



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

**ANDREA COSTA CARVALHO**

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DA CRIANÇA CONCEBIDA  
MEDIANTE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA  
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Salvador  
2017

**ANDREA COSTA CARVALHO**

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DA CRIANÇA CONCEBIDA  
MEDIANTE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA  
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

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

Salvador  
2017

**TERMO DE APROVAÇÃO**

**ANDREA COSTA CARVALHO**

**OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DA CRIANÇA CONCEBIDA  
MEDIANTE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA  
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

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

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

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

Aos meus pais, padrasto e irmão, pelo apoio, ensinamentos e amor incondicional.

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais e à meu padrasto, pelo encorajamento, confiança, por fazerem tudo por mim e não medirem esforços pela minha felicidade.

À minha irmã, a quem eu tanto admiro, e ao meu irmão, que é a pessoa mais especial nesse mundo, a quem eu amo profundamente.

Aos meus colegas e amigos, em especial à Gabriela Strauch, por todo suporte e incentivo na execução desse trabalho, e por terem trazido mais alegria aos meus dias com o seu apoio e amizade.

À todos os professores da Faculdade Baiana de Direito e Gestão, aos quais eu sou grata por todo o aprendizado perpassado, não só durante a execução desse trabalho, mas ao longo de todos esses anos.

Ainda, a todos os funcionários da instituição, pelo carinho, constante bom humor e vontade em ajudar.

“Que nada nos limite.  
Que nada nos defina.  
Que nada nos sujeite.  
Que a liberdade seja nossa própria substancia”.

Simone de Beauvoir

## RESUMO

O presente trabalho monográfico visa analisar a sucessão imposta pelo Código Civil de 2002 ao concepturo de inseminação artificial homóloga *post mortem*, visando defender que este configure como herdeiro legítimo necessário do *de cuius*. O direito à procriação, constitucionalmente resguardado, permite que o indivíduo estabeleça o seu projeto parental de forma livre, podendo a procriação ser concretizada por meio das vias normais, como também mediante as técnicas de reprodução artificial. O Código Civil, inclusive, prevê a possibilidade do uso dessas técnicas, uma vez que consagra no artigo 1.597, III, IV e V, hipóteses de inseminação artificial, fazendo presumir a paternidade nessas três situações. O que interessa a este trabalho é o inciso III, o qual determina a paternidade presumida dos filhos havidos mediante reprodução artificial homóloga, ainda que falecido o marido. Celeuma jurídica, entretanto, é constada ao observar o artigo 1.798 do Código Civil, o qual determina que apenas legitimam-se a suceder os nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão. Constata-se, dessa forma, que por determinação expressa, o concepturo abrangido pelo artigo 1.597, III, não figurará como herdeiro, tendo em vista que, como trata-se de concepturo, ainda não foi concebido quando da abertura da sucessão do seu genitor. Tendo em vista uma melhor compreensão dos institutos trazidos por este trabalho, diferenciações acerca de concepturo, nascituro e pessoa natural também foram estabelecidas, bem como o processamento da sucessão de cada um destes. No que tange ao princípio constitucional da igualdade substancial entre os filhos, nenhuma diferenciação quanto a estes é admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Dessa forma, o Código Civil, ao prever a filiação do concepturo do *de cuius*, e por outro lado, não prever a sua legitimação sucessória, afronta diretamente o princípio aludido. É mister, portanto, a necessidade de legislação específica acerca da capacidade sucessória dos filhos havidos mediante reprodução artificial homóloga póstuma, tendo em vista que no Código Civil encontram-se controvérsias que devem ser afastadas, a fim de garantir uma efetiva segurança jurídica.

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

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
CFM	Conselho Federal de Medicina
FIV	Fertilização <i>in vitro</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	11
<b>2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b>	14
2.1 BIODIREITO E A BIOÉTICA	14
2.2 AS TEORIAS ACERCA DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	17
<b>2.2.1 Personalidade jurídica da pessoa natural</b>	19
<b>2.2.2 Teorias sobre a natureza jurídica do nascituro: natalista, da personalidade condicional e concepcionista</b>	20
2.2.2.1 Teoria natalista	21
2.2.2.2 Teoria da personalidade condicional	23
2.2.2.3 Teoria concepcionista	24
<b>2.2.3 Análise sobre o tratamento jurídico conferido ao embrião</b>	26
2.4 ESTERILIDADE E INFERTILIDADE	28
2.5 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ARTIFICIAL	30
2.6 A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA	32
<b>3 ASPECTOS FILIATÓRIOS</b>	35
3.1 A PARENTALIDADE E A FILIAÇÃO	35
3.2 CRITÉRIOS DETERMINANTES DA FILIAÇÃO	37
<b>3.2.1 Filiação jurídica</b>	38
3.2.1.1 Aplicação da presunção <i>pater is est</i> na procriação natural	38
3.2.1.2 Aplicação da presunção <i>pater is est</i> na procriação artificial	40
<b>3.2.2 Filiação biológica</b>	42
<b>3.2.3 Filiação socioafetiva</b>	44
3.3 IGUALDADE SUBSTANCIAL ENTRE OS FILHOS	46
3.4 LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR	47
<b>4 DA LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA</b>	49
4.1 ABERTURA DA SUCESSÃO	50
4.2 DA ACEITAÇÃO DA HERANÇA	53
4.3 DA CAPACIDADE SUCESSÓRIA	55
<b>4.3.1 Sucessão legítima</b>	57
<b>4.3.2 Sucessão testamentária</b>	60

4.4 PROLE EVENTUAL	63
--------------------	----

**5 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DA CRIANÇA CONCEBIDA MEDIANTE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*** 66

5.1 REGULAMENTAÇÃO ACERCA DA REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	66
---	----

5.1.1 As Resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca da reprodução humana assistida	67
---	----

5.1.2 O tratamento conferido pelo Código Civil brasileiro de 2002	70
---	----

5.2 FILIAÇÃO E LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DECORRENTES DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL PÓSTUMA	73
--	----

5.3 ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO ACERCA DA LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DA CRIANÇA NAS SITUAÇÕES DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>	76
--	----

<b>6 CONCLUSÃO</b>	80
--------------------	----

**REFERÊNCIAS**

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca avaliar a capacidade sucessória, enquanto herdeira legítima necessária, da criança concebida mediante inseminação artificial homóloga após a morte do marido ou companheiro.

Os avanços biotecnológicos são cada vez mais frequentes, permitindo que a reprodução, antes estritamente estabelecida pelas vias naturais, possa ocorrer também por meio de técnicas artificiais.

Essa nova realidade fática trazida pelos avanços da ciência não pode ser olvidada pelo legislador. Dessa forma, Direito e Bioética devem estar intrinsecamente relacionados. O Direito, enquanto fenômeno social, deve acompanhar as inovações biotecnológicas e as mudanças no contexto fático, permitindo e regulando de forma efetiva a fecundação *post mortem*, tão utilizada por casais, como também por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas e homossexuais que desejam procriar.

Nesse sentido, este trabalho irá analisar as duas formas de reprodução assistida, sendo elas a homóloga e a heteróloga, sendo o recorte deste trabalho, entretanto, voltado à inseminação homóloga, em especial a que ocorre após o falecimento do genitor que deixou material genético criopreservado. Assim, o trabalho busca analisar a esterilidade e infertilidade, juntamente com as principais técnicas de reprodução assistida, a fim de possibilitar que a reprodução artificial ocorra.

Cumprido analisar os critérios determinantes da filiação e em qual ou quais categorias a criança advinda de reprodução homóloga póstuma estabelece vínculo com o genitor. Analisa-se também a consequente possível legitimação sucessória, enquanto herdeiro necessário, da criança concebida mediante inseminação homóloga póstuma.

Neste diapasão, o tema em tela merece destaque e regulamentação específica, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro ainda não se debruçou de maneira efetiva quanto às questões relativas à inseminação artificial póstuma e suas implicações sucessórias.

O tema possui enorme relevância social e jurídica, vez que é preciso regulamentar e garantir os direitos sucessórios do futuro filho do *de cuius*. Essa criança não pode ficar desamparada jurídica e patrimonialmente.

Para versar acerca do concepturo, este trabalho irá preocupar-se também em diferenciá-lo do nascituro e da pessoa natural, analisando a consagração, ou não, destes indivíduos enquanto sujeitos de direito.

Como o Código Civil determina que legitimam-se a suceder as pessoas já nascidas ou concebidas quando da abertura da sucessão, buscará estabelecer como se processa a sucessão da pessoa natural, do concepturo e do nascituro. Para estes últimos, faz-se necessário analisar as teorias acerca da sua personalidade jurídica

Será estabelecido o conceito de sucessor, diferenciando os herdeiros dos legatários. Analisará também a capacidade sucessória e a diferenciação entre herdeiro legítimo e testamentário, analisando em qual dessas categorias o filho futuro do *de cuius* havido por inseminação homóloga deverá ser enquadrado.

Dessa forma, ao analisar essas considerações acerca do Direito das Sucessões, caberá a indagação e o consequente esclarecimento ao término do trabalho de como ficará a situação jurídica da criança nascida com vida e gerada por meio da reprodução assistida homóloga póstuma, tendo em vista que quando do falecimento do seu genitor, ela sequer ainda tinha sido concebida.

Serão analisadas, também, de que forma as regulamentações, tais como as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, Projeto de Lei e Enunciados do Conselho da Justiça Federal, dispõem acerca do tema e se o tratamento conferido pelo ordenamento jurídico brasileiro é, de fato, suficiente para regular a questão.

Além disso, cumpre analisar o tratamento conferido pelo Direito Estrangeiro, a fim de perceber de que maneira diferentes sistemas jurídicos versam acerca dos direitos sucessórios da criança concebida mediante reprodução humana assistida *post mortem*.

Outrossim, há que falar na necessidade de avanços normativos e doutrinários sobre a temática, regulações aplicáveis e possíveis efeitos jurídicos – sendo este o aspecto em que busca estudar-se neste trabalho.

É preciso ressaltar que ao tratar do tema proposto busca-se um avanço social e jurídico acerca da matéria, uma vez em que se discute os direitos do nascituro concebido por meio de reprodução artificial homóloga *post mortem*, bem como a criação de norma regulamentadora própria, tendo em vista a ausência de regulamentação específica.

## 2 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A reprodução humana assistida consiste na intervenção feita pelo homem, com o fim de solucionar problemas em pessoas que possuem infertilidade ou esterilidade, satisfazendo, assim, o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade (MALUF, 2013, p.193). Trata-se do conjunto de operações realizadas artificialmente com o intuito de reunir os gametas masculino e feminino, originando, assim, uma nova vida (DINIZ, 2011, p. 610).

A reprodução assistida decorre dos inúmeros avanços biotecnológicos ocorridos nos últimos anos e consiste em orientar e assistir aqueles que não conseguem procriar pelas vias naturais (MALUF, 2013, p.198). O sofrimento dessas pessoas que possuem infertilidade ou esterilidade é vista de forma negativa pela sociedade, tendo elas, por vezes, abalos em sua saúde psíquica, diante da represália moral e social sofrida. Inclusive, grandes avanços biotecnológicos decorreram justamente dessa dificuldade em procriar (MEIRELLES, 2014, p. 41).

Diante do diagnóstico de infertilidade ou esterilidade, casais, ou mesmo pessoas solteiras, com base no direito à procriação e no livre planejamento familiar, princípio fundamental expressamente previsto pela Constituição Federal de 1988 no art. 226, §7<sup>o</sup>, recorrem aos métodos de procriações artificiais, possibilitados pelos avanços biotecnológicos, a fim de suprirem o desejo de se tornarem pais.

### 2.1 BIODIREITO E A BIOÉTICA

Os avanços da Ciência propiciam um leque de descobertas e novas situações relacionadas ao corpo humano, repercutindo diretamente na vida em geral, tanto no que compete ao nascimento, como também na continuidade da vida e na morte (MEIRELLES, 2014, p. 23). Por meio de manipulações biológicas, se torna possível a concepção da vida, através da reprodução humana assistida, como também a

---

<sup>1</sup> CF. Art. 126. §7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

intervenção em estágios de terminalidade, propiciando a manutenção da mesma, de forma artificial (MEIRELLES, 2014, p. 21).

Os estudos e experimentos concernentes à biotecnologia não encontram-se mais no plano fictício, sendo hoje uma realidade social (MALUF, 2013, p.3). As intervenções laboratoriais, diante das descobertas da Genética, trazem inúmeros benefícios e tem sido recepcionadas com otimismo e entusiasmo pelo ser humano. Por outro lado, como essas inovações repercutem nos processos naturais de vida e morte, acarretam, também, ameaças, além de possuírem potencial lesivo, diante dos riscos que biotecnologia pode oferecer (MEIRELLES, 2014, p. 21).

Os recursos tecnológicos implicam em uma nova realidade humana, além de ser necessários à manutenção da vida, possibilitando, inclusive, que em um futuro próximo o ser humano seja capaz de prevenir e tratar uma série de doenças (MEIRELLES, 2014, p. 22). Todavia, o novo semblante trazido por meio desses avanços geram também riscos à humanidade, através de abusos ocasionados pelas experiências biotecnológicas (DINIZ, 2011, p.29).

Constata-se, assim, o laço intrínseco existente entre a ética e as ciências da vida. Tal percepção apresenta-se como uma nascente da Bioética, conferindo a esta uma nova perspectiva da ética médica. A Bioética se desenvolve em decorrência do avanço biológico cumulada com a necessidade de considerar suas inovações de acordo com os preceitos morais e plurais inerentes à sociedade (DINIZ, 2011, p.29).

A Bioética é a disciplina que contempla os novos dilemas decorrentes dos desenvolvimentos tecnológicos e científicos e que visam uma administração responsável, não só da vida humana, mas também da vida animal e do aspecto ambiental (MALUF, 2013, p.6).

Diante das descobertas biológicas, que tiveram importante desenvolvimento no século XX, a Bioética se preocupa com a autonomia de vontade das pessoas que a elas se sujeitam, relacionando sempre esses avanços com a ética e com a dignidade da pessoa humana. Institutos estes que devem prosperar diante de qualquer possível conflito que possa ocorrer entre eles, seja no caso concreto ou mesmo em uma situação hipotética (SÁ; NAVES, 2011, p.2).

No âmbito jurídico, a Biomedicina impôs vários desafios, uma vez que, ao Direito, caberia a missão de regulamentar esta atividade, com vistas a garantir a liberdade

de evolução científica e biotecnológica, tendo sido, inclusive, elencado como direito fundamental pelo art. 5º, IX<sup>2</sup>, da CF/88. Ao mesmo tempo, compete ao Direito proteger a dignidade da pessoa humana, sendo este um valor jurídico supremo e princípio normativo que fundamenta todo ordenamento jurídico pátrio. (DINIZ, 2011, p.31-32).

Cumprir destacar que a intervenção do Direito nessas inovações sócio-bioéticas são fundamentais, pois, em algumas situações, a biotecnologia e a medicina levam à uma exploração demasiada do genoma humano, oferecem técnicas invasivas ao ser humano sobre o seu próprio corpo ou vida. Nesse diapasão dá-se margem à criação do ramo do Biodireito, cujo intuito é equilibrar as inovações científicas sobre a vida e evitar retrocessos sociais e jurídicos já consagrados (DINIZ, 2011, p.29-31).

Importantes são os ensinamentos de Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira (1998/1999, p.49) de que o Direito deve enfrentar os desafios advindos da biotecnologia e biomedicina, atuando de forma a permitir, proteger ou proibir juridicamente questões trazidas pela Bioética.

O Biodireito, de um lado, tutela o direito à vida, claramente de ordem pública, e, de outro lado, traça interesses de ordem particular, quando se refere à pretensões relacionadas ao próprio indivíduo. (FERREIRA, 1998/1999, p.50-51).

Vale evidenciar que o Biodireito encontra algumas concepções na Carta Política de 1988, que trata de forma expressa da Bioética relacionada com o meio ambiente, e de forma indireta relaciona preceitos que são incorporados à biogenética, ainda que de forma indireta (AGUIAR, 2005, p. 87-88).

Diversas são as normas constitucionais que trazem relação aos problemas de genética, como a dignidade da pessoa humana, o direito à igualdade, o direito à intimidade e vida privada, entre outros. Ademais, em legislações esparsas, a temática tem conquistado novas formas e contornos, preocupando-se, sobretudo, com a tutela de interesses de futuras gerações (AGUIAR, 2005, p. 87-88).

Nota-se que o Biodireito apresenta significativas contribuições à regulação das atividades da medicina e biotecnologia. No entanto, muito ainda há que ser construído e organizado devido às descobertas e necessidades crescentes sobre

---

<sup>2</sup> CF. Art. 5º. IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

esta temática. Neste trabalho, serão utilizadas as noções da Bioética e do Biodireito tão somente para analisar perspectivas concernentes à reprodução humana assistida e, em caráter mais específico, sobre aquelas relacionadas à reprodução homóloga póstuma.

## 2.2 AS TEORIAS ACERCA DA AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O ordenamento jurídico brasileiro confere à pessoa natural, ao embrião extracorpóreo e ao nascituro diferentes tratamentos jurídicos, que merecem atenção neste trabalho.

Conforme visto, a geração de uma nova vida foi admitida por muito tempo apenas pela via natural, através do ato sexual. Ocorre que, em razão dos avanços biotecnológicos, essa realidade se transformou, de modo que com a ajuda da ciência, através de mecanismos de reprodução assistida é possível a constituição de seres humanos. Nesse cenário, a Bioética e o Biodireito já preveem estudos sobre essas questões, a fim de possibilitar os avanços com garantias de direitos já consagrados.

Dessa forma, busca-se analisar as teorias acerca do momento em que ocorre a aquisição da personalidade jurídica e relacioná-las com a possibilidade de se atribuir direitos e obrigações à pessoa natural, ao nascituro (através das teorias natalista, da personalidade condicional e concepcionista) e ao embrião, de acordo com o Direito Civil Brasileiro.

A personalidade jurídica é atributo da pessoa, seja ela natural ou jurídica, para que possa ser detentora de direitos e obrigações na ordem jurídica, além de titularizar direitos da personalidade. A personalidade jurídica é intrínseca à qualidade de pessoa; se é pessoa, detém personalidade jurídica. Ressalte-se, no entanto, que a personalidade jurídica vai muito além da possibilidade de ser sujeito de direito, em razão de que é possível que até mesmo entes desprovidos de personalidade, como o condomínio edilício, a massa falida e a sociedade de fato, possam titularizar relações jurídicas (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 168-169).

Trata-se, portanto, de com conceito elementar do Direito Civil, devendo ser vislumbrado em uma perspectiva civil-constitucional, haja vista que nele se lastreia toda a dignidade da pessoa humana (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 168). Conforme ensina Maria Helena Diniz, para ser considerada pessoa e, por via de consequência, adquira personalidade jurídica, basta que, quando do nascimento, o ente tenha respirado por um segundo (2008, p. 4).

Vale evidenciar que, ao relacionar essa temática à égide da Bioética, surgem algumas teorias a respeito do marco para delimitação do início da vida. Nesse sentido, afirma Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 119) que, de acordo com a teoria concepcionista,

a origem da vida está no exato momento em que há a união do óvulo com o espermatozóide, portanto, no instante da concepção, seja ela natural ou artificial. A fusão dos gametas implica na existência de um patrimônio genético individual, não importando os aspectos biológicos e estruturais do embrião, que evidenciam o estágio de seu desenvolvimento.

Observe-se que o nome "teoria concepcionista" é utilizado em dois sentidos. Em um primeiro, refere-se à teoria concepcionista para aquisição de personalidade jurídica do nascituro, e, em um segundo sentido, serve para tratar sobre a teoria do início da vida a partir da concepção. Verifica-se, assim, que na primeira forma, avalia-se sobre o estudo do Direito Civil, enquanto que na segunda, utiliza-se sob à luz da Bioética. Portanto, por mais que parcialmente se comuniquem, não há que se fazer confusão entre elas, partindo-se da premissa de que tratam de aspectos diferentes (MEIRELLES, 2014, p. 119).

Além da teoria concepcionista, a respeito do início da vida, há que se falar também das teorias médicas, também chamadas de desenvolvimentistas. Essas teorias médicas determinam que o início da vida deve ser considerado mediante a análise de indicadores biológicos suficientes para demonstrar diferenças entre as células do embrião, caracterizando a individualidade humana (MEIRELLES, 2014, p.123).

A teoria médica da implantação defende que somente é possível se falar em existência da vida humana quando ocorrer a nidação, que é a implantação do embrião ao útero. Além da implantação, também tem sido considerado, como critério do início da vida humana, a formação do sistema nervoso. Ocorre que há divergências sobre quando, de fato, ocorre o desenvolvimento do cérebro, fazendo

surgir mais duas teorias: a teoria do aparecimento da atividade cerebral e a teoria do aparecimento da crista neural. A teoria médica do aparecimento da atividade cerebral indica que a vida apenas terá início a partir da oitava semana de gravidez, enquanto que a teoria médica do aparecimento da crista neural, dispõe que a vida só poderia ser concebida em período posterior (MEIRELLES, 2014, p.123-125).

Adriana Caldas Maluf (2013, p. 152), por sua vez, dispensando a análise das teorias médicas supracitadas, afirma que a vida se inicia "desde a própria ovulação, no momento da liberação do ovócito, estendendo-se até o momento da fixação do zigoto no útero, nidadação, que torna a vida viável".

Com efeito, verifica-se que a discussão sobre o início da vida é extremamente polêmica, sofrendo interferências não só do campo científico, como também no âmbito religioso (MEIRELLES, 2014, p.120). Do ponto de vista da Bioética, como visto, também ocorrem divergências doutrinárias relevantes.

Com isso, tem-se que esclarecer que o presente estudo não visa aprofundar a temática sobre as teorias do início da vida, de modo que, o que se busca enfatizar neste tópico é analisar simplesmente a condição jurídica da pessoa natural, do nascituro e do embrião para categorização (ou não) como sujeitos de direito, como premissa para estipulação de efeitos jurídicos sucessórios sobre esses entes. Essas informações são necessárias para embasar a possível concessão de direitos sucessórios aos filhos concebidos mediante inseminação assistida homóloga *post mortem*.

### **2.2.1 Personalidade jurídica da pessoa natural**

A pessoa constitui-se no ser humano, sendo ela o ponto de partida e chegada do ordenamento jurídico nacional. Todo ser humano merece ter atribuída a si a qualidade de pessoa natural enquanto sujeito de direito – ou seja, com a possibilidade de titularizar direitos e obrigações, por ser detentora de uma personalidade jurídica (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 297).

Vale fazer a ressalva que a pessoa natural pode ter sido concebida de forma natural (através de relações sexuais) ou de forma artificial (reprodução medicamente

assistida) – não sendo, pois, a forma de concepção natural uma restrição ao conceito de pessoa natural. "A melhor opção, então, é vislumbrar a pessoa natural como ente dotado de estrutura biopsicológica. Enfim, a pessoa humana", capaz de titularizar direitos e deveres (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 298).

Questiona-se sobre o início da pessoa natural que, no âmbito jurídico, de acordo com o Código Civil, o artigo 2<sup>o</sup><sup>3</sup> afirma ser constituída mediante o nascimento com vida, embora sejam resguardados os direitos do nascituro desde a sua concepção (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 300).

Sobre o nascimento com vida, há que se falar que ele pode ser atestado pela separação do corpo do feto ao corpo da mãe, simbolizado pela ruptura do cordão umbilical e, pela percepção de ar nos pulmões do nascido, sendo determinante para constatar que se a criança respirar, tem-se que ela nasceu com vida, determinando, assim o início da sua personalidade (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 300).

No entanto, para além do ar atmosférico nos pulmões, admitem-se, também, outras reações para comprovar o nascimento com vida, como o choro ou movimentos que a criança venha a fazer, conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 300).

Assim, independente da determinação do registro da criança no Cartório do Registro Civil das Pessoas Naturais, qualquer medida burocrática torna-se irrelevante para a configuração do início da personalidade civil, tendo em vista que este, no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se, em verdade, pautado no nascimento com vida. O registro civil do nascimento possui natureza meramente declaratória, em razão de que declara a aquisição da personalidade, já adquirida quando do nascimento com vida (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 300-301).

### **2.2.2 Teorias sobre a natureza jurídica do nascituro: natalista, condicional e concepcionista**

O questionamento sobre a natureza jurídica do nascituro, a fim de observar se este é detentor de personalidade jurídica, ainda é muito polêmico. Nesse sentido, surgem

---

<sup>3</sup> CC. Art. 2<sup>o</sup> A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

três teorias principais e divergentes entre si, quais sejam: a natalista, a condicional e a concepcionista.

Para tanto, deve-se fazer o conceito inicial sobre o que significa a palavra nascituro. De acordo com ensinamentos de Adriana Caldas do Rego F. D. Maluf (2013, p. 159), "nascituro é aquele ser que ainda vai nascer, porém, já foi concebido". Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, acrescentam lecionando que nascituro "é aquele que ainda está no corpo da genitora; que já está concebido, no ventre materno, mas ainda não nasceu" (2012, p. 301).

Conforme afirma Silmara J. A. Chinelato e Almeida, o nascituro, sob o prisma biológico, não configura uma mera parte do corpo de sua mãe, constituindo, em verdade, uma pessoa distinta daquela que o gerou (2000, p. 163).

Convém destacar que nascituro e concepturo não se confundem. Consoante os ensinamentos de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, nascituro é aquele que já foi concebido; possui vida intrauterina, mas ainda não nasceu, enquanto que o concepturo são aqueles que nem sequer ainda foram concebidos (2015, p.121). É o caso da chamada prole eventual, a quem o legislador, no art. 1.799, I, do Código Civil Brasileiro<sup>4</sup>, permite que seja deixado benefício por meio de testamento, sob a condição de que essa prole venha a ser concebida em até dois anos<sup>5</sup> após a morte do testador (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 301).

Com base nessas premissas, destacam-se abaixo as teorias sobre a natureza jurídica do nascituro, a fim de indicar se este seria um sujeito de direito e se seria detentor de personalidade jurídica.

### 2.2.2.1 Teoria natalista

---

<sup>4</sup> CC. Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

<sup>5</sup> CC. Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

A teoria natalista acredita que o nascituro não pode ser considerado pessoa natural, pois, para tanto, o Código Civil faz a exigência de existir o nascimento com vida. Nessa perspectiva, essa teoria entende que o nascituro não é detentor de direitos e obrigações e, via de regra, não possui personalidade jurídica, sendo simplesmente detentor de expectativas de direitos (TARTUCE, p.8).

Como adepto dessa corrente, percebe-se que o doutrinador Sílvio Rodrigues (2003, p. 34-36) defende uma interpretação literal da lei e informa que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida e acaba com a morte – o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa natural e não tem personalidade jurídica. Entende que a personalidade é adquirida apenas quando do nascimento com vida, não possuindo, assim, o nascituro capacidade para titularizar relações jurídicas.

Esta teoria entende que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida, e defendem que a tese natalista foi a adotada pelo Código Civil de 2002, em seu artigo 2º. Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira (2014, p. 185) deixa claro que o ordenamento jurídico brasileiro não consagra o nascituro como pessoa, vejamos:

Na ocasião em que se discutiu o Projeto Beviláqua, foi a matéria ventilada, e repelida aquela doutrina, recolhendo as preferências a concepção romana, do início da personalidade a partir do nascimento com vida, pondo a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (Código Civil de 1916, art. 4º). Antes do nascimento o feto ainda não é uma pessoa, mas, se vem à luz como um ser capaz de direitos, a sua existência, no tocante aos seus interesses, retrotrai ao momento de sua concepção. [...] Tal a que predominou no seio do Código Civil atual, em seu artigo 2º. Pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida, não há personalidade.

Todavia, vale ressaltar que a teoria natalista não responde qual a natureza jurídica do nascituro e, ainda não consegue justificar disposições do Código Civil que, de forma inequívoca, concedem proteção diretamente aos nascituros. Ao não conferir personalidade jurídica ao nascituro, a teoria natalista acaba por equipará-lo à situação de coisa. Ademais, não prevê a proteção ao embrião e encontra-se distante da realidade das tecnologias biomédicas, especialmente do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida (TARTUCE, p. 8). Assim, cumpre analisar outras teorias, a fim de encontrar aquela que poderá oferecer premissas básicas a este trabalho.

### 2.2.2.2 Teoria da personalidade condicional

A teoria condicional defende que a personalidade jurídica do nascituro se inicia desde a sua concepção, entretanto, a sua efetividade está condicionada ao nascimento com vida. Nesse sentido, essa teoria impõe uma condição, qual seja, o nascimento com vida, para a efetivação da personalidade do nascituro (ANDRADE, 2009, p. 193).

Silmara J. A. Chinelato e Almeida dispõe, de forma clara, que a condição estabelecida pelos defensores dessa teoria seria uma condição suspensiva, sob o argumento de que o nascimento com vida configura um evento futuro e incerto, ao qual está subordinada a eficácia do ato. O titular desse ato jurídico só irá adquirir o direito apenas quando essa condição se verificar (2000, p. 155). O nascimento com vida passa a ser, assim, um fator de eficácia ou ineficácia para a implementação dos direitos do nascituro (ANDRADE, 2009, p. 195).

Há de se destacar, no entanto, que esta autora discorda do posicionamento dessa teoria, entendendo que, em verdade, essa teoria sujeita os nascituros à uma condição resolutiva, haja vista que nascendo sem vida, não haveria o implemento da condição estabelecida, fazendo com que os atos que foram praticados em benefício do nascituro sejam considerados nulos de pleno direito. Portanto, como a teoria da personalidade condicional defende, – como o próprio nome diz –, que a personalidade é condicional, o nascimento sem vida implicaria em uma condição resolutiva, e não suspensiva (ALMEIDA, 2000, p. 155).

O maior entrave dessa teoria é que ela está muito conectada às questões patrimoniais e não leva em consideração as questões pessoais, inerentes à personalidade. Nesse sentido, não é admissível sujeitar os direitos da personalidade à condição, termo ou encargo. Além do mais, percebe-se que essa teoria preceitua basicamente o mesmo que a teoria natalista, anteriormente estudada, tendo em vista que também entende que a personalidade jurídica do nascituro só se inicia quando do nascimento com vida (TARTUCE, p. 9-10).

Tendo em vista a necessidade de ultrapassar essa teoria extremamente patrimonialista, cumpre tecer comentários acerca da terceira e última teoria abordada nesse trabalho, como é feito a seguir.

### 2.2.2.3 Teoria concepcionista

A corrente concepcionista sustenta a qualidade de pessoa humana aos nascituros, sendo eles detentores de personalidade jurídica desde o momento da concepção. Equipara o nascituro às pessoas nascidas e lhes garante, desde a concepção, os direitos da personalidade (TARTUCE, p.10-11).

Maria Helena Diniz afirma que se as normas protegem o nascituro é porque ele possui personalidade jurídica. Essa autora, inclusive, em interessante construção, classifica a personalidade jurídica em formal e material: a personalidade jurídica formal está relacionada aos direitos da personalidade, aos quais o nascituro já possui desde a concepção; enquanto que a personalidade jurídica material diz respeito aos direitos patrimoniais e obrigacionais, aos quais o nascituro apenas irá titularizar caso venha a nascer com vida (2011, p. 141-142). Dessa forma, a teoria concepcionista estabelece aos nascituros a proteção jurídica à vida, sem implementar condições para tanto, ficando condicionados, apenas os direitos patrimoniais (ALMEIDA, 2000, p. 158).

Importante tecer comentários com o viés de esclarecer distinções entre a condição implementada pela teoria da personalidade condicional e a condição estabelecida pela teoria concepcionista. Observa-se que os condicionalistas entendem que os direitos como um todo estão condicionados, pois, apesar de afirmarem que o nascituro já titulariza direitos da personalidade desde a concepção, tanto esses direitos, quanto os patrimoniais estão condicionados ao nascimento com vida (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 305).

Os concepcionistas, por sua vez, entendem de forma diferenciada quanto à qualificação jurídica dos nascituros, defendendo que estes detêm personalidade jurídica, dispondo, assim, de direito da personalidade, como à vida, à honra e à intimidade, ficando condicionados apenas os direitos de natureza patrimonial, como herança, doação e legado. Constata-se, assim, que essas teorias divergem quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro, que para os condicionalistas é exigido o implemento de uma condição, enquanto que para os

concepcionistas a personalidade é admitida desde a concepção, sem estabelecimento de condições para tanto (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 305).

Dessa forma, o direito à vida é concedido ao nascituro, sendo possível auferir embasamento legal para tal afirmação. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, – devidamente acolhido no plano interno do ordenamento jurídico brasileiro –, em seu artigo 4º, quando trata sobre o direito à vida, dispõe no item 1 que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 304).

O Código Penal Brasileiro também protege a vida do nascituro ao configurar como crime a prática do aborto, em seus artigos 124 ao 127<sup>6</sup>, com a exceção dos abortos efetuados quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e daqueles decorrentes de estupro, conforme art. 128<sup>7</sup> do referido Diploma Legal. Ademais, sem o intuito de exaurir o tema, convém mencionar também que o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADPF 54, passou a admitir o aborto de feto anencefálico, tendo sido excluída a culpabilidade da conduta nessas situações (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 303).

O nascituro possui capacidade de direito, podendo ser titular de direitos e deveres. Não detém, no entanto, capacidade de exercício, haja vista que não pode praticar

---

<sup>6</sup> CP. Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: (Vide ADPF 54)

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: (Vide ADPF 54)

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

<sup>7</sup> CP. Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal

pessoalmente os atos da vida civil, devendo os pais ou, na falta destes, o curador ao ventre, representá-lo em uma relação jurídico-processual (DINIZ, 2011, p. 157).

Dessa forma, é possível que o nascituro promova ações, a exemplo da ação de alimentos contra o seu suposto pai. Inclusive, foi editada a Lei nº 11.804/08, que, se preocupando com a proteção integral dos nascituros, lhes garante a concessão de alimentos gravídicos. Ressalte-se que a legitimidade para o ajuizamento desta ação é do próprio nascituro. Sendo os alimentos gravídicos conferidos em favor da gestante, quando do nascimento do nascituro, haveria a conversão dessa concessão em favor deste, sob a forma de pensão alimentícia, conforme se observa no parágrafo único do art. 6º da referida Lei<sup>8</sup> (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 306-307).

Uma vez que a teoria concepcionista confere direitos da personalidade ao nascituro desde a sua concepção, não sendo o nascimento com vida uma condição para o seu implemento, percebe-se que ao natimorto são protegidos tais direitos. Conforme já estabelecido, inclusive, pelo Enunciado 1 da I Jornada de Direito Civil: “1 – Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”. Dessa forma, ao natimorto são privados apenas os direitos de natureza patrimonial (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 309).

### **2.3 Análise sobre o tratamento jurídico conferido ao embrião**

Muito embora não seja o núcleo central desse trabalho, entende-se interessante conhecer o tratamento conferido pela doutrina à atribuição ou não de personalidade jurídica aos embriões. A questão, no entanto, pertence à área cinzenta do Direito, não havendo consenso entre os juristas, vejamos.

Embriões humanos, no ventre materno, estão compreendidos no conceito de nascituro, possuindo seus direitos garantidos; cabendo a análise, assim, do

---

<sup>8</sup> Lei 11.804/08. Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

tratamento jurídico conferido aos embriões que encontram-se em situação extracorpórea (ANDRADE, 2009, p. 193). Os embriões laboratoriais, conhecidos também como embriões *in vitro*, são tanto os embriões humanos excedentes, ou seja, aqueles remanescentes da fertilização *in vitro*, quanto aqueles que seriam introduzidos no corpo da mulher, mas que ainda não foram, chamados de embriões pré-implantatários (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 311).

Mediante a análise dos dispositivos legais do ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que o embrião não possui o mesmo *status* jurídico da pessoa natural. O legislador atribuiu tratamentos diferenciados à pessoa, ao nascituro e aos embriões em situação extracorpórea. A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) prevê a possibilidade de que os embriões excedentários sejam utilizados para pesquisas com células-tronco, caso haja o consentimento de seus genitores (MEIRELLES, 2014, p. 130).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald entendem que quando essa Lei de Biossegurança, em seu artigo 5º, permite que os embriões excedentes da fertilização extracorpórea possam ser objeto de pesquisa e terapia de células-tronco<sup>9</sup>, – atendidos os requisitos presentes no próprio artigo mencionado –, o legislador conseqüentemente nega que os embriões de laboratório possuam direitos da personalidade, não gozando, assim, da mesma proteção jurídica conferida aos nascituros, haja vista a possibilidade de descarte daqueles (2012, p. 312).

Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves entendem que os embriões não gestados não são dotados de personalidade jurídica, no entanto, diferem quanto às disposições atinentes à Lei de Biossegurança, – sem, contudo, mencioná-las expressamente –, haja vista que argumentam que não seria permitida a manipulação e o descarte dos embriões, mesmo quando destinados para fins

---

<sup>9</sup> Lei 11.105/2005. Art. 5º: É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

terapêuticos (2011, p.127). Importante ressaltar, no entanto que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510/DF (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p. 311).

Adriana Caldas do Rego F. D. Maluf, por sua vez, defende que como os embriões já possuem carga genética diferenciada, devem ser considerados pessoas, mesmo se tratando dos embriões pré-implantatários. Maluf traz ainda interessante posicionamento do renomado autor Peter Singer, o qual defende que os embriões podem ser utilizados para fins de pesquisa e que há vida desde o surgimento das primeiras atividades cerebrais. Dessa forma, da aparição das primeiras atividades cerebrais, o embrião, que até esse momento é considerado coisa, passa a ser considerado pessoa (2013, p. 166).

#### 2.4 ESTERILIDADE E INFERTILIDADE

Conforme ensinam Milton Shim Ithi Nakamura e Antônio Carlos Lima Pompeo, a esterilidade se apresenta quando um, ou mesmo ambos os cônjuges, apresentam incapacidade para fecundar, seja por causas orgânicas ou funcionais, tendo eles vida sexual normal e não utilizem meio contraceptivos. Além disso, essa incapacidade deve se apresentar por, ao menos, dois anos. A infertilidade, por sua vez, é a incapacidade, quer por causas orgânicas ou funcionais, que repercutem no fenômeno da fecundação, inviabilizando a produção da descendência (NAKAMURA, POMPEO *apud* LEITE, 1995, p. 28-30).

Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga (2005, p. 229), de forma mais clara, conceitua a infertilidade como a incapacidade, apresentada por um ou por ambos os cônjuges, em procriar, seja por causas orgânicas ou funcionais, em um período de, ao menos, dois anos, não utilizando eles métodos contraceptivos e tendo vida sexual normal. A esterilidade ocorre quando as medidas de terapêuticas não são suficientes para proporcionar a cura dessa incapacidade.

Valendo-se das lições de Carlos Lema Añón, Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 42) ensina que:

A esterilidade é, de uma maneira geral, definida com a incapacidade de um casal conseguir uma gravidez considerando um tempo razoável de tentativas. A Sociedade Americana de Fertilidade considera como um caso de esterilidade o casal que depois de um ano não conseguiu a gravidez sem usar métodos anticonceptivos. Outras sociedades científicas, como a Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Europeia de Embriologia e Reprodução Humana e a Organização Mundial de Saúde, consideram que esse prazo deve ser de dois anos (AÑÓN *apud* MEIRELLES, 2014, p. 42).

Adriana Caldas do Rego F. D. Maluf preceitua que a infertilidade pode ser entendida como a impossibilidade de procriação nas situações em que ocorre a fecundação, mas “o feto não chega a termo”; enquanto que a esterilidade ocorre quando se verifica a ausência de concepção pelo período de dois anos. É mister salientar que, atualmente, ambos os termos são utilizados como sinônimos (2013, p.194), e é o que se fará neste trabalho, haja vista que o foco da tese aqui apresentada é a salvaguarda dos direitos sucessórios da criança concebida mediante técnicas de reprodução humana artificial *post mortem*, independentemente da disfunção apresentada ser caracterizada como infertilidade ou esterilidade.

Na história da humanidade, a esterilidade sempre foi vista de forma negativa, além de que, por muitos anos, foi considerada como uma lástima social somente imputada à mulher. A infertilidade era avaliada como uma sanção divina, sob o entendimento de que a mulher estava amaldiçoada, não sendo merecedora de gerir outra vida, fazendo com que ela não fosse vista com bons olhos pela sociedade e por seu marido (QUEIROZ, 2005, p. 274-276).

Não era sequer admissível a ideia de que a esterilidade pudesse ser atribuída ao marido (QUEIROZ, 2005, p.275). Inclusive, muitos homens presumem que como conseguem ter ereção e ejacular, não possuem, portanto, qualquer incapacidade em procriar. É um equívoco esse pensamento, tendo em vista que a capacidade de ter uma função ejaculatória não se confunde com a capacidade de produzir espermatozoides (ALVARENGA, 2005, p. 231).

Somente com a invenção do microscópio, no século XVII, é que foi possível analisar que alguns homens apresentavam escassez ou ausência de espermatozoides. Dessa forma, finalmente retirou-se da mulher o estigma de ser a única responsável pela infertilidade, passando a ser atribuída tal disfunção também aos homens (QUEIROZ, 2005, p. 276-277).

São diversas as causas que podem acarretar a infertilidade, como anomalias e disfunções no aparelho genital (ALVARENGA, 2005, p. 229). Assim, diante das inovações trazidas pela biotecnologia e das crescentes formas alternativas de planejamento familiar, avanços como a possibilidade de filiação, que não estritamente pelo ato sexual, já são possíveis, através das técnicas de reprodução artificial, a seguir tratadas.

## 2.5 PRINCIPAIS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ARTIFICIAL

Convém ressaltar que, dentre as técnicas disponíveis de reprodução humana assistida, a escolha do método de procriação a ser utilizado dependerá das peculiaridades que cada paciente apresentar (MALUF, 2013, p.198). Os aspectos clínicos que do paciente é que irão determinar a técnica mais adequada para o seu caso (ALVARENGA, 2005, p. 232).

Inicialmente, no entanto, cumpre esclarecer que por mais que sejam empregadas como sinônimos, fecundação, inseminação e concepção, possuem diferentes acepções, senão vejamos (MALUF, 2013, p.198).

Na lição de Regina Beatriz Tavares da Silva, fecundação, oriunda do latim *fecundatio*, significa fertilizar, dá-se na fase de reprodução – que consiste na fertilização do óvulo pelo esperma. Comporta tanto a fecundação natural, quanto a artificial, decorrente de manipulação, a qual se dá pela fertilização in vitro ou pela inseminação no corpo da mulher. A inseminação, oriunda do verbo *inseminare*, significa a colocação do sêmen ou do óvulo fecundado na mulher (MALUF, 2013, p.198).

A concepção (...) ocorre no momento posterior ao da fecundação, representando o produto derivado da mistura do material genético entre os pais (GUGLIOTTI *apud* MALUF, 2013, p.198).

Monica Aguiar também atenta para as diferenças conceituais entre os termos. Leciona que a fecundação artificial é a técnica por meio da qual há a fusão, mediante auxílio médico, entre o óvulo e o espermatozoide, realizados fora do corpo humano (LOYARTE, ROTONDA *apud* AGUIAR, 2005, p.15). A concepção artificial ocorre quando se utiliza “qualquer método auxiliar de medicina” para gerar um novo

ser humano. Já a inseminação artificial é o processo como um todo e que engloba a fecundação e a concepção (AGUIAR, 2005, p. 15).

Para o presente trabalho, no entanto, optou-se por utilizar tais expressões como sinônimas, haja vista que não são todos os autores que diferenciam tais termos, além de que tratam-se de conceituações relacionadas à biomedicina, com as quais não se verificam impactos ao resultado útil pretendido por esse estudo.

Posto isso, sem o intuito de exaurir o tema, convém tecer comentários acerca das principais técnicas de reprodução assistida. São diversos os métodos de reprodução, sendo os mais conhecidos: o GIFT (*Gamete Intrafallopian Transfer*); o ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*); o ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*); e a fertilização *in vitro* (FIV), conforme ensinam Sá e Naves (2011, p.112). Além destes, Adriana Maluf (2013, p.198) menciona também a inseminação artificial intrauterina (IIU).

O GIFT é a abreviatura em inglês para *Gamete Intrafallopian Transfer*, que caracteriza a transferência dos gametas para dentro da trompa (SÁ; NAVES, 2011, p.112). O GIFT, segundo Paulo Eduardo Olmos, consiste na reunião do óvulo e espermatozoides, após a coleta, e posterior transferência destes para a trompa (OLMOS *apud* SÁ; NAVES, 2011, p.113).

O ZIFT (*Zygote Intrafallopian Transfer*) significa a transferência do zigoto para dentro da trompa (SÁ; NAVES, 2011, p.112). O método ZIFT é a fecundação na proveta do óvulo retirado da mulher com o sêmen para futura introdução no útero desta ou de doadora (MALUF, 2013, p.198).

O ICSI (*Intracytoplasmic Sperm Injection*) é caracterizada pela injeção intracitoplasmática de espermatozoide (SÁ; NAVES, 2011, p.112). O ICSI, por sua vez, consiste na introdução do espermatozoide no citoplasma de um ovócito maduro, mediante o uso de aparelho especificamente desenvolvido (MALUF, 2013, p.199). A inseminação artificial intrauterina (IIU), por sua vez, é a introdução de espermatozoides, por meio de um cateter, no canal genital feminino (MALUF, 2013, p.198).

Conforme já fora visto, a inseminação pode ser feita *in vivo*, sendo aquela que ocorre dentro do corpo materno, e por meio da qual ocorre a gravidez natural, ou *in vitro*, por meio da fertilização *in vitro*. A FIV é uma técnica de reprodução humana

assistida que promove, em ambiente laboratorial, a retirada de óvulos do corpo feminino, introduzindo os espermatozoides. Por tratar-se de um método invasivo, a fertilização *in vitro* deve ser vista como uma alternativa secundária, quando as demais técnicas de procriação não puderem ser utilizadas (SÁ; NAVES, 2011, p.112).

A FIV é um método realizado em laboratório e é destinado potencialmente às mulheres que possuem ambas as tubas uterinas danificadas (ALVARENGA, 2005, p. 233). Por meio desse procedimento, são gerados os chamados "bebês de proveta". Teve origem em 1978, na Inglaterra, tendo o óvulo sido fecundado em um tubo de ensaio com o sêmen do marido da genitora. Tal feito no Brasil ocorreu pela primeira vez em 1984, gerando a criança Anna Paula Caldera (DINIZ, 2011, p. 629).

Ressalte-se, entretanto, que o viés do estudo desse trabalho é garantir a legitimidade sucessória da criança concebida mediante reprodução artificial homóloga póstuma, independentemente do método utilizado para essa reprodução.

## 2.6 A REPRODUÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Os procedimentos de reprodução assistida, sejam eles a inseminação artificial ou a fertilização *in vitro*, podem ser homólogos ou heterólogos. O procedimento homólogo ocorre quando se utiliza, para fins do procedimento artificial, o material genético do casal que almeja a constituição do projeto parental (MEIRELLES, 2014, p.46).

O procedimento heterólogo, por sua vez, ocorre quando a reprodução é realizada utilizando-se o óvulo ou espermatozoide de um terceiro, não pertencente ao casal formado pelo vínculo matrimonial ou por união estável que almeja estabelecer o direito à procriação (AGUIAR, 2005, p. 99). Compete esclarecer que é possível também a doação de material genético por mulheres. Dessa forma, a doação por terceiros pode ser tanto de óvulos e espermatozoides ao casal, como também de somente óvulos ou somente espermatozoides, caso a inviabilidade de procriação seja de apenas uma das partes (MEIRELLES, 2014, p.47).

O Código Civil pátrio trouxe, em seu artigo 1.597, hipóteses<sup>10</sup> em que a paternidade se faz presumida, abrangendo estes dois procedimentos aqui estudados. No inciso III do aludido dispositivo legal apresenta a presunção de que foram concebidos na constância do casamento os filhos concebidos mediante reprodução assistida homóloga, ainda que falecido o marido. Em seu inciso V, estabelece tal presunção também para as situações em que ocorra a reprodução assistida heteróloga, exigindo que neste procedimento exista prévia autorização do marido.

No entanto, já foi estabelecido pelo Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal<sup>11</sup>, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a necessidade também de autorização expressa que para que a mulher possa utilizar o material genético do falecido marido para utilização em técnicas de reprodução assistida, a fim de dirimir eventuais dúvidas quanto à paternidade do filho gerado, uma vez que o marido e, portanto, pai da criança encontra-se falecido (MALUF, 2013, p. 214).

Ademais, a Resolução nº 2.121 de 2015, do Conselho Federal de Medicina, também prevê a necessidade desta autorização nas situações de reprodução homóloga *post mortem*, na parte VIII: “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”.

Com relação à reprodução heteróloga, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p.580) defendem que, conforme se observa na redação do inciso V do art. 1.597 do CC, a única exigência estabelecida pela lei é o consentimento prévio do marido, não havendo que se falar na necessidade de este ser estéril para que seja possível a utilização desse procedimento.

Em sentido contrário, Ana Thereza Meirelles Araújo (2014, p. 48) ensina que há, sim, a necessidade de justificativas para a utilização do procedimento heterólogo,

---

<sup>10</sup> CC. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

<sup>11</sup> CJF. Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

devendo tais motivos estarem pautados na esterilidade, na probabilidade de transmissão de doenças hereditárias ou em impedimentos que acobertam homossexuais, pessoas solteiras, viúvas ou divorciadas, inviabilizando a constituição do projeto parental.

Ainda que não seja a temática deste trabalho, é oportuno mencionar, no que se refere à reprodução artificial heteróloga, que diversos são os problemas que esse procedimento pode acarretar. Tais como, o arrependimento do marido posteriormente à fecundação artificial; a incerteza da real paternidade da criança; a negativa do direito à criança acerca de sua identidade genética, uma vez que a reprodução heteróloga pressupõe o anonimato do doador do material genético; possibilidade de o doador reclamar judicialmente a sua paternidade perante a criança concebida; possibilidade de haver conflito de paternidade; dentre outras medidas que podem abalar psíquica e emocionalmente o ser concebido mediante esse procedimento, ao longo de toda a sua vida.

As dúvidas que ainda persistem em relação aos procedimentos de reprodução artificial são atinentes à reprodução assistida homóloga *post mortem*, em especial no que consiste aos direitos sucessórios da criança que venha a nascer por meio desse procedimento. Cumpre, pois, analisar adiante, neste trabalho, se ela poderia ser considerada (ou não) herdeira legítima do *de cuius*, com igualdade de direitos aos demais herdeiros legítimos.

### 3 ASPECTOS FILIATÓRIOS

Dentre as inúmeras relações de parentesco, a filiação, sem dúvidas, é a mais relevante delas, diante da importância que esse vínculo possui na vida de qualquer indivíduo (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.539). A filiação consiste na descendência direta, em primeiro grau, e é um dos temas do Direito de Família que mais sofreu alterações com o advento da Constituição Federal de 1988 (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p. 625).

O direito à procriação é constitucionalmente previsto e exprime a relação existente entre pais e filhos. Trata-se de um fato natural. A filiação, por sua vez, trata-se de um fato jurídico do qual decorrem diversos efeitos jurídicos (VENOSA, 2015, p. 245), tais como o dever de pagar alimentos, o direito que o filho possui à herança dos seus genitores e o direito de usar o sobrenome dos pais (DONIZETTI, 2007, p.35).

Diante do direito de procriar, é possível o uso das técnicas de reprodução, que se aplicam tanto às pessoas inférteis, quanto à qualquer homem ou mulher que, ainda que não apresente problemas de esterilidade, prefira fazer uso das técnicas reprodutivas, em detrimento da via sexual. É o que acontece, por exemplo, com pessoas solteiras, que anseiam por um filho, mas não querem obter a conjunção carnal para tanto, como também com casais homossexuais que possuem esse mesmo desejo, mas não pretendem possuir relações que contrariem a sua orientação sexual (AGUIAR, 2005, p. 86-87).

#### 3.1 A PARENTALIDADE E A FILIAÇÃO

Historicamente, na fase inicial do Direito Romano, a consanguinidade não era fundamento para se estabelecer a filiação. Filho era aquele que integrava o mesmo centro familiar e proferia o "mesmo culto do *pater familias*". Assim, um filho adotado que seguisse a mesma crença, era considerado membro da família, enquanto que caso um filho renunciasse à essa fé, era afastado desse núcleo familiar (AGUIAR, 2005, p. 02-03).

No direito pátrio, em termos de filiação, a consanguinidade, desde que aliada à legitimidade, conferida pelo matrimônio, sempre ocupou papel de destaque. Os filhos concebidos no casamento eram considerados legítimos e possuíam uma gama de direitos, diferentemente daqueles que não eram advindos dessa união conjugal, sendo postos à margem da sociedade, por não fazerem parte do núcleo familiar (AGUIAR, 2005, p. 05). Denota-se, assim, que o casamento constituía a base familiar, não sendo a consanguinidade, por si só, o cerne das relações dele advindas (LÔBO, 2006, p. 332).

Em suma, no âmbito do Direito Privado, as relações patrimoniais ocupavam papel de destaque, enquanto que a preocupação com a família era quanto à detenção do patrimônio, sem a devida preocupação com os valores éticos e humanistas nas relações travadas entre os familiares. Inúmeras foram as reformulações do conceito de família sofrido nos últimos anos, diante dos avanços das relações sociais e familiares, convergindo, assim para o surgimento de novas modalidades de família (GAMA, 2000, p. 515-517).

O Código Civil de 1916 concentrava as suas disposições acerca do Direito de Família e Sucessões às famílias derivadas do casamento, marginalizando as demais modalidades familiares (VENOSA, 2015, p. 246). Esse Diploma Civil diferenciava os filhos em legítimos, ilegítimos e legitimados. Legítimos eram aqueles havidos na constância do casamento; ilegítimos aqueles havidos fora do matrimônio; enquanto que os legitimados eram os filhos ilegítimos que vinham a ser legitimados, caso seus pais se casassem. Ademais, os filhos ilegítimos se dividiam em naturais e espúrios. Naturais eram os filhos de pais não casados legalmente, mas que não possuíam impedimentos matrimoniais. Espúrios eram filhos de pais que possuíam algum impedimento ao casamento, sendo subdivididos em adulterinos e incestuosos (MADALENO, 2013, p. 485-486).

Não foi uma preocupação dos textos constitucionais que antecederam o CC/16 disciplinar acerca do instituto da filiação. A Constituição de 1824 restringiu-se a regulamentar aspectos relacionados apenas à família imperial. A Constituição de 1891 tratou do casamento civil, de forma sucinta, limitando-se a conferir validade a ele. Apenas com a Constituição de 1934 é que passou a existir no ordenamento jurídico uma disciplina normativa acerca da filiação, uma vez que passou a regulamentar acerca do reconhecimento dos filhos naturais, disciplinando que o

reconhecimento deles “seria isento de quaisquer selos ou emolumentos” e que incidiriam impostos sobre a herança que eles tivessem direito, da mesma forma como ocorria em relação à herança dos filhos legítimos. A Constituição de 1937, por sua vez, inova ao equiparar os filhos naturais aos filhos legítimos (DONIZETTI, 2007, p. 29).

O advento da Constituição Federal de 1988 foi determinante para a reformulação desse ramo do Direito Civil e reestruturação do conceito de família. Merece destaque o artigo 227 da CF/88, em especial o seu §6º, o qual confere equidade de tratamento a todos os filhos, sejam eles havidos ou não na relação de casamento. Há, assim, a vedação expressa de qualquer forma de discriminação, até então existente, entre os filhos. Inclusive, idêntica redação do §6º do artigo constitucional supracitado foi trazida pelo CC, em seu artigo 1.596, e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, no artigo 20: “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” (VENOSA, 2015, p. 246).

### 3.2 ESTADOS DE FILIAÇÃO BIOLÓGICA E NÃO-BIOLÓGICA

Paulo Luiz Netto Lôbo (2006, p.325), aponta para a diferença existente entre filiação e estado de filiação. A filiação decorre da relação de parentesco existente entre duas pessoas, na qual uma é o filho, e a outra é o pai ou a mãe. O estado de filiação, por sua vez, consiste na qualificação feita juridicamente acerca dessa relação. O titular do estado de filiação é o filho, enquanto que os pais são titulares dos estados de paternidade ou maternidade.

O estado de filiação é gênero que possui como espécies a filiação biológica e a filiação não biológica. Por mais que, tradicionalmente, no Direito de Família a filiação biológica sempre tenha prevalecido sobre a filiação não biológica, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não traça qualquer primazia entre elas (LÔBO, 2006, p. 323-324).

Insta informar, também, que a concepção tradicional de filiação sofreu significativas mudanças com os avanços tecnológicos. Estes permitem que terceiros possam estar envolvidos na geração de uma pessoa (BOSCARO, 2002, p. 15). Assim, é possível

se falar, hoje, na existência de mais de uma mulher ou mais de um homem na geração de um filho. É o que ocorre nos casos de inseminação artificial heteróloga, na qual o gameta é fornecido por terceiros ao casal que deseja procriar, como também nas situações em que o material genético pertence a uma doadora, mas o filho será gerado no útero de outra (AGUIAR, 2005, p. 02).

São situações que se enquadram na filiação não biológica a inseminação artificial heteróloga, a adoção e a posse do estado de filho (DIAS, 2015, p. 405). Dessa forma, nos tempos atuais, a origem genética da paternidade não traz mais como consequência necessariamente o direito à filiação. Nas situações supracitadas de inseminação artificial heteróloga, adoção e nos casos que apontam para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, o vínculo consanguíneo fica em absoluto segundo plano para a maioria dos efeitos jurídicos (VENOSA, 2015, p. 279).

Imperioso se faz o desenvolvimento de novos conceitos de maternidade e paternidade e a dissociação entre os vínculos jurídico e biológico. Diante do exposto, convém tecer comentários acerca das hipóteses de filiação, quais sejam, a legal, a biológica e a socioafetiva, para fins da constituição do vínculo parental.

### **3.2.1 Filiação legal**

Como é de notório conhecimento, em um passado não tão remoto, a regra era a mulher casar virgem e os seus deveres eram cuidar da casa e do esposo, devendo obedecê-lo e ser fiel (DIAS, 2015, p. 393). Os recursos para a comprovação da paternidade eram escassos. Em verdade, antes do advento do exame de DNA, as técnicas até então oferecidas apenas faziam a comprovação quanto à exclusão do vínculo biológico de paternidade (MORAES, 1998, p. 163). Assim, diante da impossibilidade, até então, de se comprovar, de forma efetiva, a paternidade, o Código Civil criou presunções legais, com base em probabilidades, trazendo, no artigo 1.597, hipóteses em que se presumem como filhos matrimoniais aqueles concebidos na constância do casamento de seus pais (DINIZ, 2011, p. 483).

Percebe-se que a filiação matrimonial não passa de uma ficção jurídica, na qual faz presumir que o pai da criança sempre será o marido da mãe (DIAS, 2015, p. 393), a

não ser que reste provada a impotência<sup>12</sup> deste ou que nas situações de inseminação artificial heteróloga não haja a prévia autorização do marido.

De forma brilhante, Maria Berenice Dias (2015, p. 393) ensina que, em verdade, o que a lei faz presumir não é o estado de filiação, mas sim a fidelidade da esposa perante seu marido. Denota-se que a preocupação do legislador foi justamente com a preservação do casamento e com a lealdade da esposa, e não com a preservação dos direitos da criança por meio do reconhecimento da paternidade (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 15).

Assim, com base nesse dever de fidelidade da esposa, surge a presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant*, expressão que significa "pai é aquele que as núpcias demonstram", sendo abreviado para *pater est*. A lei, de forma expressa, através do artigo 1.597 do CC, apenas prevê a presunção *pater est* nas relações matrimoniais, não se estendendo às uniões estáveis. Essa diferenciação é desarrazoada e injustificada, o que levou inclusive, o STJ a se manifestar, por meio do Recurso Especial 1.194.059/SP, do Relator Ministro Massami Uyeda, afirmando que a presunção de filiação trazida pelo art. 1.597 do CC deve ser ampliada também às uniões estáveis (DIAS, 2015, p. 393).

CC. Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

### 3.2.1.1 Aplicação da presunção *pater is est* na procriação natural

No que compete à presunção *pater is est* na procriação natural, prazos foram estabelecidos para afastar eventuais dúvidas quanto à presunção da paternidade. O

---

<sup>12</sup> CC. Art. 1.599. A prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade.

inciso I prevê o prazo de, pelo menos, cento e oitenta dias, devendo ter início depois de estabelecida a convivência conjugal, para que o filho seja presumido concebido na constância do casamento. O inciso II, por sua vez, traz o período de trezentos dias para que, após a dissolução da sociedade conjugal, o filho ainda seja presumido como do antigo marido. Esse prazo de trezentos dias deve começar a contar da separação de fato, haja vista que separações judiciais, nulidades e anulações de casamento demandam tempo, não se resolvendo de imediato. A pretensão do legislador nesses dois incisos foi trazer períodos mínimo e máximo para que uma gestação pudesse ser viável (GONÇALVES, 2013, p. 322-323).

O artigo 1.598<sup>13</sup> do CC estabelece que, em caso de morte do marido, se antes do período de dez meses a mulher ingressar em novas núpcias e tiver um filho, que nasça em até 300 dias, contados da data do falecimento do antigo marido, essa criança terá presumidamente como pai o falecido marido de sua mãe. No entanto, se a criança nascer após esse período de 300 dias e em, pelo menos, 180 dias da celebração das novas núpcias, ele será tido como filho do novo marido (DINIZ, 2011, p. 485).

Insta esclarecer, no entanto, que a presunção aqui traçada é *juris tantum*, ou seja, relativa, admitindo prova em contrário e, diante do surgimento do exame de DNA, tais presunções de filiação trazidas pelos dois primeiros incisos do artigo 1.597 são de pouca relevância prática, devendo haver uma adaptação dessas presunções ao novo panorama científico (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.572).

### **3.2.1.2 Aplicação da presunção *pater is est* na procriação artificial**

Os incisos III, IV e V do art. 1.597 traz mais três hipóteses de ficções legais em que serão presumidos como filhos concebidos na constância do matrimônio, todas elas relacionadas à reprodução medicamente assistida (GONÇALVES, 2013, p. 325).

Conforme já tratado neste trabalho, a reprodução medicamente assistida comporta duas modalidades: a inseminação homóloga e a inseminação heteróloga. Na

---

<sup>13</sup> CC. Art. 1.598. Salvo prova em contrário, se, antes de decorrido o prazo previsto no inciso II do art. 1.523, a mulher contrair novas núpcias e lhe nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias a contar da data do falecimento deste e, do segundo, se o nascimento ocorrer após esse período e já decorrido o prazo a que se refere o inciso I do art. 1597.

primeira, a procriação é realizada utilizando-se o material genético do casal, enquanto que na segunda, utiliza-se o material genético de terceiro (MALUF, 2013, p. 212-215).

O inciso III do dispositivo aludido dispõe que serão presumidos como concebidos na constância do matrimônio, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, ainda que falecido o marido. O inciso V, por sua vez, prevê tal presunção aos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, estabelecendo, para tanto, prévia autorização do marido.

Comparando os incisos III e V, percebe-se que apenas nos casos de inseminação artificial heteróloga é que se exige a autorização prévia do marido, enquanto que na homóloga não se exige essa autorização. No entanto, o Conselho da Justiça Federal na I Jornada, formulou o Enunciado 106, uma regra ética que determina que também nos casos reprodução assistida homóloga será necessária a autorização escrita do marido para que haja a presunção de paternidade<sup>14</sup>. O Enunciado 106 determina, ainda, que a mulher deve encontrar-se em estado de viuvez, uma vez que, caso viesse a contrair novas núpcias, a presunção de paternidade se estabeleceria com o novo cônjuge, – após 180 dias da convivência conjugal, conforme prevê o inciso I do art. 1.597, acima explicado –, e não mais com o falecido marido (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.577).

A presunção da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento mediante inseminação artificial heteróloga baseia-se na verdade afetiva, uma vez que a lei reconhece a filiação, mesmo havendo a certeza de que o filho não é biologicamente do marido da mãe. É, assim, considerado como o pai da prole o consorte, e não aquele que doou o sêmen (DIAS, 2015, p. 395).

É mister ressaltar que a lei estabelece como único requisito desta procriação a autorização prévia do marido, não sendo exigido que o consorte possua quaisquer problemas de esterilidade ou infertilidade que o impeçam de procriar (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.580)

---

<sup>14</sup> CJF. Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Há que se falar, ainda, da ficção legal dos filhos “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”, conforme estabelece o inciso IV do art. 1.597. A disciplina acerca dos embriões excedentários, no entanto, não é abordada neste trabalho, uma vez que requer estudo próprio.

### **3.2.2 Filiação biológica**

A filiação, no que concerne ao critério biológico, importa tanto para o concebido ter o seu direito de conhecimento acerca de quem são os seus genitores, como também para que o genitor possa cumprir com seus deveres inerentes a essa relação. A verdade científica se sobrepõe à vontade do genitor em assumir as suas responsabilidades próprias da paternidade (AGUIAR, 2005, p. 02).

O avanço das pesquisas científicas promoveu o advento do exame de DNA, que possui como principal destaque a determinação do estado de filiação das pessoas (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.588). Imprescindível se faz também nas situações de doação de órgãos, em que se busca a compatibilidade genética para tanto (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.651).

As descobertas do geneticista britânico Alec Jeffreys, em 1985, culminaram nos testes de identificação genética. Jeffreys vislumbrou a existência da possibilidade de identificação dos indivíduos através do exame de DNA de cada um. O DNA possui certeza científica de 99,999% (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.588). Dessa forma, a probabilidade de se encontrar alguém com a mesma carga genética de DNA é de 1 em 30 bilhões de pessoas. Tendo em vista que a população mundial gira em torno de 7 bilhões de indivíduos, torna-se inviável esse acontecimento (DINIZ, 2011, p.533).

A filiação biológica é pautada na verdade genética, decorrente do vínculo de consanguinidade. Através de um simples exame de DNA, é possível perquirir a verdade real com a constatação da origem biológica do indivíduo (DIAS, 2015, p. 397). O advento do referido exame foi de fundamental importância para a determinação do critério jurídico-filiatório, sem contar que trata-se de um método altamente confiável, estabelecido praticamente sem margens de erro (FARIAS;

ROSENVALD, 2015, p.588). O exame de DNA surge com as vantagens de ser facilmente realizado, além de trazer credibilidade aos resultados por ele conferidos (MORAES, 1998, p. 163).

Por esta razão, o ordenamento jurídico pátrio estabeleceu, inclusive, que nas ações de investigação de paternidade, a recusa injustificada do impetrado em se submeter à este exame resulta na presunção *juris tantum* de paternidade. Ou seja, presunção relativa, que admite prova em contrário. Há, inclusive, enunciado sumulado do Superior Tribunal de Justiça que traz essa previsão. Trata-se da Súmula 301 (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.588): “STJ. SÚMULA 301. Em ação investigatória, a recusa do suposto pai a submeter-se ao exame de DNA induz presunção *juris tantum* de paternidade”.

Importante esclarecer, no entanto, que o juiz não está sempre obrigado a julgar conforme a recusa do impetrado em se submeter aos exames de DNA. É possível que a recusa não enseje na determinação do estado de filho nos casos, por exemplo, em que o indivíduo já possua filiação socioafetiva (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.589).

No entanto, o mais comum é que, comprovado o vínculo genético, o magistrado estabeleça a paternidade biológica. Inclusive nas situações em que o filho seja registrado por outro indivíduo que não o seu pai, mas com aquele não estabeleceu vínculo socioafetivo. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.590).

Nessas circunstâncias em que a relação socioafetiva desapareceu ou sequer jamais existiu com aquele que não é o pai biológico, imperativa se faz a aplicação do critério genético. Conforme dispõe a Ministra do STJ, Fátima Nancy Andrighi, no REsp. 878.941/DF, "não se pode impor os deveres de cuidado, de carinho e de sustento a alguém que, não sendo o pai biológico, também não deseja ser pai socioafetivo" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.590).

Pelo critério biológico, filho é aquele que descende geneticamente do pai (DONIZETTI, 2007, p.35). No entanto, é preciso se ter como premissa de que a filiação biológica não é suficiente por si só para determinar a paternidade, até mesmo porque por mais que haja o vínculo genético, a afetividade não se impõe, podendo ou não existir (DONIZETTI, 2007, p.35-36).

O exame de DNA não basta para se determinar a relação entre pai e filho. Ocorreu a chamada dessacralização do DNA, tendo em vista que não trata-se de um meio de prova absoluto, podendo a relação paterno-filial ser determinada pelo vínculo afetivo (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.547). Dessa forma, o princípio da afetividade se faz crucial, inclusive podendo-se admitir o afastamento da paternidade biológica em detrimento da paternidade socioafetiva (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.650).

Maria Berenice Dias pontua, de forma clara, que pai e genitor não são sinônimos. Pai é aquele que cria e dá amor, enquanto que genitor é apenas aquele que concede o material genético para a concepção da criança. A afetividade ganhou destaque, não só nas relações de filiação, como também no campo familiar como um todo, tendo em vista que a família tornou-se ampla, não restringindo-se mais apenas à família formada com base no casamento. Entretanto, ainda assim, a filiação biológica possui muita força, sendo referência quando se fala em filiação (DIAS, 2015, p. 397-398).

### **3.2.3 Filiação socioafetiva**

Conforme visto, a origem biológica não determina, necessariamente, o estado de filiação, tendo em vista que este é gênero que possui como espécies a filiação biológica e a filiação não biológica (LÔBO, 2006, p. 344).

Convém tecer comentários acerca da posse do estado de filho. Nas palavras de Maria Berenice Dias, a posse de estado de algo se caracteriza quando alguém desfruta de uma "situação jurídica que não corresponde à verdade". A posse do estado de filho é constituída na afetividade e o reconhecimento dessa situação jurídica estabelece a filiação socioafetiva, pautada, como o próprio nome diz, em laços de afeto. A posse do estado de filho não é contemplada de forma expressa pelo ordenamento jurídico pátrio, entretanto, ela, além de caracterizar a filiação socioafetiva, se constitui em um ato de vontade, e não com o nascimento (DIAS, 2015, p. 405).

Assim, a posse do estado de filho decorre de um ato de vontade, pautado na afetividade, e não em um fator biológico, no qual se apresentam a terceiros como se

filho fosse (DONIZETTI, 2007, p.15-16). Não só a reputação perante terceiros, mas também o uso do nome da família e um notório tratamento como filho são necessários para que a posse do estado de filho se estabeleça (DIAS, 2015, p. 406). Conforme dito, a filiação socioafetiva é resultado da posse do estado de filho (DIAS, 2015, p. 406). Em diversas situações, na análise do caso concreto, há a sobreposição da filiação socioafetiva perante a própria filiação biológica, sob o entendimento de que pai e mãe são aqueles que cuidam e zelam pela criança, e não aqueles que somente fornecem o material genético para o nascimento da mesma (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p. 13). A visão puramente biológica da concessão do material genético para o estabelecimento da filiação foi ultrapassada. O Direito de Família evoluiu ao ponto de entender que pai não é aquele que somente obteve a relação sexual; pai é quem cria.

A filiação deixa, assim, de ter necessária relação sanguínea. A filiação socioafetiva é fruto da relação do amor e afeto existente entre os pólos, em detrimento de muitas situações da filiação biológica em que o nascimento da criança é indesejado e fruto do mero descuido ou acaso (MADALENO, 2013, p. 488-489).

Consoante o Enunciado 06 do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), "Do reconhecimento jurídico da filiação socioafetiva decorrem todos os direitos e deveres inerentes à autoridade parental". Ou seja, já está sedimentado o entendimento de que o filho afetivo goza dos mesmos direitos que o filho biológico gozaria (DIAS, 2015, p. 407).

Além disso, estabelecida a posse de estado de filiação e feito o registro de nascimento da criança de forma espontânea, mesmo sabendo não ser o pai biológico, não é possível que haja a desconstituição desse registro, com base no princípio da boa-fé objetiva e *venire contra factum proprium*. É no interesse do filho que o vínculo de filiação socioafetiva se legitima (DIAS, 2015, p. 406-407).

Estabelecido o vínculo filiatório através da posse do estado de filho, os efeitos jurídicos decorrentes da filiação incidem automaticamente, não havendo que se falar em revogação ou retratação desse estado de filiação. "O papel preponderante da posse do estado de filho é conferir juridicidade a uma realidade social, pessoal e afetiva indubitosa, conferindo, dessa forma, mais Direito à vida e mais vida ao Direito" (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.548-549).

### 3.3 IGUALDADE SUBSTANCIAL ENTRE OS FILHOS

O princípio da igualdade, previsto no art. 5º, caput, da Constituição Federal de 1888<sup>15</sup>, é um dos mais importantes princípios trazidos por esse Diploma Normativo. Na ordem familiar, além do dispositivo aludido, há que se falar no princípio da igualdade entre os filhos, com previsão expressa no art. 227, §6º, da CF: “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” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015, p.625).

Conforme já observado nesse trabalho, não há mais que se falar em diferenciação entre os filhos legítimos e os ilegítimos, nem qualquer outra expressão que caracterize diferença de tratamento ou depreciação entre os membros da família. O estabelecimento da filiação independe se o nascimento da criança foi fruto de um casamento, união estável, concubinato ou mesmo de um adultério (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015, p.625). O princípio da igualdade substancial entre os filhos impõe uma verdadeira desvinculação entre a filiação e a relação estabelecida entre seus genitores (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.540).

Assim, com o advento da Carta Cidadã de 1988, independente da situação jurídica dos seus pais ou de sua origem, todos os filhos deverão possuir as mesmas prerrogativas (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.539). Foi instituída a paridade de filiação. A igualdade substancial entre os filhos é uma norma-princípio paradigmática, que eliminou as discriminações previstas no ordenamento jurídico pátrio, em especial no Código Civil de 1916 (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.539), em especial no art. 332 deste Diploma que estabelecia que “O parentesco é legítimo, ou ilegítimo, segundo procede, ou não de casamento; natural, ou civil, conforme resultar de consanguinidade, ou adoção”. Dispositivo este que já estava revogado pela Lei 8.560/1991, que regulamentava acerca da investigação de paternidades dos filhos havidos fora do casamento (TARTUCE, 2016, p. 16).

---

<sup>15</sup> CF/88. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Assim, em decorrência do princípio da igualdade de filiação, não pode o legislador estabelecer qualquer tipo de distinção jurídica entre os filhos, sejam eles advindos de concepção natural, adoção, ou mesmo reprodução póstuma. Todos são considerados filhos e, portanto, sucessores legítimos.

### 3.4 LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Os princípios da liberdade e da não intervenção são consagrados no âmbito familiar, havendo previsão expressa no artigo 1.513 do Código Civil, o qual dispõe que não é permitido que qualquer pessoa, seja ela de direito público ou privado, interfira na comunhão da vida em família.

O constituinte, preocupado com a criação de núcleos familiares sem a possibilidade de sustento, instituiu o livre planejamento familiar, por meio do artigo 226, §7º, da CF/1988, de modo a incentivar a paternidade responsável e criar mecanismos para que o Estado possa propiciar o exercício desse direito (TARTUCE, 2016, p. 21).

CF. Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Este princípio possui previsão também na Lei Civil, art. 1.565, §2º<sup>16</sup>, além de possuir regulamentação em Lei própria, por meio da Lei n. 9.263 de 1996, que assegura a todos os cidadãos o livre planejamento familiar, não sendo possível se falar em estabelecimento de limites ou condições para o seu exercício (DIAS, 2015, p. 392).

---

<sup>16</sup> CC. Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

A despeito do art. 1.565, §2º, do CC/2002, as disposições nele previstas se estendem também para as uniões estáveis, conforme estabeleceu o Enunciado n. 99 do CJP/STF<sup>17</sup> da I Jornada de Direito Civil (TARTUCE, 2016, p. 20).

O artigo 2º da Lei 9.263/96 estabelece que o planejamento familiar é “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Prevê, em seu art. 4º<sup>18</sup>, que o planejamento familiar será orientado por ações preventivas e educativas. Nas palavras de Flavio Tartuce, o Estado pode incentivar o controle de natalidade através de políticas públicas, mas não pode por meio das ações de regulação da fecundidade estabelecer controle demográfico (2016, p. 21-22). É o que determina o art. 2º, parágrafo único, da Lei aludida: “É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico”.

Por meio de ações preventivas, determinadas pela Lei supracitada, é possível o emprego de técnicas para fins de esterilização em pessoas, do sexo masculino e feminino, que não desejam ter filhos (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.562).

A decisão pela procriação, por sua vez, também parte do elemento volitivo, sendo constitucionalmente garantida, e pode ser concretizada pelas vias naturais ou mediante os métodos de reprodução artificial. “O ponto de partida desses direitos de reprodução é, justamente, o livre planejamento familiar, impulsionado pelo direito fundamental à liberdade e pelo reconhecimento da autonomia privada na constituição das famílias” (MEIRELLES, 2014, p.63).

---

<sup>17</sup> CJP. 99 – Art. 1.565, § 2º: o art. 1.565, § 2º, do Código Civil não é norma destinada apenas às pessoas casadas, mas também aos casais que vivem em companheirismo, nos termos do art. 226, *caput*, §§ 3º e 7º, da Constituição Federal de 1988, e não revogou o disposto na Lei n. 9.263/96.

<sup>18</sup> Lei 9.263/96. Art. 4º O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade.

#### 4 DA LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA

Inicialmente, cumpre informar que o *de cujus* é aquele que morre e deixa patrimônio, a ser transferido aos seus sucessores. Aquele que falece sem deixar patrimônio não é classificado como tal, não interessando ao estudo do Direito das Sucessões. Os sucessores, por sua vez, são aqueles que irão substituir o defunto nas relações jurídicas patrimoniais, sendo a ele transferidos os débitos e créditos deixados pelo autor da herança (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.24).

O sucessor pode ser tanto uma pessoa natural ou jurídica, além do nascituro e concepturo, como se verá adiante. Além disso, ele é classificado como herdeiro ou legatário. Será herdeiro quando suceder a título universal, possuindo um percentual do patrimônio transferido. De outro lado, o legatário é aquele que sucede a título singular, recebendo um bem certo e determinado (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.25).

Destarte, em termos de Direitos Sucessórios, a sucessão configura na substituição do falecido pelos sucessores a título universal nas relações patrimoniais que ele figurava (HIRONAKA, 2007, p. 6).

O Direito das Sucessões é a parte especial do Direito Civil que disciplina como se procederá a destinação do patrimônio de uma pessoa após o advento da sua morte (BINDER *apud* GOMES, 2012, p.1). A sucessão é um efeito jurídico que enseja a permanência de uma relação de direito e engloba a transmissão aos sucessores de bens, direitos e obrigações do titular da herança (DIAS, 2013, p.32-33).

Carlos Roberto Gonçalves elucida que suceder implica na substituição da titularidade de determinados bens para outra pessoa. Dessa forma, a concepção de "sucessão" não recai apenas no campo do Direito Sucessório, mas também no Direito de Família nas situações em que os pais são substituídos pelo tutor, quando não mais possuem o poder familiar. Frequentemente, a sucessão encontra-se também no Direito das Coisas, em que ocorre a tradição e, até mesmo, no Direito das Obrigações, em que o comprador sucede ao vendedor, adquirindo os direitos que a ele pertenciam. Em tais situações, ocorre a chamada sucessão *inter vivos*, enquanto que no campo do Direito Sucessório, a sucessão se dá *mortis causa*, ou seja, em decorrência da morte (2016, p.19).

#### 4.1 ABERTURA DA SUCESSÃO

A morte é um fenômeno natural e inafastável da existência humana, que enseja a extinção da personalidade jurídica. Conforme estabelece o artigo 6º do CC<sup>19</sup>, a existência da pessoa natural termina com a morte, podendo ela ser natural ou presumida (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.353).

A morte natural, também chamada de real ou biológica, ocorre mediante a cessação da atividade cerebral, que deve ser constatada e comprovada por dois médicos que não participem da remoção e do transplante, conforme estabelece o artigo 3º, *caput*<sup>20</sup>, da Lei 9.434/97, conhecida como Lei dos Transplantes. Na falta ou impossibilidade da verificação do cadáver pelo médicos, a morte natural será comprovada por duas testemunhas idôneas e capazes que atestem o falecimento. As comprovações médica ou testemunhal serão constatadas por meio da certidão de óbito em registro público (CARVALHO, 2014, p. 62-63).

Além da morte natural, é possível que o falecimento seja presumido, sendo chamado também de morte real sem cadáver. Irá ocorrer em situações excepcionais, em que o legislador faz presumir a morte, como nas situações de ausência – artigo 6º, parte final, do CC/2002, supramencionado, – e também nas hipóteses em que, mesmo sem a decretação de ausência, presume-se o falecimento, sendo estas as situações previstas no artigo 7º do CC/2002<sup>21</sup>. O legislador elencou circunstâncias atípicas em que seja provável a morte e não seja possível localizar o cadáver, sendo estas as situações de quem se encontra em perigo de vida; e nas situações de guerra, em que o indivíduo desapareça em campanha ou seja feito prisioneiro, não sendo

---

<sup>19</sup> CC. Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

<sup>20</sup> Lei 9.434/97. Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

<sup>21</sup> CC. Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

encontrado até dois anos após o término da guerra. A morte presumida tem a capacidade de produzir os mesmos efeitos jurídicos da morte real (2012, p.357-358).

No tocante ao ausente, o seu desaparecimento também dará abertura à sucessão, configurando hipótese de morte presumida. O art. 22 do CC/2002<sup>22</sup> determina que, com o desaparecimento do indivíduo de seu domicílio, sem informar acerca de seu paradeiro, e sem deixar representante ou procurador para administrar seus bens, o interessado ou o Ministério Público irá solicitar ao juiz que seja decretada a ausência desse indivíduo para que se proceda a abertura da sucessão provisória, e lhe seja nomeado um curador (CARVALHO, 2014, p. 65).

No entanto, mesmo nas circunstâncias em que o indivíduo desaparecido deixe mandatário, a ausência também pode ser estabelecida, quando este não quiser ou não puder exercer o mandato, ou ainda, quando os poderes a eles conferidos restarem insuficientes, conforme determina o art. 23 do CC/2002<sup>23</sup>.

Em termos sucessórios, a declaração de ausência do indivíduo acarreta três fases: a curatela dos bens do indivíduo, a sucessão provisória e a sucessão definitiva, respectivamente. A fase da curatela visa proteger o patrimônio do ausente, não sendo possível a realização de qualquer ato de disposição do levantamento dos bens por ele deixados. Um ano após a arrecadação desses bens, é possível que seja efetuado pedido para a abertura da sucessão provisória. Caso o ausente tenha deixado procurador, esse pedido poderá ser efetuado três anos após o momento da arrecadação dos bens. Não deixando procurador, o pedido da abertura da sucessão poderá ser efetuado um ano após à arrecadação do patrimônio do ausente. É o que determina o art. 26 do CC/2002<sup>24</sup> (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.368-370).

A sucessão provisória deverá ser decretada mediante sentença e esta só produzirá efeitos passados cento e oitenta dias da publicação pela imprensa, conforme art. 28

---

<sup>22</sup> CC. Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomeará-lhe curador.

<sup>23</sup> CC. Art. 23. Também se declarará a ausência, e se nomeará curador, quando o ausente deixar mandatário que não queira ou não possa exercer ou continuar o mandato, ou se os seus poderes forem insuficientes.

<sup>24</sup> CC. Art. 26. Decorrido um ano da arrecadação dos bens do ausente, ou, se ele deixou representante ou procurador, em se passando três anos, poderão os interessados requerer que se declare a ausência e se abra provisoriamente a sucessão.

do diploma legal aludido<sup>25</sup>. Decorridos dez anos da sentença que reconheceu a sucessão provisória, podem os interessados requerer a abertura da terceira fase do procedimento de ausência, sendo ela a sucessão definitiva. Nas ocasiões em que o ausente já possua oitenta anos de idade, os interessados podem requerer a abertura da sucessão definitiva quando passados cinco anos do desaparecimento (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.370-371).

Destarte, conforme as explicações acima expostas, denota-se que a morte põe fim à personalidade civil e é neste momento em que ocorre a abertura da sucessão, com a automática transmissão da herança para os herdeiros do *de cuius*, sem que seja necessária qualquer formalidade no âmbito jurídico, por força da consagração ao princípio de *saisine* (GOMES, 2012, p.14).

"A sucessão pressupõe a morte" (HIRONAKA, 2007, p.1) No entanto, é preciso observar que não basta a morte para ensejar a sucessão, devendo ser observada também a vocação hereditária, adiante explicada (GOMES, 2012, p. 9).

O princípio de *saisine*, conhecido também como *droit de saisine*, é um preceito básico do Direito das Sucessões, que foi estabelecido pelo direito costumeiro francês e importado ao ordenamento jurídico pátrio, estando presente no artigo 1.784<sup>26</sup> do Código Civil de 2002. Esse princípio determina a transmissão automática da propriedade e posse da herança do *de cuius* aos seus sucessores, sendo a morte pressuposto e causa para a transmissão da herança (GONÇALVES, 2016, p.38).

Este princípio determina que a sucessão será norteada com base na lei em vigor à data do óbito. No que compete à sucessão do ausente, o princípio de *saisine* também se aplica, determinando que as sucessões provisória e definitiva do desaparecido também serão guiadas legislação vigente à época do momento em que foi declarada a ausência (FARIAS, ROSENVALD, 2012, p.369).

Pelo *droit de saisine*, a lei estabelece que o defunto transmite o seu patrimônio de forma pura e simples aos seus herdeiros. Insta salientar que, por mais que a lei determine que quando da abertura da sucessão ocorre a transmissão automática da

---

<sup>25</sup> CC. Art. 28. A sentença que determinar a abertura da sucessão provisória só produzirá efeito cento e oitenta dias depois de publicada pela imprensa; mas, logo que passe em julgado, proceder-se-á à abertura do testamento, se houver, e ao inventário e partilha dos bens, como se o ausente fosse falecido.

<sup>26</sup> CC. Art. 1.784. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

herança, é importante observar que o domínio e a posse da herança são transferidos em condomínio a todos os herdeiros, tendo em vista que os quinhões hereditários ainda não foram individualizados por meio da partilha (HIRONAKA, 2007, p.7-8).

#### 4.2 DA ACEITAÇÃO DA HERANÇA

A herança é o patrimônio deixado pelo *de cuius*, que será dividida em legítima e testamentária, e que, em decorrência do princípio de *saisine*, será automaticamente transferida, como um todo unitário e indivisível, aos herdeiros (GONÇALVES, 2016, p.39). A herança constitui uma universalidade de direito que, sob a forma de condomínio, se transfere aos herdeiros. Ocorrendo, assim, uma copropriedade dos bens, direitos, encargos e obrigações em razão dessa transferência. Até os quinhões hereditários serem individualizados, todos os herdeiros são donos de toda a herança, incorrendo nos mesmos direitos e deveres dos condôminos (DIAS, 2013, p.109).

A herança pode ser aceita de forma expressa, tácita ou presumida. A expressa ocorre mediante aceitação por escrito, enquanto que a tácita é estabelecida com a prática de atos de administração, alienação ou oneração dos bens pelo herdeiro, conforme art. 1.805 do CC. A aceitação presumida, por sua vez, é aquela em que, quando intimado, o herdeiro não se manifesta, presumindo-se, assim, pela sua aceitação (DIAS, 2013, p.195).

CC. Art. 1.805. A aceitação da herança, quando expressa, faz-se por declaração escrita; quando tácita, há de resultar tão-somente de atos próprios da qualidade de herdeiro.

§ 1º Não exprimem aceitação de herança os atos oficiosos, como o funeral do finado, os meramente conservatórios, ou os de administração e guarda provisória.

§ 2º Não importa igualmente aceitação a cessão gratuita, pura e simples, da herança, aos demais co-herdeiros.

O ato de aceitação só pode ser praticado por pessoas capazes, devendo os incapazes serem representados ou assistidos. Importante mencionar que a aceitação não pode estar submetida à condição ou termo, tendo em vista que trata-se de um ato simples, unilateral e gratuito (DIAS, 2013, p.194-195). Insta informar

também que é vedado também que haja uma aceitação parcial da herança e será anulável a aceitação obtida mediante dolo ou coação (GOMES, 2012, p.23).

A herança possui como característica a definitividade, pois uma vez que o herdeiro passa a agir como tal, ele não pode mais renunciar, em decorrência da irrevocabilidade da aceitação. "Uma vez herdeiro, sempre herdeiro". É possível, no entanto, que o herdeiro ceda a herança ou a sua quota hereditária, mas trata-se este de um negócio jurídico *inter vivos*, que é estabelecido entre cedente e cessionário (DIAS, 2013, p.194-195).

Ao transferir a herança, os herdeiros assumem, além da parte positiva, obrigações e dívidas deixadas pelo falecido. Portanto, no momento da abertura da sucessão, os credores do falecido, tornam-se credores dos herdeiros. Ocorre que, em razão do chamado benefício de inventário, os herdeiros só respondem pelas dívidas deixadas no limite das forças da herança. Eles não respondem pelas dívidas que superem o valor deixado na herança (DINIZ, 2013, p.241-242). A incumbência, entretanto, é do herdeiro provar que a dívida deixada supera o valor por ele recebido, em situações em que isso já não foi evidenciado (DINIZ, 2013, p.241-242).

Cumprido destacar, no entanto, consoante os ensinamentos de Orlando Gomes (2012, p.25), que, caso o herdeiro seja credor ou devedor do falecido, a relação entre eles não se confunde com os ônus do espólio. Existe uma separação entre esses patrimônios, de forma que os créditos ou débitos do herdeiro são mantidos, sendo tratado como qualquer outro credor ou devedor. Ao se verificar que a parte positiva da herança sobrepõe à parte negativa, ocorre o procedimento da partilha dos bens deixados pelo *de cuius*.

O oposto da aceitação é a refutação desse patrimônio, que é caracterizado por ser um negócio muito mais solene que o ato de aceitação. A refutação do patrimônio deve ser feita mediante escritura pública ou termo judicial. A não observância da forma, implica na nulidade desse ato. O termo é lavrado nos próprios autos do inventário. Ao contrário da aceitação, a renúncia não pode ser presumida. Ela deve ser declarada de forma expressa. Somente pode ser estabelecida após a abertura da sucessão, tendo em vista que, antes disso, configuraria um pacto sucessório, proibido por lei (GOMES, 2012, p.25).

Ressalte-se que ninguém é obrigado a aceitar a herança, portanto, nem mesmo os herdeiros necessários tem necessariamente que recolher a herança, tendo em vista que, além da possibilidade de eles renunciarem a esse direito, podem também, em casos de indignidade ou deserdação, ser excluídos da sucessão (CARVALHO, 2014, p.301).

A renúncia deve ser feita antes de exercido qualquer ato de herdeiro, pois a prática de tais atos ensejaria a aceitação tácita da herança. Além disso, a renúncia enseja eficácia retroativa. O renunciante é tratado como se jamais tivesse tido o direito à herança (GOMES, 2012, p.26). Sequer é considerado pré-morto. Nem a este o renunciante é equiparado (CARVALHO, 2014, p.216). Assim, não há que se falar em representação dos herdeiros do renunciante perante ele (GOMES, 2012, p.26).

No tocante à renúncia da herança ou legado, feita por incapazes, consoante as lições de Luiz Paulo Vieira de Carvalho, se permite que ela ocorra. No entanto, faz-se necessário que o incapaz esteja representado, sendo ele absolutamente incapaz, ou seja assistido, caso relativamente incapaz. É imprescindível que haja autorização judicial e oitiva do Ministério Público e da Defensoria Pública, devendo ser produzida prova que constate a necessidade ou utilidade da renúncia para o incapaz (2014, p.227).

#### 4.3 CAPACIDADE SUCESSÓRIA

Conforme já devidamente explicado neste trabalho, determina o artigo 2º do Código Civil que a personalidade civil da pessoa se inicia do seu nascimento com vida. Dessa forma, denota-se que a personalidade jurídica seja reconhecida, dois requisitos são necessários: nascimento e vida (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.300).

Detém personalidade jurídica, não só a pessoa natural, mas também as pessoas jurídicas. A personalidade jurídica é a aptidão conferida aos sujeitos de direito para contrair direitos e obrigações na ordem civil. A personalidade jurídica é inerente à capacidade de direito, também chamada de capacidade de gozo ou capacidade jurídica. Esta caracteriza-se por ser a aptidão de ser titular de direitos e obrigações. Em suma, as pessoas, naturais ou jurídicas, detentoras de personalidade jurídica,

são, conseqüentemente, portadoras de capacidade jurídica (CARVALHO, 2014, p.157-158).

É mister diferenciar capacidade de direito da capacidade de fato, conhecida também como capacidade de exercício, sendo esta a aptidão para exercer pessoalmente atos da vida civil, independentemente de representação ou assistência (FARIAS; ROSENVALD, 2012, p.314). Por meio da capacidade de fato, o indivíduo pode adquirir direitos na ordem civil por si próprio, por meio de atuação pessoal (CARVALHO, 2014, p.158).

Insta salientar, no entanto, que a capacidade jurídica não se confunde com a capacidade sucessória, sendo esta a competência para ser beneficiário da herança deixada pelo *de cuius*, quando do momento da abertura da sucessão (CARVALHO, 2014, p.160).

O Código Civil, no art. 1.798, determina, como regra geral, os legitimados a suceder os já nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Portanto, consagra o princípio da coexistência, a fim de determinar que o herdeiro ou legatário deve sobreviver ao autor da herança, ressalvados os casos em que o beneficiário da sucessão seja o nascituro ou o concepturo. Destarte, observa-se que a capacidade sucessória é conferida não só à pessoa, mas também aos nascituros e concepturos, conforme será observado adiante neste trabalho (CARVALHO, 2014, p.159-161).

Para suceder, é necessária a existência da personalidade jurídica, não havendo a possibilidade de se atribuir direitos sucessórios à seres inanimados, ou mesmo animados, mas que não detenham personalidade jurídica, como animais e plantas (CARVALHO, 2014, p.160-161).

O sujeito ativo da sucessão *mortis causa* é sempre o autor da herança, cuja sucessão ocorrerá beneficiando pessoas por ele designadas em testamento e/ou por meio da sucessão legítima (CAHALI, 2007, p. 16).

Dentre as formas de sucessão existem a legítima e a testamentária. A sucessão legítima decorre de expressa disposição legal, enquanto que a sucessão testamentária se dá por ato de último vontade do falecido, autor da herança.

### 4.3.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima é a sucessão que se opera por mandamento da lei, independentemente de qualquer manifestação de vontade do autor da herança, quando este houver deixado herdeiros legítimos, aos quais a lei estabelece uma afeição presumida com o *de cuius* (PEREIRA, 2013, p. 67-70). Possui como fundamento a determinação legislativa, que busca resguardar e proteger a família, garantindo um lastro patrimonial mínimo para a sua subsistência (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.203).

Esta possibilidade sucessória é também conhecida como sucessão legal, uma vez que ocorre por força da lei, e é também chamada de sucessão *ab intestato*, ou seja, sucessão sem testamento (CATEB, 2012, p.10).

Os herdeiros legítimos são divididos em necessários e facultativos. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, conforme estabelece o art. 1.845 do CC/2002<sup>27</sup>.

No entanto, doutrinadores renomados como Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald (2015, p.203), Caio Mario da Silva Pereira (2013, p. 67) e Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 399) defendem que os companheiros deveriam também ser considerados herdeiros necessários, sob os argumentos de que a união estável também é reconhecida como entidade familiar e de que deveria haver uma interpretação das disposições do Código Civil conforme à Constituição.

Os herdeiros legítimos facultativos, por sua vez, são os colaterais até o 4º grau e os companheiros. Estes, inclusive, possuem dispositivo próprio que versa acerca da sua sucessão, qual seja o artigo 1.790 (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.26-27).

Insta ressaltar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, ocorrida no dia 10 de maio de 2017, por meio do julgamento dos RE 646.721 e 878.694, julgou inconstitucional este artigo 1.790 do CC/2002, que regulamentava acerca da sucessão dos companheiros. Determinou o STF que tanto na união estável, quanto no casamento, aplica-se o artigo 1.829 do CC/2002.

---

<sup>27</sup> Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

Logo, com essa importante decisão, o companheiro, que antes possuía regime sucessório diferente e mais restrito que o cônjuge, passa a possuir o mesmo regime sucessório que este último.

CC. Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Aos herdeiros necessários, é garantida por lei a metade do patrimônio líquido do *de cuius*, que resta bloqueada tanto em vida, impossibilitando-o de fazer uma doação da totalidade de seus bens, quanto em morte, impedindo-o de testar livremente. Essa porção da metade do patrimônio indisponível, garantida aos herdeiros necessários, é conhecida como legítima (PEREIRA, 2013, p. 70).

Assim, estando bloqueada a metade que incumbe aos herdeiros necessários, será facultado ao indivíduo dispor, mediante testamento, de apenas metade da herança (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.203). Preleciona o art. 1.846 do CC que "pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima".

Cumprе ressaltar, no entanto, que por mais que seja garantida aos herdeiros necessários uma quota-parte legítima, eles não são herdeiros obrigatórios, podendo vir a ser afastados da sucessão, nas situações de renúncia da herança, indignidade ou deserdação (CARVALHO, 2014, p. 431-432).

Institutos estes que não convém tecer maiores explicações, tendo em vista que fugiriam do tema defendido deste trabalho, já que não se aplicariam ao concepturo de inseminação artificial homóloga *post mortem*. Defende-se neste trabalho que basta a criança nascer com vida para que possua os direitos sucessórios garantidos, não havendo que se falar em indignidade ou deserdação aplicada a eles.

Quanto aos herdeiros facultativos, o legislador não lhes reservou uma parcela obrigatória da herança, podendo eles serem excluídos da sucessão mediante a vontade do *de cuius*. Para isso, é preciso que este tenha realizado testamento sem ter contemplado os herdeiros legítimos facultativos, sendo este ato suficiente para a

exclusão daqueles, conforme prevê o artigo 1.850 do CC/2002<sup>28</sup>. Destarte, diante da existência de apenas herdeiros facultativos, não havendo herdeiros necessários, o autor da herança pode dispor da totalidade de seu patrimônio (CARVALHO, 2014, p. 431-432).

A sucessão legal se efetua por meio da ordem de vocação hereditária, a qual estabelece a preferência de uma classe de herdeiros sobre a outra. Trata-se de uma ordem não só preferencial, mas também taxativa. Os herdeiros necessários são divididos em classes havendo uma hierarquia entre elas. O chamamento de uma classe resulta na extinção da sucessão da seguinte (CATEB, 2012, p.102). A ordem de vocação hereditária, portanto, é a distribuição do patrimônio do *de cuius* perante os herdeiros, obedecendo a previsão estabelecida em lei, que separa os herdeiros em classes preferenciais, tendo como ideia basilar para essa distribuição o parentesco existente entre os herdeiros e o falecido (PEREIRA, 2013, p.71).

Essas classes estão inseridas nos incisos do artigo 1.829 do CC/2002, supracitado, que estabelece a ordem de vocação hereditária. O chamamento de uma classe enseja a exclusão das demais.

Além da divisão em classes, cada uma destas encontra-se dividida em graus, distanciando uma geração da outra. Os descendentes, previstos no inciso I do aludido dispositivo, são os filhos, que configuram os descendentes de primeiro grau em linha reta; os netos, 2º grau; os bisnetos, 3º grau, e por aí adiante. Os ascendentes, dispostos no inciso II, abrangem os pais, em 1º grau, os avós, em 2º grau, os bisavós, em 3º grau, etc. (CATEB, 2012, p.103).

Os colaterais, por sua vez, não são herdeiros necessários do *de cuius*, no entanto, possuem com este o mesmo tronco ancestral e figuram no rol de sucessores legítimos. Na ordem de vocação hereditária são também classificados em graus, sendo eles os irmãos (2º grau), tios e sobrinhos (3º grau) e primos, tios avós e sobrinhos netos (colaterais de 4º grau). O grau mais próximo exclui o mais remoto (CATEB, 2012, p. 127).

Quanto ao cônjuge sobrevivente, previsto no inciso III do art. 1.829, quando da abertura da sucessão, – que ocorre no exato momento do falecimento –, deve-se

---

<sup>28</sup> CC. Art. 1.850. Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar.

analisar o estado civil do *de cuius*. O cônjuge figura como herdeiro legítimo necessário do autor da herança. No entanto, nem sempre foi assim, em razão de que, pela redação do Código Civil de 1916, o cônjuge era alçado expressamente, através do art. 1.725 da Lei Civil anterior, à categoria de herdeiro facultativo e apenas possuía direito à herança quando da ausência de descendentes e ascendentes (CARVALHO, 2014, p. 432).

É possível a concorrência não só do cônjuge, mas também do companheiro do *de cuius* com os demais herdeiros, em determinadas hipóteses de sucessão, obedecendo as condições legais impostas (HIRONAKA, 2007, p. 99). Com efeito, em razão da nova legislação civil, com intuito de proteger o consorte sobrevivente após o falecimento do outro, vigora uma concorrência dos cônjuges ou companheiros com os demais herdeiros para suceder (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.237-238). Dessa forma, o consorte sobrevivente pode suceder de três maneiras, sendo elas em concorrência com os descendentes; em concorrência com os ascendentes ou então de forma autônoma, recolhendo sozinho o patrimônio do defunto (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.242). Essa última hipótese é possível quando o *de cuius* não deixar descendentes ou ascendentes hábeis a sucedê-lo, ou, caso possua, todos eles tenham renunciado à herança, ou ainda, tenham sido excluídos da sucessão em razão da indignidade ou deserdação (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.267).

No que concerne ao companheiro, o Diploma Civil de 1916 apenas reconhecia como entidade familiar o casamento. A união estável refletia consequências apenas no campo do Direito das Obrigações, não repercutindo no âmbito do Direito das Famílias e Sucessões. Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o concubinato foi elevado à categoria de entidade familiar, gozando da mesma proteção conferida ao casamento (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.275-277).

#### **4.3.2 Sucessão testamentária**

Conforme estabelece o artigo 1.786 do CC/2002, "a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade". A sucessão por ato de disposição de última vontade é a chamada sucessão testamentária, a qual o autor da herança elenca, mediante

declaração expressa, as pessoas às quais pretende beneficiar por meio do patrimônio por ele deixado (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.203).

O testamento decorre de uma manifestação volitiva, tendo por objeto a nomeação de herdeiros e/ou legatários da herança, de forma total ou parcial, ou também a previsão disposições de caráter não patrimonial (CARVALHO, 2014, p. 511-512). Destarte, as disposições testamentárias não se restringem aos atos de disposição patrimonial, podendo conter também nomeação de tutor, deserdação, reconhecimento de filhos, perdão ao sucessor indigno, entre outros (FARIAS, 2007, p.243).

Inclusive, eventual nulidade ou anulabilidade, ou mesmo revogação, de alguma disposição de viés patrimonial não acarreta a mesma consequência para as cláusulas de índole pessoal, em decorrência do princípio do aproveitamento da vontade (ZANNONI *apud* FARIAS, 2007, p.243-244).

Ressalte-se que, conforme já fora explicado, a legítima constitui função limitadora do ato de disposição testamentária, quando da existência de herdeiros necessários (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.203). É o que estabelece o artigo

O testamento consiste em um negócio jurídico unilateral, não receptício, tendo em vista que para se aperfeiçoar, basta a vontade do testador. Além disso, é um ato personalíssimo do autor da herança, não sendo possível a constituição de mandatário para a sua elaboração. Dessa forma, consiste também em um negócio jurídico individual, sendo proibido o testamento conjuntivo. Trata-se, ainda de um negócio gratuito, revogável a qualquer tempo, além de ser livre, espontâneo e imotivado, tendo em vista que o testador não precisa declarar as suas razões para designar beneficiários. É também solene, uma vez que os tipos testamentários são revestidos de solenidades essenciais (CARVALHO, 2014, p. 519-527).

Convém mencionar que para lavrar testamento, é necessário que o indivíduo possua plena capacidade de discernimento (CAHALI, 2007, p. 17).

Conforme estabelece o artigo 1.860, parágrafo único<sup>29</sup>, do CC/2002, o testamento pode ser elaborado por pessoa maior de dezesseis anos. O testamento que, porventura, venha a ser elaborado por pessoas consideradas relativamente

---

<sup>29</sup> CC. Art. 1.860. Além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento.

Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.

incapazes por outros motivos não relacionados à idade, e também pelos absolutamente incapazes, – os menores de dezesseis anos - , será considerado inválido, ainda que a abertura da sucessão ocorra quando o testador já tenha adquirido ou readquirido plena capacidade para testar. Destarte, dos dezesseis aos dezoito anos de idade, figura a única hipótese em que o incapaz poderá testar, atuando o testador de forma personalíssima, dispensando-se, inclusive, a assistência (CAHALI, 2007, p. 17).

Além disso convém explicar que nas situações em que o testador lavre o testamento no gozo de plena capacidade civil, porém, porventura, posteriormente a este ato, venha a ser considerado incapaz, nos ditames do art. 1.861 do CC<sup>30</sup>, não haverá a invalidação da cédula testamentária, tendo em vista que quando do momento da sua elaboração, o testador gozava de plena capacidade e lucidez (CAHALI, 2007, p. 17).

É plenamente possível a existência concomitante entre a sucessão legítima e a testamentária. Ocorre nas situações em que o autor da herança possui herdeiros necessários, obedecendo, portanto, a legítima no ato de disposição. Ocorre também nos casos em que por mais que não possua herdeiros necessários, o autor da herança não dispôs da totalidade do seu patrimônio no testamento, cabendo, assim, a parte que não foi testada, aos herdeiros legítimos facultativos (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.204).

Dessa forma, percebe-se que a sucessão legítima é subsidiária à testamentária, tendo em vista que somente incide se não houver testamento ou se, havendo, o autor da herança não dispuser da integralidade do patrimônio (FARIAS, ROSENVALD, 2015, p.204), nas circunstâncias em que for permitido, ou seja, quando da não existência de herdeiros necessários.

Convém mencionar que é proibida a imposição de cláusulas acidentais sobre a legítima, sendo ela conferida, de pleno direito, aos herdeiros necessários. No entanto, a parte disponível pode conter tais elementos, sendo eles a condição, o termo e o modo ou encargo (FARIAS, 2007, p.246).

A condição é evento futuro e incerto, podendo ser suspensiva ou resolutiva, no tocante à eficácia do negócio jurídico. Será suspensiva quando a eficácia estiver

---

<sup>30</sup> CC. Art. 1.861. A incapacidade superveniente do testador não invalida o testamento, nem o testamento do incapaz se valida com a superveniência da capacidade.

suspensa até a implementação da condição, e será resolutiva quando os efeitos do negócio operarem normalmente, no entanto, se extinguem quando do implemento da condição. O termo, por sua vez, é evento futuro e certo, enquanto que o encargo, também chamado de modo, é uma restrição à vantagem conferida ao beneficiário, de forma que ele fica incumbido da realização de alguma obrigação para o implemento de determinado direito (FARIAS, 2007, p.246).

É manifesto que o *de cuius*, quando em vida, com base na sua autonomia da vontade, pode testar em favor do filho que será concebido de forma artificial após a sua morte. Entretanto, com base no princípio fundamental da igualdade substancial entre os filhos, por mais que esse filho seja concebido após a morte do seu genitor, defende-se neste trabalho que ele, enquanto filho, deve ser considerado herdeiro legítimo, sucedendo o *de cuius* na legítima, não sendo possível que o substitua apenas no tocante à parte disponível.

#### 4.4 DA PROLE EVENTUAL

Conforme já observado, o artigo 1.798 do Código Civil estabelece, como regra geral, que legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Entretanto, o artigo 1.799, inciso I, do mesmo Diploma legal traz a previsão de que podem vir a ser chamados a suceder, por meio de testamento, "os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão".

Este dispositivo abarca, portanto, hipótese de sucessão da chamada prole eventual. A prole eventual é o filho que uma pessoa pode vir a ter no futuro. É, portanto, concepturo, em razão de que ainda não foi concebido. Conforme determina o aludido dispositivo legal, o genitor desta prole precisa estar vivo quando da abertura da sucessão do testador, sob pena de a cláusula testamentária que beneficia a prole eventual vir a caducar, tornando-se ineficaz (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.120-121).

Silvio de Salvo Venosa ensina que, em verdade, a prole eventual pode ser não só o concepturo, mas também o nascituro, tendo em vista que é possível que a o genitor do possível futuro sucessor beneficiado em testamento já tenha sido gerado,

podendo, portanto, a prole eventual pode existir ou não no momento em que a sucessão é aberta (2015, p. 220).

Assim, do nascimento com vida da prole eventual, este herdeiro terá direito ao patrimônio deixado pelo falecido, com todos os frutos e rendimentos a ele relativos, passando a haver uma consolidação do direito sucessório. Evidente que, como trata-se de um incapaz, o representante legal deste é quem ficará encarregado por gerir o patrimônio do menor (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2015, p.121).

Impende mencionar que nas situações em que a prole eventual nascer com vida, no entanto, vir a falecer, os seus direitos sucessórios advindos do legado deixado pelo autor da herança serão consolidados e transmitidos aos sucessores dessa criança. Entretanto, vindo a nascer sem vida, os bens que seriam a ele concedidos, serão submetidos ao monte partilhável (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.123).

Com vistas a garantir a segurança jurídica, o legislador civil determina, no art. 1.800, §4<sup>o</sup><sup>31</sup>, prazo máximo de dois anos, - denominado prazo de espera -, salvo disposição em contrário do próprio testador, contados a partir da abertura da sucessão, para que ocorra a concepção do futuro herdeiro proveniente da prole eventual, sob pena de que o patrimônio reservado pelo *de cujus* a esse futuro sucessor ser transferido aos herdeiros legítimos ou a outros legatários. Ressalte-se que esse prazo estabelecido pelo legislador é para que o indivíduo seja concebido, e não para que nasça com vida (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.86).

Tendo em vista que não deve-se estabelecer distinção quanto à filiação, nada impede que os filhos adotivos configurem o rol da prole eventual nas circunstâncias em que o testador não tenha feito referência expressa quanto à origem biológica ou adotiva desses filhos ainda não concebidos. Inclusive, o termo "concebidos" previsto no art. 1.799, inciso I, do CC, deve-se referir ao momento em que é constituída a parentalidade entre o indivíduo e seus pais, não havendo ressalvas quanto ao filho adotivo (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2015, p.124-125).

De igual modo, em decorrência do princípio constitucional da igualdade entre os filhos, no que compete aos filhos advindos de reprodução medicamente assistida,

---

<sup>31</sup> CC. Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 4<sup>o</sup> Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

doutrinadores de renome como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2015, p. 87) defendem que não há óbice para a constituição deles como prole eventual. Não só a prole eventual de terceiros, mas também a do próprio falecido, - que, quando em vida, deixou material genético e autorização possibilitando o uso após a sua morte para a constituição de um projeto parental -, devem ter os direitos sucessórios garantidos e resguardados.

## **5 OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DA CRIANÇA CONCEBIDA MEDIANTE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Em decorrência dos avanços biotecnológicos, as técnicas de reprodução humana assistida promovem uma verdadeira dissociação, antes nunca imaginada, entre a reprodução e a sexualidade. Porém, limites devem ser impostos para o emprego desses procedimentos (MALUF, 2013, p.198).

Inclusive, em razão desses progressos científicos, o Código Civil de 2002 se viu na incumbência de legislar acerca dessas possibilidades de reprodução humana, no que compete aos efeitos desse instituto no Direito de Família (AGUIAR, 2005, p.14). Entretanto, no que compete aos Direitos Sucessórios nada foi disposto, configurando verdadeira omissão legislativa acerca da questão. Ao não estabelecer de forma pormenorizada a capacidade sucessória dos filhos havidos mediante inseminação artificial homóloga póstuma, constata-se que as disposições vigentes no Código Civil são controvertidos entre si, conforme se verá adiante.

O Direito não deve fechar os olhos aos avanços biotecnológicos, portanto, não é admissível que nos tempos hodiernos ainda não haja no ordenamento brasileiro regulamentação jurídica específica acerca das técnicas de reprodução assistida e suas implicações, em especial no que concerne à reprodução artificial homóloga póstuma.

### **5.1 REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA ACERCA DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓSTUMA**

A análise da capacidade sucessória da criança concebida mediante técnicas de fertilização após o advento da morte de seu genitor configura tema complexo, sobre o qual o Código Civil de 2002 se mostra insuficiente e insatisfatório, não trazendo soluções ao problema explanado. Pelo contrário, apenas questionamentos e insegurança jurídica.

Desta forma, disposições outras, tais como os Regulamentos do Conselho Federal de Medicina e os Enunciados das Jornadas de Direito Civil, - mencionados por

diversas vezes ao longo deste trabalho -, são utilizados, a fim de suprimir a lacuna legislativa e conferir um melhor direcionamento do tema.

### **5.1.1 As Resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca da reprodução humana assistida**

De início, insta salientar que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina não são leis. No entanto, possuem direcionamentos éticos aos médicos, determinando o adequado tratamento a ser conferido em diversos temas relacionados à saúde. Assim, atinente às evoluções da sociedade, o Conselho Federal de Medicina passa a se debruçar sobre a reprodução humana assistida, formulando Resoluções acerca da questão.

Conforme a leitura pormenorizada feita acerca de cada uma dessas Resoluções, convém aqui mencionar os aspectos principais de cada uma delas e as inovações por elas estabelecidas, em especial no que compete à reprodução *post mortem*.

O Conselho Federal de Medicina inicialmente formulou a Resolução 1.358/1992 acerca da reprodução humana assistida no Brasil, que foi considerada um avanço à época, por se debruçar sobre esse tema de tamanha complexidade. Previa que nos casos em que o casal não conseguisse procriar, poderia se valer das técnicas de reprodução assistida, desde que a utilização dessas técnicas não implicasse em riscos graves à saúde da genitora e da criança<sup>32</sup>.

Além disso, esta Resolução impedia, de forma expressa, a sexagem<sup>33</sup>, que é a escolha prévia do sexo do bebê, como também proibia que se determinasse qualquer característica biológica da criança, a não ser que seja com o intuito de evitar possíveis doenças ao futuro filho.

---

<sup>32</sup> CFM. Resolução n. 1.358/92. I - PRINCÍPIOS GERAIS

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

<sup>33</sup> CFM. Resolução n. 1.358/92. I - PRINCÍPIOS GERAIS

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

Previa, ainda, os possíveis usuários dessas técnicas que seriam todas as mulheres, desde que capazes, sendo necessária a prévia autorização<sup>34</sup> do cônjuge ou companheiro, estando ela casada ou em união estável, respectivamente. Contudo, tratava-se de uma Resolução bastante incipiente e que não abordava de forma aprofundada os diversos aspectos que o tema em tela proporciona.

Dezoito anos depois surge a Resolução 1.957/2010, publicada em 06 de janeiro de 2011, que revoga a anterior e traz inovações, como a previsão da reprodução humana assistida *post mortem*.

Entretanto, assim como faz o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal, - que dispõe que "não constitui ilícito ético 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" -, também se exige autorização prévia do *de cuius*<sup>35</sup>.

De maneira geral, a Resolução 1.957/2010 não traz grandes inovações. A grande mudança é a permissão do descarte dos embriões excedentários, enquanto que a Resolução 1.358/1992 primava pela preservação destes.

Posteriormente, surge a Resolução 2.013/2013 do CFM, que revoga a Resolução anteriormente citada e realiza um tratamento mais específico acerca do tema. No entanto, essa Resolução determina idade máxima de 50 anos às mulheres para que possam realizar a gestação<sup>36</sup>.

Essa determinação foi refutada pelo Enunciado 41 do Conselho Nacional de Justiça, o qual dispõe: "O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar".

---

<sup>34</sup> CFM. Resolução n. 1.358/92. II - USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA

1 - Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado.

2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado.

<sup>35</sup> CFM. Resolução n. 1.957/2010. VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM

Não constitui ilícito ético 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.

<sup>36</sup> CFM. Resolução n. 2.013/2013. I - PRINCÍPIOS GERAIS

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente, e a idade máxima das candidatas à gestação de RA é de 50 anos.

Além do mais, a Resolução 2.013/2013 aumentou as possibilidades da doação temporária do útero, usualmente conhecido como "barriga de aluguel". Prevê que a doação temporária do útero não se restringe apenas ao parentesco de segundo grau, ou seja, mãe, irmã e avó, ampliando a possibilidade até o parentesco consanguíneo de quarto grau. Assim, tias e primas passaram a poder doar temporariamente o útero para gestação da criança concebida mediante reprodução assistida<sup>37</sup>. Ainda, esta Resolução trouxe importante previsão ao tratar acerca da reprodução assistida por casais homoafetivos<sup>38</sup>, pondo fim, dessa forma, à qualquer dúvida quanto à possibilidade utilização das técnicas de reprodução assistida por eles.

O Conselho Federal de Medicina inova com a presente Resolução 2.121/2015, trazendo a possibilidade de que a mulher acima de cinquenta anos também se submeta às técnicas de reprodução assistida. Para tanto, deve haver a autorização do médico responsável, e deve a paciente ser informada acerca dos riscos que a gravidez tardia pode lhe causar<sup>39</sup>. Dessa forma, a Resolução 2.121/2015 rechaça, e ao menos tempo se adapta, à crítica estabelecida pelo Enunciado 41 do CNJ à Resolução 2.013/2013, anteriormente citada.

Revoluciona permitindo a gestação compartilhada nas relações de união homoafetiva feminina, mesmo que não exista infertilidade por parte de ambas as

---

<sup>37</sup> CFM. Resolução n. 2.013/2013. VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

<sup>38</sup> CFM. Resolução n. 2.013/2013. II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente. 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

<sup>39</sup> CFM. Resolução n. 2.121/2015. I - PRINCÍPIOS GERAIS 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o(a) paciente ou o possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos. 3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.

companheiras<sup>40</sup>. Consente, ainda, a seleção de embriões pelos pais que possuem incompatibilidade genética<sup>41</sup>.

No tocante à reprodução assistida póstuma, segue o raciocínio das Resoluções anteriormente revogadas, exigindo também autorização prévia do falecido para a utilização do seu material genético que encontra-se criopreservado.

Conclui-se, portanto, que a atual Resolução do CFM acerca da reprodução assistida, atende de forma mais satisfatória às crescentes mudanças sociais advindas da biotecnologia, que ainda carecem de regulamentação jurídica específica.

### **5.1.2 O tratamento conferido pelo Código Civil brasileiro de 2002**

Cumprido destacar que o tratamento normativo conferido não foi vasto. Limitando-se apenas a estabelecer as repercussões dessas técnicas de reprodução no instituto da filiação. O tratamento conferido pelo CC das repercussões no Direito das Sucessões quando do surgimento de uma nova vida mediante as técnicas de reprodução humana assistida foi ainda mais sucinto.

Quando o projeto do atual Código Civil teve seu texto aprovado, ainda na Câmara dos Deputados emendas foram inseridas no seu bojo, dentre elas a que acresceu ao artigo 1.597 desse Diploma Civil os incisos III, IV e V<sup>42</sup> (AGUIAR, 2005, p. 14).

Conforme se extrai da própria leitura do artigo 1.597, o inciso III trata da presunção da paternidade nas situações em que a esposa possua filhos, por meio de fecundação artificial homóloga, na constância do casamento, ou mesmo quando falecido o marido.

---

<sup>40</sup> CFM. Resolução n. 2.121/2015. II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA

3 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.

<sup>41</sup> CFM. Resolução n. 2.121/2015. VI - DIAGNÓSTICO GENÉTICO PRÉ-IMPLANTAÇÃO DE EMBRIÕES 1- As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

<sup>42</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O inciso IV trata da presunção, a qualquer tempo, na constância do casamento, dos filhos advindos de embriões excedentários da concepção artificial homóloga.

O inciso V, por sua vez, trata da presunção de filiação nas situações de inseminação artificial heteróloga, estabelecendo como condição para tanto, prévia autorização do marido para a realização de tal procedimento.

Importantes se fazem essas constatações para se perceber que tais incisos utilizam denominações diferentes: "fecundação", "concepção" e "inseminação", respectivamente. E todas essas expressões seguidas da qualificação de artificial (AGUIAR, 2005, p. 14).

O legislador deve zelo e atenção à cada expressão usada, pois, como se sabe, cada palavra constante na lei é relevante para se determinar entendimentos e resolver conflitos (AGUIAR, 2005, p. 15).

Conforme já explicado acima, fecundação, concepção e inseminação não são expressões sinônimas. Dessa forma, o Enunciado nº 126 da I Jornada de Direito Civil foi emitido, tendo com intuito retirar tais expressões previstas nos incisos II, IV e V do art. 1.597, substituindo-as por "técnicas de reprodução assistida", para, assim, englobar todas as técnicas de reprodução *in vivo* e as técnicas de reprodução *in vitro* (AGUIAR, 2005, p. 15). Vejamos:

Proposição sobre o art. 1.597, incs. III, IV e V: Proposta: Alterar as expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 para "técnica de reprodução assistida". Justificativa: As técnicas de reprodução assistida são basicamente de duas ordens: aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vivo*, ou seja, no próprio organismo feminino, e aquelas pelas quais a fecundação ocorre *in vitro*, ou seja, fora do organismo feminino, mais precisamente em laboratório, após o recolhimento dos gametas masculino e feminino. As expressões "fecundação artificial" e "concepção artificial" utilizadas nos incs. III e IV, são impróprias, até porque a fecundação ou a concepção obtida por meio das técnicas de reprodução assistida é natural, com o auxílio técnico, é verdade, mas jamais artificial. Além disso, houve ainda imprecisão terminológica no inc. V, quando trata da inseminação artificial heteróloga, uma vez que a inseminação artificial é apenas uma das técnicas de reprodução *in vivo*; para os fins do inciso em comento, melhor seria a utilização da expressão "técnica de reprodução assistida", incluídas aí todas as variantes das técnicas de reprodução *in vivo* e *in vitro*.

Há que se falar, ainda, da impropriedade da escolha da palavra "artificial", presente nos incisos III, IV e V do art. 1.597. É preciso destacar que, mesmo nas situações em que a reprodução ocorra mediante técnicas científicas, ela sempre será um fato natural. O nascimento de uma criança será sempre um fato natural, seja ele

decorrente dos meios tradicionais de procriação ou advindo de técnicas com auxílio médico (AGUIAR, 2005, p. 15).

O Enunciado nº 127<sup>43</sup> da I Jornada de Direito Civil, por sua vez, também se direciona ao art. 1.597. A proposta desse Enunciado é suprimir a parte final do inciso III, onde consta "mesmo que falecido o marido". Isso sob a justificativa de que não é aceitável que uma criança nasça já sem o pai (AGUIAR, 2005, p. 15).

O presente trabalho, no entanto, refuta a proposta do Enunciado nº 127. Uma vez que, em decorrência do princípio do livre planejamento familiar, é possível que seja da vontade dos cônjuges se tornarem pais e, por qualquer caso fortuito ou de força maior, esse projeto parental não tenha se concretizado quando em vida do marido ou companheiro.

Em face da já existente previsão no Código Civil de 2002 acerca da presunção de paternidade das crianças concebidas por meio de reprodução assistida homóloga e heteróloga, com suas devidas ressalvas, bem como da previsão na Lei Civil da sucessão testamentária à prole eventual, já é consagrado no Direito brasileiro a possibilidade de reprodução assistida póstuma, desde que haja autorização prévia para utilização dos gametas, conforme determina o Enunciado 106 do Conselho da Justiça Federal, já mencionado.

No entanto, mesmo em face dos artigos 1.597 e 1.798 do Código Civil de 2002, – que serão doravante estudados – e do princípios da isonomia e da igualdade de filiação previstos no texto constitucional, muitos doutrinadores defendem apenas a possibilidade de que o nascituro possua capacidade sucessória passiva enquanto herdeiro testamentário, o que será refutado no presente trabalho.

Portanto, no que compete ao ordenamento jurídico brasileiro, o tema proposto ainda carece de regulamentação específica, em face da abordagem incipiente acerca do tema pelo Diploma Civil de 2002.

Inclusive, o Enunciado nº 2 da Jornada de Direito Civil reconhece a insuficiência do tratamento conferido pelo CC/02, determinando que: "Sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para

---

<sup>43</sup> Proposição sobre o art. 1.597, inc. III:

Proposta: Alterar o inc. III para constar "havidos por fecundação artificial homóloga".

Justificativa: Para observar os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai.

questões emergentes da reprogénica humana, que deve ser objeto de estatuto próprio".

## 5.2 FILIAÇÃO E LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DECORRENTES DA REPRODUÇÃO ARTIFICIAL PÓSTUMA

Conforme já observado e pormenorizado neste trabalho, por força do que estabelece o artigo 1.597, III e IV, do CC/2002, é presumida a paternidade dos filhos concebidos mediante reprodução artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, bem como dos filhos havidos a qualquer tempo quando tratar-se de embriões excedentários. Destarte, nota-se que os filhos concebidos após a morte do pai, possuem seus direitos de filiação garantidos por lei.

É mister ressaltar que como trata-se de inseminação homóloga, ou seja, com a utilização do material genético do casal, o filho concebido após a morte do autor da herança, além de ser presumidamente filho por lei, é também filho biológico, tendo em vista que possui identidade genética com o *de cujus*.

Conforme os ensinamentos de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 167), o concepturo não é considerado herdeiro, por força do que determina o art. 1.798 da Lei Civil, ao estabelecer que só legitimam-se a suceder os nascidos ou já concebidos à época da abertura da sucessão. Convém mencionar, no entanto, que conforme já observado neste trabalho, o instituto da prole eventual configura exceção à essa regra, uma vez que o artigo 1.799, I, do mesmo Diploma Legal determina que estes podem vir a ser legatários do *de cujus*.

Douglas Phillips Freitas (2009, p. 7-9), com propriedade, dispõe que o Código Civil traz controvérsias entre os dispositivos 1.798, 1.799 e 1.597, III, uma vez que presume como filhos os havidos por reprodução artificial homóloga, ainda que após a morte do marido, no entanto, afasta da sucessão legítima estes filhos concebidos após a morte do genitor, restando-lhes tolhidos do direito à herança, constitucionalmente previsto no artigo 5º, XXX, da CF/88<sup>44</sup>. A Lei Civil, mediante o

---

<sup>44</sup> CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

art. 1.799 estabelece os direitos sucessórios do concepturo apenas mediante testamento, não sendo abarcados, portanto, como herdeiro, mas apenas legatários.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p.81-82) suscitam interessante indagação acerca da expressão "já concebidas", prevista no art. 1.798. Seria essa concepção apenas a intrauterina ou abrangeria também a extrauterina? O Código Civil é silente à essa questão, como também à diversas outras acerca do tema. Dessa forma, estes renomados autores entendem que como a lei não estabeleceu essa diferenciação, a concepção laboratorial deve ser também abarcada, sendo garantidos, portanto, os direitos sucessórios dos embriões criogenizados.

Possui pertinência o questionamento levantado por estes autores acerca do que seria a concepção tratada no artigo 1.798. Os embriões consistem na união do óvulo ao espermatozóide, portanto, são seres que já encontram-se concebidos, possuindo carga genética própria (MALUF, 2013, p. 166). Inclusive o Enunciado 267 da Jornada de Direito Civil reconhece o direito à vocação hereditária dos embriões formados mediante reprodução artificial<sup>45</sup>.

Entretanto, convém mencionar que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2015, p.83) defendem que nas situações em que o defunto tenha deixado apenas o seu material genético congelado, não tendo havido ainda a concepção extrauterina, os filhos futuros, advindos de reprodução homóloga póstuma, não seriam considerados herdeiros legítimos. Defendem que esta seria uma situação absolutamente distinta da anterior, devendo-se aplicar o princípio da isonomia, de forma a tratar os iguais de forma igual e os desiguais na medida da sua desigualdade.

Ressalte-se, entretanto, que este trabalho refuta este entendimento desses conceituados doutrinadores, havendo, em verdade, que se falar na garantia dos direitos sucessórios tanto nas situações em que o material criopreservado seja o embrião, como também o sêmen do *de cuius*, em razão do princípio constitucional

---

XXX - é garantido o direito de herança;

<sup>45</sup> Enunciado 267. Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

da igualdade entre os filhos. Conforme eles mesmos ensinam, tal princípio deve ser de inclusão, e não de exclusão (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p.83). Logo, não compete imputar uma discriminação entre os filhos. Em sendo filho, a ele devem ser garantidos os direitos sucessórios.

Corroboram este entendimento de que possuem efeitos sucessórios legais os filhos havidos a qualquer tempo quando tratar-se de embriões excedentários, como também os concebidos mediante reprodução artificial homóloga, quando o marido, ainda que falecido, houver deixado sêmen congelado, renomados doutrinadores, a despeito de Luiz Paulo Vieira de Carvalho (2014, p. 169), Maria Berenice Dias (xxx), Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho (xxx)

Maria Berenice Dias, com a propriedade que lhe é habitual, de forma brilhante preleciona:

Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação post mortem. 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. [...] 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 da investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos (2013, p. 125-126).

Cristiano Colombo (2012, p. 229), por sua vez, em entendimento próprio, argumenta que o art. 1.798 não faz presumir apenas a paternidade, mas também o momento da concepção, qual seja, durante a constância do casamento. Alega que deve ser presumido, portanto, que a concepção se deu quando o pai ainda estava vivo. Argumenta que a presunção estabelecida pelo Direito de Família também deve ser estendida aos Direitos Sucessórios. Dessa forma, aquele que nasceu mediante as técnicas de reprodução assistida homólogas *post mortem* estaria presente quando da abertura da sucessão de seu pai, por força de presunção legal.

Importante mencionar, no que compete aos embriões laboratoriais, que eles devem ser implantados no útero em até três anos, conforme prevê o art. 5º, II, da Lei de

Biossegurança<sup>46</sup>.

Convém tecer comentários acerca da petição de herança, prevista entre os artigos 1.824 e 1.828 do Código Civil/2002. Conforme determina o art. 1.824: "O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui".

Por força do princípio de *saisine*, já devidamente explicado neste trabalho, é possível que a partilha ocorra sem contemplar, no entanto, o verdadeiro sucessor. Dessa forma, o Código Civil de 2002 prevê a ação de petição de herança como uma medida judicial cabível para que o herdeiro possa reclamar seus direitos sucessórios (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 187).

### 5.3 ANÁLISE DO DIREITO ESTRANGEIRO ACERCA DA LEGITIMAÇÃO SUCESSÓRIA DA CRIANÇA NAS SITUAÇÕES DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA POST MORTEM

Diante de toda a polêmica, complexidade e falta de regulamentação específica no ordenamento pátrio, importante se mostra o estudo do tema no direito estrangeiro. A abordagem do tema proposto é tratado de forma pormenorizada por diversos países europeus, como Itália, França e Alemanha.

No ordenamento jurídico francês apenas se admite a procriação medicamente assistida como forma subsidiária à procriação natural. Além do mais, nesta ordem jurídica, é imprescindível que o casal esteja vivo para a possível utilização de qualquer dos métodos de reprodução assistida. A morte de um dos cônjuges constitui óbice para a utilização da reprodução assistida. (COLOMBO, 2012, p. 136-137).

---

<sup>46</sup> Lei 11.105/05. Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

Assim, o Código Civil Francês dispõe que aquele que ainda não está concebido não é capaz de ser sucessor legítimo do *de cuius*, inclusive sob pena de caso a procriação artificial ocorra sem estar destinada a um projeto parental do casal, aquele que o realizar incorrerá no crime disposto no artigo 511-24 do Código Penal Francês que determina cinco anos aprisionamento e o pagamento de 500 mil francos de multa (COLOMBO, 2012, p. 137).

Importante mencionar, entretanto, que por mais que seja vedado legalmente, caso ocorra transgressão à regra e, de fato, venha a nascer uma criança em decorrência da implantação do embrião *post mortem* de um dos cônjuges, a doutrina francesa se posiciona no sentido de que seja reconhecida a filiação da criança em face do *de cuius* e conseqüentemente possua os direitos sucessórios que lhes são devidos (COLOMBO, 2012, p. 137).

O ordenamento jurídico português, tão influente na cultura e tradição da sociedade brasileira, tem por objetivo proteger a dignidade da criança, sendo a ela resguardados todos os direitos decorrentes do reconhecimento dessa filiação. Ademais, em Portugal, é permitido que mesmo após o falecimento do marido ou companheiro, utilize-se o embrião criopreservado para implantação (COLOMBO, 2012, p. 135).

Já na Espanha, a Lei nº 9/98, conhecida como o Código de Família de Catalunha, prevê que aquele que nascer de fecundação assistida da mulher, mediante consentimento expresso do cônjuge em escritura pública, terá a presunção de paternidade, sendo reconhecido como filho do marido (AGUIAR, 2005, p.135).

Quanto à inseminação póstuma, dispõe a Lei nº 35/1988 permite a inseminação *post mortem*, entretanto, a sua utilização nas situações em que não houver consentimento escrito do marido nesse sentido não acarreta nenhum vínculo de filiação da criança com o *de cuius* (LEITE, 1995, p. 297).

Entretanto, caso haja manifestação prévia do falecido, por meio de escritura pública ou testamento acerca da utilização póstuma do material genético por ele deixado, a filiação seria reconhecida, caso esse material genético seja usado no prazo máximo de doze meses a contar de seu falecimento (COLOMBO, 2012, p. 137-140).

Mais especificamente, o processo de fertilização deverá ser iniciado no prazo de 270 dias após a morte, sendo possível a prorrogação por autoridade judicial, comprovada justa causa, por mais 90 dias (AGUIAR, 2005, p.136).

A Lei espanhola nº 35/88 foi a primeira a tratar especificamente sobre o tema na Europa, além de ter sido inovadora à época e ter trazido diversas polêmicas. Ela permite o acesso às técnicas de reprodução por toda mulher capaz, independente do seu estado civil (AGUIAR, 2005, p.134).

Essa Lei, portanto, cessa a antiga discussão doutrinária espanhola sobre a possibilidade das técnicas de reprodução para companheiras, e não só para aquelas que eram formalmente casadas (GAMA, 2003, p. 267-268). Por consequência, prevê também a possibilidade da reprodução assistida por mulheres solteiras e permite o procedimento da inseminação heteróloga, no qual a identidade do doador fica preservada (AGUIAR, 2005, p.133-134).

Acerca do ordenamento jurídico italiano, é prevista a possibilidade de os filhos ainda não concebidos serem detentores da herança mediante prévio testamento, entretanto, rechaça-se a sucessão legítima dos filhos advindos de fertilização póstuma, conforme ensina Cristiano Colombo (2009, p.136).

O acesso às técnicas de reprodução, na Itália, apenas são permitidas em comprovados casos de esterilidade ou infertilidade. Como requisitos para a utilização da procriação assistida, é preciso ser casado ou em união estável, e ambos precisam possuir idade fértil, serem maiores e de sexo diferente. É vedada, portanto, a utilização das técnicas de reprodução por pessoas solteiras e casais homossexuais. Não autorizada, ainda, a fecundação heteróloga (AGUIAR, 2005, p.142).

Ocorre que, não há previsão quanto às consequências decorrentes de uma possível transgressão ao artigo 5º da Lei italiana de nº 40/2004, à qual veda a inseminação artificial homóloga póstuma. Posicionando-se parte da doutrina italiana que seria possível deduzir a vontade do indivíduo em constituir um projeto parental mesmo após a sua morte em decorrência do fato de este ter depositado seus gametas em um banco de sêmen, defendendo, assim, que nos casos em que ocorrer uma violação ao supracitado artigo 5º, ocorreria o estabelecimento da filiação e os direitos sucessórios dela decorrentes (COLOMBO, 2012, p. 141-142).

Além do mais, acerca da técnica de inseminação artificial, existe posicionamento específico inclusive no campo religioso, pois até o Vaticano já se debruçou sobre o tema, não admitindo "a inseminação artificial heteróloga, recusando qualquer hipótese de fertilização *in vitro*, impondo, além disso, uma série de dificuldades para a inseminação artificial homóloga" (ALMEIDA JÚNIOR, 2009, p.16).

Constata-se que na Austrália e na Noruega, o tratamento conferido ao tema é que somente as pessoas casadas podem se valer das técnicas da reprodução humana assistida, excluindo esse direito aos companheiros (GAMA, 2003, p.182).

Além do mais, a inseminação póstuma é vedada, bem como a inseminação artificial heteróloga (AGUIAR, 2005, p. 129). Resta claro e oportuno mencionar a influência da Igreja Católica nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, interferindo nos valores e nas culturas desses países (GAMA, 2003, p. 186).

No ordenamento jurídico alemão, a reprodução assistida homóloga apenas poderá acontecer nas situações em que houver uma indicação médica para esse procedimento, sendo autorizada para os casos de tratamento de esterilidade. É imprescindível a autorização por escrito do marido autorizando esta prática. Resta, no entanto, terminantemente proibida pelo Código Civil Alemão, conhecido como BGB, a procriação artificial homóloga após a morte do marido/companheiro (LEITE, 1995, p. 282). Inclusive, por mais que houvesse uma violação a esta determinação e viesse a nascer uma criança, não haveria o reconhecimento da paternidade, de que essa criança já nasceria órfã do pai (LEITE, 1995, p. 282-284).

## 6 CONCLUSÃO

A procriação é um direito fundamental, decorrente do ato volitivo dos indivíduos, que podem estabelecer de forma livre o seu projeto parental. O direito à procriação pode ser concretizado pelas vias sexuais ou por meio das técnicas de reprodução artificial.

O advento da procriação assistida enseja em uma maior possibilidade de se estabelecer o livre planejamento familiar, tendo em vista que propicia pessoas que possuem inviabilidade em reproduzir, a possibilidade de possuir filhos biológicos. A adoção sempre é possível, no entanto, é plenamente possível e aceitável que o indivíduo prefira possuir um filho com laços consanguíneos.

A inseminação é possível tanto com o uso do material genético do casal, sendo esta a inseminação homóloga, como também mediante o uso de material genético de terceiro, podendo este ser homem ou mulher.

Importante observar que não há óbice para a constituição de famílias monoparentais, sendo esta modalidade familiar expressamente garantida pela Constituição de 1988. Não há que se falar na necessária presença de marido ou companheiro para a composição de uma família. Dessa forma, não há qualquer vedação para a constituição do projeto parental, até mesmo, após a morte de um dos cônjuges. Inclusive, a lei expressamente prevê a possibilidade de sua ocorrência.

Pessoas do mesmo sexo podem constituir família, sendo a elas garantidas também o direito à procriação. Dessa forma, observa-se que novos modelos de família são plenamente garantidos. Tendo em vista o princípio da igualdade, não é possível que o acesso às técnicas de reprodução seja negado para os homossexuais, pessoas solteiras, divorciadas ou viúvas.

O advento da procriação assistida revela uma evolução de caráter mundial. Porém, no Brasil, muitos avanços ainda são necessários. Percebe-se, ainda, que as medidas de procriação artificial não são acessíveis a todos, em decorrência do alto custo que essas técnicas implicam, sendo tal benefício restrito, portanto, às pessoas que pertencem a uma classe economicamente favorecida.

No que compete à filiação, diferenciações entre os filhos, estabelecidas no Código Civil de 1916, não persistem mais. Os filhos eram divididos em legítimos, ilegítimos e legitimados. Os filhos havidos na constância do casamento eram considerados legítimos. Aqueles havidos fora do matrimônio eram os ilegítimos. Os legitimados, por sua vez, eram aqueles que era ilegítimos, portanto, havidos fora do casamento, no entanto, se, porventura, os seus pais contraíssem matrimônio, eles vinham a ser legitimados.

Além disso, este Diploma normativo versava apenas no tocante à família contraída mediante o matrimônio, não abrangendo as demais modalidades familiares.

Insta salientar, no entanto, que, por força do princípio da igualdade de filiação, qualquer diferenciação estabelecida perante os filhos não deve mais prosperar. Este princípio não comporta exceção. Dessa forma, todos os filhos, - seja ele advindo ou não do matrimônio, seja ele adotivo, seja ele concebido após a morte do genitor - , devem usufruir das mesmas prerrogativas legais.

Compete observar, entretanto, que, quando da promulgação do Código Civil de 2002, este não pormenorizou o tratamento que deve ser conferido aos filhos de reprodução homóloga póstuma.

As disposições a estes aplicadas, trazidas pelo Diploma Legal aludido, passaram a conferir, mais uma vez, diferença de tratamento entre os filhos. Quando a Lei Civil determina no art. 1.597, III, que os havidos mediante inseminação homóloga póstuma são presumidamente filhos, mas, por outro lado, não os caracteriza como herdeiros, por serem eles concepturos, não abrangidos pelo art. 1.798, a antinomia jurídica e a lesão ao princípio da igualdade entre os filhos são instaladas.

No que compete ao concepturo, a Lei Civil prevê a sucessão deles apenas por meio de testamento, conforme art. 1.799, I. No entanto, este dispositivo sequer dispõe expressamente acerca dos filhos do próprio *de cujus*, advindo mediante reprodução póstuma. Trata, em verdade, dos filhos, ainda não concebidos, portanto concepturos, de pessoas por ele indicadas no testamento, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. O legislador contempla, assim, a sucessão da prole eventual.

Em termos filiatórios, cumpre ressaltar que, os filhos do *de cujus* concebidos mediante técnicas de reprodução homóloga, além de serem presumidamente filhos

do autor da herança, possuem com este também a filiação biológica, tendo em vista que possui laços consanguíneos e compatibilidade genética com ele.

O legislador civil limitou-se a garantir os direitos filiatórios desta criança sem, contudo, resguardar os direitos sucessórios dela enquanto herdeira, prevendo apenas a possibilidade da capacidade sucessória deste filho por meio de testamento, constituindo-o, assim, apenas como legatário.

Em um Estado Democrático de Direito, essa situação não pode prosperar, em especial em um país como o Brasil onde o testamento não é obrigatório e se verifica a pouca utilização prática do mesmo. No Brasil, não existe o costume de se falar acerca da morte, tampouco de elaborar cédula testamentária. Intuitivamente, o brasileiro acredita que elaborar um testamento seria o mesmo que agilizar sua morte.

Nesse liame, constata-se, ainda que, do momento em que indivíduos coletam material genético, a fim de promover a procriação artificial, resta estabelecido o latente desejo da maternidade ou paternidade e configurado, portanto, o elemento volitivo da constituição de um projeto parental.

O projeto parental é livre e tendo ele se iniciado em vida, mas, porventura, o indivíduo morre sem antes ser efetivada a procriação com o uso do material genético congelado ou da implantação no útero dos embriões criopreservados, é inconcebível que a morte, por si só, acarreta na revogação do consentimento e na destruição do material genético.

Destarte, garantir a sua sucessão da criança fruto de inseminação homóloga póstuma apenas enquanto legatária, - por analogia do tratamento conferido à prole eventual -, enseja no cerceamento do direito sucessório a ela constitucionalmente garantido, vez que, conforme mencionado, a prática do testamento no Brasil é praticamente inexistente.

Resta evidente, portanto, grave controvérsia existente entre os artigos 1.597, III, e 1.798 do CC/2002. Uma vez considerado filho, deve ter todos os direitos conferidos à essa relação, inclusive, os sucessórios.

É inconcebível uma aplicação meramente positivista desses dispositivos, de forma a não abranger enquanto herdeiro os filhos futuros do *de cuius*. Não devem prosperar

também argumentos acerca da proteção da segurança jurídica dos herdeiros existentes à época da abertura da sucessão.

A petição de herança é a ação, prevista em lei, que possibilita ao herdeiro não abrangido na partilha, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório. O herdeiro possui o prazo de dez anos para que intente esta ação. Inclusive, esta ação pode ser impetrada pelos filhos do *de cuius* havidos por inseminação homóloga póstuma, vez que como a Lei Civil não os elencou como herdeiros, pode ele, por meio desta ação suscitar em sua defesa que lhes sejam garantidos a parte legítima da herança, tendo em vista que são herdeiros legítimos necessários.

Logo, por meio dessa linha de raciocínio, a ação de petição de herança também feriria a segurança jurídica dos já considerados herdeiros. Entretanto, é plenamente permitida pela lei, inclusive possuindo prazo considerável em que essa insegurança jurídica restará estabelecida.

Destarte, não possui pertinência argumentos que visem cercear o direito à legítima que o filho do *de cuius* possui. O princípio da coexistência defendido pelo artigo 1.798, portanto, não deve prosperar, vez que o Direito deve tutelar as inovações advindas da Bioética e garantir a nova realidade fática por ela trazida.

Diante do exposto, é defendido no presente estudo que, se o indivíduo é considerado filho, necessariamente deve ocupar a primeira classe dos herdeiros necessários, juntamente com os seus eventuais irmãos. Insta salientar, para que o concepturo de inseminação artificial homóloga *post mortem* seja considerado herdeiro legítimo necessário e possua seus direitos sucessórios protegidos, deverá vir a nascer com vida.

É conclusivo o entendimento, através da análise dos artigos 1.597 e 1.798 do Código Civil brasileiro, de que o filho concebido mediante reprodução artificial homóloga *post mortem* é sucessor legítimo, não havendo que se falar em diferenciação entre ele e os demais descendentes do sucessor, tendo em vista o respeito aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade de filiação e do livre planejamento sucessório, protegidos constitucionalmente.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Técnicas de Reprodução Assistida e o Biodireito. **Revista IOB de Direito de Família**, publicação periódica, bimestral, v. 11, n. 55, ago./set. 2009, São Paulo: Editora IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., p. 11-25.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coords.) **Biociência e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed.. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

ANDRADE, Wesley Souza de. A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano. **Revista IOB de Direito de Família**, publicação periódica, bimestral, v. 12, n. 54, jun./jul. 2009, São Paulo: Editora IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., p. 193-198.

BOSCARO, Márcio Antônio. **Direito de Filiação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Enunciado 41. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/eventos/l\\_jornada\\_forum\\_saude/enunciados\\_aprovados\\_jornada\\_direito\\_saude.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/eventos/l_jornada_forum_saude/enunciados_aprovados_jornada_direito_saude.pdf)>. Acesso em 19 de set. de 2016

\_\_\_\_\_. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 04 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Código Penal**. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 04 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciado 106. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 18 de set. 2016

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[https://brasil.mylex.net/legislacao/estatuto-crianca-adolescente-eca-art7\\_66952.html](https://brasil.mylex.net/legislacao/estatuto-crianca-adolescente-eca-art7_66952.html)>. Acesso em: 30 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Jornadas de Direito Civil. Enunciado nº 1**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em 19 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Jornadas de Direito Civil. Enunciado nº 2**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 19 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Jornadas de Direito Civil. Enunciado 267**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em 19 de set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 6.015**, de 31 dezembro de 1973. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6015compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm)>. Acesso em: 02 de mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Lei de Transplantes. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434.htm)>. Acesso em: 02 de mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.105**, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm)>. Acesso em: 14 nov. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.804**, de 05 de novembro de 2008. Lei dos Alimentos Gravídicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm)>. Acesso em: 17 nov. 2016.

CAHALI, Francisco José. Sujeitos da Sucessão: Capacidade e Legitimidade. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

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

COLOMBO, Cristiano. Uma Perspectiva Acerca da Presunção de Filiação em Matéria de Fecundação Artificial Homóloga *Post Mortem* e da Legitimidade para Suceder. **Revista IOB de Direito de Família**, publicação periódica, bimestral, v. 11, n. 55, ago./set. 2009, São Paulo: Editora IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda., p. 133-139.

\_\_\_\_\_. **Da Reprodução Homóloga Post Mortem e o Direito à Sucessão Legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3 ed. rev. atual. e amp. São Paulo:

Editora Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 10 ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. 8. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, volume 5: Direito de Família. 26. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Comentado**. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

DONIZETTI, Leila. **Filiação socioafetiva e direito à identidade genética**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil – Parte Geral e LINDB**. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Editora Atlas, 2015, vol. 7.

FARIAS, Cristiano Chaves de., Incidentes à Transmissão da Herança: aceitação, renúncia, cessão de direitos hereditários e petição de herança. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. **Bioética e biodireito**. [S.l.]: Editora Scientia Iuris, v.2/3, 1998/1999, p.46. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/uris/article/view/11274/10040>>. Acesso em: 27 mai. 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. Vol. 7. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

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

\_\_\_\_\_. Filiação e reprodução assistida. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord). **Problemas de direito civil-constitucional**. São Paulo: Editora Renovar, 2000.

GOMES, Orlando. **Sucessões**, 15ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: vol. VII, direito das sucessões, vol. VII. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil Brasileiro**: vol. VI, Direito de Família. 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Ordem de vocação hereditária. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. Direito das Sucessões: introdução. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords). **Direito das sucessões**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações Artificiais e o Direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária. *In*: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 4. ed. Salvador: Jus Podivm, 2006.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

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

MEIRELLES, Ana Thereza. **Neoeugenia e reprodução humana artificial**: limites éticos e jurídicos. Salvador: Editora Juspodivm, 2014.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. **Revista Forense**, publicação trimestral, v. 343, jul./ago./set. 1998, Rio de Janeiro: Editora Forense., p. 157-168.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil. Vol. 1. 26.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013

\_\_\_\_\_. **Instituições de Direito Civil**: Direito das Sucessões. Vol. 6, 22 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. A disponibilidade do material genético – sêmen – após a morte do seu titular. *In*: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**, 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**. Vol. 5. Série Concursos Públicos. São Paulo: Método, 2006.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/artigos/3>>. Acesso em: 13 dez. 2016.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil:** Direito de Família. 11 ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de Família, 15 ed. Vol. 6. São Paulo: Atlas, 2015.