companheira-sobrevivente-manutencao-de-posse-possibilidade>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

²⁵¹ RECURSO ESPECIAL. UNIÃO ESTÁVEL. REGIME SUCESSÓRIO. ART. 1.790, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Preenchidos os requisitos legais e regimentais, cabível o incidente de inconstitucionalidade do art. 1.790, caput, do Código Civil, diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial acerca da matéria. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1291636 – Proc. 2011/0266816-9. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21120937/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-recurso-especial-ai-no-resp-1135354-pb-2009-0160051-5-stj/inteiro-teor-21120938>>. Acesso em: 23 nov. 2014).

O último lugar na ordem de vocação hereditária não é classificado como herdeiro legítimo, nem sequer seria um herdeiro, e é o Estado. Esse sucessor exercerá a recondução dos bens à sociedade, tendo como fundamento político e social, em virtude de terem se tornados vacantes por não existirem ou não terem aparecido sucessores.²⁵²

3.5.2 Dos legitimados para suceder por testamento

É adotado no Código Civil de 2002 a chamada de facção testamentária passiva (*testamenti factio passiva*) nos artigos 1.798 e 1.799, no sentido de que qualquer indivíduo podia ser beneficiado por atos de última vontade do testador, necessitando apenas que exista ao tempo da morte do *de cuius* e que não seja tido como incapaz.²⁵³ No entanto, leva-se em conta, primeiramente, como o momento para se averiguar a capacidade para suceder por testamento o do tempo da abertura da sucessão.²⁵⁴ O artigo 1.798, CC cabe tanto para sucessão legítima quanto para a testamentária, já o artigo 1.799 do referido Código trata expressamente da testamentária, no qual alude que:

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; II - as pessoas jurídicas; III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.²⁵⁵

No que concerne o preceituado no inciso I, do artigo retrotranscrito, figura-se uma exceção à regra basilar da sucessão, de forma a permitir que um indivíduo não nascido e concebido no momento da morte do *de cuius* possa suceder. Isso poderá ocorrer desde que haja uma indicação pelo testador do futuro genitor, e este sim deverá estar vivo no momento da abertura da sucessão.²⁵⁶ A prole eventual

²⁵² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.76.

²⁵³ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.54.

²⁵⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Op. cit.*, p.189.

²⁵⁵ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p. 208.

²⁵⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.71.

compreende exclusivamente os filhos da pessoa que o testador está indicando, jamais podendo ser aplicada aos netos de quem ele indica.²⁵⁷

A prole que versa esse inciso não se trata de um nascituro (*conceptus*), mas do *nondum conceptus*, isto é, da pessoa que ainda nem é concebida. A herança nesta situação é condicional, submetendo a aquisição da sucessão a evento futuro e incerto, que seria o nascimento com vida daquele que foi concebido.²⁵⁸

No Código de 1916 ainda entendia-se que a prole eventual não compreendia os filhos adotivos dos indivíduos que o testador poderia nomear nas prerrogativas do inciso I, a não ser que o mesmo fizesse menção expressa a esta característica. Há aqueles que ainda pensam nesse sentido, fundamentando que poderiam ter situações em que a pessoa só viria a adotar para que seu filho possa receber a herança, desvinculando a adoção do critério afetivo para um critério econômico.²⁵⁹ Ocorre que, de acordo com o princípio da igualdade entre os filhos, nos termos do artigo 227, §6º da CF/88, tal discriminação não pode se manter, de modo que não se deve haver distinção entre filiação natural e adotiva.²⁶⁰

Há doutrinadores que justificam essa exceção com fundamento na substituição fideicomissária, com base no fato de que não se poderia admitir a existência de bens sem sujeitos, devendo nomear um fiduciário para garanti-los, a título do proprietário resolúvel.²⁶¹ Data venia, necessita-se ressaltar que esse era um pensamento baseado ainda no Código Civil de 1916 – atualmente, ocorrendo o nascimento da prole eventual, esta sucederá os bens da herança desde a morte do testador.²⁶²

O ordenamento prevê que o juiz indicará um curador que, salvo disposição em contrário, será o genitor da prole agraciada, para guardar os bens dos quais o herdeiro eventual irá se beneficiar, e este deverá ter as atribuições de um curador de incapaz, de modo que prestará contas de suas atividades por até dois anos da abertura da sucessão. Dessa forma, se nesse prazo ainda não houver nascido o

²⁵⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6, p.214.

²⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.71.

²⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Op. cit.*, 2011, p.214.

²⁶⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Op. cit.*, 2014, p.74.

²⁶¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 98.

²⁶² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.190.

herdeiro eventual, os bens que seriam atribuídos a ele deverão retornar à legítima, isso se o testador tiver sido omissivo quanto a outra possibilidade.²⁶³

O inciso II, por sua vez, refere-se às pessoas jurídicas, podendo ser de direito público ou privado. Todavia, se for uma pessoa jurídica de direito externo, deverá respeitar algumas peculiaridades, pois esta está proibida de adquirir bens imóveis, com exceção daqueles que são imprescindíveis para seu estabelecimento no Brasil, ou os suscetíveis de desapropriação. A sociedade tratada nesse inciso precisa ter personalidade jurídica, porque embora a jurisprudência que antecedeu a promulgação do novo Código entendesse que as que não têm personalidade poderiam figurar como nascituros, tal preceito não foi possibilitado.²⁶⁴

Por fim, o inciso III prevê a possibilidade do testador instituir uma fundação; esta prerrogativa poderá ocorrer tendo em vista os benefícios que essa sociedade abarca, tendo fins religiosos, morais, culturais ou de assistência. Por conta desses fins sociais da fundação, esta seria a única sociedade que poderá ser sujeito passivo do testamento que ainda não tenha personalidade jurídica.²⁶⁵

3.5.3 Dos ilegítimos para serem herdeiros testamentários e legatários

O legislador preleciona a vedação de legitimidade de determinados indivíduos no que se refere à impossibilidade dos mesmos serem sujeitos passivos da sucessão testamentária. Desse modo, estão impedidos de herdar, seja por conta da garantia da última vontade do *de cuius*, seja também para evitar a dissipação do seu patrimônio.²⁶⁶ Com isso, esses relativamente incapazes de suceder por testamento são previstos desse modo no artigo 1.801 do Código Civil:

Não podem ser nomeados herdeiros nem legatários: I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou

²⁶³HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 24.

²⁶⁴GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p.76-77.

²⁶⁵*Ibidem*, p.77.

²⁶⁶ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004, p.202.

militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou provar o testamento.²⁶⁷

O primeiro inciso desse artigo visa assegurar a intenção do *de cujus*, tendo em vista que o indivíduo que escreveu o testamento, por ter acesso a este, poderia beneficiar-se e, de alguma maneira, alterar aquilo que o testador eventualmente prelecionou. O segundo tem o condão de preservar a vontade do testador, já que a testemunha por estar presente no momento em que o testamento é efetuado poderia influenciar o testador. O terceiro inciso, por sua vez, visou resguardar o patrimônio do casal, de modo a não se utilizar do testamento para beneficiar o(a) concubino(a) e prejudicar o cônjuge. O último também tem o objetivo de evitar que o testador seja desvirtuado de suas decisões e vontades por conta de agentes externos.²⁶⁸

Observa-se, com isso, que, se eventualmente o testador não respeitar tais vedações legislativas e colocar como beneficiários de sua sucessão algum desses indivíduos que estão elencados acima, tal disposição poderá ser declarada como nula. Esclarece-se que tal nulidade não invalida o testamento como um todo, e sim apenas a cláusula que dispôs para aquele que não é legítimo.²⁶⁹

Ocorre que o direito de impugnar a validade do testamento decai no prazo de cinco anos, que começa a contar na data do seu registro. Se esse prazo quinquenal passar e o testamento não for impugnado, o mesmo não poderá mais ser feito, mesmo que nulo.²⁷⁰ Essa é uma exceção ao ordenamento jurídico vigente no que se refere aos negócios jurídicos em geral, que não admite que a nulidade convesça no tempo.²⁷¹

²⁶⁷ BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.209.

²⁶⁸ ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004, p. 202-203.

²⁶⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 26.

²⁷⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7, p. 247.

²⁷¹ Art. 169: O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.143).

4 SUCESSÃO NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Uma vez realizada a inseminação artificial póstuma, convém observar os efeitos decorrentes da sua utilização, tanto nos aspectos pessoais quanto nos patrimoniais. No que diz respeito ao âmbito pessoal, elencam-se as ligações de parentesco derivado do nascimento da criança, assim como todos seus ramos, tendo como exemplo a presunção de paternidade e o consequente direito ao nome. No que se refere ao âmbito patrimonial, não se deve ignorar o direito a alimentos e do elementar direito à sucessão.²⁷²

No caso da reprodução artificial homóloga, ou seja, quando o material com as informações genéticas é fornecido pelos próprios pais biológicos, há uma coexistência de vínculo filiatório biológico e jurídico. Conclui-se, com isso, que, de acordo com o art. 1597, III do Código Civil, a presunção de paternidade existe quando se utiliza dessa técnica de reprodução. O vínculo de filiação está previsto no ordenamento e não há maiores discussões – caso contrário, estaria aplicando tratamento diferente entre filhos, o que é expressamente vedado pelo artigo 227, §6º da Constituição Federal.²⁷³

Permite-se salientar que no aspecto pessoal, as consequências da aplicação dessa técnica já foram observadas; o que ainda se faz necessário é explorar as consequências no aspecto patrimonial, tendo em vista que não foram trazidas por nenhuma legislação do ordenamento jurídico brasileiro. A ausência de regência nesse âmbito se deve ao fato de que os avanços biotecnológicos crescem de maneira mais rápida que o Direito. O legislador deverá analisar as implicações de todas as possíveis soluções para o caso de maneira razoável e racional, de acordo com os preceitos constitucionais, mas sem esquecer-se do apelo social.

²⁷² BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem*. In: SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. São Paulo: UFBA, 1994, n.20, p.66.

²⁷³ DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. In: DONATO, Elton José (Dir.). **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, 1999, a.12, n.65, p.12.

4.1 DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA SOBRE SEUS POSSÍVEIS DIREITOS SUCESSÓRIOS

Interessante salientar que o primeiro caso a tratar dessa técnica de reprodução assistida ocorreu na França, em 1984. O caso ficou conhecido como “Affair Parpalaix”, já que o nome do marido de Corine Richard era Alain Parpalaix, e este, quando descobriu que estava com câncer, tomou a decisão de congelar seus gametas, para poder realizar as sessões de quimioterapia de forma a preservar a qualidade de seus espermatozoides, e poder, futuramente, gerar um filho. Todavia, logo após o casal reunir-se em matrimônio, Alain faleceu. Corine buscou a restituição dos gametas do marido falecido frente ao banco de sêmen, mas este se recusou a devolvê-los.²⁷⁴

O conflito jurídico tratava sobre a existência de um contrato de depósito que vinculava o banco de sêmen a entregar o espermatozoide. Todavia, a instituição entendia que não havia qualquer exigência sobre a restituição desse material para uma pessoa que não fosse o doador.²⁷⁵ No momento em que ocorreu a recusa do banco, a França ainda não tinha um preceito que regulasse o assunto, e, por conta disso, a viúva propôs uma ação para conseguir uma autorização perante o juiz. Após os trâmites judiciais, o tribunal francês determinou que o banco de sêmen entregasse o material genético de Alain criopreservado para o médico de Corine; este não se posicionou a respeito da filiação e dos direitos sucessórios desse caso. A discussão não tomou corpo por conta do procedimento de inseminação ter falhado, de modo que não houve maiores efeitos práticos.²⁷⁶

Esse caso é visto como um marco na história da inseminação artificial, considerando que foi somente a partir dele que os países passaram a tratar sobre esse instituto, e, em especial, a reprodução póstuma e suas consequências.²⁷⁷ Atualmente, enquanto diversos países já regulamentaram, ao menos de forma inicial, o instituto da reprodução

²⁷⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem*. In: SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. São Paulo: UFBA, 1994 n. 20, p. 67.

²⁷⁵ COCO, Bruna Amarijo. Reprodução assistida *post mortem* e seus aspectos sucessórios. **Jus Navegandi**. Disponível em: < <http://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios/3>>. Acesso em: 23 out. 2014.

²⁷⁶ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Op. cit.*, 1994, p.67.

²⁷⁷ ALMEIDA, Antonia Lisania Marques de. O direito à sucessão dos embriões. **Jurisway**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4809>. Acesso em: 22 out. 2014.

humana assistida *post mortem*, o Brasil ainda está iniciando essa discussão, especialmente no quesito permissivo ou restritivo dessa prática.

O que pode se constatar é que no Brasil, fora a única alusão feita pelo Código Civil, que diz respeito à presunção de paternidade, não há qualquer proibição legislativa referente a essa inseminação, diferente do que ocorre na Alemanha e na Suécia – nem mesmo existe legislação que a admita. Com isso, de acordo com o que é estabelecido pela Constituição Federal de 1988 no que diz respeito ao princípio da legalidade, é pertinente lembrar que tanto a Administração quanto os particulares se sujeitam a tal princípio, sendo que os particulares podem realizar tudo aquilo que não está proibido em lei, enquanto que a Administração Pública só pode realizar atividades que são permitidas em lei.²⁷⁸ Sendo assim, se um particular realizar o procedimento da reprodução póstuma, não estará atuando de forma contrária a lei, visto que não há nada que o proíba.

No que diz respeito ao ordenamento jurídico brasileiro, especialmente quando se depara com o Código Civil, pode-se concluir que o concebido pela reprodução assistida homóloga *post mortem* é um sucessor genuíno.²⁷⁹ Há aqueles que negam esse entendimento, relatando que isso violaria o princípio da segurança jurídica, todavia, não se deve entender assim, visto que se trata de uma técnica excepcionalíssima e deve ser encarada como tal.²⁸⁰

Uma vez realizada a inseminação, nesses casos, observa-se que haverá a presunção de paternidade do falecido marido, prática prevista em lei de maneira pacífica, de forma que não haveria motivos para ir de encontro ao direito sucessório desse indivíduo. Havendo a presunção, o vínculo paterno-filial é estabelecido, e, com essa conexão, os princípios que regem a filiação o acompanham – principalmente o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade entre os filhos, e, de acordo com eles, não há motivo para negar o direito sucessório do concebido. Dessarte, o que entra em discussão na doutrina é a espécie de sucessão que o indivíduo estará submetido, se configura herdeiro

²⁷⁸ DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. In: DONATO, Elton José (Dir.). **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, 1999, a.12, n.65, p.13-14.

²⁷⁹ COLOMBO, Cristiano. Uma perspectiva acerca da presunção de filiação em matéria de fecundação artificial homóloga *post mortem* e da legitimidade para suceder. In: DONATO, Elton José (Dir.). **Revista IOB de Direito de Família**. Brasília: Síntese, 1999, a.11, n.55, p. 137.

²⁸⁰ DELFIM, Marcio Rodrigo. *Op. cit.*, 1999. p.15.

legítimo ou apenas herdeiro testamentário, de modo que tal discussão vai ser travada com afinco na subdivisão associada a esse tópico.

Apesar de tais esclarecimentos, há uma divergência na legislação brasileira, quando se analisa o artigo 1.597, III com o artigo 1.798, ambos do Código Civil de 2002, tendo em vista que para este, só são legítimos para suceder aqueles indivíduos nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão, isto é, no momento da morte do *de cuius*. De acordo com tal preceito legislativo, o concebido por meio da reprodução assistida *post mortem* estaria excluído do instituto da sucessão, já que a sua concepção se daria após a morte do seu progenitor.

No que se refere a essa situação, Guilherme Calmon Nogueira da Gama elucida, de uma maneira interessante, ao apontar que:

O projeto do Código Civil de 2002 foi apresentado com texto cuja formulação foi iniciada no final da década de 1960, época em que ainda eram incipientes as notícias a respeito das técnicas de fertilização *in vitro* com posterior congelamento de embriões – especialmente os embriões excedentários. O legislador, ao formular a regra contida no atual art. 1.798, do texto codificado, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718 do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas.²⁸¹

Pelo fato dessa matéria ser extremamente controversa, especialmente sobre as consequências da reprodução assistida *post mortem* no âmbito do direito sucessório, oportuniza a manifestação de inúmeras correntes. Com o intuito de dividir o estudo dessa matéria de maneira que se torne mais didático, o presente capítulo divide a doutrina em três posicionamentos que denominaremos de negativista, misto e afirmativista, cujos preceitos analisaremos adiante.

4.1.1 Posicionamento negativista (com base no art. 1.798 do CC)

No que tange o direito sucessório, para este posicionamento, deve-se levar em conta o artigo 1.798 do Código Civil de 2002 de forma taxativa e literal – ou seja, se não se encaixar na previsão desse artigo, não é considerado um indivíduo com capacidade para suceder, tanto na forma legítima como na testamentária. Há uma grande parte da doutrina que entende que a prole oriunda da inseminação artificial

²⁸¹ 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 (Coords.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM; DelRey, 2007, p. 216.

post mortem, por não estar nascida ou concebida no momento do falecimento do seu progenitor ou progenitora, não tem direito de suceder, de forma que não é caracterizada como herdeiro.

Conforme o entendimento dessa parte da doutrina, portanto, o concebido por meio da reprodução assistida *post mortem* não poderá participar da sucessão do falecido tanto por meio da sucessão testamentária quanto por meio da sucessão legítima, tendo em vista que o artigo citado alhures refere-se à sucessão em geral, de forma que se observam ambas as espécies. Desse modo, embora haja previsão sobre a presunção de paternidade nessa modalidade de técnica de reprodução assistida, os doutrinadores que defendem essa posição entendem que esse artigo encontra-se em conflito no ordenamento com o artigo que fala da presunção de paternidade na inseminação artificial póstuma.

Conforme preceituado, há aqueles que não são favoráveis ao artigo 1.597, III do Código Civil de 2002, isso é, não aceitam como correto o entendimento do legislador no que diz respeito à presunção de paternidade, como assevera Maria Helena Diniz, quando preleciona que:

Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação artificial *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798). “Filho” póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*.²⁸²

Com isso, a doutrinadora ora relatada buscou suscitar que a presunção de paternidade só poderia se dar na constância do casamento – ou seja, uma vez falecido o marido, o elo matrimonial se rompe e, assim, a possibilidade de haver essa presunção também. Todavia, Sérgio Antônio Ferraz traz um ponto de análise interessante quando cita o Relatório Warnock,²⁸³ como se pode observar:

A doutrina comparada, em sua maioria de manifestações, tende a apontar direitos diferentes aos filhos quando a fecundação ou implantação do embrião ocorreu “*post mortem*” do marido “doador” de sêmen. Assim, e por exemplo, o informe Warnock, [...] recomenda que só podem invocar direitos

²⁸² DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 617.

²⁸³ O Relatório Warnock, publicado em 1984 no Reino Unido, foi produzido pela Grã-Bretanha e é considerado um ícone para as discussões internacionais no que dizem respeito a assuntos significativos referentes à reprodução e embriologia. De modo que suas orientações são referência em todo o mundo até os dias atuais para o método de regulação das técnicas de concepção. (DINIZ, Débora. **Tecnologias Reprodutivas no Debate Legislativo. Artigo da Universidade de Brasília**. Disponível em: <http://www.multiciencia.unicamp.br/artigos_06/a_03_6.pdf>. Acesso em: 26 out. 2014).

sucessórios os filhos que já estiverem, ainda que como embrião, no útero da mãe, à época da morte do pai.²⁸⁴

Uma intrigante observação é feita no que tange o momento em que há a presença do embrião, e isso seria crucial para prever a possibilidade do mesmo de suceder ou não. Isso é, para Eduardo Oliveira Leite, quando existe um embrião congelado antes que o progenitor tenha falecido, a criança que nascer poderá herdar; contudo, a situação se torna diferente se o que existe antes da morte do genitor é apenas o sêmen/óvulo congelado, pois, para o autor, o filho não estaria concebido no momento da morte – portanto, não preenche os preceitos do artigo 1.798 do CC.²⁸⁵ Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também compartilham de tal pensamento, de forma que, o fato de haver ou não concepção laboratorial que determinará a capacidade o indivíduo nascido de herdar, e justificam assentando que isso vai de acordo com o princípio da isonomia, já que são casos diferentes e a igualdade substancial funda-se em lidar de forma diferente com quem está em uma situação diferente.²⁸⁶

Chama também a atenção para esse posicionamento Orlando Gomes, já que, para ele, o concebido apenas teria direito a suceder se houvesse alguma lei complementar que regulamentasse o tema.²⁸⁷ Convém ressaltar outro argumento que embasa esse posicionamento, que se refere essencialmente à preservação da segurança jurídica do ordenamento brasileiro, já que se prevista a possibilidade desse indivíduo concebido após a morte do *de cuius* suceder, haverá sempre um risco de alteração de todo o inventário, de forma que os herdeiros viveriam um período de insegurança.

O autor José de Oliveira Ascensão assevera esse problema na prática, quando diz:

Toda a dinâmica da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações nunca seria praticamente possível a fixação do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada.²⁸⁸

²⁸⁴ FERRAZ, Sérgio Antônio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Safe, 1991, p. 52.

²⁸⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.21, p. 110.

²⁸⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**, 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2013, v.6, p. 603.

²⁸⁷ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.30.

²⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira *apud* PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6, p.27-28.

Demonstra-se, com isso, que este posicionamento leva em consideração a letra fria da lei, de maneira que não busca uma interpretação teleológica frente à situação problema. Além disso, quando analisa a aplicabilidade de tal reconhecimento da capacidade sucessória dos concebidos póstumos, não entende como será aplicado na prática por conta do princípio da segurança jurídica, que deve ordenar todo o sistema.

4.1.2 Posicionamento misto

No que diz respeito a este posicionamento, aceita-se que o concebido por reprodução assistida *post mortem* pode e deve ter capacidade para suceder, desde que seja apenas por meio de um testamento. Isso abrangeria, portanto, tanto os embriões concebidos em laboratório quanto apenas o sêmen congelado, tendo em vista que a vontade do progenitor estaria preservada após a morte por meio desse instrumento.

A justificativa que encontram para aludir à escolha da forma testamentária como a que preenche a capacidade de suceder do concebido *post mortem* é a de que o filho eventual só pode ser herdeiro testamentário – não figura, por óbvio, como herdeiro legítimo.

Para ilustrar melhor tal entendimento, vale recordar que filiação eventual significa essencialmente “filhos ainda não concebidos” de uma pessoa ou de um casal determinado que for indicado pelo testador, segundo preceitua o Código Civil no artigo 1.799, I.²⁸⁹ A problemática frente a esta posição mista consiste em que estaria realizando uma alusão à prole eventual de terceiros, já que o testador destinaria uma parte de seu patrimônio à sua própria prole eventual – que, no caso, é o próprio concebido por meio dessa técnica artificial póstuma. O autor Sílvio de Salvo Venosa entende, nesse sentido, tendo em vista que se utiliza dos preceitos do instituto da prole eventual estabelecidos no CC para esse caso, que:

O novo Código abre uma válvula restrita para essa hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamado a suceder o filho esperado de pessoa indicada, mas não concebido, aguardando-se até

²⁸⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**.3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.343.

dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança.²⁹⁰

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald também determinam esse prazo máximo de dois anos para que a criança que será gerada pela reprodução assistida *post mortem* seja concebida – esse prazo está expresso no artigo 1800, §4º do CC e refere-se à prole eventual de terceiros; sua contagem iniciará do momento da morte do progenitor.²⁹¹

Conclui-se que, estão utilizando-se do instituto presente do ordenamento jurídico de forma analógica, tendo em vista que, de acordo com esse instituto, o testador não poderia testar para a sua própria prole eventual, somente para a prole eventual de terceiros. Levando em conta tal explanação, Juliane Fernandes Queiroz²⁹² assenta que se o indivíduo pode testar em favor da prole eventual de terceiros, poderá também testar para sua própria prole, sem qualquer impedimento. Todavia, esse entendimento não é aceito por Giselda Hironaka que preleciona nos seguintes termos:

O testador não pode indicar sua própria prole eventual, uma vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão. A solução, assim, seria o testamento por via reflexa, ou seja, se for testador, ele deve indicar a doadora do óvulo e se for testadora, ela deve indicar o doador do espermatozoide.²⁹³

Ressalta-se, nesse sentido, que parte da doutrina que não permite a aplicação do instituto da prole eventual para solucionar situações que envolvem esse procedimento de concepção estão, em verdade, associados ao posicionamento negativista, já que consideram incompatível essa atuação com esse instituto. Dessa forma, esses doutrinadores, por serem extremamente legalistas, não admitem uma interpretação extensiva do artigo 1.799, I do CC, já que este prevê que o testador indicará as pessoas as quais os filhos serão beneficiados, desde que estas estejam vivas no momento em que se der o início da sucessão, e por óbvio, o testador não poderia indicar sua própria prole eventual por não estar vivo na abertura de sua própria sucessão.

²⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.6, p.283.

²⁹¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**.6.ed.. Salvador: JusPodivm, 2013, v.6, p. 603-604.

²⁹² QUEIROZ, Juliane Fernandes *apud* DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. In: DONATO, Elton José (Dir.). **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, 1999, a.12, n.65, p.17.

²⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.20, p.96.

Com isso, deve-se buscar uma solução para essas divergências, que se encontra nos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro²⁹⁴, tendo em vista que prevê que quando houver uma lacuna na lei ou quando esta for omissa, de forma a não resolver todos os fins sociais que envolvem o tema dela, o ordenamento indica seu suprimento por meio da analogia e dos costumes. Analisando desse modo, a aplicabilidade de suceder por meio do testamento, levando em conta o caráter de prole eventual obtido pelo filho póstumo, se encontra válida.

Compartilha desse entendimento Débora Gozzo, já que sustenta a possibilidade de reconhecimento do direito de suceder do filho resultante da inseminação assistida *post mortem*, do mesmo jeito que se reconhece a nomeação da prole eventual de indivíduo certo e determinado como herdeiro testamentário ou legatário.²⁹⁵

Há aqueles, ainda, que, por mais que concordem com certos preceitos elencados por esse posicionamento, ficam relutantes no quesito da necessidade de um prazo para que esse filho póstumo possa nascer para ter seus direitos sucessórios. Maria Berenice Dias comenta nesse sentido:

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo analogia ao prazo pra a concepção da filiação eventual (CC 1.800 §4º). Esta limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos.²⁹⁶

Esse prazo não tem como objetivo discriminar os filhos póstumos dos filhos nascidos de forma convencional. Tem, portanto, a finalidade de preservar a segurança jurídica dos outros herdeiros que participarão da sucessão. Com isso, deve-se analisar qual instituto prevalece nesse caso, o que assegura o ordenamento jurídico ou o que garante a isonomia no tratamento entre os filhos.

Para o posicionamento misto, à vista disso, o concebido por reprodução assistida *post mortem* tem direito de suceder por meio da via testamentária, visto que, por meio da analogia, é considerado um filho eventual, devendo constar nesse instrumento a vontade do testador de garantir a essa criança uma parte de seus

²⁹⁴ Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito; Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. (BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.135).

²⁹⁵ GOZZO, Débora. **Comentários ao Código Civil Brasileiro**: do direito das sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.16, p. 42.

²⁹⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.126.

bens. Assim sendo, por conta desse instituto só estar previsto na via testamentária, a sucessão desse filho, para este posicionamento, não é viável pela via legítima.

4.1.3 Posicionamento afirmativista

Enquanto isso, de acordo com o posicionamento afirmativista, o filho gerado por reprodução assistida póstuma poderá suceder por meio da legítima. Há que se falar que tal posicionamento leva em consideração um princípio constitucional norteador do Direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, e um princípio basilar do Direito de Família, qual seja, o princípio da isonomia entre os filhos. Dessa forma, não admitem que haja qualquer distinção no tratamento sucessório de quem nasce por meio dessa prática, podendo figurar tanto como herdeiro testamentário como herdeiro legítimo.

A autora Maria Berenice Dias consagra justamente nesse sentido, quando diz:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (CF 227,§6º). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798), e até às pessoas ainda não concebidas (CC 1.799, I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Deve ser dada ao dispositivo legal interpretação constitucional, pois o filho nascido de concepção póstuma ocupa a classe dos herdeiros necessários.²⁹⁷

Com isso, observa-se que os herdeiros necessários são aqueles que não devem ser afastados da sucessão, de forma que ocupam o primeiro lugar na ordem de vocação hereditária, na frente dos herdeiros facultativos, só podendo ser afastados em situações excepcionais já citadas neste trabalho. Estes são classificados, por esse posicionamento, como necessários principalmente porque os filhos concebidos de outra maneira também o são, de forma que este segue, sobretudo, em busca da garantia e do respeito ao princípio legal da igualdade substancial entre os filhos.

Corroborando com este entendimento, no qual os princípios devem ser admitidos e aplicados, por conta da sua forma balizadora do Direito de Família, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho afirma que:

Os efeitos sucessórios da inseminação *post mortem* são amplos não se restringindo à sucessão testamentária, pois se é certo que o falecido poderá

²⁹⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.125.

chamar a suceder, por testamento, a prole eventual de terceiros, nos termos do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, poderá, igualmente, beneficiar a sua própria prole eventual, inclusive estabelecendo se a deixa testamentária saíra da sua parte disponível ou se constitui adiantamento da legítima, com necessidade de colação.²⁹⁸

Observa-se que este posicionamento reflete o entendimento de que esse filho não deve ser tratado de forma desigual por ter nascido por meio de uma técnica de reprodução artificial póstuma, tendo em vista que isso irá contra todos os princípios estipulados constitucionalmente. Esse ainda traz ênfase à análise de que o legislador não estabeleceu nenhuma espécie de exceção ao princípio da igualdade entre os filhos, de forma que independe da situação casuística que estes se encontram, pois não caberia ao intérprete estabelecer limitação – independente, inclusive, dessa situação não estar prevista expressamente pelo legislador.²⁹⁹

Nesse sentido, José Luiz Gavião de Almeida assenta que o legislador atual não inovou, de forma que repetiu o que estava contido no Código Civil anterior; desse modo, o concepturo apenas estaria abarcado na sucessão testamentária, já que não se poderia prever que posteriormente um morto poderia ter filhos. Contudo, o autor reconhece os filhos nascidos pela técnica da inseminação *post mortem* como herdeiros legítimos, já que, para ele, não faz sentido reconhecer os efeitos relacionados à filiação e afastar os efeitos patrimoniais.³⁰⁰

Há aqueles, ainda, que são contra o reconhecimento da capacidade de suceder dos filhos póstumos por conta dos problemas práticos que essa possibilidade pode trazer para o ordenamento. Contudo, convém ressaltar que Guilherme Calmon Nogueira da Gama traz uma solução para a situação em que o filho venha a nascer depois que a partilha de um de seus genitores já tenha sido feita, e ela está prevista no sistema atual para os casos de herdeiros legítimos preteridos, que é a aplicação da petição de herança. Dessa forma, segundo o autor, o instituto da petição de herança

²⁹⁸ 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: IOB Thomson, 2006. p. 187.

²⁹⁹ *Ibidem*, p.186.

³⁰⁰ ALMEIDA, José Luiz Gavião de *apud* DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. In: DONATO, Elton José (Dir.). **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, 1999, a.12, n.65, p. 17.

teria mais uma hipótese de cabimento, no qual seria os casos em que a reprodução humana assistida *post mortem* teria sido realizada.³⁰¹

A aplicação do instituto da petição de herança à reprodução assistida não é um entendimento novo, tendo em vista que o enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil trata da admissão desta; contudo, será abordada de forma mais aprofundada no tópico subsequente deste trabalho. A forma inovadora que esse posicionamento está tentando introduzir é a sua admissão nessa espécie muito específica de reprodução, por conta de seus entraves práticos.

Nesse sentido, há aqueles que defendem que não se pode aceitar que os direitos do cidadão sejam reduzidos por conta de uma dificuldade prática de garanti-los. De forma que, para este posicionamento, se este instituto da petição de herança pode ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro, nada impediria que este tivesse mais um cenário no qual sua admissão fosse cabível. Portanto, para eles, o que está se protegendo – a igualdade entre os filhos e a dignidade da pessoa humana – deveria ser considerado algo maior do que a simples dificuldade prática que os outros herdeiros irão enfrentar, isto é, deveria ser maior que a própria segurança jurídica do ordenamento.

4.2 A REPRODUÇÃO ASSISTIDA E SEUS EFEITOS PATRIMONIAIS COM BASE NO ENUNCIADO 267 DA III JORNADA DE DIREITO CIVIL

O Conselho da Justiça Federal e o Centro de Estudos Jurídicos realizam as Jornadas de Direito Civil com o intuito de alcançar uma melhor análise interpretativa do Código Civil. Com isso, especialistas em direito de notório saber jurídico laboram enunciados de modo a facilitar controvérsias que vigem no ordenamento.³⁰²

O Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil tem pertinência temática ligada ao direito sucessório, eis que elenca:

³⁰¹ 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 (Coords.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM; DelRey, 2007, p.219.

³⁰² SALOMÃO, Lídia. Enunciados da Jornada de Direito Civil da CJF. **Jurisway**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69> Acesso em: 29 agosto 2014.

267 – Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.³⁰³

Primeiramente, deve-se esclarecer o objeto de incidência da petição de herança de modo a observar o que traz o enunciado. Essa é uma ação que visa garantir o direito de um herdeiro reconhecer em juízo sua condição para que possa participar também da sucessão, além de permitir que este possa a ser restituído, totalmente ou em parte, contra quem possua a herança.³⁰⁴ É uma ação própria do direito sucessório e está expressa³⁰⁵ no Capítulo VII do Código Civil, parte esta que trata das Sucessões.

O objetivo da petição de herança é destinado ao “reconhecimento da qualidade sucessória de quem a intenta, visa, precipuamente, à positivação de um *status*, do qual deriva a aquisição da herança”.³⁰⁶ É inclusive uma ação real, por conta de a herança ser considerada por lei um bem imóvel e universal, tendo em vista que abrange todos os bens da herança e não apenas bens especificados, que têm um pedido de caráter condenatório.³⁰⁷

O legitimado para intentar com a petição de herança é o herdeiro que não foi agraciado com seu direito na partilha dos bens da herança, tendo que fazer prova de que se enquadra como herdeiro, podendo inclusive entrar com uma ação de investigação de paternidade. Por figurar justamente como uma ação condenatória, esta se sujeita a prazo prescricional, contudo este não foi regulado expressamente. Na falta de dispositivo legal prevendo o prazo de prescrição, o ordenamento adota o prazo previsto no art. 205 do Código Civil, que seria de dez anos, na falta de prazo específico.³⁰⁸

Ocorre que quando se trata do prazo prescricional da petição de herança, existem problemáticas a serem discutidas. A primeira é o caso de o herdeiro aparente,

³⁰³ BRASIL. III Jornada de Direito Civil. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

³⁰⁴ CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.310.

³⁰⁵ Art. 1.824. O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua. (BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p.210).

³⁰⁶ GOMES, Orlando. **Sucessões**.15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p.274.

³⁰⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**.2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.72.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 75-76.

aquele que se encontra na posse dos bens partilhados, seja de boa-fé ou de má-fé, acabar usucapindo o imóvel que está em seu domínio, de forma que não é a ação que irá prescrever nesse caso, mas a mesma torna-se inaplicável no que se refere aos imóveis usucapidos. A segunda refere-se ao fato de que a ação de investigação de paternidade ser imprescritível, mas considerando que a ação de petição de herança não o é, pode ocorrer uma situação em que é reconhecida a condição de herdeiro, mas o direito de perseguir a herança encontra-se prescrita.³⁰⁹ Contudo, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou a respeito na Súmula nº 149, quando elenca que “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.³¹⁰

O início desse prazo prescricional também é polêmico, tendo em vista que encontramos respaldo para acreditar que o mesmo inicia na data da abertura da sucessão³¹¹ ou na data em que foi reconhecida a paternidade por meio de sentença, esta inclusive sendo a decisão mais recente conforme transcrito a seguir:

APELAÇÃO CÍVEL. [...] AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA E ANULAÇÃO DE PARTILHA. TERMO INICIAL. PRESCRIÇÃO INOCORRENTE. A declaração de nulidade da partilha realizada sem a participação de herdeiro necessário é consequência da procedência da ação de investigação de paternidade ajuizada depois de concluído o inventário do investigado. O direito de investigar a paternidade é imprescritível, mas o de reclamar a herança não. Todavia, a filha, cuja paternidade só foi reconhecida depois de encerrado o inventário, deve contar o prazo para reclamar a herança a partir da sentença que reconhece a paternidade. [...]³¹²

No que diz respeito ao Enunciado retrotranscrito, observa-se que as normas vigentes no ordenamento que tratam da sucessão estão em discordância com a prática da reprodução assistida. Tal afirmação leva em consideração os danos

³⁰⁹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 280.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014, p. 1986.

³¹¹ CIVIL - AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE, CUMULADA COM PEDIDO DE HERANÇA - PRESCRIÇÃO - SUMULA N. 149, DO STF - ARTIGOS 5., I; 169, I; 177; E 1572, DO CC. I- O prazo prescricional da ação de petição de herança flui a partir da abertura da sucessão do pretendido pai, eis que é ela o fato gerador; o momento em que o autor completa dezesseis anos de idade e o limite da interrupção da prescrição prevista no art. 169, I, do Código Civil, por força do disposto no art. 5., I, do mesmo diploma legal. II- Consoante entendimento afirmado pela doutrina, "se o titular do direito deixa de exercer a ação, revelando desse modo seu desinteresse, não merece proteção do ordenamento jurídico". III- Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 17556 – Proc. 1992/0001710-0. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 17 dez.1992. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/581447/recurso-especial-resp-17556-mg-1992-0001710-0>>. Acesso em: 29 ago. 2014).

³¹² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70047303706. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em 18 out. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117936352/apelacao-civel-ac-70056863855-rs/inteiro-teor-117936353>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

insanáveis aos titulares desses direitos, tanto àqueles que vierem a nascer e em tal grau àqueles que tenham sido beneficiados com sua parte da herança, por conta da incerteza da partilha realizada. Com isso, o reproduzido de forma assistida *post mortem* teria que respeitar o prazo prescricional de dez anos para ser concebido, para poder, por meio da petição de herança, defender seus direitos sucessórios, mas essa atitude em compensação gera certa instabilidade aos herdeiros contemplados na partilha.³¹³

A partilha daqueles que no momento da transmissão da herança encontram-se em plena condição de recebê-la não é afetada pelo fato de ter embriões criopreservados em laboratório – que, lembrando, devem ficar por no mínimo cinco anos criopreservados, para depois poderem ser descartados, se essa for a vontade. Portanto, seria afetada se no prazo de dez anos ocorresse a implantação desses embriões no útero materno, pois estaria dentro do prazo para instaurar uma petição de herança em busca dos seus direitos sucessórios. Ocorre que tal prática vai contra o princípio da dignidade da pessoa humana e do princípio do planejamento familiar, já que a mulher teria que realizar o processo de inseminação necessariamente em dez anos para sua prole ter seus direitos observados³¹⁴ – isso se for considerar esse indivíduo como herdeiro legítimo.

4.3 HERDEIRO LEGÍTIMO OU HERDEIRO TESTAMENTÁRIO

De acordo com a breve exposição dos posicionamentos que circulam pela doutrina e ultrapassada a discussão sobre a possibilidade de ser admitida a técnica de reprodução assistida *post mortem*, especialmente porque esta já tem inclusive sua filiação reconhecida no artigo 1.597 do Código Civil, pode-se notar que a criança a ser gerada poderá ter direitos sucessórios. Dessa maneira, se houve o reconhecimento do vínculo paterno-filial, não há motivos para que não haja o reconhecimento da capacidade de suceder do filho que virá a nascer.

³¹³ MORRO, Alexandre Burgueira; RISSI, Rosiane Sasso. **Reprodução humana assistida: direitos sucessórios dos inseminados *post mortem*.** Disponível em: <<http://imesb.br/direito/Edicoes/07.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

³¹⁴ LIMA, Carla Maria Rodrigues de Mendonça. **Direitos sucessórios derivados da inseminação artificial *post mortem*.** Disponível em: <<http://carlamendonca.jusbrasil.com.br/artigos/111915092/direitos-sucessorios-derivados-da-inseminacao-artificial-post-mortem>>. Acesso em: 01 set. 2014.

Com base nesse argumento, a maior celeuma que se instaura na doutrina é sobre que tipo de sucessor esse indivíduo poderá ser, isso é, se apenas poderá suceder por meio da via testamentária ou se figura como herdeiro legítimo. Ocorre que os dois posicionamentos tem argumentos fortes, que serão ora analisados com mais profundidade.

Passando à análise da questão, observa-se que – como já pôde ser visto previamente – há grandes nomes da doutrina brasileira que defendem esse herdeiro como exclusivamente testamentário. Tal entendimento tem como fundamento o instituto da prole eventual, tendo em vista que atualmente, no ordenamento, o indivíduo ainda não concebido só pode suceder pela via testamentária.

Dessa forma, acrescenta-se que no direito sucessório prevalece o entendimento de que todos os indivíduos têm legitimidade para suceder, com reserva apenas referente àqueles que a lei afastar.³¹⁵ Seguindo esse preceito, o artigo 1.798 do Código Civil afastaria o direito de suceder daquele nascido por inseminação artificial póstuma, e por conta disso que figura este indivíduo como filho eventual, porque sendo assim ele se encaixa, por analogia, na exceção do artigo 1.799, I do mesmo Código.

Dessarte, “a analogia é um dos métodos utilizados para criar uma regra jurídica para a disciplina de um caso concreto, quando nenhum preceito passível de emprego para a elaboração da norma do caso possa ser encontrado nas fontes disponíveis”. Dito isso, deve-se observar, contudo, que a analogia não disponibiliza soluções precisas para dificuldades concretas, nem remove a possibilidade de alternativas pelo aplicador; porém, empregada com fundamentos concisos acaba por viabilizar o controle de razoabilidade dos desfechos da execução do Direito.³¹⁶

A aplicabilidade da analogia tem como base, os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de forma que esses preceituam que quando existir uma lacuna na lei ou quando esta for omissa, de maneira a não solucionar os fins sociais que englobam a matéria dela, o ordenamento assinala seu preenchimento por intermédio da analogia e dos costumes.

³¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, vol. 7, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

³¹⁶ COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. Analogia. In: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 51, abr./jun. 2005, p. 261 *et seq.*

Examinando, nesse sentido, se encontra válida a admissão do concebido de forma artificial póstuma como prole eventual, de forma a ser, portanto, considerado como sucessor testamentário.

Outra interpretação jurídica que deve ser feita, de forma a encaixar nessa situação em concreto, se refere ao prazo máximo que o filho eventual deve ser concebido. Nesse sentido, segundo o artigo 1.800, §4º do Código Civil tem-se o prazo de dois anos para que seja feita a concepção; caso esta não ocorra, se finda a capacidade desse de suceder.

A via testamentária certamente configura uma segurança jurídica maior, especialmente para os herdeiros que já figuram no inventário, já que a partilha não ficaria tanto tempo sobrestada esperando uma possível concepção de um filho eventual. A segurança jurídica pode ser entendida de forma ampla ou estrita, na qual, na primeira, ela representa a significação de garantia, proteção e estabilidade tanto de situação quanto de pessoa, enquanto que na segunda, ela baseia-se no comprometimento de oferecer certeza para os negócios jurídicos.³¹⁷ Dessa forma, entender esse filho como herdeiro testamentário, é assegurar a estabilidade do ordenamento jurídico brasileiro.

Ocorre que, se o filho nascido por reprodução assistida *post mortem* só puder ter legitimidade para suceder por meio de testamento, haverá aqueles que defenderão que se está admitindo um tratamento diverso entre os filhos.

Segundo os ditames atuais previstos na Constituição Federal de 1988, uma divergência sequer nas garantias e direitos entre os filhos não deveria ser aceita, isso com base no princípio da isonomia entre os filhos e com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. Houve tempos em que era natural estabelecer restrições a depender da origem dos mesmos, mas isso foi superado e o artigo 227, §6º da Magna Carta veda qualquer tipo de diferenciação relativa à filiação, de forma que nem mesmo os intérpretes do direito poderiam afastá-lo.

Dito isso, portanto, não poderia haver discriminação entre filhos em nenhuma seara do direito, seja por conta do vínculo biológico, afetivo ou jurídico, ou seja porque foi concebido de forma natural ou por meio da reprodução assistida, de forma que se

³¹⁷ SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.17.

inclui nesse campo também os concebidos por inseminação póstuma.³¹⁸ Analisando uma maneira que se adequasse melhor ao que a Magna Carta preceitua, o concebido por meio dessa técnica não deveria ser considerado herdeiro testamentário somente, tendo em vista que não admitir que este se configure como herdeiro legítimo seria, para alguns, admitir que exista uma aplicação diametralmente oposta aos princípios constitucionais.

Convém esclarecer que esse argumento pode ser rechaçado, quando se pondera que o princípio da igualdade substancial entre os filhos compreende tanto a igualdade em sentido formal quanto a igualdade em sentido material. Dessa forma, o primeiro significa que não pode haver discriminação na aplicação de um termo específico para cada tipo de filho, de forma que inferiorize um em detrimento de outro. O segundo, contudo, diz respeito à proibição de se estipular diferenças de tratamento jurídico entre os filhos que represente uma depreciação ou um desamparo que, não configure critério objetivo e razoavelmente justificado.³¹⁹

Dessarte, o fundamento para que se considere possível uma abordagem diferenciada de suceder, entre os filhos nascidos de forma natural e os nascidos por meio da inseminação póstuma, consiste no que preconiza Rui de Oliveira Barbosa, conforme abaixo descrito:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho, ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não uma igualdade real.³²⁰

Faz-se necessário esclarecer que, portanto, nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos;³²¹ com isso, o direito a igualdade entre os filhos, garantido constitucionalmente, também não o é. Dessa forma, o legislador, averiguando que

³¹⁸ BOER, Juliana Ferraz. **O direito à sucessão legítima do filho concebido por inseminação artificial homóloga post mortem**. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, p.111.

³¹⁹ LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2009, p.1.126-1.127.

³²⁰ BARBOSA, Rui de Oliveira. **Oração aos moços**. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988, p. 21.

³²¹ [...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. Tornou-se pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer limitações, quando enfrentam outros valores de ordem constitucional, inclusive outros direitos fundamentais. [...] Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 163).

os filhos se encontram em situações desiguais, pode tratá-los de forma diversa. O que não pode ocorrer é que filhos que estejam em uma mesma situação sejam discriminados, mas, se deparando com situações conflitantes como essas, não há porque não estabelecer tratamento diferente. O filho nascido por reprodução assistida póstuma não deixará de receber aquilo que é seu por direito, tendo em vista que tem direito a suceder no testamento de seus genitores – o que acontecerá é que ele deverá suceder por meio de vontade expressa em testamento.

Conforme Luiz Guilherme Loureiro destaca, com bastante exatidão, “o princípio da igualdade não quer dizer total identidade de regime”. Dito isso, mesmo a lei, sem infringir a Constituição Federal, indica, ao menos, duas diferenças de regime, no que se menciona à presunção de paternidade, já que ela só é admitida para os filhos nascidos na constância do casamento, e no que se refere ao poder familiar, tendo em vista que só será exercido por ambos os pais se o respectivo filho nascer também na constância do casamento.³²²

Pode-se observar que, a relativização desse princípio constitucional da igualdade entre os filhos está amparada, levando em consideração as prerrogativas do caso concreto, conforme julgado infra:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIMENTOS. BINÔMIO POSSIBILIDADE-NECESSIDADE. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. MENOR QUE APRESENTA NECESSIDADES ESPECIAIS. Reza o § 1º do art. 1.694 do Novo Código Civil que "os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada". Logo, o quantum da verba alimentar deve ser fixado com arrimo no binômio possibilidade/necessidade, respectivamente do alimentante e do alimentando. Caso concreto em que o princípio da igualdade entre os filhos deve ser relativizado, tendo em vista que o autor possui necessidades especiais, sendo incontroversa a possibilidade financeira do alimentante de prestar auxílio ao filho no patamar fixado na sentença.³²³

Com isso, considerar que cabe ao filho concebido por fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do genitor, a presunção de paternidade, que até mesmo está expressa no artigo 1.597, III do Código Civil, significa considerar que este deve ter seus direitos sucessórios garantidos. Todavia, essa garantia não precisa necessariamente ser auferida na mesma espécie de procedimento que os

³²² LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2009, p.1.127.

³²³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054567789. Relatora Sandra Brisolara Medeiros. Julgado em 05 jun. 2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112927745/apelacao-civel-ac-70054567789-rs>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

filhos nascidos por reprodução natural, por conta da relativização do princípio da isonomia entre os filhos.

O entendimento ora exposto, por conseguinte, figura melhor opção, haja vista que, caso se considere o nascido por inseminação póstuma como herdeiro legítimo, coexistirá com um número maior de complicações. Primeiramente, porque, por mais que este posicionamento signifique respeitar os princípios elencados anteriormente, igualmente desrespeita o princípio da segurança jurídica, levando em consideração a incerteza que a partilha representaria para os herdeiros que já se encontrariam nascidos no momento da sucessão. Essa insegurança da partilha seria gerada, por conta da possibilidade que o concebido póstumo teria, de garantir a sua participação na sucessão por meio da petição de herança.

O instituto da petição de herança esclarecido de forma exaustiva neste trabalho permite que um herdeiro legítimo assegure seus direitos sucessórios, por não ter participado anteriormente da partilha. Nesse sentido, a partilha seria realizada de forma natural e sem a presença do concebido de forma artificial póstuma – posteriormente, este poderia, por meio de uma petição de herança, rever os bens que lhe são por direito.

A dificuldade maior dessa prática concentra-se no prazo que a petição de herança pode ser admitida, tendo em vista que seu prazo de prescrição é de dez anos e inicia-se da data que ocorre a abertura da sucessão; contudo, quando se trata de menor impúbere deve-se esperar que este alcance os dezesseis anos de idade, ou seja, que este constitua sua capacidade relativa. Isto é, antes do herdeiro completar dezesseis anos não pode começar a contar o prazo, já que não conta-se prazo de prescrição contra incapazes, podendo se atingir, na prática, um prazo de até vinte e seis anos para que esse herdeiro possa ingressar com uma ação de petição de herança.³²⁴

Reforçando ainda tal entendimento, é pertinente esclarecer que para que o procedimento da reprodução assistida *post mortem* possa ser realizado, isto é, para que seja permitida à utilização do material genético recolhido em laboratório, se faz necessário à anuência do *de cujus*, conforme entendimento da I Jornada de Direito

³²⁴ BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem*. In: SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. São Paulo: UFBA, 1994, n. 20, p.81.

Civil realizada em 2002. Visto isso, se há a exigência do consentimento do falecido para que o procedimento se realize, pode também haver a exigência de manifestação expressa de última vontade do mesmo, em testamento, para que o concebido possa ser sucessor.

A problemática entre os juristas é justificável, haja vista que as duas formas que podem ser instituídas para o nascido pela reprodução assistida *post mortem*, referentes à legitimidade para suceder de forma legítima ou apenas testamentária, são sustentadas por argumentos contundentes e potenciais. Dessarte, a celeuma apenas será oficialmente solucionada quando o legislador se posicionar sobre a área em questão, mas é de notório saber que há uma omissão do mesmo no que diz respeito à regulamentação da própria reprodução assistida em geral no Brasil.

5 CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos se desenvolvem a todo momento, de forma que submetem o Direito a uma necessidade de disparar em busca de regularização legislativa, tendo em vista que este não consegue acompanhar a celeridade daqueles. O Direito tem o compromisso de atualizar-se à medida que a sociedade muda de configuração, de forma que deve se manter sempre efetivo para que possa ter sua eficácia garantida.

A evolução da biotecnologia no campo da reprodução assistida representa um proveito significativo para a sociedade, especialmente para aqueles que não teriam como constituir família por meio da concepção natural, seja por conta de alguma doença, seja porque são inférteis/estéreis. Esse instituto ainda não tem sua regulamentação expressa pelo ordenamento brasileiro, de forma que este se utiliza de disposições constantes nas diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina.

A ideia de se organizar em família tem como objetivo buscar o pleno desenvolvimento daqueles inseridos nesse núcleo, de forma que se torna o instrumento de alcance da satisfação individual. Com isso, o direito ao planejamento familiar encontra-se abarcado, de modo que todo o indivíduo tem o direito de se reproduzir.

De acordo com o avanço dos aspectos filiatórios no Brasil, percebe-se que não há mais, no ordenamento, uma distinção discriminatória entre os filhos, não sendo mais divididos em filhos legítimos e ilegítimos. O que prevalece atualmente é a aplicação do princípio da igualdade substancial entre os filhos, isso é, não há mais que se falar em tratamento desigual entre eles. Esse princípio norteador do Direito de Família, inclusive, localiza-se expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 227,§6º, de modo que figura como um princípio constitucional.

O direito à reprodução existe no ordenamento, e há aqueles que o apontam como um direito fundamental, tendo em vista que estaria inserido no conceito genérico do direito à vida que abarca o direito à saúde. Observa-se, portanto, que a reprodução humana medicamente assistida se apresenta com o intuito de abranger a possibilidade de garantir a esse direito.

A reprodução assistida pode ser homóloga, quando não há necessidade de material genético de terceiro, bastando o do próprio casal, ou heteróloga, na qual é imprescindível a doação do material genético feito por um terceiro alheio. O instituto da reprodução assistida é, ainda, constituído por um conjunto de inúmeras técnicas – dentre estas, as mais populares são a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* e a gestação por substituição. Depois de realizada tal contextualização, faz-se necessário esclarecer que a reprodução humana assistida *post mortem*, tema central da problemática deste trabalho, consiste em uma reprodução assistida homóloga que pode ser realizada por meio dessas três técnicas.

Uma vez realizada a reprodução assistida, a presunção de paternidade é assegurada, tendo em vista que se admite que o pai seja, em verdade, o marido da mãe, independente de haver vínculo biológico. O artigo 1.597, III do CC prevê a aplicabilidade da presunção de paternidade, inclusive, para aqueles que se submetem a técnica de concepção *post mortem*. Todavia, há aqueles que defendem que, nesse tipo de reprodução, a presunção é relativizada, já que dependeria da existência de uma anuência prévia do *de cuius*. Isso figura previsto na I Jornada de Direito Civil, e, por conta do legislador ser omissivo sobre essa temática, essa é a disposição que orienta o judiciário.

A inseminação artificial *post mortem*, com isso, é uma técnica utilizada por aqueles que não têm condições de conceber uma família de forma natural, a qual, tragicamente, é acometida pelo falecimento de um dos membros do casal e a concepção se dá após esse ato. Dessa forma, uma situação possível é do homem morrer e a mulher inseminar o material genético criopreservado dele, ou da mulher falecer e o homem inseminar o embrião concebido em laboratório em uma “barriga de aluguel”.

Na falta de uma regulação legislativa sobre o tema reprodução assistida, os institutos da bioética e do biodireito colaboram com o estabelecimento de limites para os avanços médicos e tecnológicos, de forma a preservar, na medida de seu alcance, a integridade daqueles que se submetem aos seus procedimentos. O indivíduo não pode ficar integralmente exposto às consequências, muitas vezes ainda não conhecidas, de campos ainda não explorados de maneira consistente. Esses institutos decorrem da necessidade de respeito aos preceitos éticos que

organizam a sociedade, de forma que visam preservar a dignidade da pessoa humana dos avanços técnico-científicos.

No que diz respeito aos direitos sucessórios, nota-se que têm capacidade para suceder aqueles que constam no artigo 1.798 do CC, isso é, os nascidos e concebidos no momento em que ocorre a abertura da sucessão – ou seja, no momento exato da morte do autor da herança. Esse é um artigo que abarca tanto aqueles que sucedem por meio da legítima quanto por meio da testamentária. O rol daqueles que são capazes de suceder exclusivamente por meio do ato de última vontade, por meio do testamento, continua expresso no artigo 1.799 do CC, de forma que inclui, dentre outros sucessores, a prole eventual.

Sendo o vínculo paterno-filial reconhecido, seja por meio do critério biológico ou por meio de ficção jurídica, o filho tem seu direito de suceder garantido. Não haveria sentido reconhecer no âmbito do Direito de Família a existência de uma relação juridicamente protegida, e no âmbito do Direito das Sucessões, o inverso. Com isso, a problemática do tema deste trabalho consiste essencialmente no fato de que a doutrina não é pacífica a respeito da forma pela qual o nascido por reprodução assistida póstuma deve suceder.

O presente trabalho optou por dividir os entendimentos doutrinários em três posicionamentos, quais sejam, o negativista, o misto e o posicionamento afirmativista. O primeiro consiste essencialmente em negar qualquer espécie de direito sucessório a esse filho, com base no argumento de que este não estava concebido e, menos ainda, nascido no momento do falecimento, de forma que se prende a literalidade do artigo 1.798 do Código Civil. O segundo posicionamento defende que o filho deve configurar como herdeiro testamentário, tendo em vista que se faz uma analogia à prole eventual de terceiros, contanto, não admite que este figure como herdeiro legítimo. Por fim, o terceiro posicionamento entende que o filho nascido por essa técnica *post mortem* deve ser considerado herdeiro legítimo, sob o fundamento de que, de acordo com o princípio da igualdade substancial entre os filhos, não pode haver qualquer espécie de diferenciação entre eles.

Frente a todos esses argumentos, embora se possa vislumbrar a possibilidade de configurar tanto como herdeiro legítimo quanto como testamentário, o estudo feito sobre essa temática controvertida, no referido trabalho, compreende como a melhor

solução considerar o nascido por reprodução assistida póstuma como herdeiro testamentário.

O fundamento para esse entendimento consiste no fato de que se deve tratar os desiguais na medida de suas desigualdades, de forma que não é conferido ao princípio da isonomia entre os filhos caráter absoluto, devendo considerar que há uma divergência entre eles e, por conta disso, devem ser tratados de forma diferente para sanar qualquer espécie de desigualdade. Vale ressaltar que nem mesmo os direitos fundamentais são tidos como absolutos, devendo ser relativizados a depender do objeto de análise, de modo que o mesmo raciocínio se aplica para solucionar essa problemática.

Recorda-se que, no direito sucessório, impera a compreensão de que todas as pessoas têm capacidade para suceder, com ressalva apenas no que se refere àqueles que a lei afastar. Respeitando essa disposição, o artigo 1.798 do Código Civil impediria o direito de poder suceder daquele nascido por inseminação artificial *post mortem*, e, dessa maneira, este indivíduo deve ser reputado como filho eventual por analogia pois, posto isso, ele se amolda na exceção do artigo 1.799, I do mesmo Código. Considerando tal disposição, deverá ocorrer a concepção do filho póstumo no prazo limite de dois anos, tendo em vista que se deve usar o prazo aplicado para a prole eventual, previsto no artigo 1.800, §4º do Código Civil. Entender que o concebido por uma reprodução assistida *post mortem* é herdeiro testamentário é, portanto, respeitar também a segurança jurídica do ordenamento.

Compreende-se isso quando se busca analisar as consequências que seriam geradas se esse filho fosse considerado herdeiro legítimo, tendo em vista que seria permitido a ele intentar uma ação de petição de herança para rever os bens que seriam seus por direito, caso a partilha já tivesse sido realizada. Observa-se que essa ação tem prazo prescricional de dez anos, que só são contados para os incapazes a partir dos dezesseis anos de idade, de forma que o indivíduo teria até vinte e seis anos para poder utilizar de seus artifícios, deixando os outros herdeiros em uma situação de insegurança jurídica extrema.

Para que o procedimento de reprodução assistida póstuma possa ser realizado pela clínica, segundo a doutrina na I Jornada e Direito Civil, se faz necessária a anuência do *de cuius* permitindo que utilizem seu material genético depois de sua morte. Considerando tal informação, pode-se concluir que, se o indivíduo realmente deseja

que seja possível a realização desse procedimento, de modo a ultrapassar a adversidade de uma eventualidade trágica, é imprescindível tanto a autorização perante a clínica quanto a realização de um testamento que abarque a prole que poderá ser gerada com tal prática.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro, sequer uma regulamentação da atividade da reprodução assistida, de modo que, a celeuma referente a este conflito jurídico está longe de findar. Dito isso, cumpre ressaltar a necessidade do legislador de diligenciar, com celeridade, as normas gerais sobre esse tema, para que se possa ter ao menos no que se basear quando do discurso sobre a reprodução humana medicamente assistida *post mortem*.

REFERÊNCIAS

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

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: IOB Thomson, 2006.

ALMEIDA, Antonia Lisania Marques de. O direito à sucessão dos embriões. **Jurisway**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4809>. Acesso em: 22 out. 2014.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carolos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

ASSEF, Tatiana Moschetta. **Direito de Família e das Sucessões**. São Paulo: Harbra, 2004.

BARBOSA, Rui de Oliveira. **Oração aos moços**. 3.ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

BARCHFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e Reprodução Medicamente Assistida. *In*: PASSINI, Léo; BARCHFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

BERALDO, Anna de Moraes Salles. Consequências jurídicas da reprodução humana assistida *post mortem*. *In*: SILVA, Mônica Neves Aguiar da. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. São Paulo: UFBA, 1994, n.20.

BOER, Juliana Ferraz. **O direito à sucessão legítima do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem***. Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador.

BRASIL. Código Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 14 mai. 2014.

_____. **Decreto nº 99.710**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. **I Encontro de Direito de Família**. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/images/pdf/enunciados_ordem_numerica.pdf>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>> Acesso em: 20 jun. 2014

_____. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. **Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 13 out. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Vade Mecum**. São Paulo: Rideel, 2014.

_____. **Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 71.373/RS**. Relator: Francisco Rezek. Julgado em 10 nov. 1994. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/747033/habeas-corpus-hc-71373-rs>>. Acesso em: 07 out. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1203144 – Proc. 2010/0127865-4**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 15 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.legjur.com/noticias/3381/acao-possessoria-uniao-estavel-companheira-sobrevivente-manutencao-de-posse-possibilidade>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1291636 – Proc. 2011/0266816-9**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJ 21 nov. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21120937/arguicao-de-inconstitucionalidade-no-recurso-especial-ai-no-resp-1135354-pb-2009-0160051-5-stj/inteiro-teor-21120938>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1401719 – Proc.2012/0022035-1**. Relatora Nancy Andrichi. Brasília, DJ 15 out. 2013. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24274948/recurso-especial-resp-1401719-mg-2012-0022035-1-stj>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

_____. **Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 17556 – Proc. 1992/0001710-0**. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Julgado em 17 dez.1992.

Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/581447/recurso-especial-resp-17556-mg-1992-0001710-0>>. Acesso em: 29 ago. 2014

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2224445 – Proc. nº 1999/0061055-5. Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/292991/recurso-especial-resp-222445-pr-1999-0061055-5>>. Acesso em: 08 out. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.537363– Proc.2003/0051147-7. Relator Ministro Vasco Della Giustina. Brasília, DJ 07 mai. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=saisine&&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=14>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 12453 –Proc.2005/012453-2. Relator Desembargador Rubens Bergonzi Bossay. Mato Grosso do Sul, DJ 10 jan. 2006. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3986178/agravo-agv-12453>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Tribunal Regional Federal – 2ª Região. Apelação Cível n. 398948 – Proc.2005.51.01.004958-3. Relator Desembargador Federal Sérgio Schwaitzer. Rio de Janeiro, DJ 24 jul. 2007. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205416/apelacao-civel-ac-398948-rj-20055101004958-3>>. Acesso em: 19 nov. 2014.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

CAMPOS, Diogo Leite de. **Lições de Direito de Família e das Sucessões**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Adriana Pereira Dantas. Técnicas de reprodução humana assistida: o direito de nascer do embrião. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26010/tecnicas-de-reproducao-humana-assistida-o-direito-de-nascer-do-embriao>>. Acesso em: 06 mar. 2014.

CASABONA, Carlos Maria Romeo. O Direito Biomédico e a Bioética. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: DelRey, 2005.

CATEB, Salomão de Araujo. **Direito das Sucessões**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COCO, Bruna Amarijo. Reprodução assistida *post mortem* e seus aspectos sucessórios. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21747/reproducao-assistida-post-mortem-e-seus-aspectos-sucessorios/3>>. Acesso em: 23 out. 2014.

COLOMBO, Cristiano. Uma perspectiva acerca da presunção de filiação em matéria de fecundação artificial homóloga post mortem e da legitimidade para suceder. *In*:

DONATO, Elton José (Dir.). **Revista IOB de Direito de Família**. Brasília: Síntese, 1999, a.11, n.55.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Reprodução assistida**: Projeto que susta resolução do CFM está em discussão na CSSF da Câmara. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24712:projeto-de-decreto-que-susta-resolucao-cfm-devera-receber-parecer-contrario&catid=3> Acesso em: 13 out. 2014.

CORREIA, Francisco de Assis. Alguns desafios atuais da bioética. *In*: PASSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de (Orgs.). **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Paulus, 1996.

COZER, Cristiano de Oliveira Lopes. Analogia. *In*: GARCIA, Maria (Coord.). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 13, n. 51, abr./jun. 2005.

DELFIN, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga *post mortem*. *In*: DONATO, Elton José (Dir.). **Revista Síntese Direito de Família**. São Paulo: Síntese, 1999, a.12, n.65.

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

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Débora. Tecnologias Reprodutivas no Debate Legislativo. **Artigo da Universidade de Brasília**. Disponível em: <http://www.multiciencia.unicamp.br/artigos_06/a_03_6.pdf>. Acesso em: 26 out. 2014.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 25.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.

_____, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ELIAS, Macário Serrano. O companheiro como herdeiro necessário. **IDEP – Instituto de Defesa Popular**. Disponível em: <http://www.idep.com.br/noticia_companheiro.php>. Acesso em: 25 jul. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: direito das famílias**. 6.ed. Salvador: JusPodivm, 2014, v.6.

_____, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral e LINDB**.11.ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

FERRAZ, Sérgio Antônio. **Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução**. Porto Alegre: Safe, 1991.

FIGUEIREDO, Luciano; FIGUEIREDO, Roberto. **Direito Civil: famílias e sucessões**. Salvador: JusPodivm, 2014. v.14.

FILHO, José Roberto Moreira. Da Bioética ao Biodireito: o grito da biotecnologia em face do silêncio da lei. **Revista Jurídica Consulex**. Brasília: Consulex, a.16, nº 379, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil: direito de família – as famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011, v.6.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: o Biodireito e as Relações Parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: IBDFAM; DelRey, 2007.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, José Jairo. Reprodução humana assistida e filiação na perspectiva dos direitos de personalidade. *In*: JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade (Coords.). **Revista de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 6, n. 22, abr./jun. 2005.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v.7.

GOZZO, Débora. **Comentários ao Código Civil Brasileiro: do direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v.16.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=290> >. Acesso em: 01 set. 2014.

_____, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v.20.

_____, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Resolução do CFM é evolução, mas ainda é necessário lei sobre o tema, diz especialista. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/100512689/resolucao-do-cfm-e-evolucao-mas-ainda-e-necessario-lei-sobre-o-tema-diz-especialista>>. Acesso em: 13 out. 2014.

IPPOLITO, Clarice D. Gestação por substituição: a possibilidade do uso dessa técnica científica à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **JusBrasil**. Disponível em: < <http://cladipp.jusbrasil.com.br/artigos/111876296/gestacao-por-substituicao-a-possibilidade-do-uso-dessa-tecnica-cientifica-a-luz-do-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

JUNIOR, Eudes Quintino de Oliveira. Paternidade socioafetiva x biológica. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823292/paternidade-socioafetiva-x-biologica>>. Acesso em: 08 out. 2014.

LEAL, Juliana Pereira Araújo. O direito à origem genética. *In*: MINAHIM, Maria Auxiliadora (Org.). **A Família na Contemporaneidade**. Salvador: JusPodivm, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v.21,

_____, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMA, Carla Maria Rodrigues de Mendonça. **Direitos sucessórios derivados da inseminação artificial post mortem**. Disponível em: < <http://carlamendonca.jusbrasil.com.br/artigos/111915092/direitos-sucessorios-derivados-da-inseminacao-artificial-post-mortem>>. Acesso em: 01 set. 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito de Filiação e Direito à Origem Genética: uma Distinção Necessária. *In*: FARIAS, Cristiano Chaves de (Coord.). **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Curso Completo de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2009.

MADALENO, Rolf. **Concorrência Sucessória e o Trânsito Processual**. Disponível em: < <http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=45>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

_____, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas S.A., 2013.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Filhos da Reprodução Assistida. *In*: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Família e Cidadania – o novo CCB e a vacatio legis**: anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM/DeiRey, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 38.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORRO, Alexandre Burgueira; RISSI, Rosiane Sasso. **Reprodução humana assistida: direitos sucessórios dos inseminados post mortem**. Disponível em: <<http://imesb.br/direito/Edicoes/07.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2014.

NASCIMENTO, Tizianne Cândido da Silva. Direito sucessório do cônjuge sobrevivente separado judicialmente ou separado de fato. **Jus Navegandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9165/direito-sucessorio-do-conjuge-sobrevivente-separado-judicialmente-ou-separado-de-fato>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das Sucessões: comentários à parte geral e à sucessão legítima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição do Direito Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v.6.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70047263785. Vigésima Primeira Câmara Cível. Relator: Francisco José Moesch. Julgado em 18 abr. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21633925/agravo-de-instrumento-ai-70047263785-rs-tjrs/inteiro-teor-21633926>>. Acesso em: 07 mar. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70006548143. Relator: Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira. Oitava Câmara Cível. Porto Alegre, 09 jun. 2005. Disponível em: <<http://tjrs.vlex.com.br/vid/-42771842>>. Acesso em: 22 nov. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70047303706. Oitava Câmara Cível. Relator Desembargador Rui Portanova. Julgado em 18 out. 2012. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117936352/apelacao-civel-ac-70056863855-rs/inteiro-teor-117936353>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70054567789. Relatora Sandra Brisolará Medeiros. Julgado em 05 jun. 2013. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112927745/apelacao-civel-ac-70054567789-rs>>. Acesso em: 25 nov. 2014.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 2.ed. Belho Horizonte: DelRey, 2011.

SALOMÃO, Lídia. Enunciados da Jornada de Direito Civil da CJF. **Jurisway**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69> Acesso em: 29 agosto 2014.

SAUWEN, Regina Fiuza; HRYNIEWICZ, Severo. **O Direito “In Vitro” da Bioética ou Biodireito**. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SEDICIAIS, Sheila. Concepção. **Tua Saúde**. Disponível em: <<http://www.tuasaude.com/concepcao/>>. Acesso em: 28 nov. 2014.

SILVA, José Afonso da. Constituição e Segurança Jurídica. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SIMÃO, José Fernando. A sucessão dos irmãos bilaterais e unilaterais: inconstitucionalidade?. **Jornal Carta Forense**. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-sucessao-dos-irmaos-bilaterais-e-unilaterais-inconstitucionalidade/13423>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

SOUZA, Mariza Cunha de. As técnicas de Reprodução Assistida. A barriga de aluguel. A definição de Maternidade e Paternidade. Bioética. **Revista da EMERJ**. v.13, nº 50, 2010, p.350. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista50/Revista50_348.pdf>. Acesso em: 07 mar. 2014.

TARTUCE, Flávio. Da sucessão do companheiro: o polêmico art. 1.790 do CC e suas controvérsias principais. **JusBrasil**. Disponível em: <<http://arpen-sp.jusbrasil.com.br/noticias/2449616/artigo-da-sucessao-do-companheiro-o-polemico-art-1790-do-cc-e-suas-controversias-principais-por-flavio-tartuce>>. Acesso em: 23 nov. 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; SALES, Ana Amélia Ribeiro. Reprodução assistida heteróloga: uma escolha pós-moderna no âmbito do planejamento familiar. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Orgs.). **Pensamento Crítico do Direito Civil Brasileiro**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

TEIXEIRA, Gregory Silva. Morte real e Morte presumida. **Passei Direito**. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/3569534/morte-real-e-morte-presumida/3>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade**. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

VENCELAU, Rose Melo. **O Elo Perdido da Filiação**: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.6.

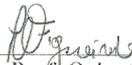
WIDER, Roberto. **Reprodução Assistida**: aspectos do biodireito e da bioética. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

Aos 04 de março de 2015 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 14h30, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) Carolina D'Amorim Barreto, intitulada *A reprodução Humana assistida POST MORTEM e seus direitos sucessórios: herdeiro legítimo ou testamentário?*, estando presente o (a) Orientador prof.(a) Luciano Lima Figueiredo, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) Lara Rafaelle Pinho Soares e Prof(a) Ermiro Ferreira Neto e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Luciano Lima Figueiredo	9,5	
Lara Rafaelle Pinho Soares	9,5	
Ermiro Ferreira Neto	9,5	

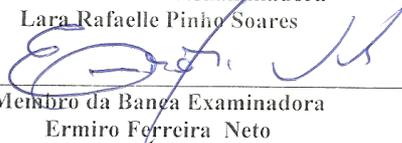
Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Prof. Orientador
Luciano Lima Figueiredo



Membro da Banca Examinadora
Lara Rafaelle Pinho Soares



Membro da Banca Examinadora
Ermiro Ferreira Neto

Salvador, 04 de março de 2015



NPJ - Núcleo de Prática Jurídica
R. VISCONDE DE ITABORAHY, Nº 116, AMARALINA
SALVADOR - BA - CEP- 41900-010 - TEL: (71) 3276.1323
www.faculdadebaianadedireito.com.br