



Centro Universitário de Brasília - Uniceub
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

Amanda Gutierre Silva Nogueira

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA FILIAÇÃO *POST MORTEM*: AS
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA**

Brasília

2017

Amanda Gutierre Silva Nogueira

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA FILIAÇÃO *POST MORTEM*: AS
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientador: Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

Brasília

2017

Amanda Gutierre Silva Nogueira

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS NA FILIAÇÃO *POST MORTEM*: AS
IMPLICAÇÕES JURÍDICAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de Bacharelado em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientador: Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira.

Brasília, _____ de _____ de 2017.

Banca Examinadora

Prof. Danilo Porfírio de Castro Vieira
Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Narlon e Raquel, sem os quais isso jamais
seria possível. Pelo amor incondicional,
por todo esforço e dedicação.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por sua infinita graça, bondade e misericórdia, pelo cuidado e amor que me permitiram chegar até aqui.

Aos meus pais, que sonharam esse sonho comigo, que sempre vibraram com as minhas vitórias, que por vezes acreditaram em mim mais que eu mesma. Obrigada pelo exemplo de honestidade e perseverança, por serem quem são e fazerem de mim a pessoa que sou.

À minha irmã, Giovana, que, com seu entusiasmo e otimismo inabaláveis, faz tudo parecer mais leve e divertido.

Ao meu noivo, Eduardo, por ser companhia sempre presente, pelas palavras de incentivo, pelo amor e carinho demonstrados diariamente.

Ao meu orientador, Danilo Porfírio, pela atenção, pelo exemplo de profissionalismo e competência, por ser um dos professores responsáveis por despertar a paixão pelo Direito.

RESUMO

Ante às inovações da tecnologia e da ciência, por diversas vezes, o ordenamento jurídico não é capaz de acompanhar as transformações sociais vividas diariamente. É o que ocorreu no campo da reprodução assistida, especialmente com a possibilidade de concepção de um filho após a morte de seu pai. O presente trabalho busca, sem a pretensão de esgotar o assunto, analisar os direitos sucessórios desse filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Apresenta-se ao leitor a regulamentação disponível sobre o tema, bem como alguns posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais. Diante da lacuna legislativa existente e à luz, sobretudo, da Constituição Federal, que garante tratamento igualitário entre os filhos, demonstra-se a possibilidade de proteção do direito à herança do concebido *post mortem*. Por fim, conclui-se que a aplicação das regras da petição de herança é a melhor forma de harmonizar os interesses dos possíveis herdeiros, salvaguardando o tanto a isonomia entre os filhos, quanto a segurança jurídica.

Palavras-chave: Direito de Família. Filiação. Inseminação artificial. *Post mortem*. Direito Sucessório. Princípios Constitucionais. Igualdade entre os filhos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 FILIAÇÃO E AS CONDIÇÕES CONSTITUTIVAS TRADICIONAIS	10
1.1 Filiação no Direito Romano e no Direito Canônico	10
1.2 Filiação tradicional no Direito Brasileiro	12
1.3 Filiação a partir da Constituição Federal de 1988	14
1.3.1 <i>Princípios norteadores</i>	15
1.3.2 <i>Critérios de estabelecimento do vínculo de filiação</i>	18
1.4 Aspectos gerais da filiação	23
2 DISPOSIÇÃO SOBRE DIREITOS IDENTITÁRIOS E PATRIMONIAIS NO FILHO CONCEBIDO <i>POST MORTEM</i>	26
2.1 Inseminação artificial homóloga <i>post mortem</i>	26
2.1.1 <i>Exigência de autorização expressa do de cujus para utilização de seu gameta ou implantação de embrião após a sua morte</i>	28
2.2 Formação do vínculo de filiação	30
2.3 Os direitos identitários	30
2.4 Os direitos sucessórios	32
2.4.1 <i>Princípio da saisine e transmissão imediata dos bens</i>	33
2.4.2 <i>Legitimidade do embrião excedentário implantado post mortem para ser herdeiro</i>	34
2.4.3 <i>Legitimidade do filho concebido post mortem para ser herdeiro legítimo</i>	35
2.4.4 <i>Garantia dos direitos sucessórios submetida à concepção em determinado prazo</i>	38

3 A QUESTÃO DO PRAZO POSTULATÓRIO AOS DIREITOS DE SUCESSÃO E O POSICIONAMENTO JURISDICIONAL.....	41
3.1 Cabimento da ação de petição de herança	41
3.2 Jurisprudência.....	44
3.2.1 Processo n° 0027862-73.2010.8.16.0001/PR	45
3.2.2 Processo n° 0100722-92.2008.8.07.0001/DF	48
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Com os avanços da medicina e da tecnologia nas últimas décadas, em especial em relação às técnicas de reprodução humana assistida, teve início discussão em torno das implicações trazidas por tais técnicas à sociedade, já que possibilitaram situações antes inimagináveis, como a concepção de um filho após a morte de seu genitor.

Foi a partir da manifesta necessidade de regulamentação desses procedimentos que os debates alcançaram o Direito, que deve ser o reflexo da sociedade no tempo e no momento histórico a que se destina.

Entretanto, essa tarefa de ordenação não é tão simples, em razão do constante dinamismo das relações sociais, que se renovam e se flexibilizam a todo tempo. Assim, o Direito não tem condições de avançar no ritmo da ciência e das tecnologias e, por isso, determinados casos surgem sem previsão legal que os regule.

Com relação à reprodução assistida, o artigo 1.597 do Código Civil assegurou a filiação da criança gerada por inseminação artificial homóloga, aquela em que o material genético pertence ao casal interessado, mesmo que já falecido o pai.

Diversamente do que aconteceu no Direito de Família, no âmbito do Direito Sucessório o legislador dispôs, no artigo 1.798 do Código Civil, que estão legitimados a suceder apenas aqueles já nascidos, ou ao menos concebidos, no momento da abertura da sucessão, que se dá com a morte do autor da herança. É a partir deste aparente conflito de normas que surge esta pesquisa.

No primeiro capítulo aprecia-se a relação de filiação, como evoluiu historicamente do Direito Romano até o atual Direito Brasileiro, seu conceito, como é constituída e os efeitos decorrentes deste vínculo, uma vez que o direito à herança é uma de suas mais notórias consequências jurídicas.

O capítulo seguinte dedica-se à análise da regulamentação disponível sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem*: legislação, princípios, enunciados das Jornadas de Direito Civil e a resolução do Conselho Federal de Medicina, que dá orientações éticas quanto à utilização dos métodos de

inseminação artificial e regulamenta algumas práticas a serem adotadas na reprodução assistida.

Em seguida, expõem-se os direitos do filho concebido após a morte do genitor, a formação do vínculo de filiação e sua legitimidade para participar da sucessão. Nesse sentido, buscou-se analisar os fundamentos jurídicos consagrados pela Constituição Federal e pelo Direito de Família que respaldam ou afastam a possibilidade de concessão de direitos sucessórios aos filhos concebidos *post mortem*, bem como as principais correntes doutrinárias que se desenvolveram sobre o tema.

Já o terceiro capítulo é destinado a demonstrar o cabimento da ação de petição de herança para proteção dos direitos sucessórios do filho concebido através de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Por fim, é apresentada pesquisa jurisprudencial que, apesar de não abordar diretamente a questão da herança, facilita a compreensão do sentido e do alcance do tema em questão e das normas apresentadas.

1 FILIAÇÃO E AS CONDIÇÕES CONSTITUTIVAS TRADICIONAIS

Uma vez que o direito sucessório é um dos mais evidentes efeitos das relações de parentesco, em especial da filiação, é necessário compreender como essas relações desenvolveram-se, desde o Direito Romano até os dias atuais, e como se constituem no Direito Brasileiro.

1.1 Filiação no Direito Romano e no Direito Canônico

O Direito de Família Romano entendia a instituição familiar como um pequeno grupo social que se reunia em função do *pater familias*¹ e se submetia ao *pater potestas*². Nessa perspectiva, o Estado não interferia nas questões surgidas no âmbito familiar, que eram decididas de forma soberana pelo *pater familias*³.

Note-se que a característica básica era o patriarcalismo. O *pater* – “aquele que não tem, na linha masculina, ascendente vivo a que esteja sujeito”⁴ – era o chefe soberano do lar e a ele cabia o exercício de seu poder e a autoridade.⁵

Acerca dos poderes do *pater familias*, José Carlos Moreira Alves ensina que:⁶

São absolutos os poderes do *pater familias* sobre as pessoas e coisas a ele submetidas. É ele o chefe militar da família, seu sacerdote e juiz; tem poder de vida e de morte sobre todos os membros da família – pode, até, expor os filhos, ao nascerem; ou, depois, vendê-los, no estrangeiro, como escravos. Todo o patrimônio da família lhe pertence; daí, tudo o que as pessoas, que lhe são submetidas, adquirem passa a pertencer a ele.

O modo mais tradicional de ingresso na família era a procriação em justas núpcias. A criança, concebida durante o matrimônio, ingressava na família paterna pela simples ocorrência do nascimento.⁷

¹ “Chefe de uma família”. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 98.

² “Poder” do *pater familias*. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 108.

³ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 577.

⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 578.

⁷ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

Nesse sentido, a filiação estava assentada em uma presunção de paternidade diretamente vinculada ao casamento. Tal presunção fundava-se nas pressuposições de relações sexuais dos cônjuges e de fidelidade da mulher⁸.

Assim, *semper est certa mater*, ou seja, a maternidade era sempre certa, revelada por sinais claros como a gravidez e o parto; enquanto *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, pai era aquele que as núpcias demonstravam, isto é, a paternidade do filho concebido durante o matrimônio deveria ser atribuída ao marido⁹. Isto porque, à época, não era possível fazer prova da paternidade.

Por outro lado, a família romana reunia-se por um culto; uma “crença segundo a qual os antepassados continuavam a viver no túmulo, transformados em deuses tutelares da família, mas necessitando dos cuidados de seus descendentes”.¹⁰

Dada a importância desses cultos domésticos, havia, já no Direito Romano, a possibilidade de admissão na família através da adoção. Este instituto viabilizava a continuação familiar, nos casos de falta de descendência.¹¹

Nas lições de Jorge Shiguemitsu Fujita:¹²

Durante um longo período desde o antigo Direito Romano, o culto doméstico era transmitido, de geração a geração, sempre na linha masculina, do *pater familias* a seu filho, assim considerado apenas aquele apresentado pelo *pater familias* diante do altar destinado ao culto. Desse modo, a filiação não tinha como base a consanguinidade, haja vista a necessidade da cerimônia religiosa de apresentação ao altar do filho varão recém-nascido, para torná-lo um agnado e seu sucessor no culto aos deuses do lar.

Além disso, com base na necessidade de um herdeiro adepto ao culto, se o *pater familias* falecesse antes de procriar, a viúva era obrigada a conceber um filho de um parente do cônjuge, e a criança era considerada do falecido, não do genitor.¹³

De acordo com Silvio de Salvo Venosa:¹⁴

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 578.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

¹² FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 15.

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

¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2016. v. 6. p. 233.

Essa noção de consanguinidade não era importante no Direito Romano mais antigo, pois o conceito de família não era fundado no parentesco consanguíneo tal como hoje conhecemos, mas no liame civil e principalmente religioso. Não era considerado da mesma família o membro que não cultuasse os mesmos deuses. O laço de sangue não bastava para estabelecer o parentesco; era indispensável haver o laço de culto.

Já na Idade Média, com o Direito Canônico, a família passa a ser constituída exclusivamente com base na celebração do casamento. Segundo Jacqueline Filgueiras Nogueira¹⁵:

A igreja transformou a família numa verdadeira instituição religiosa, isto é, “ela própria igreja em miniatura”, com um local de culto, hierarquizada, dominada pela figura paterna, onde homens e crianças tinham lugares e funções determinadas; baseava-se na mútua assistência de seus integrantes, na qual a função procriativa era exclusiva da família fundada no casamento.

A partir de então, considerada pelo Direito Canônico como uma instituição religiosa, a família tornou-se indissolúvel¹⁶; enquanto qualquer outra forma de relação conjugal que não fosse o casamento passou a ser marginalizada pela Igreja. Foi aí que surgiram as denominações de filhos legítimos e ilegítimos, distinguindo os concebidos dentro e fora do casamento.¹⁷

Essa distinção objetivava preservar o núcleo familiar, dando proteção religiosa e legal somente aos filhos legítimos. Os laços consanguíneos, até então irrelevantes, passaram a ter grande importância. Maria Berenice Dias explica¹⁸:

A necessidade de preservação do núcleo familiar – leia-se, preservação do patrimônio da família – autorizava que os filhos fossem catalogados de forma absolutamente cruel, fazendo uso de terminologia plena de discriminação, os filhos se classificavam em legítimos, legitimados e ilegítimos.

1.2 Filiação tradicional no Direito Brasileiro

No Direito de Família Brasileiro, Clóvis Beviláqua, em 1903, já descrevia

¹⁵ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras.. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001. p. 24.

¹⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 5.

¹⁷ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueiras.. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo : Memória Jurídica, 2001.

¹⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 355.

filiação como a relação de parentesco existente entre a prole e seus progenitores¹⁹. Tal conceito, puramente biológico foi utilizado por muito tempo e adotado, com poucas alterações, por outros doutrinadores que vieram após ele, como Washington de Barros Monteiro²⁰ e Sílvio Rodrigues²¹.

Por sua vez, Código Civil de 1916 estabelecia uma verdadeira classificação de tipos de filhos, de modo que, nas palavras de Rose Melo Venceslau:²²

O sistema jurídico então vigente à época do código civil de 1916 propiciava que apenas as uniões provenientes do casamento fossem dignas da qualificação de família. Portanto, família seria sinônimo de união matrimonial. As situações existenciais estabelecidas entre homem e mulher, entre pai e filho, que não estivessem alicerçadas no casamento não alcançavam proteção plena, isto quando tinham alguma tutela.

Isto é, os direitos dos filhos eram condicionados à relação jurídica existente entre seus pais.²³ Existiam, em suma, quatro espécies de filiação: legítima, legitimada, ilegítima e adotiva.²⁴

Os filhos legítimos eram os concebidos na constância do casamento, sendo a eles aplicáveis as presunções constantes do artigo 338 da referida lei²⁵. A filiação legitimada, por sua vez, era aquela em que, após a concepção ou o nascimento do filho, os pais se casavam; sendo que estes filhos eram equiparados aos legítimos.²⁶

Já os ilegítimos eram todos os filhos concebidos fora do matrimônio. Os nascidos de relações extramatrimoniais entre homem e mulher não impedidos de

¹⁹ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito da Família*. Recife : Ramiro M. Costa & Filhos, 1903.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo : Saraiva, 1973.

²¹ RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo : Saraiva, 1998. v. 5.

²² 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. 11

²³ 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.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6.

²⁵ Art. 338. Presumem-se concebidos na constância do casamento: I. Os filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal (art. 339). II. Os nascidos dentro nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, desquite, ou anulação. BRASIL. *Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm> Acesso em: 27 fev. 2017.

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosensvald, Nelson. *Curso de Direito Civil Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6.

casar tinham alguns direitos concedidos pela legislação. Contudo, aos chamados espúrios, nascidos de um relacionamento entre pessoas impedidas de casar, era vedado qualquer tipo de direito.²⁷

Por fim, a filiação adotiva era aquela instituída por escritura pública, sendo que os filhos adotivos não tinham direitos sucessórios.²⁸

O Código Civil de 1916 também previa o pátrio poder, exclusivo do cônjuge varão, chefe da sociedade conjugal. Somente “na falta ou impedimento do pai é que a chefia da sociedade conjugal passava à mulher e, com isso, assumia ela o exercício do poder familiar com relação aos filhos”.²⁹

1.3 Filiação a partir da Constituição Federal de 1988

Com a Constituição Federal de 1988 o cenário do Direito de Família é modificado significativamente, instaura-se a igualdade entre homem e mulher, bem como é concedida proteção igualitária a todos os membros da família.³⁰

Nesse sentido, o pátrio poder passa a ser chamado de poder familiar, sendo concedido a ambos os pais o seu exercício. Do mesmo modo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 21, estabeleceu que o poder familiar deve ser exercido, “em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe”³¹, não importando os seus respectivos estados civis³².

A própria noção de família foi ampliada, e, além da proteção ao núcleo constituído pelo casamento, a Constituição passa a regular a união estável e a família monoparental.³³

Com a possibilidade de escolha dos sujeitos que compõe o núcleo familiar, a família adquire um caráter pluralista, de modo que há uma consequente

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6.

²⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6.

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 423

³⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015.

³¹ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 06 abr. 2016.

³² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

³³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

valorização do sentimento entre seus membros. Ocorre, aí, um estreitamento dos laços de cuidado e colaboração mútua, dando lugar a uma família fundada no afeto e na solidariedade.³⁴

Segundo Maria Berenice Dias:³⁵

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento, nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter pessoal. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.

A filiação é, então, desvinculada do tipo de relação familiar mantida pelos genitores, ou seja, torna-se irrelevante o fato de os filhos serem nascidos ou não de uma união matrimonial com relação aos efeitos jurídicos que os alcançarão³⁶.

Assim, o conceito de filiação foi desatrelado da conduta dos pais, garantindo que os filhos não sofram nenhum tipo de sanção ou discriminação em virtude de sua condição de filhos havidos dentro ou fora do casamento, adotados ou concebidos por técnicas de reprodução assistida³⁷.

1.3.1 Princípios norteadores

Atualmente, a relação de filiação é regida pelo princípio da igualdade entre os filhos, expresso no §6º do artigo 227 da Constituição Federal: “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.”³⁸.

O referido princípio, previsto também no artigo 20 do Estatuto da Criança e do Adolescente³⁹ e no artigo 1.596 do Código Civil⁴⁰, estabelece o tratamento

³⁴ NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

³⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 42.

³⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2015. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. 2015. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6.

³⁸ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

³⁹ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível

igualitário entre os filhos e proíbe qualquer forma de discriminação, sejam os filhos havidos ou não durante o casamento ou união estável, os adotivos e os havidos por reprodução assistida.

Dessa forma, não mais se admite a distinção entre filiação legítima e ilegítima, que existia no Código Civil de 1916, a depender se os pais eram casados ou não. Ressalte-se que tal princípio não apresenta qualquer exceção.⁴¹

Em que pese o referido artigo mencione expressamente apenas os filhos consanguíneos e os adotivos, não englobando outras formas de filiação, como a filiação socioafetiva⁴² e a advinda de inseminação artificial heteróloga^{43 44}, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 370067/RS, entendeu que “por filhos de qualquer condição deve-se entender, também, aquela pessoa que foi acolhida, criada, mantida e educada pelo militar, como se filha biológica fosse, embora não tivesse com ele vínculo sanguíneo”⁴⁵.

É o entendimento também compartilhado por Paulo Lôbo, que sustenta que os filhos a que alude o supracitado artigo são tanto os de origem biológica, quanto não biológica, encontrando-se todos em igualdade de condições, de direitos e de obrigações.⁴⁶

Saliente-se que “se por um lado, o artigo supracitado não nomeia explicitamente os filhos gerados por inseminação *post mortem*, por outro lado, não

em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 06 abr. 2016.

⁴⁰ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6.

⁴² “A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho.” FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo : Atlas, 2015. v. 6. p. 617.

⁴³ “Trata-se da técnica de reprodução assistida efetivada com material genético de terceiro, geralmente sêmen doado por outro homem.” TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2016. p. 1.372.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 370067/RS. Quinta Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria de Lourdes Graser. Relator(a): Min. Laurita Vaz. Brasília, 09 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1843852&num_registro=200101352254&data=20050905&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 14 ago. 2016.

⁴⁶ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2015.

há nele nada que os exclua”⁴⁷.

E mais, o princípio da igualdade absoluta de direitos entre os filhos deve repercutir tanto no campo patrimonial quanto no pessoal.⁴⁸ A partir do que foi imposto pela Constituição Federal entende-se que, além da absoluta impossibilidade de tratamento distinto entre os filhos em razão de sua origem, é vedado o estabelecimento de limites à determinação do vínculo de filiação. Com base nessa nova visão, a filiação passa a ser compreendida como um mecanismo de garantia do desenvolvimento da personalidade humana.⁴⁹

O artigo 227 da Constituição Federal⁵⁰, bem como os artigos 3º, 4º e 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵¹, preveem, ainda, o princípio do melhor interesse do menor, bem. Este princípio estabelece que toda criança e adolescente deverá gozar de todos os direitos fundamentais constitucionais integralmente e com prioridade, sendo dever da família, da sociedade e do Poder Público assegurá-los e defendê-los.⁵²

Ademais, a relação entre pais e filhos deve observar os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, respeitado o livre planejamento familiar.⁵³

A preservação da dignidade da pessoa humana expressa-se na proteção dos valores fundamentais do ser humano; está ligada à ideia de viver bem, de ter uma qualidade mínima de vida.⁵⁴

Já o princípio da paternidade responsável diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no sentido de proporcionar total assistência material e

⁴⁷ WIDER apud COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 153 - 154.

⁴⁸ TARTUCE, Flávio. 2016. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁴⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 6.

⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁵¹ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em: 06 abr. 2016.

⁵² TARTUCE, Flávio. 2016. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁵⁴ RAMOS, Fernanda Oliveira Santana. *O direito fundamental ao planejamento familiar e a Lei nº 9.263, de janeiro de 1996*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37759/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar-e-a-lei-n-9-263-de-janeiro-de-1996>>. Acesso em: 12 ago. 2016.

moral, sob pena de responsabilização por abandono, se não o fizerem.⁵⁵

Fundado nos princípios acima, a Constituição Federal consagra, no §7º, do artigo 226⁵⁶, o princípio do livre planejamento familiar, que assegura a liberdade na organização e no modo de viver da família, não podendo o Estado nem a sociedade interferir ou estabelecer limites para seu exercício. Deste princípio decorre o direito à procriação, à decisão sobre o número de filhos, ao acesso às informações, instruções e serviços, incluindo-se o acesso às técnicas de reprodução assistida.⁵⁷

1.3.2 Critérios de estabelecimento do vínculo de filiação

Com o passar dos anos a ideia de filiação começa a ser flexibilizada. Sílvio de Salvo Venosa passa a definir o termo como a relação entre filhos e pais, sendo estes aqueles que os geraram ou adotaram⁵⁸.

Mais tarde, as novas tecnologias e o aspecto social são incorporados na interpretação da doutrina, a exemplo de Maria Helena Diniz, quando propõe que a relação de filiação pode ser consanguínea, socioafetiva ou, também, proveniente de inseminação artificial⁵⁹.

Ora, depreende-se, então, que filiação é a relação jurídica existente entre filhos e pais, sendo estes aqueles que geraram a vida ou a receberam como se assim fosse⁶⁰.

Nesse sentido, a filiação pode produzir efeitos jurídicos a partir de três critérios: o biológico, pautado pela relação consanguínea; o jurídico, que se dá em razão de determinação legal; e o socioafetivo, constituído pelos laços de afetividade entre pais e filhos.

a) Filiação biológica

⁵⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁵⁷ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2003. v.6.

⁵⁹ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

⁶⁰ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.

Nas palavras de Jorge Shiguemitsu Fujita “filiação biológica ou natural é a relação que se estabelece, por laços de sangue, entre uma pessoa e seu descendente em linha reta do primeiro grau”.⁶¹

A partir da possibilidade de análise do DNA, a filiação, que antes se estabelecia apenas por presunções legais e reconhecia somente os filhos havidos no casamento como sujeitos de direitos e deveres, passa a ser determinada pela verdade biológica, possibilitando aos filhos o reconhecimento de sua origem.⁶²

A filiação biológica pode ser oriunda de reprodução humana natural, ou, ainda, de técnicas de reprodução assistida.⁶³

A reprodução humana natural ou carnal é a que ocorre pela relação sexual entre homem e mulher com a consequente concepção, independentemente do tipo de relacionamento existente entre eles, ou seja, pode decorrer de vínculos matrimoniais, da união estável, de namoro, de relação esporádica, ou relação extraconjugal.⁶⁴

Já a filiação resultante de reprodução assistida não tem como base a cópula carnal, mas “um conjunto de técnicas que têm como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo”.⁶⁵

Com relação à filiação biológica por inseminação artificial, devem ser feitas algumas considerações. A reprodução assistida – intervenção médica no processo natural de fecundação – tem por objetivo inicial auxiliar no processo de reprodução humana, quando este não é possível pelos meios convencionais. Existem duas formas de inseminação artificial: a homóloga, em que se utiliza o sêmen do marido ou companheiro; e a heteróloga, onde o material genético é doado por terceiro desconhecido.⁶⁶

No caso da inseminação artificial homóloga a filiação será sempre natural

⁶¹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 167.

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

⁶³ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁶⁴ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁶⁵ SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p. 5.

⁶⁶ SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.

e sanguínea, não suscitando controvérsias para o direito em relação ao parentesco. Diferentemente da heteróloga, em que se recorre ao material genético de um terceiro, o que justifica a exigência de autorização prévia.⁶⁷

Nesse ponto, Paulo Nader nos ensina que:⁶⁸

A paternidade pelo critério biológico pode ser contestada sob diferentes alegações, que possuem por denominador comum a ausência de consangüinidade. Relativamente à paternidade resultante de inseminação artificial homóloga, a alegação teoricamente admissível é a de que os gametas masculinos utilizados na fecundação pertenciam a terceira pessoa. Quanto à inseminação artificial heteróloga, cuja filiação por natureza não é biológica, a paternidade poderá ser contestada sob o fundamento de ausência de autorização para o procedimento.

b) Filiação socioafetiva

Já na filiação socioafetiva, em que o vínculo consanguíneo não está presente, o elemento fundamental para constituir a relação é o vínculo afetivo entre pais e filhos⁶⁹.

Para Rolf Madaleno “a filiação socioafetiva é a real paternidade do afeto e da solidariedade; são gestos de amor que registraram a colidência de interesse entre o filho registral e o seu pai de afeto”.⁷⁰

Na nova estrutura da família brasileira são esses laços afetivos que assumem maior importância, uma vez que a descendência genética já não é suficiente para constituir a relação de filiação. A paternidade e a maternidade passam a ter um significado mais profundo que a verdade biológica. A verdade afetiva é revelada pelo zelo, pela dedicação aos filhos e pelo livre desejo de interação entre pais e filhos.⁷¹

Compreende-se, então, que, não necessariamente, o pai será o biológico, mas sim aquele que desempenha a função paterna. Consoante Rodrigo da Cunha Pereira:⁷²

⁶⁷ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

⁶⁸ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2016. v. 6. p. 273.

⁶⁹ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁷⁰ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 186.

⁷¹ MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

⁷² PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Rio de Janeiro:

Assim, desprendendo-se do conceito de paternidade biológica, ou desfazendo-se das ideologias que disfarçam os sistemas de parentalidade, podemos afirmar que a paternidade constitui, segundo a Psicanálise, uma função. É essa função paterna, exercida por “um” pai que é determinante e estruturante dos sujeitos. Portanto, o pai pode ser uma série de pessoas ou personagens: o genitor, o marido da mãe, o companheiro da mãe, o protetor da mulher durante a gravidez, o tio, o avô, aquele que cria a criança, aquele que dá o seu sobrenome, aquele que reconhece a criança legal ou ritualmente, aquele que fez a adoção.... Enfim, aquele que exerce uma função de pai.

Em que pese a existência de outros posicionamentos, a jurisprudência atual entende que a socioafetividade deve ser o critério predominantemente adotado ao se estabelecer o estado de filiação, uma vez que a relação entre pais e filhos se trata de construção social e não meramente um dado genético⁷³.

Entende-se, também, que a filiação socioafetiva predomina sobre o vínculo biológico por atender ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e assegurar a proteção de seus direitos mais básicos, como o direito à convivência familiar. Percebeu-se que, apesar de existirem várias formas de filiação, o que realmente importa é que seja cumprido o papel social da família.⁷⁴

c) Filiação jurídica

Em seu turno, a filiação jurídica ou legal é aquela reconhecida pela legislação.⁷⁵

Ainda hoje, o Código Civil enumera em seu artigo 1.597⁷⁶ algumas hipóteses de presunção de filiação. O referido dispositivo traz resquícios da criticada presunção *pater is est*, contudo, diferentemente do disposto no Código de 1916, as hipóteses de filiação presumida não estão mais restritas ao casamento.⁷⁷ Vale destacar que, em regra, tais presunções são relativas, ou seja, admitem prova em contrário.

Forense, 2012. p. 121.

⁷³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁷⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011.

⁷⁶ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁷⁷ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011.

Considerando que o período normal de uma gestação é de nove meses, mas que em algumas situações pode ser restrito a seis, o inciso I, do artigo 1.597, estabelece a presunção de filiação aos nascidos em, no mínimo, cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal^{78, 79}.

Já o inciso II, a partir da noção de que não é provável que uma gravidez ultrapasse o período de 300 (trezentos) dias, presume concebido na constância do casamento o filho que nascer dentro deste prazo, contado a partir da dissolução da sociedade conjugal⁸⁰, seja ela por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento.⁸¹

Os incisos seguintes, por sua vez, dispõem acerca da presunção de filiação dos filhos havidos por inseminação artificial. Nesse ponto, vale colacionar a seguinte ressalva de Sílvio de Salvo Venosa⁸²:

(...) o Código Civil não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução exclusivamente no aspecto da paternidade. Toda essa matéria, que é cada vez mais ampla e complexa, deve ser regulada por lei específica, por opção do legislador.

O inciso III prevê que se presumem filhos aqueles havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que já falecido o marido⁸³.

Também são considerados filhos, conforme o inciso IV, os havidos por concepção artificial homóloga de embriões excedentários⁸⁴; que são aqueles manipulados e preparados, mas não implementados imediatamente, permanecendo armazenados⁸⁵.

E, por fim, o inciso V dispõe acerca da presunção de filiação dos havidos

⁷⁸ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁸⁰ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁸¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2014. v. 5. p. 256.

⁸³ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁸⁴ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁸⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido⁸⁶.

Ressalte-se que, embora o artigo 1.597 do Código Civil utilize a expressão “na constância do casamento”, de acordo com Paulo Lôbo:⁸⁷

A presunção de concepção do filho aplica-se a qualquer entidade familiar. A referência na lei à convivência conjugal deve ser entendida como abrangente da convivência em união estável. Enquanto no casamento a convivência presume-se a partir da celebração, na união estável deve ser provado o início de sua constituição, pois independe de ato ou declaração. Considera-se concebidos na constância da união estável os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução por morte ou separação de fato comprovada. A alusão a marido compreende o companheiro.

Além disso, a simples prova de adultério não é suficiente para ilidir a paternidade, se o casal mantém a coabitação. “A infidelidade (provada ou confessada) não ilide a presunção, porque, não obstante, o filho pode ser do marido, e não se recusa o status baseado apenas na dúvida”⁸⁸.

Em que pese seja vedada qualquer distinção entre os filhos, o artigo 1.597 do Código Civil deve ser ressaltado pois os filhos havidos fora do casamento não são beneficiados pela presunção legal de paternidade. Assim, se o reconhecimento não se der voluntariamente, é assegurado ao filho buscar o reconhecimento judicial.⁸⁹

1.4 Aspectos gerais da filiação

Conforme disposição do artigo 1.609 do Código Civil, o reconhecimento voluntário poderá ser feito: no registro do nascimento; por escritura pública ou escrito particular; por testamento; ou, por manifestação direta e expressa perante o juiz⁹⁰. E, qualquer que seja a forma, será sempre irrevogável e produzirá efeitos *erga*

⁸⁶ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁸⁷ LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p. 59.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. p. 330.

⁸⁹ SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

⁹⁰ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

omnes e ex tunc.⁹¹

O reconhecimento voluntário é ato personalíssimo, que compete somente ao pai e/ou à mãe. Contudo, nos termos do artigo 1.614 do Código Civil, o reconhecimento do filho maior só é válido com sua anuência, bem como o filho menor poderá impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguirem à maioridade⁹². Ressalte-se que a impugnação será improcedente nos casos em que a parentalidade socioafetiva estiver caracterizada, em virtude do vínculo de afeto e da posse de estado de filho⁹³.

Por outro lado, o reconhecimento judicial se dá por meio da ação de paternidade (ou de maternidade, embora sua incidência seja rara), cuja legitimidade para ajuizamento é do filho, se menor, representado pela mãe, pai ou tutor. O artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível”⁹⁴.

Ressalte-se que, no caso do reconhecimento judicial, os efeitos da sentença que declara a paternidade são idênticos aos do reconhecimento voluntário, e retroagem à data do nascimento.⁹⁵

A partir do reconhecimento, este filho é equiparado aos demais⁹⁶, por força do princípio da igualdade, passando a ter os mesmos direitos à prestação de alimentos e à sucessão, por exemplo.

Além disso, com o reconhecimento, é declarada a relação de parentesco entre pai e filho. Assim, o filho passa a ter direito ao nome, ou patronímica⁹⁷, do pai que o reconheceu, como expressão de sua identidade.⁹⁸

Ainda, se o filho for menor, ficará submetido ao poder familiar, que, em síntese, é o poder exercido pelos pais em relação aos filhos. Seu exercício atribui aos pais uma série de deveres, tais como, dirigir a criação e a educação dos filhos,

⁹¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁹² BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.> Acesso em: 19 mar. 2016.

⁹³ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁹⁴ BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.> Acesso em: 06 abr. 2016.

⁹⁵ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

⁹⁶ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

⁹⁷ “Nome de família.” SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Minas Gerais: Del Rey, 2001. p. 1.563. (Livro digital).

⁹⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

tê-los em sua guarda e companhia, reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, exigir-lhes obediência e respeito, entre outros.⁹⁹

Frise-se, ainda, que a descendência não pode ser desfeita por ato de disposição de vontade, ou seja, não há possibilidade de rejeição voluntária. Os pais poderão perder o poder familiar e, até, a guarda dos filhos, mas não deixarão de ser pai ou mãe, conservando os direitos previstos em lei, em razão desse parentesco.¹⁰⁰

A única hipótese de extinção da filiação é, então, a adoção, que desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais biológicos e parentes consanguíneos. A adoção cria um vínculo de filiação entre pessoas estranhas e que, observados os requisitos legais, produz os mesmos efeitos da filiação biológica.¹⁰¹

⁹⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

¹⁰⁰ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

¹⁰¹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

2 DISPOSIÇÃO SOBRE DIREITOS IDENTITÁRIOS E PATRIMONIAIS NO FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM*

Os avanços científicos, médicos e tecnológicos vividos nas últimas décadas, proporcionaram ao homem maior controle sobre sua vida e seu corpo e, com isso, surgiram inúmeras indagações a serem elucidadas no campo do Direito.

No caso da inseminação artificial homóloga, há uma série de lacunas na legislação no que tange às consequências para o Direito de Família e, em especial, para o Direito Sucessório da implementação dos embriões após a morte do cônjuge ou companheiro.

Sobre o tema, questiona-se, por exemplo:¹⁰²

Por quanto tempo deve ser conservado o material biológico congelado? Em não sendo utilizado o sêmen criopreservado¹⁰³, qual seria o seu destino? O descarte puro e simples, ou a doação para casais inférteis? Seria válida a vontade manifestada pelo cônjuge varão antes de morrer, a respeito do material congelado para inseminar sua esposa, ainda que com a superveniência da morte daquele? A viúva poderia dispor do sêmen criopreservado após a morte de seu marido? Qual a validade da manifestação escrita do titular em face da ausência de previsão legal? Em caso de inseminação *post mortem* pela esposa, que tipo de filiação usufruiria o concebido? Quais seriam seus direitos em face da pessoa e do patrimônio do pai?

2.1 Inseminação artificial homóloga *post mortem*

Foi na década de 1980 que o Direito se deparou, pela primeira vez, com a inseminação póstuma. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho narra que:¹⁰⁴

Na França, “ (...) em agosto de 1981, Corine Richard encontrou o amor no jovem Alain Parpallaix, passando a conviverem. Poucas semanas depois da união surgiram sintomas de câncer nos testículos de Alain que, antes de submeter-se à quimioterapia, o ameaçava

¹⁰² GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 190.

¹⁰³ “(...) é uma técnica amplamente utilizada e de alta eficácia. Consiste na utilização de crioprotetores específicos que possibilitam o armazenamento de amostras de sêmen, por tempo indeterminado, em tanques de nitrogênio líquido.” Disponível em: <<http://www.procriar.com.br/criopreservacao-de-espermatozoides>>. Acesso em: 1º mar. 2017.

¹⁰⁴ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 05 out. 2016. p. 1-2.

com a esterilidade, optou em depositar seu esperma numa clínica de conservação de sêmen, para uso futuro.

Corine e Alain casaram-se *in extremis*, mas dois dias depois da cerimônia o varão faleceu; alguns meses depois Corine comparece à clínica para ser inseminada com os gametas de seu finado esposo, mas os responsáveis pela empresa recusaram o pedido, por falta de previsão legal.

A jovem bateu às portas do Tribunal de Créteil, França, onde se discutiu a titularidade das células e a existência de um contrato de depósito que obrigaria o centro a restituir o esperma, alegando os médicos que não se cuidava de pacto de entrega, na medida que o material da pessoa morta é uma coisa fora do comércio e no território francês não havia lei que autorizasse a fecundação póstuma.

Depois de longo debate, a decisão do Tribunal condenou a clínica a devolver à viúva o sêmen reclamado, impondo uma cláusula penal por eventual demora.

Infelizmente a inseminação não teve sucesso, pois os espermatozóides já não mais estavam potencializados para a fecundação.”

As novas técnicas de reprodução humana assistida possibilitaram a concepção de um filho cujo pai é pré-morto, utilizando-se a mulher do material biológico conservado, após a morte do marido.¹⁰⁵

Em casos específicos, como em doenças graves, cujo tratamento apresenta fortes riscos de esterilização, é permitido que seja extraído e conservado o material genético do homem para posterior inseminação.¹⁰⁶ Como elucidada Guilherme Calmon Nogueira da Gama:¹⁰⁷

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.

Nesse sentido, a reprodução assistida homóloga *post mortem* pode decorrer tanto da introdução do esperma do marido falecido no útero da mulher viúva, quanto da implementação no útero do embrião fecundado *in vitro*, também com o material genético do *de cuius*.¹⁰⁸

¹⁰⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹⁰⁶ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 732.

¹⁰⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Para melhor compreensão do tema, devem ser consideradas as distinções adotadas pelo Direito Civil entre concepção e fecundação. Fecundação é a união entre os gametas masculino (espermatozoide) e feminino (óvulo), que resulta na formação do zigoto – a primeira célula de um novo ser, o que pode acontecer no organismo feminino ou fora dele (fecundação *in vitro*). Já a concepção, só ocorre a partir da nidação, ou seja, da fixação do óvulo fecundado à parede do útero.¹⁰⁹

Embora diversos projetos estejam tramitando no Congresso Nacional, até o momento, não existe no Brasil legislação específica sobre a reprodução assistida. Quanto à inseminação artificial *post mortem*, apenas o artigo 1.597, inciso III, do Código Civil¹¹⁰, prevê a presunção de filiação dos concebidos após a morte do pai, sem, contudo, regulamentar seus efeitos jurídicos.¹¹¹

Assim, as clínicas especializadas em técnicas de reprodução assistida se baseiam apenas em regulamentações expedidas pelo Conselho Federal de Medicina.¹¹²

2.1.1 Exigência de autorização expressa do de cujus para utilização de seu gameta ou implantação de embrião após a sua morte

A Resolução n° 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que dá orientações éticas quanto à utilização dos métodos de inseminação artificial e regulamenta algumas práticas a serem adotadas na reprodução assistida, dispõe, em seu item V, 3, que:¹¹³

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

¹⁰⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁰ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹¹¹ GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹² GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n° 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 24 jun. 2016.

E no item VIII complementa:¹¹⁴

É permitida a reprodução assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

Logo, para que o material biológico do *de cujus* seja disponibilizado à viúva, a fim de realizar a inseminação artificial *post mortem*, é obrigatório que haja expresso consentimento do falecido, em instrumento público ou testamento.¹¹⁵

No mesmo sentido, o Enunciado n° 106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal estabelece que a presunção de paternidade do marido falecido (artigo 1.597, III¹¹⁶) deve ser admitida somente se utilizado o seu material genético e estando a mulher na condição de viúva, devendo haver, ainda, autorização escrita do marido¹¹⁷.

Também da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, o Enunciado n° 107 dispõe que a regra do inciso IV do artigo 1.597¹¹⁸ somente será aplicada após o fim da sociedade conjugal “se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários”¹¹⁹.

Paulo Lôbo explica:¹²⁰

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a instituição responsável pelo armazenamento lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança e nem coisa. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade.

¹¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n° 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf> Acesso em: 24 jun. 2016.

¹¹⁵ DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹¹⁶ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹¹⁷ I JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado n° 106 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>> Acesso em: 31 mai. 2016.

¹¹⁸ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹¹⁹ I JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado n° 107 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>> Acesso em: 31 mai. 2016.

¹²⁰ LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.p. 51.

2.2 Formação do vínculo de filiação

O reconhecimento do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* é presumido, nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, que admite como concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação homóloga, ainda que falecido o marido.¹²¹

Ao comentar o referido dispositivo, Paulo Lôbo ensina:¹²²

A presunção tradicional atribui a paternidade ao marido da mãe em relação ao filho nascido dentro dos trezentos dias após a morte daquele. A fecundação artificial homóloga poderá ocorrer em tempo posterior a esse, persistindo a presunção da paternidade do falecido, desde que se prove que foi utilizado seu gameta, por parte da entidade que se incumbiu do armazenamento.

Estando o cônjuge supérstite na condição de viúvo e havendo autorização expressa para a realização da inseminação póstuma, não há que se questionar a incidência da presunção de filiação estabelecida no Código Civil.¹²³

Trata-se de espécie de inseminação artificial homóloga, já que o material genético é do casal que pretendia ter o filho. Desse modo, quanto ao aspecto biológico, não há dúvida sobre a paternidade e, caso exista, esta poderá ser facilmente esclarecida pela clínica que realizou a inseminação, até mesmo para o posterior registro da criança.¹²⁴

Assim, aquele concebido deste modo é filho para todos os efeitos jurídicos, especialmente com relação a igualdade da filiação, de forma que o concebido após o falecimento do genitor, mediante inseminação artificial, é descendente em linha reta de primeiro grau do *de cuius*.¹²⁵

2.3 Os direitos identitários

Ao contrário do que alegam os que são contrários à inseminação *post*

¹²¹ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹²² LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p. 51.

¹²³ CAHALI, Francisco José e HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹²⁴ LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

¹²⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016.

mortem, o filho assim concebido é desejado e faz parte de um projeto parental que não se concretizou por circunstâncias alheias à vontade dos genitores, mas que poderá perfeitamente ser concluído após a morte de um deles.¹²⁶

Ademais o §4º do artigo 226 da Constituição Federal reconhece a família monoparental como entidade familiar e garante a proteção do Estado¹²⁷, logo, o fato de o núcleo familiar nestes casos ser constituído apenas por mãe e filho(s) não acarretaria nenhum tipo de trauma, prejuízo ou insegurança à criança concebida por inseminação artificial *post mortem*. Como bem pondera Paulo Lôbo:¹²⁸

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no *caput*. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Assim como é admitida pelo direito brasileiro a conclusão da adoção havendo manifestação de vontade inequívoca do adotante que tenha falecido depois do início do processo, deve ocorrer nos casos de inseminação artificial *post mortem*. Até mesmo porque diferente solução ofenderia o melhor interesse da criança, que tem direito de ser reconhecida filha do pai falecido para todos os efeitos jurídicos.¹²⁹

A exclusão dos direitos dos concebidos por inseminação póstuma viola os princípios do direito de família, como a igualdade de filiação, a afetividade e a dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:¹³⁰

¹²⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016.

¹²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹²⁸ LÔBO, Paulo. *Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do números clausus*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O Novo CCB e a vacatio legis*. p. 95.

¹²⁹ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016.

¹³⁰ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.com.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016. p. 23.

A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos – patrimoniais – dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

O estado de filiação diz respeito à condição do indivíduo na sociedade, constituída em direitos e obrigações, bem como, em características personalíssimas. De acordo com Caio Mário da Silva Pereira: “constitui uma realidade objetiva, de que cada um é titular, e que usufrui com exclusividade”¹³¹.

2.4 Os direitos sucessórios

Considerando a possibilidade da inseminação artificial homóloga após a morte do marido ou companheiro, e que estes concebidos *post mortem* serão filhos, deve-se regulamentar quais os efeitos jurídicos na sucessão.

O direito sucessório rege a transmissão de bens, direitos e obrigações do falecido a seus herdeiros, a fim de perpetuar a família e seu patrimônio. A sucessão, por seu turno, pode ser classificada em: legítima, decorrente de disposição legal, ou testamentária, que é aquela por ato de disposição de vontade do falecido (testamento).¹³²

O beneficiário da sucessão denomina-se herdeiro. São previstas, ainda, duas modalidades de herdeiros: os necessários e os facultativos. Sendo que, herdeiros necessários são aqueles que têm em seu benefício a proteção da legítima, ou seja, pertence a eles, no mínimo, metade do patrimônio do falecido; são estes os descendentes, ascendentes e o cônjuge, conforme os artigos 1.845 e 1.846 do Código Civil¹³³. Os facultativos, em seu turno, não gozam da referida proteção.¹³⁴

Ocorre que, dispõe o Código Civil, em seu artigo 1.798, que são legitimados a

¹³¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5. p. 218.

¹³² TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹³³ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹³⁴ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão¹³⁵, o que excluiria a participação do concebido por inseminação artificial homóloga após a morte do genitor.¹³⁶

2.4.1 Princípio da *saisine* e transmissão imediata dos bens

O princípio da *saisine* (*droit de saisine*), previsto pelo artigo 1.784 do Código Civil¹³⁷, dispõe que o domínio e a posse da herança são imediatamente transferidos aos herdeiros legítimos e testamentários, a partir da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do autor da herança.¹³⁸

Por sua vez, artigo 1.798 do Código Civil¹³⁹ estabelece o princípio da coexistência, segundo o qual, o herdeiro deve estar vivo ou ao menos concebido no momento da morte do *de cuius*. “Isso ocorre porque a herança não se transmite ao vazio, ao nada. Daí a lei exigir a existência do sucessor no momento da morte do autor da herança”¹⁴⁰.

Assim, não se poderia considerar herdeiro o filho que faleceu antes do genitor nem o que foi concebido após a sua morte.¹⁴¹

A disposição que veda o direito de suceder ao embrião implantado após a morte do genitor advém do esforço para preservação do patrimônio familiar, que é muito acentuado em nosso direito, tanto pelo legislador, quanto pelo juiz. Note-se que até hoje há grande resistência em admitir a existência de famílias paralelas ao casamento.¹⁴² É por esta mesma razão que a doutrina brasileira tende a negar os direitos sucessórios aos filhos havidos por inseminação artificial *post mortem*.

Desse modo, o entendimento majoritário ainda é contrário ao

¹³⁵ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹³⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹³⁷ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹³⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹³⁹ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹⁴⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 22.

¹⁴¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁴² DIAS, Maria Berenice. *Aspectos patrimoniais e éticos do direito sucessório*. Disponível em: <[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_787\)6_aspectos_patrimoniais_e_eticos_do_direito_sucessorio.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_787)6_aspectos_patrimoniais_e_eticos_do_direito_sucessorio.pdf)> Acesso em: 20 out. 2016.

reconhecimento dos direitos sucessórios aos concebidos *post mortem*. Essa corrente entende que não há desigualdade no tratamento dos filhos, por tratarem-se de situações jurídicas diversas, uma vez que, enquanto uns existem no momento da abertura da sucessão, outros não¹⁴³.

Sustenta também que não se pode admitir que as novas fronteiras da biologia modifiquem a lógica da sucessão legítima, construída para um desenlace da situação em curto prazo e que, se fosse reconhecido o direito sucessório nessas situações, nunca seria possível a fixação dos herdeiros e a definição das situações sucessórias¹⁴⁴.

2.4.2 Legitimidade do embrião excedentário implantado post mortem para ser herdeiro

Embriões excedentários são aqueles manipulados e preparados, mas que não são imediatamente implantados no corpo da mulher, permanecendo armazenados.¹⁴⁵

Ao dispor que são legitimadas a suceder as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão, o artigo 1.798 do Código Civil não fez distinção do local em que se dá a concepção, ou seja, admite-se tanto a concepção natural, quanto a artificial¹⁴⁶. Assim, de modo a atender as inovações biotecnológicas, o conceito de nascituro foi alargado pela doutrina, abarcando também o embrião concebido *in vitro*¹⁴⁷.

A legislação põe a salvo os direitos do nascituro desde o momento da concepção, nos termos do artigo 2º do Código Civil¹⁴⁸. Trata-se de direito expectativo resolúvel, pois se encerra com o parto. Se nascer com vida, os direitos sucessórios lhe são transferidos, adquirindo definitivamente todos os direitos

¹⁴³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁴⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. Coimbra : Coimbra, 2000.

¹⁴⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro : Forense, 2016. v. 5.

¹⁴⁶ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁴⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁴⁸ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

próprios à pessoa. Entretanto, se nascer morto, o direito expectativo se resolve, sem qualquer transmissão ou aquisição da herança.¹⁴⁹

Nesse sentido, alguns doutrinadores, defendem a legitimação para suceder na hipótese de embriões criopreservados, em razão de já estarem concebidos no momento do óbito do *de cuius*, em que pese ainda não tenha sido implantado. Essa corrente entende que a situação da implantação *post mortem* do embrião concebido *in vitro* enquanto o pai ainda era vivo seria distinta da do concepturo, aquela em que o embrião é formado depois da morte, utilizando-se do sêmen preservado.¹⁵⁰

Contudo a ideia de que o embrião merece o mesmo tratamento do nascituro ainda é bastante polêmica. Isso se dá porque mesmo que tenham sido fecundados *in vitro* antes da morte do *de cuius*, esses embriões podem nunca ser transferidos para o útero da mulher, ser transferidos sem êxito na inseminação, ou seja, sem que haja gravidez, ou, ainda, ser considerados inviáveis.¹⁵¹

2.4.3 Legitimidade do filho concebido post mortem para ser herdeiro legítimo

Todavia, aparenta-se desarrazoado que haja óbice ao direito sucessório devido à expressão “já concebidos” inserida no artigo 1.798 do Código Civil em um momento histórico em que não era sequer cogitada a inseminação artificial *post mortem*.

Considerando-se o princípio do livre planejamento familiar, é inadmissível cercear o direito de utilização das técnicas de reprodução assistida em razão da morte de quem já manifestou a vontade de que esse filho fosse concebido ao realizar o depósito do material genético em banco de sêmen para que posteriormente fosse implantado¹⁵².

Maria Berenice Dias manifesta-se no sentido de que nada justificaria a exclusão do filho concebido *post mortem* da herança:¹⁵³

¹⁴⁹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁵⁰ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

¹⁵¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo : Saraiva, 2014.

¹⁵² DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁵³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2015. p. 123-124.

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários. (...). Quando foi autorizada a fertilização *post mortem*, independe a data em que ocorra o nascimento; o filho tem assegurado direito sucessório. Havendo autorização, sem expressa manifestação sobre a possibilidade de fertilização após a morte, nem por isso é possível excluir o direito de quem nasceu por expresse consentimento daquele que o desejava como filho. O fato de o genitor ter morrido não pode excluir vínculo de filiação que foi aceito em vida.

Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho compartilha do mesmo entendimento:¹⁵⁴

No nosso modo de sentir não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório.

E fundamenta com o exemplo de um homem que morre, sem filhos, deixando apenas cônjuge e ascendentes de primeiro grau (pai e mãe) vivos. Nessa situação, a herança seria dividida em três cotas iguais. Contudo, caso houvesse uma ação de investigação de paternidade *post mortem*, e esta fosse julgada procedente, os ascendentes seriam excluídos da sucessão, e o cônjuge, por sua vez, a depender do regime de bens, concorreria ou não com o descendente reconhecido judicialmente. Desse modo, a existência de filho não-reconhecido, tem o condão de modificar de forma substancial a vocação hereditária. Assim, o autor conclui que a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa.¹⁵⁵

Na referida hipótese não se discute se o *de cujus* desejou ou não ter o filho, se houve manifestação inequívoca de vontade. A existência da criança e a comprovação da situação de parentesco, por si só, são suficientes para que haja um herdeiro legítimo, descendente de primeiro grau, com direito à sucessão. Mesmo que se tratasse de uma relação de uma única noite, o filho gerado teria direito ao reconhecimento, voluntário ou judicial. Ademais, não se discutiria os possíveis

¹⁵⁴ ALBUQUERQUE Filho, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016. p. 6.

¹⁵⁵ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016.

distúrbios psicológicos causados à criança, pelo contrário, a inviabilidade do seu reconhecimento com certeza lhe ocasionaria maiores transtornos, sofrimentos e prejuízos.¹⁵⁶

Como já visto no primeiro capítulo, o sistema jurídico brasileiro assegura constitucionalmente a igualdade entre os filhos. Nesse sentido, não é possível admitir que a legislação infraconstitucional restrinja os direitos do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Essa restrição violaria o tratamento isonômico e configuraria discriminação entre os demais filhos e aquele que foi concebido após a morte do genitor.¹⁵⁷

Sobre o princípio da igualdade na filiação, Paulo Lôbo ressalta:¹⁵⁸

Não se permite que a interpretação das normas relativas à filiação possa revelar qualquer resíduo de desigualdade de tratamento aos filhos, independentemente de sua origem, desaparecendo os efeitos jurídicos diferenciados nas relações pessoais e patrimoniais entre pais e filhos, entre irmãos e no que concerne aos laços de parentesco.

Uma vez vedada a discriminação entre os filhos, com relação à sua origem, deve-se entender, do mesmo modo, que a igualdade de filiação não depende da situação jurídica dos pais. Ou seja, no caso do filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem*, não se pode restringir os direitos de filiação e todas as consequências dela advindas, uma vez que o fato de o pai já estar morto não é capaz de tornar o filho mais ou menos digno ao direito à sucessão, em relação aos demais irmãos.¹⁵⁹

Nesse sentido, não se mostra coerente conceder efeitos mitigados ao nascido mediante técnicas de inseminação *post mortem* no âmbito do direito de família, excluindo as relações sucessórias. Tendo o legislador reconhecido os efeitos pessoais ao concepturo, não há como justificar o afastamento dos efeitos

¹⁵⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016.

¹⁵⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em: 05 out. 2016.

¹⁵⁸ LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16. p. 40.

¹⁵⁹ SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 13 jan. 2017.

patrimoniais, especialmente o hereditário.¹⁶⁰

É o que sustenta Francisco Cahali:¹⁶¹

Nesse contexto, embora a contragosto, concluímos terem os filhos assim concebidos o mesmo direito sucessório que qualquer outro filho, havidos pelos meios naturais. E estaremos diante de tormentoso problema quando verificado o nascimento após anos do término do inventário, pois toda a destinação patrimonial estará comprometida.

Deve-se, então, ajustar a regra da presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial póstuma com a regra da vocação hereditária, visto que atualmente há uma incongruência entre elas: enquanto uma ampara o concepturo, outra ignora.¹⁶²

Ademais, a Constituição Federal garante como direito fundamental, em seu artigo 5º, inciso XXX, o direito de herança¹⁶³, sem estabelecer nenhuma limitação. O que, juntamente com o princípio da igualdade entre os filhos demonstra que devem ser protegidos os direitos sucessórios dos concebidos *post mortem*.¹⁶⁴

Logo, existindo o filho e sendo comprovada a relação de parentesco, este seria herdeiro legítimo e, conseqüentemente, teria direito a suceder.¹⁶⁵

2.4.4 Garantia dos direitos sucessórios submetida à concepção em determinado prazo

Ocorre que, faz-se necessário buscar uma solução para evitar a indefinição na titularidade da herança e melhor contemplar a segurança jurídica, que estaria comprometida se os efeitos da partilha ficassem suspensos, a depender de futura e incerta concepção por meio de técnicas de reprodução assistida, com

¹⁶⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁶¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 132.

¹⁶² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 132.

¹⁶³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em: 19 mar. 2016

¹⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁶⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2015. v. 5.

evidente prejuízo para os demais herdeiros.¹⁶⁶

Há um posicionamento intermediário, segundo o qual deve ser aplicada analogicamente a regra da filiação eventual, inclusive quanto ao tempo de dois anos, após a abertura da sucessão, para que a concepção seja realizada no ventre materno, já que entre as pessoas indicadas pelo testador pode estar a mulher ou companheira do *de cuius*. Como se vê:¹⁶⁷

Assim, deve-se assegurar ao sujeito nascido pela técnica de inseminação póstuma ter sua paternidade reconhecida, bem como ter seus direitos sucessórios reconhecidos, todavia, desde que a concepção ocorra dentro de um prazo determinado, o qual deveria ser disciplinado em legislação infraconstitucional. Entretanto, enquanto a referida lei não adentra no ordenamento jurídico pátrio, recomenda-se a utilização do prazo de dois anos trazido pelo §4º, do art. 1.800, do CC/2002, a fim de que os outros sucessores, já concebidos no momento da abertura da sucessão, não fiquem em uma insegurança *ad eterna* com relação ao quinhão hereditário recebido.

A regra da filiação eventual é a prevista no artigo 1.799, I, do Código Civil¹⁶⁸. Por meio dela, admite-se, excepcionalmente, a legitimação de “filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”¹⁶⁹. É o caso, por exemplo, do testador que deseja contemplar seu futuro neto, após o casamento da filha. São sujeitos de direitos potenciais, ou seja, se esse filho nascer, a previsão testamentária terá eficácia.¹⁷⁰

Se a filiação eventual se tornar impossível, como no caso de morte ou esterilidade da pessoa indicada como futuro genitor, considera-se a destinação ineficaz, embora tenha sido existente e válida. A reserva de bens aos não concebidos é semelhante à dos nascituros, as pessoas ainda não existem, mas aguarda-se o seu nascimento com vida.¹⁷¹

A filiação eventual é o único caso em que a lei não exige a coexistência

¹⁶⁶ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf> Acesso em: 20 jan. 2017.

¹⁶⁷ FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em:

<http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf> Acesso em: 20 jan. 2017. p. 18.

¹⁶⁸ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹⁶⁹ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹⁷⁰ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

¹⁷¹ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

de testador e herdeiro. Além disso, não é necessário que a filiação advenha de casal, basta que o testador indique como herdeiro o filho de apenas uma pessoa, uma vez que a Constituição reconhece a família monoparental^{172,173}

O §4º do artigo 1.800 do Código Civil ¹⁷⁴ estabelece o limite máximo de dois anos, contados da abertura da sucessão, para a confirmação da concepção. Após esse prazo, sem que o beneficiário tenha sido concebido, os bens deverão ser redistribuídos aos herdeiros legítimos ou outros sucessores. Note-se que o prazo de dois anos não é para que ocorra o nascimento, mas para que seja confirmada a concepção.¹⁷⁵

¹⁷² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁷³ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo : Saraiva, 2014.

¹⁷⁴ BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm.> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹⁷⁵ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo : Saraiva, 2014.

3 A QUESTÃO DO PRAZO POSTULATÓRIO AOS DIREITOS DE SUCESSÃO E O POSICIONAMENTO JURISDICIONAL

Quanto ao prazo postulatório do direito sucessório do filho concebido *post mortem*, não há na legislação pátria qualquer referência expressa a embasar uma possível ação tempestiva do legitimado. No entanto, essa omissão pode ser suprida com base na integração de outros instrumentos jurídicos, como se demonstrará abaixo.

Em seguida analisaremos o entendimento apontado pela jurisprudência acerca do tema, que, embora tenha obrigatoriedade restrita ao caso em que proferida a decisão, serve como parâmetro para outros julgamentos, envolvendo questões semelhantes. De certa forma, através de interpretações e integrações, a jurisprudência exerce o papel de atualizar disposições legais, tornando-as compatíveis com a evolução dos fatos e dos valores da sociedade. Pelo exposto, entende-se que a observação de como são julgados casos análogos, será uma importante forma de auxílio na análise do tema, já que permitirá uma visão mais clara da legislação e da doutrina.

3.1 Cabimento da ação de petição de herança

Apesar do exposto no tópico 2.4.4, entende-se que a resposta mais adequada para a situação da inseminação artificial *post mortem* no campo sucessório é a aplicação da petição de herança.

Isto porque, em razão do princípio da *saisine*, que determina a transmissão imediata dos bens, a herança poderá ser transferida de forma indevida para alguém que não possui título, ou acabar com herdeiro não legítimo, em prejuízo do verdadeiro sucessor. Assim, a petição de herança mostra-se a medida judicial cabível para que seja reconhecida a qualidade de herdeiro.¹⁷⁶ Ademais, a ação de investigação de paternidade é imprescritível, e apenas o direito de pleitear a herança é que prescreve em dez anos.¹⁷⁷

¹⁷⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paul : Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

É o que também sustenta Maria Berenice Dias:¹⁷⁸

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual. Esta limitação não tem nenhuma justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos. Basta lembrar que não há limite para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama posiciona-se de forma semelhante:¹⁷⁹

No entanto, sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução humana assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o artigo 1.798 do Código Civil de 2002 disse menos do que queria, devendo o interprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e daqueles a formar (...). O problema surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo de cujus. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida post mortem.

Trata-se do mesmo entendimento apontado pelo Enunciado n° 267 aprovado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que estabelece que a regra do artigo 1.798 do Código Civil deve se estender aos embriões formados por técnicas de reprodução assistida, abrangendo os direitos sucessórios da pessoa a nascer, cujos efeitos serão submetidos às regras da petição de herança.¹⁸⁰

¹⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 124.

¹⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo :Atlas, 2008. p. 218-219

¹⁸⁰ III JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado n° 267 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>.> Acesso em: 31 mai. 2016.

A petição de herança é, em suma, o instrumento utilizado por aquele que tendo direito sucessório ficou excluído do inventário e da partilha, a fim de reclamar sua parte. Nas palavras de Orlando Gomes é o meio que permite que “verdadeiros herdeiros exerçam seu direito de tornar efetiva a sua condição hereditária”.¹⁸¹

Em razão de sua natureza condenatória, a ação de petição de herança está necessariamente submetida a prazo prescricional, que, nos termos do artigo 205 do Código Civil é de dez anos¹⁸², contados a partir da data da abertura da sucessão, ou seja, do falecimento do autor da herança.¹⁸³

Ressalte-se, porém, que, conforme disposição do artigo 198, I, do Código Civil, não corre qualquer prazo prescricional contra os menores de dezesseis anos¹⁸⁴. Pelo exposto, entende-se que a criança gerada através de inseminação artificial *post mortem* poderia intentar a ação de petição de herança até os vinte e seis anos.¹⁸⁵

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza propuseram o seguinte enunciado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal:¹⁸⁶

Art. 1.597, III e IV

Autores: Gustavo Tepedino e Heloisa Helena Barboza, Professores Titulares de Direito Civil da UERJ

ENUNCIADO: Tendo em vista que o art. 1.597, incs. III e IV, não estipulou prazo para a possível gestação da mulher após a morte do marido, e os graves problemas de ordem prática daí decorrentes, razoável a aplicação do prazo prescricional geral para a eventual petição de herança, a ser suspenso na forma da lei, até que venha a ser editada legislação específica sobre o assunto.

JUSTIFICATIVA

O art. 1.597, incs. III e IV, do Código Civil contempla a denominada

¹⁸¹ GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 237.

¹⁸² BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹⁸³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁸⁴ BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm> Acesso em: 19 mar. 2016.

¹⁸⁵ LUCA, Catarina Medeiros de. *O concebido post mortem no direito das sucessões*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterin_aluca.pdf> Acesso em: 21 fev 2017.

¹⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. 2004. *Enunciado apresentado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf> Acesso em: 27 fev. 2017.

“inseminação artificial post mortem” e a possibilidade de utilização, a qualquer tempo – portanto, também após a morte do cônjuge –, dos embriões do casal que se encontrarem criopreservados. Não houve, contudo, estabelecimento de prazo para a possível gestação e o nascimento do filho assim gerado. Essa ausência de limitação temporal cria problemas de ordem prática no aspecto sucessório, especialmente no que respeita ao inventário de partilha dos bens do marido. Considerando que o vínculo de filiação assegurado pela presunção de paternidade gera efeitos extrapatrimoniais e patrimoniais, parece razoável manter-se o antigo entendimento do STF, seguido pelo STJ, mesmo após 1988, que diferencia tais efeitos nos casos de investigação (*post mortem*) da paternidade, cumulado com a petição de herança. De acordo com esse entendimento, os efeitos extrapatrimoniais atinentes ao estado de filiação são imprescritíveis; não assim a petição de herança, nitidamente de natureza patrimonial, que estará sujeita ao prazo prescricional geral de 10 anos, a ser interrompido após o nascimento com vida do filho, por força do disposto no art. 198, I, do CC, tudo conforme vem decidindo o STJ.

A utilização da petição de herança mostra-se, portanto, a melhor forma de equilibrar os interesses do filho concebido por inseminação artificial homóloga póstuma e dos demais herdeiros.¹⁸⁷

3.2 Jurisprudência

Ressalte-se que por se tratar de debate recente, ainda pouco abordado pela doutrina e cujos processos, em sua maioria, tramitam em segredo de justiça, a jurisprudência é escassa. Em razão disso, não foi possível encontrar julgados em que se discute especificamente se o filho concebido após a morte do genitor teria ou não direito a participar da sucessão.

Desse modo, apresentaremos duas jurisprudências correlatas, que demonstram posicionamentos favoráveis ou desfavoráveis adotados pelos julgadores quanto à inseminação *post mortem* e a necessidade de autorização expressa do *de cuius*.

Inicialmente, trataremos do caso do primeiro bebê brasileiro concebido *post mortem* do genitor. Sua inseminação só foi possível após uma autorização judicial, concedida pelo juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba.

¹⁸⁷ LUCA, Catarina Medeiros de. *O concebido post mortem no direito das sucessões*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterin_aluca.pdf> Acesso em: 21 fev. 2017.

Em seguida, analisaremos o julgamento de uma apelação na 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que decidiu que “diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado *post mortem*, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial”. Nesse caso houve uma breve discussão acerca dos direitos sucessórios.

3.2.1 Processo nº 0027862-73.2010.8.16.0001/PR ¹⁸⁸

Em 2010 o Juiz da 13ª Vara Cível da Comarca de Curitiba concedeu a primeira decisão judicial brasileira autorizando a realização de uma inseminação artificial póstuma.¹⁸⁹

A autora, Kátia Adriana Lenerneier, foi casada com Roberto Jefferson Niels durante cinco anos. Por três anos tentaram engravidar naturalmente, sem sucesso. Diante disso, procuraram ajuda médica e foram aconselhados a realizar inseminação artificial.¹⁹⁰

Ocorre que, em janeiro de 2009, descobriram que Roberto estava com melanoma em grau avançado. Considerando a possibilidade de o tratamento resultar em esterilidade, decidiram depositar o material genético em clínica especializada, para posterior fertilização.¹⁹¹

Em julho de 2009 o casal decidiu retomar o processo de reprodução assistida, contudo foi diagnosticado que o câncer de Roberto havia se espalhado para os ossos. Segundo Kátia, apesar da insistência do marido, decidiu aguardar o

¹⁸⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer nº 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁸⁹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer nº 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹⁰ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer nº 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹¹ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer nº 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

tratamento para tentar a inseminação. A doença agravou-se e Roberto faleceu em fevereiro de 2010.¹⁹²

Kátia quis, então, dar continuidade ao sonho do casal de ter filhos fazendo uma inseminação com o sêmen congelado. Entretanto, o laboratório negou-se a realizar o procedimento, uma vez que não havia consentimento expresso do *de cuius* autorizando o uso do material genético após a sua morte.¹⁹³

Diante da negativa, Kátia recorreu ao Judiciário, ajuizando obrigação de fazer em desfavor da clínica de reprodução assistida.¹⁹⁴

O argumento utilizado pela autora e acolhido pelo Juiz Alexandre Gomes Gonçalves foi de que, apesar da ausência de manifestação expressa, era possível presumir a vontade do falecido.¹⁹⁵

Nesse sentido, foi concedida decisão liminar autorizando a ré a realizar o procedimento. Entendeu o Juiz que, diante dos atos do *de cuius* em vida que demonstraram de forma inequívoca o desejo de ter um filho, a manifestação de vontade escrita não era imprescindível, sendo possível suprir a exigência do Conselho Federal de Medicina.¹⁹⁶

A decisão foi posteriormente confirmada em sentença e a inseminação foi realizada com sucesso. Em junho de 2011, nasceu Luíza Roberta, o primeiro bebê concebido *post mortem* no Brasil.¹⁹⁷

¹⁹² PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹³ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹⁴ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹⁵ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹⁶ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹⁷ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*.

Da referida sentença, extraímos os seguintes trechos:¹⁹⁸

Ao juízo está claro, portanto, que há para a autora o direito de utilizar o sêmen deixado por seu marido para a concretização do planejamento de ambos, mantido íntegro até o momento da morte do esposo e não realizado em razão dela. Direito só condicionado pela inequívocidade do desejo do marido em concretizá-lo e que, especificamente no caso em questão, se traduz na autorização para utilização póstuma.

Esse desejo ou essa autorização, é certo que não vieram por escrito, sendo essa justamente a razão do ajuizamento de ação pela autora. No entanto, a falta de prova escrita produzida pelo próprio interessado não impede que a realidade seja evidenciada por outros meios e suprida judicialmente, o que também não lhe retira o caráter expresso.

No caso dos autos, é precisamente a vontade inequívoca de Roberto Jefferson Niels o que se extrai dos documentos de fls. 48/49 e 51/52, que atestam seu propósito firme de ter um filho com a esposa, apesar das dificuldades que levaram o casal a buscar técnicas de reprodução assistida e da doença da qual foi acometido. Desejo esse manifesto, mantido até a sua morte e que não será destruído por ela.

(...).

Assim, não será determinado à ré ou ao médico responsável que realize a inseminação em qualquer hipótese. Não por ser médico, mas por ser um cidadão que, como qualquer outro, não está obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei ou de contrato. E se, como dito na contestação, não há um contrato prévio entre a autora ou seu marido e o laboratório ou o médico a respeito da inseminação, senão um simples contrato de depósito materializado no documento de fl. 38, então ao juízo não é dado obrigá-los a realizarem o procedimento contra a sua vontade.

(...).

Não será, portanto, imposto à ré a obrigação de realizar a inseminação – no que a pretensão, portanto, improcede. Será a ré autorizada a realizar o procedimento conforme o desejo da demandante, apesar da ausência de manifestação por escrito do marido falecido, que se entende suprida judicialmente.

(...).

Quanto à legalidade, a verdade é que a legislação brasileira não regulamenta expressamente a inseminação *post mortem*, embora o art. 1.597, inciso III, do Código Civil a admita e firme a presunção de paternidade em caso de concepção dela decorrente. A pretensão da

Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

¹⁹⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>> Acesso em: 18 jan. 2017.

demandante, portanto, não é proibida e pode ser considerada legal com base no princípio constitucional da legalidade, o qual, para os particulares, ampara não só a realização de condutas permitidas como também as que não forem expressamente proibidas. A segunda hipótese é a destes autos – a de ausência de proibição expressa.

Embora não tenha sido noticiada repercussão do caso no campo sucessório, a sentença reforça a concepção de que é possível concretizar o desejo do casal de ter filhos, ainda que um dos cônjuges tenha falecido, garantindo o cumprimento do princípio do livre planejamento familiar, que deverá ser extensivamente aplicado à questão sucessória.¹⁹⁹

3.2.2 Processo nº 0100722-92.2008.8.07.0001/DF²⁰⁰

Trata-se de ação declaratória ajuizada por N.H.B.G. e Espólio de A. A. R. em desfavor de S.B.I.B.H.A.E., pleiteando o reconhecimento do direito à remoção e utilização do sêmen armazenado pela empresa ré, para fins de reprodução assistida.²⁰¹

N.H.B.G. e A.A.R. conviveram em união estável por quatorze anos e, neste período, diante do desejo do casal de ter um filho, o varão realizou procedimento de reversão de vasectomia.²⁰²

Contudo, as tentativas de ter um filho foram interrompidas pela descoberta de que A.A.R. era portador de neoplasia maligna. Diante disso, os autores firmaram contrato com a empresa ré para coleta e preservação de sêmen,

¹⁹⁹ MOTA, Manuela. *Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem*: sua implicação no âmbito do direito sucessório. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/342/3/20657903.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

para futura tentativa de fertilização.²⁰³

Apesar do tratamento realizado, A.A.R. faleceu em agosto de 2007. Em novembro de 2007 N.H.B.G. foi informada que o banco de sêmen seria desativado e que deveria providenciar a remoção do material para outra empresa.²⁰⁴

Sucedeu que, sob o argumento de que não havia autorização expressa do *de cujus* para este fim, a empresa S.B.I.B.H.A.E. recusou-se a entregar o material genético colhido. Pelo exposto, foi proposta a ação judicial em questão.²⁰⁵

Em primeira instância a d. Magistrada sentenciante julgou procedentes os pedidos, para declarar o direito da autora sobre o material genético armazenado e autorizar sua remoção. Todavia, a ré interpôs recurso de apelação e a sentença foi reformada pelo Tribunal. Leia-se a ementa:²⁰⁶

ACÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.

1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.

2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de cujus em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito

²⁰³ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰⁴ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰⁵ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰⁶ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

sucessório, vencido o Desembargador Revisor.

3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.

4. Recurso conhecido e provido.

(Acórdão n.820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 136)

A Relatora, Desembargadora Nídia Corrêa Lima, entendeu pela manutenção da sentença, mas foi voto vencido. Segundo ela, havia clara presunção de vontade do companheiro em gerar um filho, tendo em vista que reverteu uma vasectomia e congelou seu sêmen. Afirmou, também, que a falta do documento de autorização expressa deu-se por culpa da empresa ré, que não informou o casal acerca de sua necessidade.²⁰⁷

Por sua vez, o Revisor, Desembargador Getúlio de Moraes Oliveira, e o Presidente, Desembargador Flávio Rostirola, entenderam que, ante a ausência de legislação específica sobre o tema, o desejo do falecido de ter um filho após seu óbito não pode ser presumido. Sustentaram que o contrato assinado entre A.A.R. e a empresa ré previa a necessidade de autorização expressa para utilização do material genético após sua morte; bem como que a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina exige a referida autorização, sem ressalvas.²⁰⁸

Em seu voto, o Desembargador Revisor defendeu, ainda, que, pela isonomia constitucional entre os filhos, caso fosse possível concretizar a inseminação *post mortem*, o filho nascido teria direito à sucessão mesmo que o inventário tivesse se encerrado. Assim, segundo ele, em razão das possíveis

²⁰⁷ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg11?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²⁰⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg11?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

repercussões patrimoniais, os demais herdeiros, filhos de A.A.R., deveriam ser incluídos no processo.²⁰⁹

No mesmo sentido, o Desembargador Presidente sustentou que, em que pese a disposição do artigo 1.798 do Código Civil de que só se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, a questão deve ser analisada observando algumas peculiaridades no âmbito do vínculo de filiação. Nesse ponto, destacou o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, valendo colacionar a seguinte passagem:²¹⁰

Qualquer solução restritiva de direitos que leve em consideração a qualificação ou a origem – por exemplo, fecundação artificial *post mortem* – certamente causará discriminação em relação aos demais filhos e, por consequência, violação à dignidade da pessoa humana.

Ademais, afirmou que o direito sucessório tem a função social de prover a sobrevivência dos descendentes. Assim, concluiu que, apesar de julgar procedente o recurso da ré, devido à ausência de autorização expressa, nestes casos seria possível e legítimo reconhecer todas as consequências decorrentes do vínculo de filiação, inclusive o direito a participar da sucessão.²¹¹

Cumprido destacar que, no debate específico desse julgamento, apesar das divergências de opiniões dos Desembargadores, e, embora tenha prevalecido a negativa ao direito de utilizar o sêmen criopreservado, uma das razões motivadoras da decisão foi justamente a repercussão que o caso teria em relação ao filho gerado ter, ou não, direito à herança.

Observa-se que, em geral, nos debates doutrinários e jurisprudenciais com relação aos direitos sucessórios do filho concebido *post mortem* a falta de

²⁰⁹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²¹⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

²¹¹ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>> Acesso em: 22 jan. 2017.

legislação específica para regulamentar estes casos é amplamente questionada. Entretanto, a lacuna legislativa não pode ser impedimento ao direito de herança, garantido como direito fundamental pela Constituição Federal.²¹²

²¹² Art. 5º, XXX. é garantido o direito de herança;. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.

CONCLUSÃO

As técnicas de reprodução assistida têm gerado benefícios para muitas famílias, mas também conflitos, especialmente no campo do Direito Sucessório, pois é manifesta a desarmonia entre os avanços biotecnológicos e a legislação civil atual. O ponto central deste trabalho diz respeito ao reconhecimento da capacidade de herdar na condição de filho *post mortem*.

A inseminação artificial homóloga *post mortem* é um procedimento especial e polêmico, uma vez que permite à mulher, utilizando-se do sêmen criopreservado, gerar um filho de seu falecido marido ou companheiro.

Verificou-se, com base no artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, que o filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga *post mortem* tem seu direito à filiação resguardado.

Por sua vez, a Resolução n° 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, dispõe que “no momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los”²¹³.

Na mesma linha, a alusiva Resolução confere maior rigor ao artigo supracitado, ao permitir “a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado”²¹⁴.

Do mesmo modo, a doutrina especializada no assunto editou o Enunciado n°106 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, que exige a autorização escrita do marido para o uso de seu material genético depois de sua morte.

Em contrapartida, o artigo 1.798 do mesmo diploma legal prevê que somente as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da

²¹³ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n° 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

²¹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n° 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.

sucessão são legítimas a suceder e, por isso, parte da doutrina entende que, independentemente de autorização expressa do *de cuius*, o direito à sucessão legítima estaria prejudicado.

Observou-se, ainda, que o Código Civil dispõe que os descendentes são herdeiros necessários e que a eles pertence, no mínimo, metade da herança. Dessa forma, limitar o direito sucessório do concebido *post mortem* à sucessão testamentária violaria o tratamento isonômico entre os filhos, uma vez que são todos, do mesmo modo, herdeiros legítimos e necessários.

Ao presumir como concebido na constância do casamento o filho gerado por inseminação artificial homóloga póstuma, o 1.597, inciso III, do Código Civil, admite que a concepção retroaja ao momento em que ainda existia o vínculo de cônjuges entre os genitores, ou seja, quando o pai ainda estava vivo. Logo, entender que o filho concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* não é herdeiro legítimo do *de cuius* é totalmente contrário ao princípio da igualdade entre os filhos.

A partir desse princípio, o ordenamento jurídico brasileiro proíbe qualquer tratamento discriminatório em relação aos filhos, sejam eles concebidos na constância do casamento, por meio de relações extraconjugais, por adoção, ou por técnicas de reprodução assistida, ainda que depois da morte do genitor, eis que o fundamento deste princípio é resguardar situações jurídicas que se originam do mesmo vínculo parental

Contudo, a proteção dos direitos sucessórios dos concebidos por inseminação artificial *post mortem* não pode ser uma condição *ad aeternum*, o que acarretaria uma enorme insegurança jurídica, uma vez que possibilitaria a retificação da partilha a qualquer momento e por um período indefinido, prejudicando os herdeiros já nascidos ou ao menos concebidos no momento da abertura da sucessão.

Desse modo, concluiu-se que a melhor forma de conciliar a proteção do direito à herança do filho concebido *post mortem* com a segurança jurídica dos demais sucessores, seria a aplicação das regras da petição de herança, cujo prazo prescricional é de dez anos, que devem ser contados a partir do momento em que cessar a incapacidade do herdeiro.

Por fim, deve-se ressaltar que é essencial a criação de uma legislação que, ao menos, contemple os progressos da reprodução assistida. Especialmente, deve-se ajustar a regra da presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial *post mortem* com a regra da vocação hereditária, já que atualmente há uma incongruência entre elas: enquanto uma ampara o concepturo, outra ignora.

Enquanto isso não ocorre, a Constituição Federal deve ser adotada, para que se façam sobressair os princípios da igualdade de tratamento entre os filhos, a dignidade da pessoa humana e o livre planejamento familiar, de modo a salvaguardar os direitos hereditários dos filhos gerados por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Por meio das técnicas de integração e interpretação, o Poder Judiciário cumpre o seu papel de dizer o direito no caso concreto e solucionar lacunas legais, para evitar que o direito impeça o progresso e o desenvolvimento social e humano da sociedade a que ele serve.

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*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 05 out. 2016.
- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Sucessões*. Coimbra: Coimbra, 2000.
- BEVILÁQUA, Clóvis. 1903. *Direito da Família*. Recife: Ramiro M. Costa & Filhos, 1903.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- BRASIL. *Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 27 fev. 2017.
- BRASIL. *Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 06 abr. 2016.
- BRASIL. *Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 19 mar. 2016.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 370067/RS*. Quinta Turma. Recorrente: União. Recorrido: Maria de Lourdes Graser. Relator(a). Min. Laurita Vaz. Brasília, 09 de agosto de 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1843852&num_registro=200101352254&data=20050905&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 14 ago. 2016.
- CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Direito das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução n° 2.121, de 24 de setembro de 2015*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2016.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. *Aspectos patrimoniais e éticos do direito sucessório*. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/6_-_aspectos_patrimoniais_e_%E9ticos_do_direito_sucess%F3rio.pdf>. Acesso em: 20 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 5.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Declaratória. Apelação Cível. AC 20080111493002. Terceira Turma Cível. Relatora: Nídia Corrêa Lima. Brasília, 03 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NXTPGM=plhtml06&ORIGEM=INTER&CDNUPROC=20080111493002APC>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Atlas, 2015.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. *Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no direito de família e no direito sucessório*. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. 2011. *Filiação*. São Paulo: Atlas, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2008.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 5.

GOZZO, Débora; Ligiera, Wilson Ricardo. 2012. *Bioética e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

I JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado nº 106 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

I JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado n° 107 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

III JORNADA DE DIREITO CIVIL. *Enunciado n° 267 do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 31 mai. 2016.

LÔBO, Paulo. *Código Civil Comentado*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 16.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2015.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do números clausulus. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 3. *Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. O Novo CCB e a vacatio legis*.

LUCA, Catarina Medeiros de. *O concebido post mortem no direito das sucessões*. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2010/trabalhos_22010/caterinaluca.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1973.

MOTA, Manuela. *Inseminação artificial homóloga post mortem: sua implicação no âmbito do direito sucessório*. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/3/20657903.pdf>>. Acesso em: 22 jan. 2017.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. *A filiação que se constrói: o reconhecimento do afeto como valor jurídico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. *Ação de Obrigação de Fazer n° 27862/2010*. Décima Terceira Vara Cível da Comarca de Curitiba. Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves. Curitiba, 06 de março de 2012. Disponível em: <<https://www.tjpr.jus.br/sentenca-digital>>. Acesso em: 18 jan. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família: uma abordagem psicanalítica*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

- RAMOS, Fernanda de Oliveira Santana. *O direito fundamental ao planejamento familiar e a Lei nº 9.263, de janeiro de 1996*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/37759/o-direito-fundamental-ao-planejamento-familiar-e-a-lei-n-9-263-de-janeiro-de-1996>>. Acesso em: 12 ago. 2016.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 5.
- RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 6.
- SANTOS, Washington dos. *Dicionário Jurídico Brasileiro*. Minas Gerais: Del Rey, 2001.
- SCALQUETTE, Ana Cláudia S. *Estatuto da reprodução assistida*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- SILVA, Diego Rodrigues. *O direito sucessório dos inseminados post mortem em face dos princípios constitucionais*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-sucess%C3%B3rio-dos-inseminados-post-mortem-em-face-dos-princ%C3%ADpios-constitucionais>>. Acesso em: 13 jan. 2017.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Método, 2016.
- TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 5.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena. *Enunciado apresentado na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/jornada_direito_civil/IIIJornada.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2017.
- 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*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 6.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. São Paulo: Atlas, 2016. v. 6.
- WIDER apud COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução assistida homóloga post mortem*

e o direito à sucessão legítima. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.