



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO – UAD



LUIZA BEATTRYS PEREIRA DOS SANTOS LIMA

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM: ANÁLISE DOS
EFEITOS JURÍDICOS NO ÂMBITO SUCESSÓRIO**

Sousa – PB
2018

LUIZA BEATTRYS PEREIRA DOS SANTOS LIMA

**INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA POST MORTEM: ANÁLISE DOS EFEITOS
JURÍDICOS NO ÂMBITO SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Coorientador: Prof^a Herika Juliana Linhares Maia

**Sousa – PB
2018**

LUIZA BEATTRYS PEREIRA DOS SANTOS LIMA

**INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA POST MORTEM: ANÁLISE DOS EFEITOS
JURÍDICOS NO ÂMBITO SUCESSÓRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Coorientadora: Prof^a Herika Juliana Linhares Maia

Data de aprovação:

Banca Examinadora

Orientadora: Prof.^a Maria dos Remédios de Lima Barbosa

Coorientadora: Prof.^a Herika Juliana Linhares Maia

Prof.

RESUMO

Devido aos avanços tecnológicos, em especial na área da Biomedicina, é possível que uma pessoa seja concebida após a morte do seu genitor, por meio da Reprodução Assistida Homóloga, em que na maioria dos casos, a técnica a ser utilizada é a inseminação artificial *post mortem*. No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro acompanhou parcialmente esse processo evolutivo da Biotecnologia, haja vista que, apesar da Reprodução Artificial Homóloga *Post Mortem*, não ser proibida no Brasil, não há um permissivo legal, nem constitucional, nem infraconstitucional, que regule especificamente essa prática e estabeleça os seus efeitos jurídicos no âmbito sucessório, existindo tão somente, uma presunção de filiação, nos termos do art. 1597, III, do Código Civil de 2002, dos nascidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, o que demonstra uma preocupação do legislador em respeitar o princípio da igualdade de filiação, previsto no art. 227, §6º, da Constituição Federal. Diante da lacuna legislativa sobre a questão, pois o único instrumento normativo existente é a Resolução nº 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina, que apenas dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de Reprodução Assistida e que são orientações não vinculantes, e não muito precisas, reforça a necessidade de estudar, elucidar e analisar criticamente o tema. Diante disso, o escopo do trabalho foi analisar se a pessoa nascida por inseminação artificial póstuma possui direitos sucessórios e objetivou-se buscar a resposta amparando-se nas vertentes doutrinárias, bem como, na jurisprudência brasileira e nos princípios constitucionais, do Direito de Família e da Bioética. Apesar das divergências jurídicas, por meio da pesquisa bibliográfica, conclui-se que, diante da ausência legislativa e de uma interpretação analógica, dentre as correntes de defesa abordadas, a mais adequada perante o ordenamento jurídico brasileiro, e em especial, perante os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade de filhos, é aquela que reconhece todos os efeitos jurídicos, de filiação e sucessórios, para os nascidos por meio da reprodução assistida homóloga *post mortem*, em que para buscar os seus direitos sucessórios deve ajuizar a ação de Petição de Herança, conforme o art. 1824, do Código Civil, respeitando-se o prazo legal a contar do reconhecimento da filiação, e observando-se as causas impeditivas e suspensivas da prescrição, nos termos dos arts. 197 ao 204 do Código Civil. É por meio de uma análise hipotético-dedutiva e de pesquisas bibliográficas que foi esclarecido os objetivos propostos no presente trabalho.

Palavras-chaves: Reprodução Assistida. Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*. Sucessão. Princípios Constitucionais.

RESUMEN

Debido a los avances tecnológicos, en especial en la área de la Biomedicina, es posible que una persona sea concebida después de la muerte de su progenitor, por medio de la Reproducción asistida homóloga, en cual la mayoría de los casos, la técnica a ser utilizada es la inseminación artificial post mortem. Sin embargo, el ordenamiento jurídico brasileño acompañó parcialmente ese proceso evolutivo de la biotecnología, teniendo en cuenta que, a pesar de la Reproducción Artificial Homóloga Post Mortem, no estar prohibida en Brasil, no hay un permisivo legal, ni constitucional, ni infraconstitucional, que rige específicamente esa práctica y establezca sus efectos jurídicos en el ámbito sucesorio, existiendo tan sólo, una presunción de filiación, en los términos del art. 1597,III, del Código Civil, de los nacidos por inseminación artificial homóloga post mortem, lo que demuestra una preocupación del legislador en respetar el principio de igualdad de filiación, previsto en el art. 227, §6º, de la Constitución Federal. Delante el pleno legislativa sobre la cuestión, pues el único instrumento normativo existente es la Resolución nº 2.121 / 2015 del Consejo Federal de Medicina, que sólo dispone sobre normas éticas para la utilización de las técnicas de Reproducción Asistida y que son orientaciones no vinculantes, y no muy precisas, refuerza la necesidad de estudiar, elucidar y analizar críticamente el tema. En este sentido, el objetivo del trabajo es analizar si la persona nacida por inseminación artificial póstuma posee derechos sucesorios y se objetiva buscar la respuesta amparándose en las vertientes doctrinales, así como en la jurisprudencia brasileña y en los principios constitucionales, del Derecho de Familia y de la Bioética. A pesar de las divergencias jurídicas, por medio de la investigación bibliográfica, se concluye que, ante la ausencia legislativa y de una interpretación analógica, entre las corrientes de defensa abordadas, la más adecuada ante el ordenamiento jurídico brasileño, y en particular, la dignidad de la persona humana y de la igualdad de hijos, es aquella que reconoce todos los efectos jurídicos, de filiación y sucesiones, para los nacidos por medio de la reproducción asistida homóloga post mortem, en que para buscar sus derechos sucesorios debe juzgar la acción de Petición de Herencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1824, del Código Civil, de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 197 al 204 del Código Civil. Es por medio de un análisis hipotético-deductivo y de investigaciones bibliográficas que se pretende esclarecer los objetivos propuestos en el presente trabajo.

Palabras-claves: Reproducción asistida. Inseminación Artificial Homóloga Post Mortem. Sucesión. Principios Constitucionales.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

CC/16- Código Civil de 1916

CC/02- Código Civil de 2002

CCJC- Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania

CFM- Conselho Federal de Medicina

CRFB/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

CTN – Código Tributário Nacional

ECA- Estatuto da Criança e do Adolescente

FIVETE – Fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões

ITCMD – Imposto sobre transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos

MDB- Movimento Democrático Brasileiro

NCPC/15 – Código de Processo Civil

PFL- Partido da Frente Liberal

PL- Projeto de Lei

RA- Reprodução Assistida

REsp- Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ- Superior Tribunal de Justiça

TJDFT- Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 DIREITO DAS SUCESSÕES: DISPOSIÇÕES GERAIS.....	10
2.1 Conceitos, aspectos históricos e fundamento da sucessão.....	11
2.2 Espécies de Sucessão	18
2.2.1 <i>Quanto à fonte que deriva</i>	19
2.2.2 <i>Quanto aos seus efeitos</i>	22
2.3 Abertura da Sucessão.....	25
2.4 Capacidade Sucessória	29
2.5 Da Petição de Herança.....	35
3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i> EM FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DE FAMÍLIA	37
3.1 Bioética, Biodireito e Reprodução Humana Assistida	38
3.2 Princípios Informadores Aplicáveis à Reprodução Humana Assistida.....	49
3.2.1 <i>Do respeito à Dignidade da Pessoa Humana</i>	53
3.2.2 <i>Princípio da Igualdade e do Melhor Interesse da Criança e Adolescente</i>	55
3.2.3 <i>Princípio do Planejamento Familiar e da Paternidade Responsável</i>	58
4 INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E OS EFEITOS JURÍDICOS NO ÂMBITO SUCESSÓRIO	64
4.1 Da Filiação e da Presunção de Paternidade	64
4.2 As posições doutrinárias acerca dos efeitos sucessórios da inseminação artificial <i>post mortem</i>	69
4.2.1 <i>Corrente Restritiva ou Excludente</i>	70
4.2.2 <i>Relativamente Excludente</i>	72
4.2.3 <i>Corrente Inclusiva</i>	75
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	82
REFERÊNCIAS.....	85

1 INTRODUÇÃO

O progresso científico permitiu melhorar a qualidade da vida humana, solucionando muitos problemas sociais e proporcionando à humanidade mais praticidade, celeridade, e informações em tempo real. Houve um avanço do conhecimento e da prática científica no campo da Biomedicina e da Biotecnologia, possibilitando a realização da Reprodução Humana Assistida, ressaltando-se que, deve-se harmonizar o uso dessas técnicas com as normas éticas, bem como com os princípios da Bioética e do Biodireito, haja vista que, durante a Segunda Guerra Mundial, muitas práticas médicas feriram a dignidade da pessoa humana,

A ciência evoluiu tanto que se tornou possível que um ser humano fosse concebido após a morte do seu genitor por meio da Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem*, em que na maioria dos casos, utiliza-se da técnica de Inseminação Artificial Homóloga, ou seja, a viúva desejando realizar o projeto parental que fora interrompido por forças alheias a sua vontade, que é a morte do seu ex companheiro ou marido, busca perante a clínica especializada, conceber sua prole com o material genético (embrião, sêmen ou tecido germinativo) criopreservado do falecido.

Dessa forma, o nascimento de uma pessoa concebida por inseminação artificial homóloga *post mortem*, por ser uma questão atual, relevante, e que abarca não apenas a ciência do Direito, mas exige a interdisciplinaridade de muitas outras, tal como, a Biologia, Medicina, Biotecnologia, Biomedicina, e em especial, a Bioética, Biodireito, repercute na seara social, ética e, sobretudo na jurídica, exigindo do operador do direito um estudo integralizado com essas ciências.

No entanto, apesar do avanço biotecnológico possibilitar a realização de uma inseminação artificial homóloga *post mortem*, infelizmente o ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou essas mudanças técnico-sociais, pois existe uma grande lacuna legislativa sobre essa problemática, cabendo à doutrina e jurisprudência solucionar tal questão tormentosa, complexa, e que gera muitas divergências jurídicas, haja vista, que foge a regra da capacidade sucessória e do princípio da coexistência, conforme o art. 1798 do Código Civil, de que a pessoa para herdar precisa estar nascida ou pelo menos concebida ao tempo da morte do autor da herança, o que justifica a importância do referido estudo, pelo simples fato de que o

Direito ficou estagnado e não acompanhou os anseios sociais, pois o nascido por meio da Reprodução Assistida póstuma não deve ficar desprotegido juridicamente.

Não há um proibitivo legal, nem muito menos normas constitucionais ou infraconstitucionais que regulem a questão, havendo uma grande lacuna legislativa, sobretudo na seara do direito sucessório, pois existe apenas a Resolução nº 2.168/17, não vinculante, que aduz sobre as normas éticas que devem ser aplicadas na Reprodução Humana Assistida, e dispõe que para que a *post mortem* seja lícita é necessário o consentimento expresso do doador do material genético para a utilização do material após a sua morte. O Código Civil Brasileiro, apenas reconhece os direitos de filiação para os havidos por fecundação artificial homóloga *post mortem*, nos termos do art. 1597, inciso III. Há inclusive divergências jurisprudenciais sobre o procedimento, pois, há um julgamento que não autorizou a realização da prática por inexistir a manifestação de vontade do *de cuius* de procriar post mortem, e outro, que autorizou fundamentando na coleta de provas testemunhais, o que evidencia a complexidade e a relevância de elucidar o tema.

Diante disso, questiona-se: nascendo uma pessoa por meio da inseminação artificial homóloga *post mortem*, tendo em vista o direito do reconhecimento de filiação, terá ela também capacidade sucessória para herdar do seu genitor?

Assim, o objetivo geral do presente trabalho é verificar se existem efeitos jurídicos no âmbito sucessório para o nascituro fruto de inseminação artificial homóloga *post mortem*, com base no ordenamento jurídico brasileiro, nas correntes doutrinárias e com as jurisprudências, se houver. Cita-se como objetivos específicos: analisar a (im)possibilidade da pessoa concebida por inseminação artificial póstuma poder herdar do genitor falecido, nos termos do Código Civil; Elucidar a forma sucessória mais adequada perante o ordenamento jurídico brasileiro e os princípios informadores desse procedimento; verificar qual a condição do estado civil que é imposta para a mãe do nascituro *post mortem* do *de cuius*.

O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo, pois por meio dele é possível deduzir definições sobre a questão, mesmo que não existam casos concretos do que se pesquisa, utilizando-se do método dedutivo, que tem o objetivo de explicar o conteúdo da premissa do geral para o particular, e das conclusões gerais alcançadas de circunstâncias do método indutivo, analisando-se fatos ou fenômenos previamente estudados, correntes doutrinárias, a legislação brasileira, julgados importantes; Também objetiva-se alcançar os objetivos por meio de

pesquisas bibliográficas, elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, monografias, artigos de periódicos e atualmente via eletrônico.

Pretende-se desenvolver o tema em três capítulos, nos quais o primeiro capítulo é composto de noções gerais sobre o Direito Sucessório, trazendo conceito, aspectos históricos, petição de herança, e sobre espécie, abertura e capacidade sucessória; O segundo capítulo abarca sobre o conceito e as particularidades da Reprodução Humana Assistida, em especial, a *post mortem*, e seus reflexos nas questões do Biodireito, Bioética e seus princípios basilares, bem como nos princípios constitucionais e do direito de Família; Por fim, o terceiro capítulo, engloba os efeitos jurídicos dos nascidos por essa técnica no âmbito do direito de família, e, sobretudo os possíveis efeitos sucessórios, amparando-se nas três vertentes doutrinárias.

2 DIREITO DAS SUCESSÕES: DISPOSIÇÕES GERAIS

No presente capítulo, objetiva-se estudar alguns aspectos gerais do Direito das Sucessões, pois, é o ramo do direito que disciplina a transmissão *causa mortis* do patrimônio do autor da herança para os seus sucessores, sendo de suma importância o entendimento dessas disposições gerais para uma melhor compreensão da problemática que será abordada no presente trabalho. Assim, serão estudados os aspectos históricos e o fundamento da Sucessão, pois, a que temos contemporaneamente é fruto de uma origem na Antiguidade, ligada à família e religião, que fez com que a propriedade se perpetuasse.

Será apresentada a classificação da sucessão quanto à sua fonte, que pode ser legítima e/ou testamentária. Na primeira, os sucessores, denominados de legítimos, serão indicados pela lei por uma ordem preferencial, diante da ausência de testamento, ou se este caducar ou for julgado nulo; por sua vez, será testamentária, quando decorrer de uma manifestação de última vontade do *de cuius* em testamento, este que somente será válido quando atender todas as disposições legais do Código Civil.

Quanto aos seus efeitos, será estudado que a sucessão poderá ser a título universal ou singular. Será a título universal quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade ou parte alíquota da herança; será a título singular, quando o testador beneficia alguém com um bem certo e determinado. Abre-se a sucessão no exato momento da morte, transmitindo-se desde logo, o domínio e a posse, pelo Princípio da *Saisine*, aos herdeiros.

O ponto de partida do trabalho é o estudo do art. 1798, do CC/02, pois, de acordo com supracitado tem vocação hereditária para suceder, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do autor da herança. Inquestionável que a lei põe a salvo o direito do nascituro, e dispõe algumas exceções da capacidade sucessória, desde que seja em testamento, sendo uma dessas exceções a prole eventual (BRASIL,2002).

No entanto, será apontado que diante dos avanços progressivos da biotecnologia e da medicina, tornou-se possível a inseminação artificial *post mortem*, um tema atual, polêmico e de muita relevância jurídica, pelo fato da legislação brasileira ainda não dispor sobre muitas questões importantes, dentre elas, se o filho concebido pelo método de reprodução assistida póstuma tem direito à herança.

2.1 Conceitos, aspectos históricos e fundamento da sucessão

O conceito da palavra “sucessões” em sentido amplo pode ser compreendido, como o ato pelo qual uma determinada pessoa assume o lugar da outra, ocorrendo a transferência da titularidade dos bens (GONÇALVES, 2017). Logo, é a continuação de uma relação jurídica por uma pessoa, em decorrência da cessação dos atos do sujeito primitivo nas relações de direito, seja por atos *inter vivos* ou *causa mortis* (FIUZA, 2008).

Assim, quando uma pessoa falece, as relações jurídicas do sujeito primitivo ou do de *cujus*, serão ocupadas pelos seus herdeiros, que passam, por substituição *causa mortis*, a serem titulares de bens e direitos.

Nos casos das sucessões por atos *inter vivos*, cuidará outros ramos do direito, como o Direito das Coisas e das Obrigações (FIUZA, 2008). É muito frequente no Direito das Obrigações o ato de compra e venda, em que pode ocorrer a transferência da propriedade pelo registro ou pela tradição, a título gratuito ou oneroso.

A substituição obrigacional é diferente da substituição do Direito das Sucessões pelo seu sentido restrito, haja vista que a substituição sucessória é decorrente da *causa mortis*, ou seja, do falecimento de alguém (GONÇALVES, 2017).

Logo, pode-se entender que a substituição é a mudança da titularidade de uma relação de direito de um sujeito para outro, em que poderá ser por ato *inter vivos*, como numa compra e venda, pois, ambos os sujeitos estão vivos no momento da transferência da titularidade, a título gratuito ou oneroso; ou por *causa mortis*, em que para ocorrer faz-se necessário a morte de alguém, havendo a substituição a título gratuito, pois, não há nenhum encargo oneroso para ser herdeiro.

Diniz (2014) entende esse sentido restrito da sucessão como sendo a transferência total ou parcial de uma herança, para um ou mais herdeiros do falecido, que no conceito subjetivo está ligado ao direito que uma pessoa tem constitucionalmente de recolher os bens da herança, e na definição objetiva, concentra-se na universalidade dos bens do espólio, com todos os seus direitos e encargos.

Merece transcrição a definição de Diniz (2014, p.17):

O direito das sucessões vem a ser o conjunto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro, em virtude de lei ou de testamento (CC art.1786). Consiste, portanto, no complexo de disposições jurídicas que regem a transmissão de bens ou valores e dívidas do falecido, ou seja, a transmissão do ativo e do passivo do *de cuius* ao herdeiro.

Dessa forma, pode-se conceituar o Direito das Sucessões, como sendo um ramo do Direito Civil, que disciplina a transmissão do patrimônio ativo e passivo de alguém que faleceu (*de cuius*) aos seus sucessores, sejam estes legítimos ou testamentários.

Destarte, falecendo o autor da herança, que é o sujeito ativo da sucessão, os seus sucessores, que são os sujeitos passivos, irão assumir a posição do *de cuius*, sem haver nenhuma alteração nas relações de direito, havendo tão somente uma substituição dos sujeitos, pois, existirá uma continuação das relações jurídicas por aqueles que passam a ter as titularidades de direitos e obrigações advindas do patrimônio do autor da herança, mudando-se o polo subjetivo, e mantendo-se a titularidade, o conteúdo e o objeto dessa universalidade de bens.

Formulado o conceito do Direito das Sucessões, é de suma importância a compreensão da origem histórica desse instituto, pois, a ideia da qual temos hoje, só veio a surgir com a conquista da propriedade individual, haja vista que, como primordialmente os bens pertenciam à coletividade, não havia a discussão do que era herança, nem sucessão, pois, tudo pertencia a um grupo (FIUZA, 2008).

Somente depois de muitos anos, a propriedade passou a ter um caráter familiar e individualizado, sob a direção de um chefe, em que com sua morte, um novo chefe deveria o suceder. De início, a aquisição da propriedade individual, fundamentava-se no aspecto religioso, pois, era preciso que o defunto tivesse o continuador que lhe oferecesse um banquete fúnebre e realizasse os demais sacrifícios para cultuar os seus antepassados. Era calcada no direito da primogenitura, em que o filho mais velho recebia do *pater famílias*, a chefia da família e do patrimônio familiar (FIUZA, 2008).

Dispõe Coulanges (1996, p.17) que:

Como, entre os antigos, o morto necessitava de alimento e de bebida, concebeu-se ser dever dos vivos satisfazer-lhe esta sua necessidade. O cuidado de levar aos mortos os alimentos não foi relegado ao capricho ou aos sentimentos variáveis dos homens; foi obrigatório.

Assim, os cultos aos mortos, era a crença de que existiam necessidades terrenas após a morte, tais como, alimentação e bebidas, cabendo aos sobreviventes o dever de cultuá-los através da religião doméstica, não podendo, pois, renegar ou deixar de exercer tal obrigação para com o falecido.

De acordo com Gonçalves (2017), o Direito das Sucessões tem a sua origem na Antiguidade, sempre ligado à família e religião, sendo que na Roma, na Grécia e na Índia, a religião teve um papel importante para a agregação familiar. Os cultos deveriam ser realizados nos altares domésticos pelos seus sacerdócios, em que à época caberiam aos herdeiros homens. A sucessão nesse tempo e durante séculos apenas se transmitia pela linha sucessória masculina, cabendo a herança ao primogênito varão.

Acrescenta Coulanges (1996, p. 58 e 59):

O direito de propriedade, tendo-se estabelecido para a perpetuação de um culto hereditário, não podia desaparecer ao longo da existência de um indivíduo. O homem morre, o culto permanece; o fogo sagrado nunca deve extinguir-se nem o túmulo ficar abandonado. Com a continuação religiosa doméstica, o direito de propriedade permanece.

(...)

Para se ter ideia verdadeiramente da hereditariedade entre os antigos, devemos alhear-nos da imagem de fortuna passando de mão em mão. A fortuna é imóvel como o fogo sagrado e o túmulo aos quais se acha unida. O homem é que passa. É o homem que, assim que a família estende suas gerações, chega à hora marcada para continuar o culto e cuidar da sua propriedade.

Dessa maneira, era através do culto hereditário que a propriedade se perpetuava, pois, se um homem morria o fogo sagrado e o túmulo não deveriam ser extintos ou esquecidos, pois, sem a continuação da religião doméstica, não haveria propriedade. Logo, a hereditariedade para os antigos, seria de atribuição do homem, para cultuar e cuidar da propriedade, pois, a fortuna a época era como um fogo sagrado e imóvel que seria passado de mão em mão pelo homem.

A evolução histórica da sucessão torna-se mais visível no Direito Romano, em especial na Lei das XII tábuas, pois, o *pater familias* tinha uma liberdade ilimitada de dispor do seu patrimônio como bem entendesse, e caso não o fizesse, a própria Lei dispunha de três classes de herdeiros, que seguidamente poderiam herdar: *a sui*, *agnati* e *a gentiles* (GONÇALVES, 2017).

Com o passar do tempo, a aquisição da propriedade familiar deixou de ser um fim unicamente religioso e passou a ter um escopo preferencialmente econômico,

havendo a necessidade da sua continuidade pela prole, pois, a sua acumulação era sinônimo de segurança (FIUZA, 2008).

Portanto, a origem histórica da sucessão tornou-se mais nítida no Direito Romano, em que nos primórdios não existia a necessidade de se questionar o que era herança, nem sucessão, pois, tudo era de um grupo. Tempos depois, com as celebrações dos cultos domésticos, a sucessão tinha um fim unicamente religioso, pois, acreditavam que sem a religião, que era continuada pelo filho varão, não haveria segurança do lar, nem propriedade. Somente depois de algum tempo, que a aquisição da propriedade passa a ter um fim predominantemente econômico.

Ressalta-se que era um costume romano a sucessão testamentária, haja vista que, deveria o cidadão romano na feitura do seu testamento, indicar a quem caberia a destinação do seu patrimônio após sua morte, pois, consideravam uma desonra e um verdadeiro temor a ocorrência de uma morte sem testamento (GONÇALVES, 2017).

Assim, para os romanos, morrer sem um testamento era uma verdadeira desgraça, maldição e vergonha, pois, naquela época a aquisição de uma propriedade, como regra, não existia fora dos cultos domésticos, sendo que só era possível a aquisição e a segurança do lar através da continuidade das práticas dos cultos religiosos de cada família, razão pela qual havia uma necessidade singular de existir um culto hereditário que seria passado pela linha hereditária masculina para o filho varão, com o intuito de se preservar e perpetuar a propriedade familiar, a religião, e a segurança do lar.

Dispõe Venosa (2010, p. 2) que:

Assim, a aquisição da propriedade fora do culto era exceção. Por essa razão, o testamento sempre foi muito importante em Roma e nos demais povos antigos, assim como o instituto da adoção. A morte sem sucessor traria a infelicidade aos mortos e extinguiria o lar, segundo acreditavam. Cada religião familiar era própria e específica de cada família, independia do culto geral da sociedade. Por meio da adoção e do testamento, o romano impedia que se extinguisse a religião.

Dessa forma, a sucessão por testamento no Direito Romano era uma regra, pois, decorria da necessidade do romano ter, quando do seu falecimento, um sucessor que pudesse dar continuidade aos cultos familiares, evitando a extinção da religião. Por fim, a sucessão testamentária não convivia com a sucessão legal, em que na falta do testamento, a lei indicava um sucessor.

Aponta Fiuza (2008) que o nosso direito das Sucessões, é a fusão do Direito Germânico, que não admitia a sucessão por testamento, e do Direito Romano, que concedia amplas liberdades para testar. Diante do histórico da sucessão, em que se baseia o seu fundamento? Para Diniz (2014, p. 19): “Na verdade, poder-se-á dizer que o fundamento do direito sucessório, é a propriedade, conjugada ou não com o direito de família”.

Destarte, defende que a transferência dos bens advindos por *causa mortis* é uma decorrência importante e essencial para o direito de propriedade, pois, independente de estar aliada com o direito de família, uma das particularidades de sua existência é a perpetuidade, que só pode ser possível se for passada de gerações para gerações por meio da transmissão, ou seja, da substituição *causa mortis*.

Diniz (2014), também entende que o objeto da sucessão hereditária é a própria herança, ou seja, o patrimônio do falecido, tanto no seu ativo como no seu passivo, que se transmite aos herdeiros legatários ou testamentários, com exceção daqueles que forem personalíssimos ou inerentes à pessoa do morto. Defende a indivisibilidade da herança como uma universalidade *juris*, que permanecerá indivisível até a partilha, existindo um regime de condomínio forçado, aplicando, pois, ao direito de cada um, em caso de mais de um herdeiro, as regras do Código Civil que regem sobre o condomínio.

Por fim, o vigente Código Civil Brasileiro, regulamenta o Direito das Sucessões no seu livro V, dividindo-o em quatro partes, a saber: da Sucessão em Geral, em que abarca: da sucessão legítima e testamentária; da administração da herança, da vocação hereditária, da aceitação e renúncia, dos excluídos da sucessão, da herança jacente, petição de herança; da Sucessão Legítima, quando se opera em virtude de lei, por ordem de vocação hereditária; da Sucessão Testamentária, que dispõe sobre as normas de validade para as disposições de última vontade; e por fim, do Inventário e Partilha, que tratará do procedimento de arrecadação do ativo e passivo, identificação dos sucessores, liquidação do passivo, cálculo do ITCMD, realização da partilha, além das disposições sobre as colações e sonegação (BRASIL, 2002).

2.2 Espécies de Sucessão

Prescreve o art.1786 do Código Civil que: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002).

Diante do exposto, para Diniz (2014), pode-se classificar as sucessões quanto à fonte que deriva (art.1786, do CC/02) e quanto aos seus efeitos, a qual se passa ao seu estudo.

2.2.1 Quanto à fonte que deriva

A sucessão, quanto à fonte que deriva, nos termos do art. 1786, do CC/02, pode ser legítima, quando resulta em virtude da lei, ou testamentária, quando resulta de uma manifestação de última vontade, proveniente de um testamento ou codicilo (BRASIL, 2002).

Proclama o art. 1788 do Código Civil sobre a sucessão legítima:

Art. 1.788. Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo (BRASIL,2002).

Assim, a sucessão legítima, é aquela resultante de lei, em casos de falecimento do autor da herança sem deixar testamento, ou em havendo algum, não o será cumprido por ser nulo, anulável, caduco ou por ter sido rompido.

Existindo um testamento e este não compreender todos os bens do patrimônio do falecido, coexistirá a sucessão legítima. Dessa forma, o patrimônio passa a ser dos herdeiros a quem a lei atribui uma vocação hereditária pela sucessão legítima ou “*ab intestato*” (DINIZ, 2014).

Portanto, morrendo uma pessoa *ab intestato*, ou seja, sem testar, ou tendo deixado, o testamento caducou, ou tornou-se nulo, anulável, rompido ou não compreende todos os bens do patrimônio do de *cujus*, a herança será transmitida a seus herdeiros legítimos, que estão expressamente indicados na lei, por uma ordem de preferencial.

De acordo com Venosa (2010, p. 119):

A chamada dos herdeiros é sucessiva e excludente, isto é, só serão chamados os ascendentes na ausência de descendentes, só será chamado o cônjuge sobrevivente isoladamente, na ausência de ascendentes, e assim por diante.

No que lhe concerne, tal ordem é preferencial porque o chamamento para suceder é feito por classes, em que a mais próxima exclui a mais remota, e dentro de uma mesma classe, a preferência é estabelecida pelo grau, o mais afastado será excluído pelo mais próximo (GONÇALVES, 2012). A ordem de preferencial também chamada de ordem de vocação hereditária, que pela leitura do art. 1829 do CC/02, será:

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 (BRASIL,2002).

Em linhas gerais, concorrerão os descendentes com o cônjuge ou companheiro sobrevivente sob o regime: de separação consensual de bens; e de comunhão parcial, no que tange apenas aos bens particulares do autor da herança; e de participação final nos aquestos. Ressalta-se que o cônjuge ou companheiro sobrevivente e o *de cujus*, não devem estar separados judicialmente, nem de fato há mais de 2 (dois) anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente (LISBOA,2012).

Dessa forma, não haverá concorrência quando o regime de bens for o da comunhão universal, da separação obrigatória, e da comunhão parcial quando inexistir bens particulares do *de cujus*.

Inexistindo descendentes, chama-se os ascendentes e, em concurso, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens do casamento civil. Os parentes colaterais até o quarto grau (irmão, tio, sobrinho ou primo), serão chamados a suceder quando somente inexistir as três classes precedentes, na qual terão preferência os colaterais de grau mais próximo ao *de cujus* (LISBOA, 2012).

Dessa forma, a sucessão legítima será a vontade presumida do *de cujus*, que ocorrerá conforme a ordem preferencial do art. 1829, do CC/02, que será feita por classes, sendo a primeira classe, a dos descendentes, em que os mais próximos preferem aos mais remotos (filhos aos netos, netos aos bisnetos, etc.), em que concorrerão com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, em regimes de separação

convencional de bens, na comunhão parcial no que tange aos bens particulares do falecido e na participação final nos aquestos. Assim, a próxima classe, a dos ascendentes, só será chamada quando não for possível o chamamento da anterior e assim por diante (BRASIL, 2002).

Da mesma forma, na classe dos ascendentes, os próximos também preferem aos mais remotos, assim os pais do falecido preferem aos avós, os avós preferem aos bisavós, etc. A diferença é que na classe ascendente a sucessão se dará por linhas. No mais, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, sempre concorrerá com os ascendentes do falecido independentemente do regime de casamento. Por fim, a classe dos colaterais, só será chamada se inexistir as anteriores, os irmãos preferindo aos tios, os tios aos primos, e os sobrinhos aos tios.

Na inexistência de herdeiros (sem parente sucessível, nem cônjuge ou companheiro, ou tendo eles renunciado), a herança passará por um processo longo e complexo, em que de início será declarada a herança jacente e, em seguida, vacante, devolvendo-se os bens ao Município ou ao Distrito Federal, quando localizados nas respectivas circunscrições, ou à União, quando situados em territórios federais (LISBOA, 2012).

Dessa maneira, falecendo o autor da herança e não tendo conhecimento de sucessor na legítima nem na testamentária ou inexistindo herdeiros legítimos para receber os bens que não foram abarcados na testamentária, a herança passará por uma fase provisória, denominada de Jacente, em que é um procedimento prévio para que posteriormente seja declarada vacante, na qual haverá o incorporamento em definitivo pela respectiva Administração Direta de onde os bens se situam.

Aponta Gonçalves (2012, p.42) que a sucessão legítima é a mais costumeira no Brasil:

A sucessão legítima sempre foi a mais difundida no Brasil. A escassez de testamentos entre nós é devida a razões de ordem cultural ou costumeira, bem como ao fato de o legislador brasileiro ter disciplinado muito bem a sucessão *ab intestato*, chamando a suceder exatamente aquelas pessoas que o *de cujos* elencaria se, na ausência de regras, tivesse de elaborar um testamento.

Assim, a sucessão legítima expressa uma vontade presumida do *de cujus* para que essas pessoas indicadas por lei herdem, pois, se não quisesse, teria o falecido deixado outra ordem hereditária através de um testamento. No que lhe concerne, a sucessão testamentária, menos difundida no Brasil, é aquela

proveniente de uma disposição de última vontade de uma pessoa em testamento válido.

Vigora o princípio da liberdade de testar, desde que observadas as regras dos herdeiros necessários, que são: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge sobrevivente (art. 1845, do CC/02), em que por lei, têm a garantia da legítima, que corresponde a metade dos bens da herança (DINIZ,2014).

Dessa forma, compreende-se que a herança será dividida em duas partes iguais, em que o testador só poderá livremente dispor de uma delas, que é porção disponível, que corresponde à metade do patrimônio, pois, a outra pertence por lei a legítima, assegurada para os herdeiros necessários pelo art.1846, do Código Civil.

Importante ressaltar que nos termos do art. 1788, 2ª parte, do CC/02 a sucessão legítima e a testamentaria podem coexistir, quando o testamento não compreender todos os bens do patrimônio do falecido, aplicando a ordem da vocação hereditária para os bens não inclusos na disposição, como já exposto anteriormente (BRASIL, 2002).

Outra observação que merece destaque, é que a lei apenas restringe a liberdade de testar se houver herdeiros necessários. Dessa forma, não havendo, pela aplicação do art. 1850, do CC/02, a liberdade de testar será plena, afastando até mesmo os herdeiros colaterais da sucessão (GONÇALVES, 2017).

Assim, se uma pessoa só tem irmãos, sobrinhos, tios ou primos, não tendo pais, avós, bisavós, nem filhos ou netos e nem companheiro ou cônjuge, pode por manifestação de vontade, em testamento, dispor de todo o seu patrimônio, pois, não há que se falar da reserva para herdeiros necessários, se não os têm, podendo assim, livremente fazer a disposição do seu patrimônio.

2.2.2 Quanto aos seus efeitos

De acordo com DINIZ (2014), quanto aos seus efeitos, a sucessão poderá ser classificada a título universal ou singular. Será a título universal, quando o autor da herança beneficiar o herdeiro na transferência da totalidade ou de parte determinada do seu patrimônio (fração ou parte alíquota), sub-rogando, abstratamente, o herdeiro no lugar do *de cujus*, passando a ser titular do ativo e passivo da herança ou de uma parte dela, numa quota-parte. Surge assim, o herdeiro.

Dessa forma, a sucessão será a título universal, quando um herdeiro for beneficiário de toda uma herança, ou de parte dela, em que passará a ser titular do ativo e passivo do patrimônio na porção que receber, ocorrendo uma sub-rogação abstrata.

Frisa-se que a sucessão legítima será sempre a título universal, pois, haverá uma transferência da totalidade ou de parte ideal do patrimônio do falecido para os herdeiros (GONÇALVES, 2012).

Logo, a sucessão legítima será sempre a título universal, pois, não há uma disposição de um bem específico, certo e determinado para o herdeiro, mas uma totalidade da herança, ou uma quota-parte que será apurada e individualizada posteriormente.

Por sua vez, para Gonçalves (2012, p.44) a sucessão será a título singular quando: “Na sucessão a título singular, o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado, denominado legado, como um veículo ou um terreno, por exemplo”.

Portanto, a sucessão será a título singular quando o testador, em disposição de última vontade, testar coisa determinada e individualizada para alguém, transferindo para uma determinada pessoa um objeto certo e determinado, surgindo assim o legatário, que se sub-rogará, concretamente, na titularidade jurídica de uma determinada relação de direito.

O legatário não se responsabilizará pelos débitos e encargos da herança, já que está havendo a sucessão *in rem aliquam singularem*, não representando o morto (DINIZ,2014).

Assim, se uma pessoa contempla alguém em testamento, com uma coisa certa, determinada, ou singularizada em espécie, gênero, quantidade e qualidade, (exemplo: uma determinada casa, um carro, um anel, etc.) surge o legatário, que não representa o falecido, mas apenas o sub-roga na titularidade desses bens.

Gonçalves (2012, p. 45) faz uma importante diferenciação entre o legatário e o herdeiro:

Legatário, portanto, não é o mesmo que herdeiro. Este sucede a título universal, pois a herança é uma universalidade; aquele, porém, sucede ao falecido a título singular, tomando o seu lugar em coisa certa e individualizada.

Logo, como a herança é uma universalidade de bens, o herdeiro será beneficiado a título universal, pois, receberá a totalidade ou parte da mesma. Por sua vez, o legatário, será contemplado a título singular, pois, receberá por testamento, uma coisa certa, singularizada e individualizada pelo *de cuius*.

Para Gonçalves (2012), quanto às espécies de sucessores, o herdeiro pode ser: legítimo, testamentário ou instituído, herdeiro legatário, herdeiro universal, herdeiro necessário, legitimário ou reservatário.

Como já exposto, o herdeiro legítimo será sempre contemplado a título universal, indicado pela lei por uma ordem preferencial e o herdeiro legatário será contemplado em testamento, a título singular, para receber coisa certa e determinada. O testamentário ou instituído é aquele beneficiado pelo falecido em testamento para receber uma parte ideal do acervo, sem individualização dos bens.

Aduz Gonçalves (2012), que o herdeiro universal é o único herdeiro de uma pessoa, que receberá a totalidade da herança, seja por adjudicação, seja por virtude de lei, seja por renúncia de herdeiros ou por testamento. O herdeiro necessário, legitimário ou reservatário é o descendente, ascendente sucessível e o cônjuge não excluído da sucessão por indignidade ou deserdação.

Assim, se uma pessoa é herdeira única, exemplo: filho único receberá todos os bens da herança, seja por adjudicação; ou por lei por ser legítimo; ou quando, por exemplo, havendo dois filhos, um renuncia; ou quando uma pessoa, por ter apenas parentes colaterais até o 4º grau, contempla em testamento uma única pessoa. No mais, os descendentes, ascendentes e o cônjuge são herdeiros necessários, pois inexistindo os casos de exclusão do direito de herança por indignidade ou deserdação, sempre terão por lei, no mínimo, a reserva da metade da herança.

No mais, dispõe Gonçalves (2012, p. 45) que:

O nosso direito não admite outras formas de sucessão, especialmente a contratual, por estarem expressamente proibidos os pactos sucessórios, não podendo ser objeto de contrato de herança de pessoa viva (CC art.426).

Assim, os pactos sucessórios, condenados no direito romano, chamados à época de *pacta corvina*, são proibidos no Código Civil pelo seu art. 426, não podendo ser objeto de negócio jurídico a herança de uma pessoa que ainda existe, ou seja, que esteja viva.

No entanto, o art. 2018 do Código Civil, excepciona tal regra: “É válida a partilha feita por ascendente, por ato entre vivos ou de última vontade, contanto que não prejudique a legítima dos herdeiros necessários” (BRASIL, 2002).

Portanto, os pais podem, por ato *inter vivos*, partilhar o seu patrimônio entre os seus descendentes (filhos, netos, bisnetos, etc.), desde que a legítima dos herdeiros necessários, que corresponde a metade da herança, não fique prejudicada.

Lembrando que eventuais contemplações realizadas pelo falecido em vida aos seus descendentes diretos serão consideradas adiantamento da legítima, devendo ser colacionadas pelos herdeiros no inventário (LISBOA, 2012). Assim, se um pai, em vida, contemplou um de seus filhos com uma casa, tal ato é considerado adiantamento da legítima, devendo o filho beneficiado, no inventário, colacionar o que recebeu para que a partilha não seja injusta.

2.3 Abertura da Sucessão

O livro V Do Direito das Sucessões, assim como no Código Civil de 1916, também é o último no Código Civil de 2002. Segundo Tartuce (2017), essa posição enciclopédica do livro, justifica-se pelo fato da morte encerrar o ciclo de qualquer codificação que regulamente a vida social de uma pessoa humana.

De acordo com Gagliano & Pamplona-Filho (2017, p. 1354):

Sob o prisma eminentemente jurídico, temos que a morte, em sentido amplo, é um fato jurídico, ou seja, um acontecimento apto a gerar efeitos na órbita do Direito. No entanto, a depender da circunstância, o enquadramento deste fato poderá, em nível subtipológico, variar: a morte natural de uma pessoa de avançada idade é, nessa linha, um “fato jurídico em sentido estrito”; ao passo que um homicídio traduz um “ato ilícito”.

Dessa forma, Gagliano & Pamplona-Filho, entendem a morte da pessoa física como um fato jurídico, ou seja, um acontecimento social, sendo, pois, um termo com data incerta, que encerra o ciclo existencial da vida humana, e que, por conseguinte, repercutirá na seara jurídica.

Para o art. 6º do Código Civil, a pessoa física deixa de existir com o advento de sua morte, que poderá ser real ou presumida, esta com ou sem decretação de ausência, em que a partir desse termo final, autoriza-se por lei a abertura da sucessão (BRASIL, 2002). Faz-se importante a leitura dos seguintes dispositivos:

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.

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. (BRASIL, 2002).

A morte real, também chamada de morte natural, ocorre com a morte cerebral de uma pessoa física, em que pode ser atestada por qualquer profissional da medicina a partir do reconhecimento do corpo. Por sua vez, além da morte real, o direito também disciplina a morte presumida, tratando-se de uma ficção legal, por inexistir um corpo a ser identificado, sendo assim, uma morte justificada, que poderá ocorrer com ou sem o processo de decretação de ausência, a depender da situação e do risco de vida (GAGLIANO & PAMPLONA-FILHO, 2017).

Portanto, a morte de uma pessoa física poderá ser real ou presumida. Será real quando houver um corpo, e presumida quando não houver, e não puder ser atestado por um profissional de medicina a morte cerebral como se dá naquela. Por isso diz que a morte presumida é uma morte justificada, porque não há possibilidade do reconhecimento do corpo devido a algumas situações, a exemplo: desaparecimento de alguém, acidentes aéreos, guerras e entre outras situações, que a depender do risco de vida, poderá passar pelo processo da decretação de ausência, que é mais longo, ou sem decretação de ausência.

Quando uma pessoa desaparece sem deixar notícias nem representante para cuidar do seu patrimônio, ou deixando representante, este não queira ou não possa assumir, torna-se uma ausência mais delicada, em que somente haverá a presunção da morte com o processo de decretação de ausência nos termos dos artigos 22 ao 39 do CC/02, em que primeiro ocorrerá a fase da sucessão provisória, e em seguida, a definitiva (GONÇALVES, 2017).

Nos termos dos artigos 22 ao 25, do CC/02, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, haverá a declaração de ausência pelo juiz e nomeação de um curador, para evitar o perecimento dos bens. A lei autoriza em seu art. 26 do CC/02, que os herdeiros ou quaisquer interessados, requeiram a abertura

da sucessão provisória, a contar de três anos da arrecadação dos bens, se o ausente tiver deixado representante ou procurador. Inexistindo a indicação de curador pelo ausente, conta-se de um ano da arrecadação (BRASIL, 2002).

Passado dez anos do trânsito em julgado da sentença de abertura da sucessão provisória ou se na data do desaparecimento o ausente já contava com 80(oitenta) anos e já percorridos cinco anos sem notícias suas, poderão os interessados, requerer em juízo a sucessão definitiva (BRASIL, 2002).

Por sua vez, o processo de morte presumida sem decretação de ausência, será aplicada nos casos do art. 7º, incisos I e II, do CC/02, sendo um processo mais simplificado, que diante da alta probabilidade de risco de vida, não exige a necessidade do período de prova (BRASIL, 2002).

Pontua Gonçalves (2017, p. 970) que:

Desse modo, o novel dispositivo abrange não somente aqueles que desapareceram em alguma catástrofe, como também os que estavam em perigo de vida decorrente de qualquer situação, sendo extremamente provável a sua morte.

Dessa maneira, frisa-se que, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CC/02, mesmo sendo casos que denotam maior probabilidade de risco de vida, como, por exemplo, em acidentes aéreos e guerras, é extremamente necessário que o requerimento da declaração de morte presumida sem decretação de ausência só seja concretizada quando esgotadas todos os meios de buscas e averiguações, nos termos do art. 7º, parágrafo único, do CC/02. O magistrado, ao sentenciar, deverá colocar uma data fictícia da provável morte do ausente (BRASIL, 2002).

Além desses casos, há também o instituto da comoriência, conforme o art. 8º do CC/02. Aduz que, quando duas ou mais pessoas, que são sucessoras entre si, falecerem no mesmo momento, e havendo a impossibilidade pericial de se averiguar e comprovar a ordem das mortes de cada um, nenhum sucederá ao outro (BRASIL, 2002).

É importante a compreensão inicial da morte como um fato jurídico, pois, a abertura da sucessão dar-se-á com o exato momento da morte, transmitindo-se automaticamente toda a herança para os herdeiros legítimos e testamentários, que passam a ser, por ficção jurídica, proprietários (GONÇALVES, 2012). Dispõe o art. 1784 do Código Civil que: “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

Logo, a abertura da sucessão se dará somente com a morte de uma pessoa física, nunca podendo se falar em herança de pessoa viva, pois, qualquer negócio jurídico que se tratar de herança de pessoa viva, com exceção da partilha em vida, nos termos do art.2.018 do Código Civil, é nulo.

Diniz (2014) elenca os quatro pressupostos da abertura da sucessão, a saber: que a sucessão hereditária só pode ser aberta no momento da morte de uma pessoa física, e o herdeiro deve sobreviver ao *de cuius*, ainda que por instantes, para que o patrimônio do falecido se incorpore ao do sucessor; e que pelo Princípio da *Saisine*, averiguada a capacidade sucessória dos herdeiros (legítimos ou testamentários), eles adquirem de imediato a propriedade e a posse dos bens que compõe o acervo hereditário.

Assim, com a abertura da sucessão, que se dá no momento da morte de alguém, e a sobrevivência do sucessor, ainda que por segundos em relação ao *de cuius*, pelo Princípio da *Saisine*, devolve-se a herança, ocorrendo a delação ou devolução sucessória, que é o oferecimento da herança aos sucessores, beneficiando-os desde logo, sem a necessidade de praticarem quaisquer atos.

Para Gonçalves (2012, p.33):

Como não se concebe direito subjetivo sem titular, no mesmo instante em que aquela acontece abre-se a sucessão, transmitindo-se automaticamente a herança aos herdeiros legítimos e testamentários do *de cuius* (CC, art. 1.784), sem solução de continuidade e ainda que estes ignorem o fato.

Pelo Princípio da *Saisine*, a transmissão do domínio e da posse da herança para os herdeiros, são resultados imediatos que se dá no momento da morte de uma pessoa física, não dependendo de formalidades (DINIZ, 2014). Haverá a transferência *causa mortis* pelo Princípio da *Saisine*, e que só a partir desse fato jurídico, que é a morte de alguém, é que pode-se falar no direito de herança por seus sucessores, direito este que é constitucionalmente assegurado pelo art.5º, XXX, da CRFB/88, por se verificar a ocorrência da chamada delação ou devolução sucessória (GAGLIANO & PAMPLONA-FILHO, 2017).

Fiuzza (2008, p. 991), resume a aplicação do princípio do *droit Saisine* no direito Brasileiro em cinco pontos, a saber:

1º) Não há três fases, isto é, abertura, jacência e aceitação. A abertura da sucessão se dá com a morte e no mesmo instante os herdeiros passam a ser titulares da herança.

2º) Não há necessidade da presença ou de nenhum ato do herdeiro. A imissão na posse se dá independente de qualquer ato do herdeiro, logo após a morte. Os herdeiros, mesmo sem o saber, já serão donos da herança, tendo, quando nada, posse indireta.

3º) Qualquer herdeiro tem legitimidade para defender todo o acervo hereditário contra terceiros esbulhantes, ainda que só tenha direito a fração desse monte.

4º) Aberta a sucessão, falecendo o herdeiro, sucedem-lhe seus herdeiros, ainda que o herdeiro falecido não houvesse manifestado sua aceitação, ou mesmo que desconhecesse o passamento do antecessor. Por outros termos, se o herdeiro falecer logo após o autor da herança, aquilo que herdou passa aos seus próprios herdeiros.

5º) O herdeiro, mesmo antes de individuado seu quinhão, pode passá-lo adiante, tomando o adquirente seu lugar no espólio.

Assim, pelo Princípio da *Saisine*, a lei que regula a legitimação para suceder é aquela vigente na abertura da sucessão. Se o herdeiro sobrevive ao de *cujus*, tornou-se herdeiro sem quaisquer formalidades; e mesmo que venha a falecer momentos depois, essa transmissão não deixará de existir. A massa patrimonial, denominada de espólio, é uma universalidade de bens, que mesmo não tendo personalidade jurídica, poderá ser representado, ativa ou passivamente pelo administrador provisório ou pelo inventariante quando já instaurado o inventário.

Ocorrendo o evento da morte, automaticamente os herdeiros, legítimos ou testamentários, entram na posse e domínio do patrimônio do *de cuius* pelo acervo hereditário, com exceção dos legatários que não podem entrar de imediato na posse, tendo em vista que são sucessores a título singular, adquirindo de imediato a propriedade dos bens infungíveis, e as dos bens fungíveis só depois de feita a partilha. Os herdeiros só estão obrigados a entregar a posse para os legatários, apenas quando feita a partilha, e verificada a solvência do espólio.

No mais, em regra, o lugar da abertura da sucessão e do inventário será no último domicílio do finado, conforme o art. 1785, do CC/02 c/c art. 48, do NCPC/15, com algumas exceções previstas, a exemplo: em pluralidades de domicílios, será por prevenção; se o *de cuius* não tinha domicílio nem bens, será o do local do óbito (BRASIL, 2002).

2.4 Capacidade Sucessória

Diante do exposto anteriormente, o fundamento do direito sucessório é a transmissão imediata da herança aos herdeiros (legítimos ou testamentários). No

entanto, para que uma pessoa (física ou jurídica) seja considerada herdeira de um *de cujus*, habilitando-se na sucessão, é imprescindível, que tenha capacidade ou legitimação sucessória, por possuir um título jurídico que assegure a suceder.

Para Diniz (2014, p. 59): “Não é suficiente que o herdeiro invoque a sua vocação hereditária ou o seu direito de herdar por testamento, pois para tanto será imprescindível que seja capaz e não excluído da sucessão.”.

É imperioso não confundir capacidade civil com capacidade ou legitimação sucessória. Para o Código Civil, capacidade civil é aptidão que uma pessoa tem para exercer, por si só, os atos da vida civil, adquirindo direitos e contraindo obrigações. Todo ser humano que nasce com vida, possui capacidade civil genérica. Por sua vez, a capacidade sucessória, é aptidão específica para receber os bens deixados pelo falecido, ou seja, de ser sucessor da herança deixada pelo *de cujus* (DINIZ, 2014).

Desse modo, é imprescindível não confundir capacidade civil com capacidade sucessória, haja vista que a capacidade civil somente é adquirida do nascimento com vida, representando a aptidão que uma pessoa tem de exercer direitos e obrigações em sociedade; e a capacidade sucessória, é aquela que faz com que uma pessoa tenha legitimidade para ser contemplada em uma sucessão.

Frisa-se que não há uma relação necessária entre a capacidade civil e a capacidade sucessória, pois, no caso do nascituro, pelo art. 2º do CC/02, só irá adquirir personalidade jurídica se nascer com vida, mas por ser concebido, a lei põe a salvo os seus direitos de nascituro. Assim, tem capacidade sucessória, mas só receberá a herança se nascer com vida. Em outros casos, uma pessoa possui a capacidade civil, mas não possui a capacidade sucessória, seja por não ter o título jurídico sucessório, seja por ter sido excluída da sucessão pelas causas da indignidade ou deserdação, seja por haver um impedimento legal (GONÇALVES, 2012).

Dessa forma, nem sempre quando existe capacidade civil irá existir capacidade sucessória, pois, nos casos do nascituro, só irá adquirir quando nascer com vida, mas já tem capacidade sucessória, por estar sendo gerado. Por sua vez, como exemplo, um filho do falecido, apesar de ter capacidade civil, por ser uma pessoa natural, pode não herdar do pai ao ser excluído da sucessão por indignidade, não tendo, pois, capacidade sucessória.

De acordo com FIUZA (2008, p. 992):

A apuração da capacidade sucessória se fará de acordo com a lei vigente no momento da abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte. Os pressupostos que definem essa capacidade são dois: existência e vocação hereditária.

Dessa forma, como a abertura da sucessão ocorre no momento da morte de uma pessoa natural, a lei que disciplina e rege a sucessão, fixando a capacidade sucessória do herdeiro nos termos do art. 1787, do CC/02, será a lei que estiver em vigor ao tempo da morte.

Para Diniz (2014), apura-se a capacidade sucessória, com a observância do cumprimento de quatro pressupostos, em se que passa à análise dos mesmos, mas não na ordem que a referida doutrinadora colocou na obra. O primeiro deles é ocorrência da morte do de cujus, pois, só nesse momento que os herdeiros (legítimos e testamentários) adquirem a posse e propriedade da herança. O outro pressuposto é de que o herdeiro deve pertencer à espécie humana, resulta que só as pessoas físicas e jurídicas, estas por serem formadas pelas pessoas naturais, podem adquirir direitos sucessórios causa mortis, pois, animais e coisas inanimadas não podem ter capacidade sucessória por não serem sujeitos de direitos.

O título ou fundamento jurídico do direito do herdeiro é um pressuposto originário do art. 1786, do CC/02, pois, para uma pessoa herdar, deve ter sido contemplada em testamento pelo de cujus, ou estar na ordem de vocação hereditária, nos termos do Código Civil. Outro pressuposto é a sobrevivência do sucessor, pois, pelo art. 1789, do CC/02, apenas pessoa viva ou concebida, poderá suceder. A existência do herdeiro ou legatário, à época da morte é crucial, pois, se falece antes do autor da herança, perde a capacidade sucessória (DINIZ, 2014).

Conforme Diniz (2014, p. 62): “Se por ocasião do óbito do de cujus, o herdeiro estiver morto, passa-se o acervo hereditário aos outros de sua classe ou aos da classe imediata, se for ele o único”.

Assim, em regra, são capacitados a suceder os herdeiros legítimos e testamentários, desde que seja pessoa já nascida ou concebida ao tempo da abertura da sucessão, conforme o art. 1798, do CC/02.

No entanto, o Código Civil disciplina algumas exceções possíveis na sucessão testamentária, a saber: a prole eventual, pessoa jurídica e pessoa jurídica a ser formada como fundação (DINIZ, 2014).

É de suma importância tecer algumas considerações sobre a prole eventual, como já exposto, uma exceção da capacidade sucessória, prevista no art. 1799, inciso I, do CC/02:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
(BRASIL, 2002)

O referido inciso refere-se à prole eventual, tratando-se de uma transmissão condicional, subordinada a um evento futuro e incerto, que visa contemplar futuros filhos de pessoa indicada pelo testador. O art. 1800, §4º, do CC/02, estipula um prazo de até dois anos após a abertura da sucessão, para que o herdeiro esperado seja concebido, sob pena da disposição testamentária caducar, perdendo-se a validade, e deferindo-se os bens depositados, que estão sob a guarda do curador, para a legítima (DINIZ, 2014).

Assim, a aquisição da herança é subordinada a um evento futuro e incerto, ou seja, concepção e o nascimento com vida da prole eventual contemplada em testamento, logo é necessário que a pessoa que irá gerar a prole eventual, esteja viva no momento da abertura da sucessão.

De acordo com Gonçalves (2012), o prazo previsto no referido artigo é uma inovação do CC/02, haja vista que o antigo CC/16 era omissivo quanto ao “prazo de espera”, não dando mais possibilidade de perpetuação da espera pelo herdeiro eventual. Logo, essa estipulação legal tem por escopo evitar que a herança fique indefinitivamente em aberto, podendo assim, o testador estipular outro prazo (DINIZ, 2014).

A prole eventual abarca tanto os filhos por concepção natural, como os filhos adotivos, em face da aplicação do princípio constitucional da Isonomia de Filiação, em que todos têm os mesmos direitos, sendo vedadas quaisquer discriminações. Caso o testador, por autonomia de vontade, queira restringir que a prole eventual é a concebida naturalmente, deve deixar por expreso na disposição testamentária. (GONÇALVES, 2012).

É nítido que os avanços científicos e tecnológicos, em matéria de reprodução e fertilização, intra e extracorpóreas, trouxeram impactos para a sociedade, e

consequentemente repercussão no âmbito jurídico, gerando inúmeras discussões da sua prática. Como bem coloca Fischer (2011, p.1):

Os reflexos dos avanços tecnológicos, em especial na área médica, refletem-se no mundo jurídico, fazendo-se necessário uma releitura do texto constitucional estabelecido à luz da tecnociência. Desta forma, o aparato jurídico desenvolvido, a fim de tentar suprir as novas demandas que clamavam por tutela, acabou por gerar uma infundável discussão acerca do ordenamento jurídico existente.

Dessa forma, diante da evolução da biotecnologia e da medicina, tornou-se possível o desenvolvimento de métodos artificiais de reprodução humana por clínicas especializadas, gerando consequentemente, impactos na seara jurídica, colocando em discussão as novas demandas que clamam por tutela em face do atual ordenamento jurídico.

Um desses métodos é a inseminação artificial post mortem, que utiliza o sêmen ou o embrião conservado, e que através de técnicas especiais, serão implantados após a morte do doador (MONTALBANO, 2012).

No entanto, como posiciona Fischer (2011), apesar de a ordem jurídica brasileira permitir a técnica conceptiva post mortem, não garante todos os direitos decorrentes da sua realização, pois, existe um vácuo legislativo sobre o tema, como bem dispõe Gonçalves (2012, p.75): “A questão, no entanto, é tormentosa e cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer subsídios para na sua solução.” O qual impulsiona a doutrina discorrer sobre essa questão, analisando-a sobre as diversas perspectivas, na busca de desnudar os efeitos decorrentes da sua prática.

Completamos com o posicionamento de Fischer (2011, p.2) que:

A estas indagações emergem mais questionamentos que soluções prontas e acabadas. Todavia, o respeito ao ser humano, dentro de seu viés axiológico, acaba por traduzir o fundamento ético às indagações suscitadas. O reconhecimento da dignidade do ser humano vem trazer possibilidades de respostas às questões postas. Não se buscando, necessariamente, o certo ou o errado, mas sim a solução que melhor atende ao valor da dignidade do ser humano.

Assim, diante da grande lacuna normativa, existindo pois, uma carência de uma tutela jurídica diferenciada, porquanto a legislação brasileira não elucida sobre muitas questões referentes à Reprodução Assistida Post Mortem, em especial, sobre os direitos inerentes das pessoas nascidas por essa inseminação artificial

póstuma, torna-se necessário e relevante, estudar e compreender o assunto, sem a possibilidade de esgotá-lo, em face da sua complexidade.

Completa Fischer (2011, p.2):

Deste modo é possível uma melhor compreensão do texto legal, a fim de integrar a Constituição e o Código Civil à realidade, buscando a concretização, realização e aplicação das normas jurídicas, bem como a efetivação dos princípios fundamentais nela contidos.

Desta forma, para que se assegure a efetividade da CRFB/88, frente aos avanços tecnológicos na área da reprodução humana assistida, é necessário que os princípios constitucionais ganhem eficácia e concretização material. A Constituição Federal consagra em seu art. 227, §6º, sobre a absoluta igualdade entre os filhos, vedando qualquer discriminação ou distinção, princípio ratificado pelo art. 1596 e 1597, do CC/02 que serão objeto de estudo no presente trabalho (BRASIL, 1988).

Ressalta-se que o Código Civil de 2002, cujo projeto é o nº 634 de 1975, não dispõe sobre esse avanço biotecnológico em comento, dado que em seu art.1789, que diz respeito a vocação hereditária, somente faz referência às pessoas nascidas ou já concebidas, inexistindo qualquer previsão dos direitos sucessórios da criança concebida após a morte do doador do material genético, colocando-se em questionamento sobre as normas e princípios do direito constitucional e do direito de família, em contraponto com as (in)existentes normas do direito sucessório (MONTALBANO, 2012).

O Código Civil apenas faz referência às técnicas de reprodução assistida exclusiva, nos termos da presunção de filiação (art. 1597, inciso III do CC/02), existindo uma verdadeira contradição, posto que o código reconhece o direito à filiação, mas em nada dispõe sobre os direitos sucessórios, o que demonstra que ao reconhecer a filiação de tais crianças, o legislador se preocupou em adequar o ordenamento jurídico às transformações científicas (MONTALBANO,2012).

Assim, a matéria em comento é regulada superficialmente pelo CC/02, no que tange à presunção de filiação (FISCHER, 2011), e pela Resolução nº2168/2017 do Conselho Federal de Medicina, que não tem força de lei, e apenas abarca instruções éticas e diretrizes a serem seguidas pelos profissionais que trabalham na área da procriação artificial.

Destarte, posto se tratar de um tema aberto, analisar a existência ou não de direitos sucessórios para as pessoas nascidas por inseminação artificial post mortem

é um tema polêmico, atual, e relevante por suscitar muitas discussões no âmbito social, e, sobretudo no jurídico, por haver muitas divergências doutrinárias a seu respeito.

2.5 Da Petição de Herança

O Código Civil Brasileiro trata da Petição de Herança, no último capítulo do Título I, entre os artigos 1824 a 1828, como bem preceitua o art. 1824 do novo diploma:

O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua. (BRASIL, 2002)

Dessa forma, pela leitura, pode-se compreender que a Ação de Petição de herança poderá ser ajuizada quando uma pessoa visa obter o reconhecimento do direito sucessório de uma determinada herança, em face daqueles que são herdeiros, ou que a possua na qualidade de herdeiro aparente, este que não possui o título jurídico, com o escopo de que com o reconhecimento sucessório, a herança seja restituída, devolvida.

Conceitua Gonçalves (2012, p. 140) que:

A ação de petição de herança constitui a proteção específica da qualidade de sucessor. Pelo princípio da *saisine*, desde a abertura da sucessão pertence a herança ao herdeiro (CC, art. 1.784). Todavia, pode ocorrer de nela estar investida pessoa aparentemente detentora de título hereditário. Compete aludida ação, conhecida no direito romano como *petitio hereditatis*, ao sucessor preterido, para o fim de ser reconhecido o seu direito sucessório e obter, em consequência, a restituição da herança, no todo ou em parte, de quem a possua, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título. O verdadeiro sucessor pode ter sido preterido, por exemplo, porque não era conhecido, porque não se encontrou testamento ou porque este veio a ser anulado, ou por se tratar de filho não reconhecido.

Assim, entende-se que a referida ação, é uma proteção especial que pode ser ajuizada por um sucessor preterido, ou seja, que foi afastado injustamente da sucessão, seja porque não foi conhecido como um verdadeiro sucessor, seja porque um testamento que o beneficiou não foi encontrado; ou anulado, em que irá à parte testada para a legítima; ou por se tratar de filho que pleiteia o reconhecimento da filiação. Justifica-se esse direito pelo Princípio da *Saisine*, pois, como já visto, desde

a morte do *de cuius*, ou seja, da abertura da sucessão, pertence a herança aos herdeiros sem maiores formalidades.

Ressalta-se que poderá haver a cumulação da ação de petição de herança com a ação de investigação de paternidade ou com a declaração da condição de companheiro, desde que os pedidos sejam compatíveis, e o rito processual propício para isso (GONÇALVES, 2012). Desse modo, ao invés de uma determinada pessoa que busca o reconhecimento da filiação, ajuizar primeiro a ação de investigação de paternidade, para depois, se comprovada a paternidade, ajuizar a petição de herança, poderá em uma só demanda judicial, pleitear ambas, pois, os pedidos e o rito processual são harmônicos, acarretando maior celeridade e economicidade processual.

No que tange a legitimidade ativa desta ação, aduz Gonçalves (2012), que caberá a quem se intitula herdeiro e reivindica esse título, objetivando a restituição da herança, no todo ou em parte. Por sua vez, será réu na ação a pessoa que está na posse da herança, que aparenta ter a qualidade de sucessor e assume a posição de herdeiro, sem verdadeiramente sê-lo, ou o que tem a posse de bens hereditários sem título algum que a justifique. Completa Gonçalves (2012, p.146):

Cumulada a petição de herança com investigação de paternidade, constarão como demandados, além do possuidor dos bens hereditários (o cessionário, por exemplo), todos os herdeiros do falecido — e não o espólio —, formando um litisconsórcio passivo necessário, em razão da natureza da relação jurídica (CPC, art. 47), ainda que os herdeiros tenham renunciado à herança ou optado por sua cessão.

Logo, qualquer pessoa, que acredita ser herdeira, ou que já seja herdeira, e quer o reconhecimento dos efeitos jurídicos desse título na esfera sucessória, visando obter a devolução da herança, em sua totalidade ou em parte dela, poderá ajuizar a ação petitória, em face de quem possui, com o título de herdeiro ou não, os bens da herança, formando-se um litisconsórcio passivo necessário, pois, todos os herdeiros do falecido serão demandados, ainda que em caso de renúncia ou de ter cedido os direitos hereditários.

No que tange ao prazo prescricional da Ação Petitória, de acordo com Gonçalves (2012, p. 151 e 152):

O Supremo Tribunal Federal proclamou que a ação de petição de herança não é imprescritível, editando a Súmula 49, do seguinte teor: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de

petição de herança”.(...) O termo inicial do lapso prescricional é coincidente com a data da abertura da sucessão, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, uma vez que não se pode postular acerca de herança de pessoa viva. Somente depois da morte há legitimação ativa para suceder, por parte de quem tiver de pleitear a herança (STF, RE 94 931-RJ. 2ª T., j. 7-12-1982).

Dessa forma, a Suprema Corte consolidou o entendimento de que a Ação Petitória, diferentemente da investigação de paternidade, tem prazo prescricional, que inicia com a abertura da sucessão, ou seja, no momento da morte do de *cujus*, haja vista a impossibilidade de se pleitear herança de pessoa viva.

De acordo com Pereira (2005), a ação de estado que é a de reconhecimento de filiação é imprescritível, e a petição de herança, cujo efeito é patrimonial, não poderá ser exercida, nos termos do art.205, do CC/02, depois de decorridos 10 anos da abertura da sucessão. Completa Gonçalves (2012), que a prescrição da Ação Petitória se sujeita a todas as causas que suspendem ou interrompem a prescrição, ressaltando o art. 198, I, do CC/02, segundo dispõe que não corre prescrição contra pessoa absolutamente incapaz, em que quando o herdeiro incapaz torna-se relativamente incapaz, com 16 anos, o prazo prescricional começa a contar (BRASIL, 2002).

Assim, a ação que pleiteia a investigação de paternidade é uma ação de estado, pois, não prescreve. Por sua vez, a Ação Petitória, por trata-se de uma ação essencialmente patrimonial, tem prazo prescricional de 10 anos, a contar da abertura da sucessão, ou seja, do momento da morte do autor da herança. Como todo prazo prescricional, também sujeita-se as causas de suspensão e interrupção, na consequência de que, enquanto a pessoa for absolutamente incapaz, ou seja, menor de 16 anos, não correrá o prazo prescricional, mas quando completá-los ou em casos de outras incapacidades relativas, o prazo começa a fluir a partir da abertura da sucessão.

Importante ressaltar uma exceção a esse prazo prescricional conforme dispõe Gonçalves (2012, p.152 e 153):

Todavia, se a legitimação depender do prévio reconhecimento da paternidade, o *dies a quo* do prazo prescricional será a data em que o direito puder ser exercido, ou seja, o momento em que for reconhecida a paternidade, e não o da abertura da sucessão. (...) Nessa trilha decidiu a 3.ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo: “Petição de Herança. Cumulação com investigação de paternidade. Prazo prescricional de 20 anos (CC/1916). Fluência a partir da data em que a apelante completou 16 anos de idade. Critério, entretanto, só aplicável ao filho

reconhecido pelo genitor. Antes do reconhecimento voluntário, ou do julgamento favorável da ação de investigação de paternidade, não poderá este propor ação de petição de herança. Aplicação do princípio da *actio nata*: enquanto não nasce a ação, não corre a prescrição. Recurso provido” (Ap.134.291.4/4-00-Ribeirão Preto, rel. Des. Ênio Zuliani).

Destarte, se, por exemplo, uma pessoa acredita ser filha e herdeira do *de cujus*, e demanda uma Ação de Investigação de Paternidade cumulada com a Petição, o prazo prescricional de 10 anos da Ação de Herança, não será contado do momento da morte, mas sim do momento em que a filiação for reconhecida, pois, é a partir desse momento que o direito pode ser exercido, aplicando o princípio de que, enquanto não nasce a ação, a prescrição não corre. Aqui também faz-se a observação das causas de suspensão e interrupção da prescrição, pois, enquanto a pessoa for absolutamente incapaz, não correrá o prazo prescricional, mas se tiver 16 anos de idade ou for caso de outras incapacidades relativas, havendo o reconhecimento voluntário ou o resultado favorável do reconhecimento de paternidade, como dito, o prazo começa a fluir a partir desse momento, ou seja, do reconhecimento da filiação.

Se a Ação Petição for julgada procedente, produzirá efeitos jurídicos em relação ao herdeiro aparente ou ao simples possuidor e em relação ao terceiro adquirente, conforme os artigos 1826 ao 1828, do CC/02(BRASIL,2002). Para LISBOA (2012) se a posse foi exercida de boa-fé, o que possuía indevidamente, só terá direito aos frutos percebidos, não respondendo por perdas ou deteriorações, bem como direito à indenização de benfeitorias necessárias e úteis, se autorizadas, podendo fazer o levantamento das voluptuárias. Se, entretanto, o possuidor agiu por má-fé, responde pelos frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que não vieram a ser percebidos por sua culpa, apenas tendo direito às benfeitorias necessárias, arcando com todas as indenizações, salvo se demonstrar que tal fato iria acontecer mesmo se na posse do reivindicante.

Por fim, dispõe LISBOA (2012, p. 366):

Se aquele que se achava na posse indevida da herança vier a proceder à cessão de direitos como se herdeiro fosse, agindo o cessionário de boa-fé, aplicar-se-á a *teoria da aparência* e o herdeiro aparente será obrigado a indenizar os herdeiros verdadeiros. O negócio jurídico, destarte, não será desconstituído, a fim de não se prejudicar quem atuou de forma inocente.

Logo, se uma pessoa que estava em posse indevida da herança ceder direitos hereditários como se herdeiro fosse, agindo o que recebeu de boa-fé, aplica-se a teoria da aparência do direito civil, em que, conserva-se o negócio jurídico celebrado, para não prejudicar o cessionário, que agiu inocente e crendo na qualidade de herdeiro do cedente, responsabilizando o herdeiro aparente na obrigação de indenizar os verdadeiros herdeiros.

3 DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM* EM FACE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E DO DIREITO DE FAMÍLIA

Com o progresso científico, sobretudo na biotecnologia, foi necessário que as normas jurídicas avançassem para proteger e regulamentar tais técnicas, em especial, na área da reprodução assistida humana. Dessa forma, a Bioética e o Biodireito regulam os casos de filiação concebida por métodos artificiais, e tem por escopo normatizar essas práticas científicas, e estabelecer padrões éticos a serem observados pelos operadores do Direito, pois, o progresso biotecnológico deve ser controlado e pautado para o bem do ser humano.

O Biodireito e a Bioética coíbem práticas abusivas contra a humanidade, estabelece padrões éticos a serem observados pelos operadores do Direito, bem como, normatiza as práticas científicas, abordando os meios e métodos mais eficientes para uma administração responsável da vida humana, animal e ambiental.

A Bioética é pautada pelos princípios basilares da Autonomia, da Beneficência, da Não Maleficência e da Justiça, com parâmetro de investigações e diretrizes. Será estudado que a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são as técnicas mais comuns na reprodução humana assistida, em que ambas podem ser homólogas ou heteróloga, a depender do sêmen utilizado no procedimento.

Pode-se compreender que a Inseminação Artificial *Post Mortem* é aquela que por meio de técnicas especiais, possibilita o armazenamento de sêmen, embrião e óvulo que serão criopreservados, para serem utilizados e fecundados, após a morte do doador, em reprodução medicamente assistida. No entanto, a questão é muito complexa no que tange aos direitos sucessórios dos filhos concebidos por essa técnica, pois, foge a regra da capacidade sucessória e da abertura da sucessão, e a legislação não regulamenta a questão, cabendo à jurisprudência e doutrina dirimir tal problemática.

O uso das técnicas biotecnológicas reflete em vários ramos do direito, sobretudo no ramo do Direito de Família e Sucessões, o qual será estudado à luz de alguns princípios aplicáveis à reprodução humana assistida, a saber: a Dignidade da Pessoa Humana, o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, Princípio da Pluralidade Familiar, e do Livre Planejamento Familiar.

3.1 Bioética, Biodireito e Reprodução Humana Assistida

Devido aos progressos no campo das ciências médicas, em especial, na área biotecnológica, foi necessário um avanço nas normas jurídicas para regulamentar essas novas técnicas. De acordo com Fischer (2011), a Bioética e o Biodireito, regulam os casos de filiação concebida por métodos artificiais, e tem por escopo normatizar essas práticas científicas, e estabelecer padrões éticos a serem observados pelos operadores do Direito.

Segundo Maluf (2013), o termo Bioética, construído a partir das palavras gregas *bios* (vida) + *ethos* (relativo à ética), surgiu na década de 1970, com o escopo de invocar as discussões dos novos problemas trazidos pelo desenvolvimento tecnológico, de um viés mais tecnicista pautado pelo humanismo, que veio a superar a dicotomia entre os fatos explicáveis pela ciência e valores estudáveis pela ética, tais como a biossegurança, a biotecnologia e a intervenção genética em humanos. Conceitua Maluf (2013, p. 6):

Bioética é o estudo transdisciplinar entre biologia, medicina, filosofia (ética) e direito (biodireito) que investiga as condições necessárias para uma administração responsável pela vida humana, animal e responsabilidade ambiental. Considera, portanto, questões que não existe consenso moral, como a fertilização *in vitro*, o aborto, a clonagem, a eutanásia, os transgênicos e as pesquisas com células-tronco, bem como a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas e suas aplicações.

Assim, a palavra Bioética, surgida na década de setenta, teve como estopim as novas discussões impostas pelo desenvolvimento tecnológico, com a necessidade de viés mais humano e ético. É uma ciência que abrange o estudo de outras ciências, tais como, a biologia, medicina, filosofia, ética, bem como o direito, para tratar de questões que envolvem a vida humana, animal e ambiental, em matérias que envolvem um conflito de valores, como a eutanásia, aborto, clonagem, etc.

Citam-se os dizeres de Catão (2004, p.36), *in verbis*:

[...] um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, com o escopo de esclarecer e solucionar questões éticas advindas do progresso das ciências biomédicas. Assim, seu estudo vai além da área médica, envolvendo também a Psicologia, o Direito, a Biologia, a Antropologia, a Sociologia, a Ecologia, a Teologia, a Filosofia, etc., observando as diversas culturas e valores. Essa pesquisa não tem fronteiras, dificultando, inclusive, uma definição, uma vez que os problemas ao considerados sob vários ângulos, na tentativa de harmonizar as melhores soluções (CATÃO, 2004, p. 36).

Logo, o seu estudo advém do progresso das ciências biomédicas, e envolve não apenas da área médica, mas também de outros ramos da ciência, com o escopo de esclarecer e solucionar as questões advindas desse progresso, buscando-se as melhores soluções pautadas nas questões éticas.

Pode-se entender como o “estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde, considerada à luz dos valores e princípios morais”, acrescentando ainda a autora que a bioética objetiva “[...] a análise dos problemas morais ligados à biomedicina e de sua conexão com as áreas do direito e das ciências humanas” (ALBANO, 2004, p. 15). Dessa forma, a Bioética abrange um estudo multidisciplinar, de vários ramos científicos, visando o estudo da conduta humana, no campo das ciências da vida e da saúde em conexão com o Direito e as ciências humanas, à luz da moral, dos valores e dos princípios.

Assim, a bioética pode ser compreendida como um agrupamento de reflexões filosóficas e morais em relação às ciências biológicas, em especial, às práticas médicas. É uma ciência que objetiva propiciar uma melhor qualidade de vida ao ser humano, assegurando a sua sobrevivência e integridade física, pois as novas tecnologias, substâncias, pesquisas e experiências, podem ser empregadas de forma irresponsável se não normatizadas e fiscalizadas (DINIZ, 2014).

Como exposto, as questões referentes à Bioética não tratam apenas das ciências médicas, mas “[...] de questões científicas, filosóficas, econômicas e jurídicas, da qual a interdisciplinaridade é notória” (SANTOS, 2001, p. 116). Logo, com essa interdisciplinaridade, a bioética possui um elo com o direito, que irá regular e normatizar a conduta dos indivíduos na sociedade, e tem por finalidade a compreensão dessa realidade através da ciência, física, biologia, política e afins. Preceitua Clotet (1997, p. 15), que, através das normas da bioética surge a discussão “sobre os modos de agir corretos ou incorretos de médicos, pesquisadores, usuários das novas técnicas biomédicas e farmacológicas, pacientes e demais pessoas envolvidas [...]”. Assim, haverá uma interferência na conduta humana em questões que envolvam os seres vivos e humanos, em que todas as pessoas envolvidas, inclusive os operadores do direito podem contribuir com a Bioética, como, por exemplo, o legislativo quando na elaboração de normas e princípios éticos que regulamente a conduta dos profissionais desta área.

Aduz Maluf (2013) que “a moral e os valores, que envolvem a vida humana, a ética médica e a ética filosófica esbarram em questões”, exemplificando, os limites

da interferência humana em seres vivos, como a biotecnologia e a engenharia genética; e nos seres humanos, a eutanásia e a distanásia. Diante disso, a interferência humana nos seres vivos e no ser humano, tais como, a biotecnologia, engenharia genética, eutanásia, distanásia, devem ser limitadas com a interferência da moral, dos valores, da ética médica e filosófica, ou seja, com a Bioética.

Completa Maluf (2013, p.8) que:

As diretrizes filosóficas dessa área começaram a consolidar-se após a tragédia do holocausto da Segunda Guerra Mundial, quando o mundo ocidental, chocado com as práticas abusivas de médicos nazistas em nome da Ciência, cria um código pra limitar os estudos relacionados. Formula-se aí também a ideia que a ciência não é mais importante que o homem. O progresso técnico deve ser controlado para acompanhar a consciência da humanidade sobre os efeitos que estes podem ter no mundo e na sociedade para que as novas descobertas e suas aplicações não fiquem sujeitas a todo tipo de interesse.

Assim, o período pós-Segunda Guerra Mundial, foi essencial para a compreensão de que a ciência não é mais importante do que a vida do homem ante as práticas abusivas dos médicos nazistas. Logo, o progresso biotecnológico deve ser controlado e pautado para o bem da humanidade, e dos efeitos que podem implicar na sociedade e mundialmente, para que as novas descobertas científicas se sujeitem a interesses que respeitem a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, a Bioética é pautada em quatro princípios basilares, a saber: da autonomia, da beneficência, da não maleficência, da justiça. Para Almeida (2000, p.43), o Princípio da Autonomia:

(...) o princípio da autonomia está diretamente ligado ao livre consentimento do paciente na medida em que este deve ser sempre informado; em outras palavras, o indivíduo tem a liberdade de fazer o que quiser, mas, para que esta liberdade seja plena, é necessário oferecer a completa informação para que o consentimento seja realmente livre e consciente. (...) O princípio da autonomia é considerado o principal princípio da Bioética, pois os outros princípios estão, de alguma forma, vinculados a ele.

Dessa forma, o Princípio da Autonomia, considerado um dos princípios da Bioética, decorre da livre manifestação de vontade do paciente ou de seus representantes, de acordo com os valores daquele que está sendo submetido a um tratamento, e deve, portanto, ser preservada, considerando a capacidade que uma pessoa possui com relação ao conhecimento da causa, o consentimento livre e informado, bem como a compreensão de que o paciente tem o domínio do seu corpo e de sua mente.

Outro Princípio basilar da Bioética é o da Beneficência que de acordo com Diniz (2009), requer o atendimento por parte dos profissionais de medicina aos mais importantes interesses das pessoas envolvidas nas práticas biomédicas ou médicas, com o escopo de alcançar o seu bem-estar, evitando causar danos. O profissional de saúde, em particular o médico, só pode usar o tratamento para o bem do paciente, segundo sua capacidade e juízo, e nunca para fazer o mal ou praticar injustiça, devendo assim, auxiliar ou socorrer os pacientes com moléstias, sem prejudicar ou causar mal ou dano.

Assim, a essência do Princípio da Beneficência é de que todos os profissionais da área da saúde, em especial, os médicos, devem sempre atuar para maximizar os benefícios e minimizar os riscos, evitando causar danos, assegurando os interesses dos pacientes e proporcionando-lhes bem estar. Logo, nenhum tratamento ou interferência médica deve causar o mal ou ser injusto, mas, ser sempre em benefício alheio.

Para Maluf (2013), o Princípio da Não Maleficência deriva da ética médica que o profissional da área medica deve ter de *primum non nocere*, ou seja, da obrigação de não acarretar dano intencional para os seus pacientes. O principio da não maleficência é um desenvolvimento do principio da beneficência, haja vista que o profissional da saúde tem a obrigação de não fazer o mal, nem causar nenhum dano intencionalmente, pois todo o seu conhecimento deve ser utilizado para beneficiar o paciente. Logo, nenhum procedimento ou tratamento médico deve causar danos.

Pelo Princípio da Justiça, aduz Maluf (2013, p.11) que “Requer a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios da prática médica, pelos profissionais da área da saúde, procurando evitar a discriminação”. Assim, pelo princípio da justiça, os riscos e benefícios devem ser distribuídos igualmente, e para tanto, requer a imparcialidade de reconhecer as diferenças, necessidade e o direito de cada um, sem que haja, sob nenhuma hipótese, discriminação, pois, deve o profissional da saúde agir com equidade, ou seja, com justiça.

De acordo com Maluf (2013), o encontro entre a Bioética e o Direito, resulta em um novo ramo do estudo jurídico: o Biodireito, ramo do direito público, que estuda as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos, bem como questões associadas à bioética, ao corpo e à dignidade da pessoa humana, proporcionados pela medicina e biotecnologia. No dizeres de Diniz (2009, p.8):

Tem a vida por objeto principal, salientar que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade.

Dessa forma, como já exposto, os anseios sociais, em especial, no período Pós-Segunda Guerra Mundial, colocou como discussão a necessidade de que o Direito não fosse apenas o positivado, mas também principiológico, haja vista que, a vida é posta como objeto principal, sendo que, o Direito e o progresso científico não pode se esquivar da ética, nem muito menos afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, nem traçar os destinos da sociedade sem limites jurídicos.

Gracia (1989, p.576) explana que “Biodireito é a regulamentação jurídica da problemática da bioética”, nesse sentido, é essencial a existência de uma regulamentação jurídica de questões que envolvam a bioética, por trazer uma segurança jurídica, e atender a necessidade de limites jurídicos nas relações entre ética e direito, que se inter-relacionam em questões que envolvem o destino da humanidade.

Nas palavras de Maluf (2013, p. 17):

Compreende, portanto, o caminhar sobre o tênue limite entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana (atua como agente regulador do poder da ciência sobre o genótipo do cidadão, o mercado genético, o manejo incorreto do Projeto Genoma Humano, da discriminação causada pela diagnose genética e pela AIDS nas áreas securitária e trabalhista, entre outros.(...) Numa perspectiva mais ampla, podemos visualizar dois planos de tutela, um macro e um micro. No **macrobiodireito**, o foco está nas relações ambientais, no patrimônio natural, artificial e cultural; já o **microbiodireito** estuda as questões relacionadas à vida individualizada.

Dessa forma, pode-se compreender que o Biodireito, tem dois planos de tutela: o macrobiodireito e microbiodireito, este que tem por foco o estudo das questões relacionadas à vida humana. Logo, o Biodireito, está entre o respeito às liberdades individuais e a coibição dos abusos das práticas científicas, e em se tratando da microtutela, irá coibir tais abusos contra o indivíduo ou contra a espécie humana, como, por exemplo: regulando o poder da ciência sobre o genótipo do cidadão, o mercado genético, o manejo incorreto do Projeto Genoma Humano, etc. Complementa Maluf (2013, p. 17 e 18):

Nenhum dos avanços científicos do nosso tempo nos atinge mais profundamente do que o progresso alcançado pela biomedicina. Trata da nossa própria vida em sua intimidade biológica, dos nossos genes que

estão sendo transformados em “objeto da ciência”. Não impedir os avanços das ciências e ao mesmo tempo impor limitações ao uso das descobertas científicas é o papel do direito. (...) As Biotecnologias precisam de um marco regulatório que atenda à ética dessas novidades e que seja capaz de frear práticas racistas, sexistas- genocídicas e bélicas- e ainda que garanta a compreensão financeira de quem pesquisa.

Logo, de todos os progressos científicos nos últimos anos, destacam-se os avanços da biomedicina, por envolver a vida humana em sua intimidade biológica, pois, contemporaneamente, o genoma humano pode ser “objeto da ciência”. No entanto, para o autor, não se deve impedir os avanços científicos, mas impor limitações ao uso de seus procedimentos e descobertas por meio do Direito, este, como já elucidado, formado por normas e princípios. Precisa-se de uma regulamentação na área da Biotecnologia, que atenda aos anseios éticos e sociais, e que não apenas garanta a economicidade da pesquisa, mas que seja capaz de frear práticas científicas que podem ir de encontro com a dignidade da pessoa humana, vendando pesquisas racistas, sexistas, bélicas, genocídicas e afins.

Assim, o desenvolvimento científico proporciona para a sociedade a solução de muitos problemas e patologias que afligem o homem, e nesse contexto, diversas técnicas foram desenvolvidas, dentre elas, a reprodução artificial assistida.

Para Maluf (2013, p.193 e 194) a função primordial da Reprodução Assistida é:

A Reprodução Humana Assistida (RHA) é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade. (...)Pode-se entender por infertilidade a impossibilidade de procriar quando há fecundação mas o feto não chega a termo; já a esterilidade se configura como a ausência de concepção em dois anos. Como já sabe na atualidade, as causas para tanto podem ser masculinas ou femininas. Entretanto, ambos os termos vêm empregados como sinônimos na atualidade.

Dessa forma, a Reprodução Humana Assistida, possibilita que pessoas com problemas de infertilidade, ou seja, com impossibilidade de procriar, quando o feto fecunda, mas não chega a termo; ou pessoas com problemas de esterilidade, por impossibilidade de concepção; consigam realizar o desejo da maternidade ou paternidade, por meio da intervenção do homem no processo de procriação natural, ou seja, por meio da Reprodução Humana Assistida.

No mesmo sentido, aduz Vasconcelos (2006, p. 11 e 12):

A impossibilidade de procriar foi transportada pela descoberta, no âmbito da reprodução medicamente assistida, de técnicas capazes de contornar a esterilidade conjugal, de forma a suplantar a deficiência que a natureza lhes relegou a realizar o tão almejado projeto parental. (...) Tendo como plano de fundo o cenário dos casais inférteis que desejavam realizar o projeto parental que lhes foi negado pela natureza, a medicina moderna mergulha nas possibilidades extras proporcionais pelas técnicas de reprodução assistida.

Logo, a medicina moderna, com as técnicas da Reprodução Humana Assistida, pôde realizar o projeto parental de pessoas e casais inférteis, de forma a suplantar a deficiência que a natureza lhes relegou, podendo o homem dar continuidade a sua espécie, o legado de sua existência, e efetivar a sua dignidade humana.

De acordo com Vasconcelos (2006), reprodução ou procriação assistida, consiste em intervenções artificiais de um terceiro por meio do uso de técnicas de inseminação artificial e fecundação *in vitro* homóloga ou heteróloga, com o escopo de realizar o projeto parental, que se tornou impossibilitado pelas vias naturais. Completa Vasconcelos (2006, p.13) que:

No concernente ao lugar da fecundação, a procriação assistida pode ser **intracorpórea**, sempre que a fecundação ocorrer *in vivo*, ou seja, na cavidade uterina da mulher, ou **extracorpórea**, quando ocorrer *in vitro*, ou seja, a união dos gametas (concepção) é viabilizada, prescindindo do ato sexual. Estão abrangidas na primeira forma (intracorpórea) as inseminações artificiais intra-uterinas e a técnica de retirada dos gametas e sua transferência para o interior da trompa de Falópio onde ocorrerá a fecundação.(...) Comportando a denominação de inseminação artificial(IA),poderá ser **homóloga** sempre que os gametas e o útero gestacional provierem dos cônjuges envolvidos na prática médica, ou **heteróloga**, conforme haja a necessidade de utilização de um ou de ambos os gametas(casos de esterilidade) de terceiros, bem como a outra uterina de gestação. Já os métodos de procriação assistida extracorpórea consistem nas técnicas de fertilização *in vitro* com a transferência do embrião.

Dessa forma, a Reprodução Assistida possibilita o projeto parental por meio da procriação assistida que poderá ser intracorpórea, quando a fecundação ocorre na cavidade uterina da mulher (*in vivo*); ou, extracorpórea, quando ocorre a transferência de embrião, por técnicas *in vitro*, pois, independe do ato sexual. A procriação assistida intracorpórea, abrange as inseminações artificiais intrauterinas e a técnica de retirada dos gametas e sua transferência para o interior da trompa de Falópio, em que, o uso de técnicas de inseminação artificial poderá ser homóloga, quando independe de material de terceiros doadores, pois, os gametas e o útero

gestacional a serem utilizados para a fecundação serão dos cônjuges envolvidos; ou heteróloga, quando utiliza da doação de gametas e/ou substituição do útero.

Maluf (2013, p.198 e 199), cita quatro técnicas de reprodução artificial, em que a escolha da técnica a ser empregada dependerá de cada situação fática, a saber:

A inseminação artificial intrauterina é a mais simples de todas as técnicas de reprodução assistida e consiste na introdução artificial de espermatozoides no interior do canal feminino com o auxílio de um cateter.(...) **A fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE)** ocorre em laboratório com a posterior transferência de embriões. Geralmente, a ovulação é estimulada por hormônios, resultando na formação de vários folículos maduros, sendo os óvulos colhidos por punção guiada por ultrassonografia endovaginal.(...) **A transferência intratubária de gametas** consiste na transferência de espermatozoides e oócitos, previamente captados, que são aproximados, para a tuba uterina, dando margem para a fertilização natural dessa região. Portanto, refere-se aqui à fertilização *in vitro*. É indicada para os casos em que a mulher tenha ao menos uma trompa saudável. (...) **A transferência intratubária de zigoto** consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta com sêmen do marido, ou de doador, para depois introduzir o embrião diretamente em seu corpo, em seu útero ou no de outra mulher.

Como exposto, a inseminação artificial intrauterina, é uma técnica de reprodução assistida simples, pois, com o auxílio do cateter, haverá a introdução artificial de espermatozoides no interior do canal vaginal da mulher. Já a técnica conhecida como FIVETE, estimula a ovulação por meio de hormônios, que uma vez formado os folículos maduros, os óvulos serão colhidos em laboratórios para a posterior transferência embrionária. Por sua vez, a transferência intratubária de gametas, será indicada para mulheres que tenham pelo menos uma trompa saudável, para que a fertilização seja *in vitro*, pois, ocorrerá a transferência de espermatozoides e oócitos para a tuba uterina, que poderá viabilizar uma fecundação natural. Por fim, a transferência intratubária de zigoto, retira o óvulo da mulher para ser fecundado na proveta com sêmen do marido ou de doador, formando assim, um embrião, que será introduzido no útero na própria mulher ou no de outra.

Segundo Fischer (2011), a inseminação artificial e a fertilização *in vitro* são as técnicas mais comuns na reprodução humana assistida, em que ambas podem ser homólogas ou heterólogas. De acordo com Vasconcelos (2006, p. 15), a técnica de Inseminação Artificial consiste:

Define-se como a introdução de sêmen do cônjuge ou de outro doador no trato genital feminino. (...) A metodologia da fertilização artificial homóloga consiste, basicamente, na coleta e na preparação do sêmen do marido (concentrando a maior quantidade de espermatozoides em um meio de cultura livre de plasma seminal, leucócitos e bactérias), seguido de estimulação ovariana para um aumento da produção de oócitos com a finalidade de aumentar a chance de concepção. Como o período de tempo para a fertilização é limitado, a inseminação intra-uterina deve ser feita o mais próximo possível da atividade ovulatória (*timing*). (...) A inseminação artificial heteróloga, também chamada de inseminação artificial com doador (IAD) ou heteroinseminação, é aquela realizada em mulher casada com sêmen originário de terceira pessoa, alheia à relação, ou em mulher não casada. É indicada nos casos de esterilidade masculina definitiva ou doenças hereditárias.

Logo, a Inseminação Artificial, uma técnica de reprodução assistida, será viabilizada pela introdução do sêmen do cônjuge ou de outro doador no trato genital da mulher. Como visto, pode ser Homóloga, quando ocorre a coleta e preparação do sêmen do marido em laboratório, por meio da concentração em um meio de cultura, para ser inseminado na cavidade uterina da mulher, logo que constatado que a estimulação ovariana aumentou a produção de oócitos, crescendo a chance de concepção. Por sua vez, a Inseminação Heteróloga, conhecida como IAD ou heteroinseminação, será feita em mulher solteira ou casada, com sêmen de terceiro doador, em casos de esterilidade masculina definitiva ou de doenças hereditárias dos seus parceiros.

Meirelles (2000, p.18), explica que a fertilização *in vitro* "(...) consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecundá-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio". Como já elucidado, a fertilização *in vitro*, coleta o material genético do homem e da mulher, em que a fertilização ocorrerá em uma incubadora, para depois, com a maturação do óvulo, implantar o embrião no útero da mãe.

De acordo com a Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina:

I – PRINCÍPIOS GERAIS

1. As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.
2. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos. (BRASIL, 2017).

Como visto, o Conselho Federal de Medicina reconhece a importância das técnicas de reprodução assistida para solucionar os problemas de infertilidade

humana em prol da procriação. Importante Frisar, que de acordo com Vasconcelos (2006), tal resolução tem caráter meramente sugestivo, uma vez que, carece de exigibilidade jurídica, não sendo uma obrigação compulsória para os médicos realizarem as referidas práticas.

Um desdobramento polêmico em matéria de reprodução assistida e formação da família é acerca da inseminação artificial *post mortem*, que de acordo com Lisboa (2012) “ocorre a inseminação artificial post mortem quando o cônjuge que contribuiu com o material genético veio posteriormente a falecer, antes do nascimento com vida do ser vivo.” Ou seja, mesmo com o falecimento do cônjuge, a sua esposa ou companheira, poderá por meio da inseminação artificial póstuma, gerar um filho do *de cuius*.

De acordo com Gama (2003, p.732):

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

Dessa forma, pode-se compreender que a Inseminação Artificial *Post Mortem* é aquela que por meio de técnicas especiais, de resfriamento e congelamento, possibilita o armazenamento de sêmen, embrião e óvulo que serão criopreservados, para serem utilizados e fecundados após a morte do doador, em reprodução medicamente assistida.

O primeiro caso de Inseminação Artificial Post Mortem, ocorreu em 1984 na França, em que pela leitura de Freitas (2008, p.01):

Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial post mortem, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozoides não estavam mais próprios à fecundação.

Diante do narrado, Parpalaix, apaixonado por Corine, quando descobriu o câncer nos testículos, depositou o seu material genético em um banco de sêmen, para posteriormente usá-lo e gerar a futura prole com a sua amada. No entanto, a doença não apenas o deixou estéril como foi causa da sua morte logo após o seu casamento com Corine, esta que buscou autorização judicial para satisfazer o desejo do seu falecido em ter um filho, pois o banco de sêmen havia lhe negado com o argumento de que não existia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, e diante do vácuo legislativo que autorizasse a inseminação artificial póstuma. O Tribunal Francês de Créteil condenou o banco de sêmen e autorizou a entrega do material genético para Corine, que devido a demora da ação, ficou impossível realizar a inseminação artificial, porque os espermatozoides estavam impróprios para serem fecundados.

O caso denominado “affair Parpalaix” desencadeou muitas discussões sobre a inseminação póstuma no âmbito social, religioso e principalmente jurídico. Segundo Capozzi (2009, p.21), aumenta-se o número de homens vitimados pelo câncer que são “alertados por seus médicos, congelarem seu sêmen antes das sessões de quimioterapia que levam muitos homens à esterilidade devido à destruição das células germinativas”, e que por isso, recorrem à inseminação artificial para realizarem o desejo de conceber filhos biológicos, o que desencadeia a preocupação do destino do material coletado e seus reflexos no âmbito jurídico.

Apesar da Resolução nº 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina dispor de normas éticas para a utilização das técnicas reprodutivas artificiais, que como já dito, não têm força vinculativa por não ser lei, e do art. 1597, I, do CC/02 reconhecer a filiação para os filhos concebidos pela inseminação artificial póstuma, a questão é tormentosa e singular, diante do vácuo legislativo, pois, como visto, foge a regra da capacidade sucessória e da abertura da sucessão, que pelo art. 1798 do Código Civil: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, pois, no caso em análise, o filho nascido por inseminação artificial post mortem à época da morte do *de cuius* não estava nem nascido, nem concebido, não obedecendo a regra da abertura sucessória da sucessão legítima. (BRASIL, 2002) Dessa forma, a questão é bastante complexa e lacunosa, porquanto, o ordenamento jurídico brasileiro não proíbe a inseminação *post mortem*, nem tampouco admite e regula tal prática, cabendo à jurisprudência e doutrina dirimir tal problemática.

3.2 Princípios Informadores Aplicáveis à Reprodução Humana Assistida

Sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro é formado por um conjunto de regras e princípios que devem estar em harmonia e serem compatíveis com a Constituição Federal de 1988. Diante disso, o que se pode entender por Princípios? Leciona Mello (1992, p.230) que:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Dessa forma, pode-se compreender que os Princípios são preceitos fundamentais, funcionando como base e alicerce de um ordenamento jurídico, que forma o mandamento nuclear de um sistema e compõe o espírito das normas, auxiliando no critério da interpretação e aplicação das leis, para buscar o seu sentido, a sua lógica e racionalidade. Logo, se um princípio for violado, tal ação é muito mais gravosa do que transgredir ou não cumprir uma norma, pois, estará ofendendo não apenas um mandamento específico, mas sim, todo o sistema de comando, que pode desencadear uma ilegalidade e/ou inconstitucionalidade. Assim, o ordenamento jurídico encontra validade nos princípios, que são sua estrutura mestra, diretrizes, e normas de caráter coercitivo, que regulam a conduta humana.

A Constituição Cidadã é a base para todas as outras normas do ordenamento jurídico, e está fincada em princípios fundamentais, guiando todos os ramos do direito. Aduz Dias (2010, p.53) que:

O certo é que existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, da igualdade, da liberdade, princípio da proibição de retrocesso social, da proteção integral a crianças e adolescentes. Seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes, não só no âmbito do direito da família. No entanto, há princípios especiais que são próprios das relações de família e que devem sempre servir de norte na hora de se apreciar qualquer relação que envolva questões familiares, despontando entre eles o princípio da afetividade.

Dessa maneira, os princípios têm um papel importante para o ordenamento jurídico, seja como fonte, seja como interpretação, seja na aplicação das normas, pois, forma a (viga) mestre do sistema e dão validade jurídica, conforme os anseios sociais. Princípios gerais, tais como, a dignidade da pessoa humana, da igualdade, liberdade, proibição do retrocesso social e proteção à criança e adolescente, são aplicáveis a todos os ramos do direito, não só no âmbito do direito da família, como no das sucessões e afins, o que fundamenta a relevância de estudar alguns princípios aplicáveis à reprodução humana assistida.

3.2.1 Do respeito à Dignidade da Pessoa Humana

Após a Segunda Guerra Mundial, a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, oportunizou a criação do termo “dignidade da pessoa humana”, em que nos dizeres de Pereira (2005, p. 99):

A inscrição da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos é o resultado e consequência de uma reflexão filosófica acumulada nos séculos anteriores, cuja grande contribuição, como se disse, foi dada por Kant com sua *Metafísica dos costumes*, colocando o homem como fim e não meio de todas as coisas. Além disso, esse ideal de dignidade só positivado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos porque significou também a consequência de um processo de lutas políticas, ideias de liberdade, igualdade e exigências de organizações políticas econômicas e sociais do pós-guerra.

Dessa forma, o surgimento do termo “dignidade da pessoa humana”, foi uma consequência das lutas políticas de liberdade, igualdade, e dos resultados sociais do pós-guerra, que pela filosofia de Kant, coloca o homem como fim e não meio de todas as coisas. Diante da relevância, o princípio da dignidade humana foi positivado nos ordenamentos jurídicos, em que, todas as normas e regras devem ter por fundamento tal princípio, haja vista que, a Constituição Federal em seu art.1º, III, concedeu ao referido princípio a condição de fundamento da República Brasileira (BRASIL, 1988).

Sarlet (2001, p.60) o conceitua que:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-

responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Assim, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a toda pessoa, intrínseca e distintiva, que faz com que surja para o Estado e comunidade a obrigação de respeitá-lo, assegurando a toda pessoa contra qualquer ato degradante e desumano que venha a infligir os seus direitos e deveres que garantem o mínimo existencial de um ser humano.

Pontua Moraes (2003, p.128) que:

[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que às pessoas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

O referido autor só vem a acentuar a importância do princípio em questão, ao colocá-lo como um valor humano espiritual e moral, de modo que, todas as pessoas devem respeitá-lo, pois, efetiva a autodeterminação do homem, na qual qualquer estatuto jurídico que venha a ser criado ou que seja existente deve respeitar esse mínimo invulnerável, em que mesmo se porventura existir a necessidade de limitar direitos fundamentais, jamais, a necessária estima que merece todas as pessoas enquanto seres humanos devem ser ultrapassados.

De acordo com Montalbano (2012), o princípio da dignidade humana elevado a fundamento, passa a ter a qualidade de norma base de todo o sistema constitucional, norteador das prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania, devendo o Estado, conforme o art.227, §6º, da CRFB/88, proporcionar recursos para o exercício desse direito. Ainda ressalta que, a dignidade humana deve ser estendida para aqueles que querem gerar uma vida, bem como para o próprio embrião, pois, o embrião e o pré-implantado possuem dignidade humana, gerando reflexos no campo jurídico, de modo que a Constituição será atingida quando qualquer atitude venha a negar a dignidade para seres humanos ainda não nascidos.

Dessa forma, a dignidade da pessoa humana foi erigida pela CRFB/88 como fundamento, sendo o norte e guia que define os direitos e deveres fundamentais,

alcançando o ser humano como um todo, desde a sua concepção até depois da sua morte, impondo limites e deveres para o Estado, por meio de suas políticas públicas, para promover uma vida digna para os seres humanos. Conclui-se, que, a reprodução humana assistida, em especial, a póstuma, também deve ser abrangida pelas diretrizes e valores fundamentais da dignidade humana, logo, os filhos concebidos pela reprodução assistida *post mortem*, pelo simples fato de ser uma pessoa física, já é detentor dessa dignidade.

3.2.2 Princípio da Igualdade e do Melhor Interesse da Criança e Adolescente

A Constituição Federal em seu art.5.^o, caput, no capítulo que abarca sobre os direitos individuais e garantias fundamentais, assegura que todos são iguais perante a lei, sem discriminação, estando garantidos os direitos à vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade (BRASIL, 1988). A igualdade é tão importante no Estado Democrático Brasileiro que está consagrada como um dos objetivos fundamentais da República Federativa em seu art. 3.^o, inciso IV, ao estabelecer que todas as pessoas, independentemente da origem, da raça, do sexo, da cor, ou de quaisquer outras formas de discriminação, têm o direito do bem-estar social (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal em seu artigo 227, parágrafo 6.^o, estabelece que: “§ 6.^o - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988). Dessa forma, a igualdade é um princípio basilar do nosso sistema constitucional, e, de todo o ordenamento jurídico, em que pela leitura do dispositivo supracitado, é vedado o tratamento desigual e discriminatório dos filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, proibindo quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação, pois, possuem os mesmo direitos e qualificações. Ressalta-se que, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) insere a máxima da igualdade da filiação em seu art. 20, e o vigente Código Civil, de igual forma, prevê a igualdade entre os filhos no art. 1596 (BRASIL, 1990; BRASIL, 2002).

Portanto, o ordenamento jurídico brasileiro afastou quaisquer diferenciações que existiam no CC/16, no que tange a antiga classificação de filhos conjugais e extraconjugais, legítimos e ilegítimos, naturais ou adotados, bem como, por que não dizer de filhos antes e após a morte do genitor, haja vista que estabeleceu a

igualdade absoluta da filiação. Delfim (2009), partindo da premissa desse princípio, aduz que, todos os filhos devem ser tratados de forma igualitária, aplicando-se também para aqueles concebidos por técnicas de reprodução assistida, inclusive, nos casos que se dão por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Rigo (2009, p.210), fundamentando na Declaração de Direitos Humanos, bem como no Pacto de São José da Costa Rica, defende a aplicação do princípio da igualdade entre os filhos nascidos e os não nascidos, independentemente se a fecundação se deu por vida intra ou extra uterina:

Para muitos autores, o princípio da igualdade estende-se a todos os seres humanos, aos já nascidos, ou aos apenas concebidos [...]Uma interpretação literal do art. 1º da Declaração dos Direitos Humanos pode ensejar dúvida quanto aos seres humanos já concebidos, mas ainda não nascidos. Todavia, em uma leitura integral e mais cuidadosa de toda a Declaração, nota-se que não há distinção entre os seres já nascidos e os não nascidos. Mesma interpretação deve ter o parágrafo 2º do art. 1º do Pacto de São José da Costa Rica, não dando espaço a distinção entre a vida intra e extra-uterina.

De acordo com Fischer (2012), “o embrião faz jus à proteção absoluta e irrestrita contra qualquer desrespeito à sua identidade e integridade, incidindo sobre ele, e sendo oponível erga omnes, o mandamento constitucional da igualdade”, assim, o filho concebido por técnica de inseminação artificial *post mortem*, pelo princípio constitucional da igualdade absoluta da filiação, não deve ser tratado de forma desigual com relação aos outros filhos dos genitores, fazendo jus à proteção absoluta e irrestrita dos seus direitos de identidade, integridade, bem como de todos os direitos individuais e fundamentais, que são oponíveis erga omnes.

A Constituição Federal também emana a sua função protetora, ao consagrar em seu art. 227, caput, que:

Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligências, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Pelo referido dispositivo, pode-se extrair o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, haja vista que, garante com absoluta prioridade, diversos direitos para a Criança e para o Adolescente, sendo dever da família, da sociedade, e do Estado, assegurar com absoluta prioridade tais direitos, como, à vida, saúde,

alimentação, dignidade, respeito, colocando-os a salvo de toda forma de negligência, discriminação e afins. Ressalta-se que tais direitos são fundamentais para todas as pessoas humanas, no entanto, o legislador fez questão de ressaltar a prioridade dos mesmos, pela condição de ser criança e adolescente, atribuindo tal responsabilidade para a família, sociedade, e Estado.

O Estatuto da Criança e do Adolescente consagra em seu artigo 4.º a responsabilidade que todos devem ter no trato dos direitos da criança e do adolescente, estabelecendo que:

Art. 4º- É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único- A garantia da prioridade compreende:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude (BRASIL, 1990).

Dessa forma, o ECA só vem a confirmar a importância do princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente, por sua condição de fragilidade e de desenvolvimento da sua personalidade, em que todos, devem garantir tais direitos, e zelar pela proteção da criança e do adolescente em todos os sentidos, desde a destinação privilegiada dos recursos públicos e execução das políticas públicas, até a primazia da proteção e socorro em quaisquer circunstâncias, ou seja, o interesse do menor ganhar um status de direito fundamental, pois, de acordo com Rigo (2009), aparece como vetor-guia de todas as ações relativas à criança, inserindo-se no âmbito dos direitos fundamentais da pessoa humana (Art. 5.º, Constituição Federal), concluindo que alguns direitos são assegurados à criança assim o são a todos, como o direito à vida, à dignidade, à liberdade, mas, outros são pertinentes apenas à criança e ao adolescente, como o direito à profissionalização, à convivência familiar e comunitária.

Pontua Gama (2008, p.80) que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paternomaterno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da

família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Assim, pelo princípio apontado, o filho não pode mais ser visto como um objeto a plano inferior, mas sim, como um sujeito titular de direitos, e merecedor de uma tutela jurídica com absoluta prioridade. De acordo com Fischer (2012 p 20):

Esse princípio ganha relevância na inseminação artificial *post mortem* e também quando mulheres solteiras buscam bancos de sêmen. Nesses casos, os interesses divergentes são enormes, pois de um lado está o desejo da mulher de, mesmo sozinha, gerar uma criança e por outro o melhor interesse da criança. Contudo, Pacheco (2010) entende que o fato de o melhor interesse da criança ser imperativo não impede que ela possa ser gerada por uma mãe sozinha, desde que esta forneça todas as condições materiais e psicológicas necessárias para o seu desenvolvimento.

Dessa forma, o Melhor Interesse da Criança e do Adolescente deve ser considerado nas inseminações artificiais *post mortem*, desde que a mãe solteira forneça todas as condições materiais e psicológicas necessárias para o desenvolvimento da criança, esta que deve ter uma tutela jurídica específica para assegurar os seus direitos, e que não deve ser prejudicada em seus direitos sucessórios diante da lacuna legislativa.

3.2.3 Princípio do Planejamento Familiar e da Paternidade Responsável

A Constituição Federal de 1988 estabelece no art. 227,§7º que o planejamento familiar é de livre iniciativa do casal, pautado na dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, cabendo ao Estado propiciar, por meio das políticas públicas, o exercício desse direito, sendo inadmissível que instituições oficiais ou privadas inflijam tal garantia (BRASIL, 1988).

A Lei n. 9.263/96 regula sobre o Direito ao Planejamento Familiar, declarando que todo cidadão tem direito à assistência, à concepção e contracepção, e que devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos, desde que não prejudiquem a vida e saúde das pessoas (BRASIL, 1996). De acordo com Sandri (2006, p.7 e 10):

O termo 'paternidade responsável' pode ter mais de uma conotação. Poderá ser entendido em relação à autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos, assim como, quantos filhos as

peças desejam ter. Também pode ser interpretado sob o aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos, ou seja, o dever parental.(...) O princípio da 'paternidade responsável' é a diretriz que embasa o direito parental e o planejamento familiar, sendo estes os dois eixos que o integram. Direito parental no que diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no dever de cuidá-los e provê-los, e planejamento familiar no que diz respeito à autonomia do indivíduo para escolher quanto, não só ao aumento, mas também à diminuição ou constituição da prole, diferentemente de controle de natalidade que é imposição ao indivíduo, por parte do Estado, de controle demográfico e diminuição dos nascimentos.

Portanto, pode-se entender que o princípio da paternidade responsável corresponde à autonomia que uma pessoa ou um casal tem para decidir, responsabilmente e conscientemente, sobre ter filhos ou não, bem como corresponde à responsabilidade dos pais para com os filhos em seu dever parental, pois, o direito parental e o planejamento familiar fundamentam a paternidade responsável que os pais devem ter para com seus filhos, proporcionando-lhes assistência material e moral, com o dever de cuidá-los e provê-los, sob pena de serem responsabilizados por crime de abandono material e intelectual. Outra compreensão que pode ser elucidada por esse princípio, corresponde a não imposição ao indivíduo por parte do Estado em nome do controle demográfico e diminuição dos nascimentos, pois, o casal ou a pessoa tem livre escolha responsável para decidir sobre a constituição de sua prole.

Aduz Rizzardo (2006, p. 15 e 16.) sobre o livre planejamento familiar:

Desde que não afetados princípios de direito ou o ordenamento legal, à família reconhece-se a autonomia ou liberdade na sua organização e opções de modo de vida, de trabalho, de subsistência, de formação moral, de credo religioso, de educação dos filhos, de escolha de domicílio, de decisões quanto à conduta e costumes internos. Não se tolera a ingerência de estranhos – quer de pessoas privadas ou do Estado -, para decidir ou impor no modo de vida, nas atividades, no tipo de trabalho e de cultura que decidiu adotar a família. Repugna admitir interferências externas nas posturas, nos hábitos, no trabalho, no modo de ser ou de se portar, desde que não atingidos interesses e direitos de terceiros. (...) Eis a regra instituída no §2º do art. 1565: "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".

Assim, o livre planejamento familiar consiste na liberdade que um casal ou uma pessoa tem de constituir sua família sem intervenção de terceiros, e o Estado deve propiciar os meios necessários para a sua concretização, destinando recursos educacionais e financeiros, e observando que o direito em questão está condicionado ao melhor interesse da criança, aos demais princípios e com o próprio

ordenamento jurídico, abrangendo inclusive o direito do acesso às técnicas de reprodução artificial, pois, conforme o art. 2.º, da Lei n.º9.236/96 deve existir ações que regulem a fecundidade e que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Diante disso, é possível que uma mulher, se valendo das técnicas de inseminação artificial póstuma, consiga realizar o projeto parental? A resposta é afirmativa, haja vista que a CRFB/88, reconhece a pluralidade das entidades familiares, em seu art. 226, §4º, ao consagrar que a família é a base da sociedade e deve ter especial proteção do Estado, em que se considera como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, 1988).

Logo, em nome da Pluralidade Familiar, a reprodução assistida e a formação da família devem ser reconhecidas e preservadas nos casos dos projetos monoparentais por mulheres que buscam realizar o seu projeto familiar, por meio da procriação artificial homóloga *post mortem*, utilizando-se do material genético do seu cônjuge ou companheiro falecido. Tal projeto monoparental deve ser protegido como qualquer outra família, haja vista, a evidenciação da vontade do *de cujus* de procriar, pois, a Resolução do Conselho Federal de Medicina de n.º 2.168/2017 determina em seu item quatro, que o consentimento informado das partes, tanto da mulher, como do marido ou companheiro, é necessário, e será feito nos termos da lei.

Ainda dispõe a Resolução n.º 2.168/2017 do CFM, que não constitui crime ético a reprodução assistida *post mortem* que tenha a autorização prévia e específica, nos termos da lei vigente, do (a) falecido (a) para o uso de material genético criopreservado. Segundo Chinellato (2009, p.446 e 447):

O permissivo legal não significa que a prática da inseminação ou fertilização *in vitro post mortem* seja autorizada ou estimulada. Ainda que o marido tenha fornecido o sêmen não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente com a expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso.

Assim, pode-se compreender que, apesar de haver uma permissão legal da reprodução assistida homóloga *in vitro post mortem*, nos termos da Resolução n.º 2.168/2017, VIII, do CFM, ela só será lícita e conseqüentemente reconhecida, se o marido ou companheiro que tenha fornecido o sêmen antes de sua morte, tenha autorizado expressamente a realização do procedimento após a sua morte pela

viúva, pois, o princípio da autonomia da vontade condiciona a entrega do material genético ao banco de sêmen e o consentimento expresso, pois, não há como presumi-lo.

Neste sentido, a 3ª Turma Cível do TJDF, negou o pedido de uma viúva que pretendia usar o material genético criopreservado do seu finado companheiro, com o qual manteve uma relação de União Estável por 14 anos, para fins de reprodução humana assistida. O caso relatado é que o de *cujus* foi submetido ao processo de reversão da vasectomia após ser diagnosticado com neoplasia maligna agressiva, em que decidiu em março 2006 criopreservar seu sêmen no Hospital Albert Einstein, sem manifestar expressamente o desisto no sêmen caso viesse falecer. No mês de agosto de 2007, o homem veio a falecer sem realizar a desejada inseminação, e a viúva ajuizou a ação com o objetivo de realizar o desejado projeto parental.

A 3ª Turma Cível do TJDF fundamentou na negativa do pedido no Princípio da Autonomia da Vontade que condiciona a utilização das técnicas de inseminação artificial, e que diante da falta de uma legislação específica, não tem possibilidade de presumir o desejo do de *cujus* de ser pai após a sua morte, sem a manifestação expressa em vida:

ACÇÃO DE CONHECIMENTO - UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR - AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO - PRELIMINAR DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO AFASTADA - MÉRITO - AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM.1. Não se conhece do agravo retido diante da ausência do cumprimento do disposto no art. 523, §1º, do CPC.2. Afasta-se a preliminar de litisconsórcio necessário entre a companheira e os demais herdeiros do de *cujus* em ação de inseminação post mortem, porquanto ausente reserva a direito sucessório, vencido o Desembargador Revisor.3. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de *cujus* para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim.4. Recurso conhecido e provido.(Acórdão n.820873, 20080111493002APC, Relator: NÍDIA CORRÊA LIMA, Relator Designado: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Revisor: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 3ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 03/09/2014, Publicado no DJE: 23/09/2014. Pág.: 136.)

E se porventura a inseminação for realizada sem o consentimento expresso do de *cujus*? De acordo com Lôbo (2003. V.XVI. p.51):

O princípio da autonomia dos sujeitos, como um dos fundamentos do biodireito, condiciona a utilização do material genético do falecido ao consentimento expresso que tenha deixado para esse fim. Assim, não poderá a viúva exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o sêmen armazenado para que seja nela inseminado, por não ser objeto de herança. A paternidade deve ser consentida, porque não perde a dimensão da liberdade. A utilização não consentida do sêmen deve ser equiparada à do doador anônimo, o que não implica atribuição de paternidade.

Assim, em nome do princípio da autonomia dos sujeitos, que exige a autorização por escrita do falecido para a utilização do material genético, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o sêmen armazenado para que nela seja inseminado se não houver a referida autorização, pois, não se trata de objeto de herança. Logo, inexistindo o consentimento, caso a inseminação se realizasse teria status de inseminação por doador anônimo.

Dispõe Maluf (2013, p.214) que:

O Enunciado 106 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal, aprovado por ocasião da I Jornada de Direito Civil, realizada em 2002, tentou dirimir a questão ao estabelecer que a mulher aos se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo ainda obrigatória a autorização expressa do marido para que seja utilizado seu material genético após a sua morte. O intuito principal desse Enunciado é evitar que surjam dúvidas sobre a paternidade do filho, uma vez que o marido- e portanto pai- já está falecido.

Portanto, para que a paternidade do marido falecido seja presumida e para que a reprodução assistida póstuma não constitua um ilícito ético, será obrigatório que o marido, em vida, tenha consentido por escrito o uso do seu material genético para depois de sua morte pela mulher, desde que esteja na condição de viúva, condição esta, imposta pelo Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, que tem por escopo evitar que surjam dúvidas sobre a paternidade do filho.

No entanto, Marques (2017, p.29 e 30), retrata um caso decidido pela 13ª vara cível de Curitiba, que concedeu a utilização do material genético do *de cujus*, mesmo sem a autorização prévia:

Trata-se do caso da professora Kátia Lenerneier e seu falecido marido Roberto Jefferson Niels. Relata Katia, que estava casada há 05 anos e o casal já havia passado por várias tentativas frustradas de gravidez, que foram interrompidas por abortos espontâneos. Em janeiro de 2009, Roberto, seu marido, foi diagnosticado com câncer de pele e seria submetido a tratamento com quimioterapia. Seu médico alertou que esse tipo de tratamento poderia causar esterilidade e aconselhou depositar o seu material genético em uma clínica especializada. No momento da coleta do material genético, o doador não manifestou qual seria o destino do seu

material genético, caso viesse a falecer. Após cinco meses de tratamento, Roberto veio a óbito. Após a morte do marido no início de 2010, Kátia decidiu realizar a inseminação com o material depositado na clínica, e naturalmente, a clínica se negou a realizar tal procedimento. Logo, ajuizou uma ação de obrigação de fazer em desfavor da clínica perante a 13ª Vara Cível de Curitiba. O juiz Alexandre Gomes Gonçalves, da 13ª Vara Cível de Curitiba, concedeu liminar para a professora Kátia Lernerneier, autorizando a utilização do material genético criopreservado para realiza a desejada inseminação artificial, reconhecendo a presunção do desejo de ser pai, através de provas testemunhais: familiares, médicos e os demais herdeiros. Percebe-se que até no âmbito judiciário temos entendimentos opostos, de causas semelhantes. Essa disparidade é devida a falta de disposição legal expressa sobre a utilização das técnicas de reprodução assistida.

O caso decidido pela 13ª Vara Cível de Curitiba que concedeu a liminar para que a professora Kátia Lernerneier realizasse a inseminação artificial com o material criopreservado do seu falecido marido, que não tinha se manifestado sobre o destino do seu material genético, caso viesse a falecer, demonstra uma flexibilização de entendimento jurisprudencial diante da falta de disposição legal. A referida Vara reconheceu a presunção do desejo de ser pai do de cujus, por meio da coleta de provas testemunhais dos familiares, médicos e demais herdeiros, bem como na história do casal, de cinco anos, que já havia passado por várias tentativas frustradas de gravidez interrompidas por abortos espontâneos.

4 INSEMINAÇÃO HOMÓLOGA *POST MORTEM* E OS EFEITOS JURÍDICOS NO ÂMBITO SUCESSÓRIO

O Direito de Filiação, positivado no art. 127, § 6º, art.1596, do CC/02, foi estendido para a criança concebida por meio da inseminação artificial homóloga. Logo, a pessoa nascida por meio da inseminação artificial *post mortem*, terá direito à presunção da filiação, conforme o artigo 1.597, inciso III do Código Civil, não podendo ser discriminada, pois, pelo princípio da igualdade de filiação, a condição de filho é igual para todos, independentemente da forma como foram concebidos. O STJ reconhece que a filiação será presumida nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, não apenas para o casamento civil, como também para o regime da União Estável.

No que tange ao reconhecimento dos efeitos sucessórios para a pessoa nascida por inseminação artificial *post mortem*, a doutrina se divide em três correntes, a saber: excludente, relativamente excludente e inclusiva. Os adeptos da corrente excludente ou restritiva acreditam que o filho nascido por inseminação artificial *post mortem* não possui o direito de filiação, e, nem direitos no âmbito sucessório.

Por sua vez, os adeptos da corrente da exclusão relativa, reconhecem que o concebido por concepção *post mortem*, tem o direito de ter a sua filiação reconhecida. No entanto, negam a concessão dos direitos sucessórios. Porém, a corrente relativamente excludente admite a possibilidade da inserção da criança nascida por inseminação artificial *post mortem* em alguns direitos sucessórios, desde que seja feita na forma testamentária, conforme aplicação analógica da prole eventual.

Os adeptos da corrente inclusiva reconhecem todos os direitos inerentes para a pessoa nascida por inseminação artificial *post mortem*, tanto os direitos de filiação, como os direitos sucessórios, partindo da premissa do princípio constitucional da igualdade de filiação, que assegura a igualdade entre todos os filhos, independente de sua origem, não prevendo o legislador nenhuma exceção, haja vista, que seria uma afronta constitucional ser filho do *de cuius*, e não herdar.

4.1 Da Filiação e da Presunção de Paternidade

De acordo com Gonçalves (2017, p. 616): “Filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado”. Dessa forma, a filiação é aquela relação que liga uma pessoa aos seus genitores, ou a quem a recebeu, como nos casos da adoção, sendo uma relação de parentesco de primeiro grau em linha reta. Como já elucidado, o Direito de Filiação foi positivado no art. 127, § 6º, da CRFB/88, que estabeleceu a absoluta igualdade de todos os filhos, com iguais direitos e qualificações, noção esta que foi reiterada pelo art.1596, do CC/02. (BRASIL, 1988) (BRASIL, 2002).

O Código Civil de 2002 acompanhou parcialmente a evolução da biomedicina ao reconhecer as técnicas de reprodução artificial através da presunção de paternidade, conforme o art. 1597, III, IV e V:

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. (BRASIL, 2002)

Diante do exposto, o Código Civil avançou ao incluir três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento, todas vinculadas à reprodução assistida. Assim, será garantida a presunção de filiação para os filhos concebidos por fecundação artificial homóloga, a qualquer tempo; bem como para os concebidos por inseminação artificial heteróloga, desde que o marido tenha autorizado; e para os embriões excedentários, a qualquer tempo, desde que, decorrentes por concepção artificial homóloga.

Dispões Gonçalves (2017, p. 620) que:

O vocábulo fecundação indica a fase de reprodução assistida consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Nesse caso o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e ao marido, respectivamente, pressupondo-se, *in casu*, o consentimento de ambos. A fecundação ou inseminação artificial post mortem é realizada com embrião ou sêmen conservado, após a morte do doador, por meio de técnicas especiais. Na Jornada de Direito Civil realizada no Conselho da Justiça Federal no mês de junho de 2002, aprovou-se proposição (Enunciado 106) para que se interprete o inc. III do citado art. 1.597 no sentido de ser obrigatório, para que se presuma a paternidade do marido falecido, “que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja

ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte”.

Logo, a inseminação homóloga *post mortem*, espécie de inseminação artificial homóloga, será realizada por meio de técnicas especiais com o embrião ou sêmen criopreservado, após a morte do doador, em que o material germinativo pertence à mulher e ao marido. Como já estudado, o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, orienta que para que a presunção do marido falecido seja obrigatória nos casos da inseminação homóloga póstuma, deve a mulher estar na condição de viúva e portar a autorização escrita do marido consentindo o uso do seu material genético após a sua morte, conforme a Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina. Assim, o material genético que será usado para realizar o procedimento dessa reprodução assistida é do próprio casal (BRASIL, 2017).

Portanto, conforme o artigo 1.597, inciso III do Código Civil, a criança concebida por meio da inseminação artificial homóloga, mesmo se falecido o marido, terá direito à presunção da filiação, não podendo ser discriminada, uma vez que, perante a lei, pelo princípio da igualdade de filiação, a condição de filho é igual para todos, independentemente da forma como foram concebidos (BRASIL, 2002).

Fischer (2011) entende que a paternidade será atribuída nos casos de inseminação artificial homóloga desde que, a entidade responsável pelo armazenamento comprove que o gameta utilizado foi do cônjuge falecido, e que este, deixou o consentimento expresso para essa prática, pois, caso contrário, considerar-se-á que o gameta utilizado pertence a doador anônimo e conseqüentemente não será atribuída à paternidade ao falecido.

Importante ressaltar o julgado REsp 1.194059/SP do STJ que reconheceu a presunção de paternidade em um caso de União Estável:

RECURSO ESPECIAL - NOMEM IURIS - DEMANDA - PRINCÍPIO ROMANO DA MIHI FACTUM DADO TIBI JUS - APLICAÇÃO - UNIÃO ESTÁVEL - ENTIDADE FAMILIAR - RECONHECIMENTO DO ORDENAMENTO JURÍDICO - REQUISITOS - CONVIVÊNCIA PÚBLICA, CONTÍNUA E DURADOURA - OBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA - DEVERES - ASSISTÊNCIA, GUARDA, SUSTENTO, EDUCAÇÃO DOS FILHOS, LEALDADE E RESPEITO - ARTIGO 1.597, DO CÓDIGO CIVIL - PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO DOS FILHOS NA CONSTÂNCIA DO CASAMENTO - APLICAÇÃO AO INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL - NECESSIDADE - ESFERA DE PROTEÇÃO - PAI COMPANHEIRO - FALECIMENTO - 239 (DUZENTOS E TRINTA ENOVE DIAS) APÓS O NASCIMENTO DE SUA FILHA - PATERNIDADE - DECLARAÇÃO-NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Desimporta o *nomem iuris* dado à demanda pois, na realidade, aplicar-se-á o adágio

romano da *mihifactum dado tibi jus*. II - O ordenamento jurídico pátrio reconhece, como entidade familiar, a união estável entre pessoas (ut ADPF N. 132/RJ, Rel. Min. Ayres Brito, DJe de 14/10/2011), configurada na convivência pública, contínua e duradoura estabelecida com o objetivo de constituição de família (artigo 1723, do Código Civil), com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação de filhos (artigo 1724, do Código Civil), de modo a permitir aplicação, às relações patrimoniais, no que couber, das regras pertinentes ao regime de comunhão parcial de bens (artigo 1725, do Código Civil). III - A lei não exige tempo mínimo nem convivência sob o mesmo teto, mas não dispensa outros requisitos para identificação da união estável como entidade ou núcleo familiar, quais sejam: convivência duradoura e pública, ou seja, com notoriedade e continuidade, apoio mútuo, ou assistência mútua, intuito de constituir família, com os deveres de guarda, sustento e de educação dos filhos comuns, se houver, bem como os deveres de lealdade e respeito. IV - Assim, se nosso ordenamento jurídico, notadamente o próprio texto constitucional (art. 226, § 3º), admite a união estável e reconhece nela a existência de entidade familiar, nada mais razoável de se conferir interpretação sistemática ao art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, também, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável. V - Na espécie, o companheiro da mãe da menor faleceu 239 (duzentos e trinta e nove) dias antes ao seu nascimento. Portanto, dentro da esfera de proteção conferida pelo inciso II do art. 1.597, do Código Civil, que presume concebidos na constância do casamento os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes, entre outras hipóteses, em razão de sua morte. VI - Dessa forma, em homenagem ao texto constitucional (art. 226, § 3º) e ao Código Civil (art. 1.723), que conferiram ao instituto da união estável a natureza de entidade familiar, aplica-se as disposições contidas no artigo 1.597, do Código Civil, ao regime de união estável. VII - Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1194059 SP 2010/0085808-2, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2012)

Assim, o STJ, fundamentando no art. 226, § 3º, da CRFB/88 e art. 1723 do CC/02, que conferem ao instituto em questão uma natureza de entidade familiar, reconheceu a presunção de paternidade, estabelecida nas disposições do art. 1597, do CC/02, ao regime de união estável, de um pai companheiro que faleceu duzentos e trinta e nove dias após o nascimento de sua filha, aplicando o princípio romano da *mihifactum dado tibi jus*, pois, se o ordenamento jurídico brasileiro, admite a união estável e a reconhece como entidade familiar, é razoável conferir interpretação sistemática do art. 1.597, II, do Código Civil, para que passe a contemplar, a presunção de concepção dos filhos na constância de união estável, desde que, presente os requisitos da configuração dessa relação, a saber: convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família.

Portanto, nos termos do art. 1507, III, do CC/02, a filiação será presumida nos casos de inseminação artificial homóloga *post mortem*, reconhecendo o STJ a aplicação de tal dispositivo no regime da União Estável. Ressalta Leitão (2011, p. 41) que:

Assim, esses filhos terão direito aos alimentos necessários para atender às suas necessidades fundamentais, havendo a possibilidade, inclusive, pelo art. 1700 do CC de essa obrigação ser transmitida aos herdeiros do devedor. Logo, por serem todos os filhos iguais perante a lei, todos devem ter o direito a receber alimentos dos pais, parentes ou dos herdeiros quando for o caso. Da mesma forma que os alimentos, os filhos provenientes das técnicas de reprodução assistida, têm direito ao uso dos patronímicos materno e paterno. O nome é o que individualiza a pessoa perante a sociedade e é através dele que será conhecida a sua procedência, a que família determinada essa pessoa pertence. Destaque-se que a vontade do pai que reconhece o filho por vontade própria ou por presunção não contestada, dando-lhe a ele o uso do patronímico paterno, este poderá ser usado mesmo que a família paterna assim não deseje.

Logo, no que tange à filiação, o filho concebido por tal técnica terá o seu direito assegurado, bem como o direito aos alimentos e ao uso do patronímico paterno, pois, todos os filhos são iguais perante a lei. No mais, o nome individualiza a pessoa perante a sociedade, determinado a sua procedência familiar, e como a base familiar é o apoio de qualquer pessoa, a obrigação alimentar pode ser transmitida por força do art. 1700, do CC/02 aos demais herdeiros do devedor.

Assim, no que tange ao direito de Família, o tema em questão não traz nenhuma problemática, ao contrário, das dificuldades surgidas no âmbito sucessório diante da falta de uma regulamentação jurídica específica.

Ressalta-se que a Resolução nº 2168/17, revogou a Resolução CFM nº2. 121/2015, e um dos motivos foi que o uso das técnicas de reprodução humana, por meio da criopreservação de gametas, embriões e tecidos germinativos, ampliam as possibilidades de propiciar um melhor planejamento reprodutivo (BRASIL, 2017).

De acordo com Silva (2017), além da Resolução, que é uma norma infralegal, existem alguns projetos lei em tramitação. Destaca que o primeiro Projeto de Lei que pretendia instituir normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida foi de autoria do Luiz Moreira (PFL-MA), identificado pelo nº 3.638/1993, e encontra-se arquivado; Existe o Projeto de Lei nº 2.855/1997 criado por Confúcio Moura (MDB/RO), hoje apensado ao Projeto de Lei 1.184/2003, foi apresentado ao Senado Federal pelo Lúcio Alcântara, em que apesar de ser a proposta mais completa sobre o assunto em questão, está ultrapassado, pois, limita o congelamento de embriões para apenas dois, conforme o art. 13 (divergindo da Resolução 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina, que permite até quatro embriões e óvulos), além de proibir a barriga de aluguel, afetando consideravelmente casais homoafetivos e

mulheres solteiras que desejam congelar seus óvulos para uma futura gravidez, ofendendo assim, o direito ao planejamento familiar.

Em consulta pública no site da Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 1.184/2003, que define normas para realização de inseminação artificial e fertilização "*in vitro*", bem como, proíbe a gestação de substituição e os experimentos de clonagem radical, está aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

O PL 1184/2003 possui 17 projetos lei apensados, sendo um deles o PL7591/2017, cujo autor é Carlos Bezerra (MDB/MT), que tem por fim acrescentar um parágrafo único ao art. 1.798 do CC/02, para conferir capacidade sucessória aos concebidos com o auxílio de técnica de reprodução assistida após a abertura da sucessão.

Outro projeto de lei apensado é o PL 4892/2012, que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

Dessa forma, o PL 1184/2003, que possui 17 PL apensados, está aguardando parecer do Relator na CCJC, e como exposto, apesar de ser amplo está ultrapassado, pois, limita o congelamento de embriões para apenas dois e proíbe a barriga de aluguel. Logo, além da insegurança jurídica sobre os direitos sucessórios do filho concebido por inseminação homóloga *post mortem*, por inexistir uma regulamentação específica, ainda há uma tramitação, lenta, de um projeto de lei ultrapassado que visa conferir capacidade sucessória para as crianças nascidas por essa técnica. Diante dessa celeuma jurídica clama-se por leis que sanem as atuais lacunas existentes no ordenamento jurídico pátrio, pois, por enquanto, o tema em questão é estudado por correntes doutrinárias, bem como, pela jurisprudência brasileira.

4.2 As posições doutrinárias acerca dos efeitos sucessórios da inseminação artificial post mortem

Como já elucidado, as técnicas de reprodução humana assistida, possibilitam o congelamento de embriões, óvulos e sêmen, na perspectiva de serem utilizados em uma futura inseminação artificial ou fertilização *in vitro*, até mesmo, após o falecimento do doador. A sociedade evoluiu, e diante da complexidade dos casos

sociais, muitos deles antes inimagináveis, como é o caso da inseminação póstuma, evidenciam a necessidade de um ordenamento jurídico que atenda aos anseios sociais. Na seara do Direito de Família, não há muitos percalços sobre o tema em questão. Porém, na esfera sucessória há uma celeuma jurídica no que tange aos direitos que são inerentes das crianças nascidas por fecundação póstuma.

De acordo com Aguiar (2005, p. 117): “(...) no que se refere aos efeitos da fecundação post mortem a doutrina se divide em três correntes: excludente, relativamente excludente e inclusiva”. Assim, a doutrina estuda essa problemática se dividindo em várias correntes, e objetiva-se no presente trabalho estudar e analisar pormenorizadamente os três seguimentos doutrinários.

4.2.1 Corrente Restritiva ou Excludente

De acordo com Albuquerque Filho (2006, p. 12):

A primeira, que poderíamos denominar de excludente, não reconhece qualquer direito ao filho engendrado, após a morte do genitor, mediante assistência médica, quer no âmbito do direito de família, quer para fins sucessórios. Além disso, os defensores desta corrente entendem que há proibição para realização de tal prática, como acontece em países como a Alemanha e Suécia, que adotam sistemas positivos restritivos, em que se proíbem e sancionam as atuações consideradas socialmente danosas. Para Mônica Aguiar, mesmo que tenha ocorrido uma inseminação que tal, a morte opera como revogação do consentimento prestado e, portanto, o concebido será filho apenas do cônjuge sobrevivente. No mesmo sentido Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior afirma que “o embrião fecundado post mortem não teria direito sucessório algum, pois não é pessoa concebida e muito menos pessoa nascida”, não se enquadrando na regra contida no artigo 1.798, do Código Civil.

Dessa forma, pode-se entender que os adeptos da corrente excludente ou restritiva acreditam que o filho nascido por inseminação artificial *post mortem* não possui o direito de filiação, e, nem direito ao nome e alimentos; e nem direitos no âmbito sucessório. Como exposto, acreditam na proibição da realização de tal prática, como já ocorre na Alemanha e na Suécia, que sancionam o ato. Como mencionado, para alguns defensores, a morte do doador do material genético representa como uma revogação do consentimento prestado, sendo o filho concebido apenas do cônjuge sobrevivente, e que para outros, o embrião fecundado *post mortem* não tem direitos no âmbito sucessório por não se enquadrar no disposto do art. 1789, do CC/02, pois, não é nem concebido, nem nascituro, logo, não tem capacidade sucessória, ou seja, não herda do *de cuius*.

Dos adeptos dessa corrente excludente, pode-se citar Bittar (1993, p. 278): “(...) tal prática viola a sequência natural das coisas, que ao invés de trazer soluções, cria incontáveis efeitos negativos, em especial para a prole, e articula que o exercício dos direitos, por qualquer pessoa termina com a morte”. Logo, considera tal prática uma afronta à procriação natural, trazendo muitos efeitos negativos, sobretudo para a prole, ressaltando que os direitos só podem ser exercidos por pessoa viva.

Aduz Gama (2003, p.1000):

É inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida post mortem. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.

Para o referido autor, a viúva ou ex companheira não tem legitimidade para ter acesso ao material genético do *de cuius* e utilizá-lo em técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*. Ainda completa que a técnica de reprodução assistida póstuma deve ser vedada, mesmo nos casos que tenham o consentimento do *de cuius* para tal fim, por acreditar que viola a dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e da igualdade da filiação. Assim, acredita que o ordenamento jurídico brasileiro deveria inadmitir as técnicas de reprodução assistida *post mortem*, sendo impossível cogitar a capacidade sucessória condicional do embrião congelado ou do futuro embrião por se tratar de uma questão inconstitucional.

De acordo com Capozzi (2009), os defensores desta corrente optam pela proibição dessa prática por acreditarem que estes tipos de atuações são socialmente danosos, pois, inexistente a figura do casal, em que poderia acarretar diversos problemas psicológicos para a criança que nascerá sem a figura paterna e sem a perspectiva de conhecê-lo, ferindo o princípio da paternidade responsável, pois, o *de cuius* não pode gerar um ser humano, mesmo que tenha expressado a sua vontade

para tal objetivo. Ressalta ainda que os defensores desta corrente acreditam na possibilidade de acarretar uma insegurança jurídica na esfera sucessória, para herdeiros à época da abertura da sucessão, pois, o patrimônio ficaria indivisível até o nascimento da criança, que poderia nascer muitos anos depois da morte do doador.

Conclui-se que os adeptos dessa corrente não reconhecem nenhum direito sucessório aos nascidos pela inseminação artificial *post mortem*, inclusive, vedam tal técnica, e acreditam que aqueles não podem sequer serem considerados filhos do doador do material genético. No entanto, apesar de respeitar a corrente excludente, frisa-se que no que tange ao Direito de Família, os nascidos pela Reprodução Assistida homóloga póstuma, têm o seu direito de filiação garantido, devendo, portanto, serem reconhecidos como filhos do doador do material genético, haja vista a positivação do respectivo direito no art. 1597,III,do CC/02 (BRASIL,2002).

4.2.2 Relativamente Excludente

De acordo com Albuquerque Filho (2006), os adeptos da corrente da exclusão relativa, reconhecem que alguns direitos são inerentes para o concebido por concepção *post mortem*, dentre eles, o direito de terem a sua filiação reconhecida. Porém não acreditam que os nascidos por tal técnica tenha a capacidade sucessória, ou seja, negam a concessão dos direitos sucessórios para aqueles.

Aduz Gama (2003. p. 732 e 733) que:

Alguns autores têm sustentado que a parte final do artigo 1.718, do Código de 1916, admite a disposição testamentária em favor de prole eventual própria quando o testador, prevendo a possibilidade de vir a falecer antes da concepção da criança, confecciona seu testamento referindo à prole dele próprio – no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão. [...] a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil [...].

Assim, para essa corrente, uma vez nascida uma pessoa por essa técnica, a paternidade a ela deve ser garantida pelo fundamento biológico, mas não lhe será assegurada direitos sucessórios, pois, apesar do art. 1799, I, do CC/02 prevê a

possibilidade do testador poder beneficiar uma prole eventual dos filhos ainda não concebidos de outras pessoas, estas devem estar vivas à época da abertura da sucessão. No entanto, como a criança será prejudicada pelo não reconhecimento dos direitos sucessórios, poderá ajuizar uma ação de responsabilidade civil em face da sua mãe e dos profissionais responsáveis pela procriação, buscando a reparação dos danos materiais.

De acordo com Capozzi (2009) a corrente relativamente excludente admite a possibilidade de doutrinadores defenderem a inserção da criança nascida por inseminação artificial *post mortem* em alguns direitos sucessórios, desde que seja feita na forma testamentária, pois, deve conter a disposição expressa de última vontade do *de cuius* em favor da sua própria prole eventual. Ressalta ainda que cada doutrinador defensor desta corrente realiza as suas ponderações e entendimentos no que tange a essa possibilidade sucessória na inseminação póstuma.

Para Hironaka (2003), o doador do material genético não pode indicar a sua prole eventual, pois, a lei exige que a pessoa a ser indicada em testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão, mas, poderá haver uma indicação testamentária por via reflexa, ou seja, basta indicar a doadora do óvulo, se for testador, ou o doador do espermatozoide, se testadora. Completa ainda que, a vontade do testador nesses casos é uma só: contemplar seres humanos por ele nomeados em testamento.

Diante dessa possibilidade dos efeitos sucessórios na inseminação póstuma, que seria por via testamentária, questiona-se: há algum prazo para o nascimento da criança em virtude do material genético criopreservado?

Para Queiroz (2001, p.80):

Desnecessário lembrar que seria altamente prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida de uma possível prole, tendo em vista que o sêmen pode ficar crioconservado por anos ou décadas e, só após, ser utilizado. Portanto, deverá ser fixado o prazo de espera do nascimentos dos filhos, dentro da própria disposição testamentária, ou mesmo através de uma lei que regule o assunto.

Logo, defende a necessidade de se fixar um prazo de espera para o nascimento dessa prole eventual, seja por via legal, seja por via testamentária, pois, entende que se esse prazo for aberto causará um prejuízo à ordem jurídica, haja

vista que, a espera da prole eventual seria indefinida, pois, o material genético pode ser criopreservado por anos, e até por décadas para ser utilizado.

Nesse sentido, aduz Cruz (2008, p. 150) que:

Uma das nossas sugestões analógicas, apesar de polêmica, seria justamente a sucessão testamentária, para garantir os efeitos sucessórios da criança nascida por meio de técnicas utilizadas após a morte do cônjuge, como já previsto no artigo 1.799, I, do Código Civil.

Dessa maneira, Cruz é um dos doutrinadores que abrem a exceção dos nascidos por fecundação póstuma serem incluídos nos direitos sucessórios por via testamentária, sugerindo uma aplicação analógica do instituto da prole eventual, nos termos do art. 1799, I, do CC/02, concedendo capacidade sucessória para os seus futuros filhos.

Esclarece Diniz (2014), que, quando o testamento contempla prole eventual, a transmissão hereditária se condiciona a um evento futuro e incerto, e os bens da herança serão depositados a um curador nomeado pelo juiz, até que venha a nascer a criança esperada, que receberá a deixa, bem como os frutos e rendimentos gerados. Aponta que se o testador não estipular um prazo de espera, será aplicada a presunção legal de dois anos para a consolidação da herança, em que, se caducar, a herança será destinada para os herdeiros legítimos, salvo disposição em contrário do testador.

Nesse mesmo sentido aduz Linhares Maia *et al* (2013), que o testador ao indicar a sua própria prole, deve estipular um prazo para que a criança nasça, prazo que não pode ultrapassar ao prazo legal previsto para a prole eventual de terceiros, que é de dois anos. Ressalta que, se o prazo não for cumprido, aplica-se, por analogia, o art. 1800, §4º, do CC/02, que determina o retorno dos bens reservados para a legítima, caso o testador não tenha estipulado outra destinação.

Portanto, tendo em vista a possibilidade de defender por via testamentária a inclusão dos direitos sucessórios para as pessoas nascidas por essa técnica, aponta-se a aplicação analógica do instituto da prole eventual defendida por Cruz, completando Maia, que o testador ao indicar a sua própria prole como beneficiária, deve estipular um prazo para o nascimento da criança, pois, em contrário, aplicar-se-á o prazo de dois anos previsto no Código Civil para a concessão de prole eventual de terceiros. Ressalta que, se o herdeiro esperado não for concebido, ou nascer morto, os bens que estão reservados, salvo disposição contrária do testador,

retornará para a legítima, ou seja, serão dos herdeiros legítimos, conforme aplicação analógica do art. 1800, §4º, do CC/02.

4.2.3. *Corrente Inclusiva*

De acordo com Gonçalves (2012), em princípio não se pode falar em direitos sucessórios das pessoas concebidas por inseminação artificial post mortem, e que a doutrina brasileira se inclina no sentido de negar a legitimação sucessória, tanto na hipótese da morte do ascendente preceder à concepção, tanto na hipótese de implantação de embriões depois da abertura da sucessão, sugerindo que a solução mais favorável para a criança, fruto da inseminação póstuma, é existência de uma disposição legislativa para beneficiá-la.

No entanto, Gonçalves (2012) ainda fundamenta, que se o CC/02 trata os filhos resultantes da inseminação artificial post mortem como concebidos na constância do casamento, e como na sucessão legítimas, todos os filhos são iguais em direitos sucessórios, é injustificável a exclusão sucessória dos filhos nascidos por R.A. póstuma, haja vista que, seria incompatível com o art. 227, §6º, da CRFB/88, aceitar no ordenamento jurídico brasileiro um filho que não tem direitos sucessórios.

Os adeptos da corrente Inclusiva defendem pelo reconhecimento de todos os direitos sucessórios e de filiação, para os nascidos por inseminação artificial post mortem, haja vista que se devem encontrar soluções para essa problemática preservando as garantias constitucionais, que são os princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável, do planejamento familiar, do pluralismo das entidades familiares e da igualdade de filiação (LINHARES MAIA *et al*, 2013).

No que tange ao direito de filiação, como já exposto, o filho nascido por inseminação homóloga *post mortem*, terá o direito da presunção de paternidade reconhecida pelo dispositivo do art. 1597, III, do CC/02, ao presumir como concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido”, haja vista que inseminação artificial homóloga utiliza o sêmen, óvulo ou embrião criopreservados do casal, ou seja, o nascido provém do material genético do *de cujus*, o que evidencia a paternidade biológica (BRASIL, 2002).

Como já elucidado o planejamento familiar, consagrado no art.226, da CRFB/88, é de livre deliberação do casal, pautado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, sendo vedado que instituições oficiais ou privadas afrontem esse direito (BRASIL, 1988). Ou seja, o nosso ordenamento jurídico reconhece a pluralidade familiar e o livre planejamento familiar, e estudando o caso à luz dos princípios já abordados no presente trabalho, como, o do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, não tem nenhum fundamento do Estado inadmitir normas ou regras que restrinjam à inseminação póstuma, pois, como preconiza Lôbo (2002), o art. 226 da CRFB/88, é meramente exemplificativo, logo, todas as entidades familiares merecem ser reconhecidas e protegidas pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma, primando pelos princípios apontados, o Estado não deve diferenciar, nem excluir uma entidade familiar pelo simples fato de ser formada por uma pessoa nascida de uma inseminação póstuma, pois, estaria sendo injusto por desrespeitar todos os princípios já estudados, mesmo porque a inseminação ocorreu com a manifestação de vontade do *de cujus* de procriar, e a viúva tem o direito de realizar o seu projeto monoparental, se puder proporcionar um desenvolvimento saudável para a criança.

Explana Capozzi (2009, p.31) que:

Sendo assim, a terceira corrente, embasada inclusive em princípios constitucionais, acredita que a possibilidade da exclusão de direitos ao nascido gerado mediante fecundação artificial post mortem viola os princípios da dignidade humana, do melhor interesse da criança e, apenas com o reconhecimento de todos os direitos assistidos à criança nascida mediante fecundação póstuma estaria sendo respeitada nossa Carta Magna, aplicando e efetivando o que o legislador constitucional se preocupou, ou seja, se preocupando com a dignidade humana. No caso da inseminação post mortem o filho é desejado, sendo um sonho, fazendo parte de um projeto familiar que infelizmente restou infrutífero por circunstâncias alheias à vontade dos interessados.

Diante disso, os defensores dessa corrente acreditam que excluir uma pessoa nascida pela técnica de inseminação artificial *post mortem*, viola os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, explanando que o filho é resultado de um projeto familiar que foi interrompido por questões alheias à vontade dos interessados, ou seja, pela morte do doador do material genético.

Assim, a corrente inclusiva, reconhece todos os direitos inerentes para a pessoa nascida por inseminação artificial *post mortem*, calcada no princípio

constitucional da igualdade dos filhos, previsto no art. 227, § 6º, da CRFB/88, o qual dispõe que “os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988), assegurando a igualdade entre todos os filhos, independente de sua origem, não prevendo o legislador nenhuma exceção, haja vista, que é muito incongruente ser filho do *de cuius*, e não herdar, pois, se o doador do material genético, que manifestou o seu consentimento em vida de ter um filho, não tivesse falecido, certamente iria proporcionar uma vida digna para o seu filho com o seu patrimônio. Logo, a terceira corrente defende que os efeitos jurídicos sejam concedidos em sua totalidade ao nascido, partindo do princípio da igualdade de filiação, em para Lôbo (2003. p. 40.):

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

Dessa maneira, diante da lacuna legislativa, é inadmissível interpretar as normas com desigualdade de tratamento aos filhos, em especial, por sua origem natural ou artificial, não podendo existir diferenciação nas relações pessoais ou patrimoniais entre pais e filhos, mesmo porque além da previsão na Constituição Federal da igualdade de filiação, o ECA e o CC/02, ratificaram essa orientação, em seu art. 41, §1º e 2º e art. 1596, respectivamente, sendo assim, inaceitável a discriminação dessas pessoas nos direitos sucessórios pelo fato da sua origem de fecundação. Importante salientar que, se a Constituição Federal não abre nenhuma exceção no princípio da igualdade de filhos, logo, nenhuma lei infraconstitucional poderá restringir os direitos dos nascidos por inseminação póstuma, e, portanto, não cabe também ao poder legislativo, nem intérprete, e nem magistrados fazer exceções ao referido dispositivo (BRASIL, 1990; BRASIL, 2002).

Capozzi (2009, p.32) ressalta que o CC/02 não acompanhou os avanços biotecnológicos, nem os anseios sociais:

Verifica-se que o legislador ao elaborar as regras contidas no art. 1.798 e 1.597, III, do Código Civil, não fez idéia de onde os avanços científicos no campo da genética poderiam chegar ao tocante da reprodução humana, sem nunca imaginar que um filho pudesse provir de uma inseminação após o falecimento do cônjuge ou companheiro. Alguns doutrinadores entendem que o embrião ainda que não implantado já se encontra concebido e, com

isso, resta cabível todos os direitos do artigo 1.597, III e a aplicação do artigo 1.798 do Código Civil aos casos de inseminação póstuma. Para a doutrinadora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, o embrião, ainda que não implantado, está concebido e, sendo assim, o conceito de nascituro compreende o conceito de embrião. A autora define embrião, dizendo que singularmente é um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro, ainda que não implantado, o embrião está concebido e, desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, ficando plenamente aplicável no caso de inseminação póstuma o artigo 1.597, inciso III do Código Civil.

Dessa maneira, o art. 1.798, do Código Civil, ao consagrar que se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, foi elaborado em um momento que não se imaginava um nascimento de alguém, por meio da inseminação, após a morte do cônjuge ou companheiro, em que, mesmo após os nítidos avanços na área da biomedicina, em especial, na concretização da reprodução humana assistida póstuma, não houve alteração no dispositivo, para suprir a lacuna legislativa e incluir essas pessoas como herdeiras. Aponta também que alguns doutrinadores entendem que o embrião ainda não implantado é um ser concebido, o que o incluiria na regra da capacidade sucessória, mencionando que Hironaka (2003) acredita que o conceito de nascituro compreende o de embrião, pois, se está concebido com a identificação dos doadores do material genético, será conferido a ele o direito de herança, tal como é concedido ao nascituro.

Cruz (2008, p.142) destaca que a criança não poderá ter seus direitos sucessórios negados por um ato que não praticou:

Apesar do ato egoístico da mãe de se utilizar do gameta de seu ex-marido para realizar um sonho seu de continuar sua linhagem sem sopesar as conseqüências psicológicas ao revelar a verdade, a futura criança não poderá arcar com as conseqüências advindas de uma decisão da qual ela não participou. A mãe que tomar essa decisão poderá ser punida, todavia, a criança não poderá ser excluída da sucessão como conseqüência do ato da mãe.

Logo, a futura criança não poderá sofrer com as conseqüências de uma decisão que não tomou e ser excluída da sucessão, pois, a punição é cabível para a mãe que utilizou o gameta do seu ex-marido sem pensar nos resultados do seu ato.

O Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678/92), do qual o Brasil é signatário, é contrario a qualquer distinção no que se refere ao nascimento de uma pessoa, proibindo qualquer ato discriminatório:

Artigo 1º – Obrigação de respeitar os direitos

I. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (AMERICANOS,1969).

Assim, partindo da premissa que as normas desse decreto terão incidência no ordenamento jurídico brasileiro, pois, dispõe o art. 5º, § 2º da CRFB/88 que: “Os direitos e garantias expressos nesta constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, logo, as pessoas nascidas por métodos artificiais devem ser respeitadas em igual tratamento aos filhos por vias naturais em seus direitos, o que inclui a esfera sucessória (BRASIL, 1988).

Salienta Linhares Maia *et al* (2013) que reconhecer o direito de herança aos concebidos ou nascidos ao tempo da morte do autor da herança, e privar deste reconhecimento os nascidos pela reprodução humana assistida post mortem, afronta o princípio constitucional da igualdade, além disso, o direito à herança, previsto no art.5º, da CRFB/88, é estendido para todos. Ressalta ainda que, os defensores pela exclusão sucessória aos nascidos nessas circunstâncias estão errados ao alegar que conceder direitos sucessórios a essas pessoas após o inventário e partilha, iria acarretar uma insegurança jurídica, posto que:

Segundo Albuquerque Filho (2006), a possibilidade jurídica de se utilizar a petição de herança, nos termos do artigo 1824 do Código Civil, mostra com clareza a insegurança jurídica de qualquer sucessão, uma vez que a referida ação não só objetiva a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido. No mesmo contexto, o referido autor traz o seguinte exemplo: A título de exemplo observa-se que, se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes de primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1.836 e 1.837, do Código Civil, no entanto, havendo ação de investigação de paternidade post mortem julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (art. 1.829, I, do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente. Verifica-se que tal fato, existência do filho não reconhecido, modificaria substancialmente a vocação hereditária, onde se conclui que a insegurança do procedimento sucessório é sempre relativa. Neste sentido, mesmo que a criança nasça após a divisão da herança, é cabível adotar as mesmas alternativas para as hipóteses de descoberta de filho em investigação de paternidade post mortem, quais sejam, a petição de herança cumulada com nulidade de partilha. Seguindo o mesmo raciocínio, Hironaka (2003) comenta que a ação de petição de herança é

imprescritível, podendo ser proposta a qualquer tempo, pois a qualidade de herdeiro não se perde. (MAIA *et al*, 2013, p.108)

Desse modo, em nome do princípio da igualdade dos filhos, consagrado na CRFB/88, os nascidos por fecundação póstuma, com o reconhecimento da filiação atribuída ao de cujus, deve ter o seu direito de herança assegurado, assim como, a lei garante aos concebidos ou nascidos à época da morte do de cujus, posto que, o direito à herança, previsto no art. 5º, inciso XXX, da CRFB/88, é para todos, e negar o direito de herdar para essas pessoas fundamentando na insegurança jurídica que podem sofrer os outros herdeiros quando no nascimento da criança após o inventário e partilha é incongruente com a possibilidade jurídica da Petição de Herança, haja vista que, nos termos do art. 1824, do CC/02, qualquer pessoa que acredita ter a qualidade de herdeira em um processo de inventário e partilha e se sentir prejudicada, tem o prazo prescricional de até 10 anos, a contar da morte, para recorrer com a ação de Petição de Herança, que não apenas tem o condão de declarar a qualidade de um herdeiro, mas também de beneficiá-lo no patrimônio do falecido.

Assim como se, por exemplo, o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e pai e mãe vivos, surgindo uma pessoa que se diz filha do de cujus, e sendo esta for reconhecida em uma ação de investigação de paternidade, a sucessão mudaria com a exclusão dos ascendentes, enquanto que o cônjuge poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente, a depender do regime de bens que era casado com o falecido; a mesma mudança substancial na sucessão deve ser aplicada para a descoberta de filho em investigação de paternidade post mortem, com a possibilidade de cumular a ação de Petição de Herança com a nulidade da partilha, haja vista que, a insegurança jurídica na sucessão é sempre relativa, pois, nos termos da lei, uma pessoa que estava viva ou concebida à época da morte do de cujus, que tem a qualidade de herdeira, mas que não participou do procedimento sucessório pode com a ação Petição de Herança, obedecido ao prazo prescricional, invalidar uma partilha e se beneficiar da herança.

No mesmo sentido, aduz Farias (2016, p.83 e 84):

Nesse sentido, em um primeiro momento, haveria a investigação de paternidade do filho procriado após a morte de seu genitor e, sendo declarada a paternidade e o status de filho, esse último teria, portanto, os mesmos direitos daqueles filhos nascidos ou já concebidos, sejam esses de origem biológica ou afetiva. Posteriormente, o concebido post mortem se utilizaria da ação de petição de herança, com vistas ao reconhecimento de

seus direitos sucessórios, eis que descendente do pai morto. (...)diante da ausência legislativa sobre o tema, vê-se que a ação de petição de herança é vista como um meio que pode alcançar a ponderação de interesses daqueles já nascidos e concebidos à época da abertura da sucessão com os interesses dos filhos concebidos postumamente.

Dessa forma, ante todas as circunstâncias fáticas e jurídicas, diante da lacuna legislativa sobre a questão, e a busca por soluções jurídicas com o escopo de preencher as lacunas dessa problemática com a analogia, e os princípios gerais do direito, pode-se extrair que a corrente que mais atende aos princípios constitucionais é a corrente inclusiva, por reconhecer todos os direitos ao nascido pela inseminação artificial post mortem, em que como bem ressalta Cruz (2008) independentemente da solução jurídica, qualquer proibição ao uso das técnicas de Reprodução Assistida póstumas, constitui um discurso que, por mais coerente que seja, perde toda a validade, quando o nascimento acontecer.

Diniz (2014) cita o Enunciado n. 267 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil, em que a regra da capacidade sucessória prevista no art. 1798 do CC/02, deve abranger os embriões formados por meio das técnicas de reprodução assistida, garantindo a vocação hereditária para essas pessoas que poderão buscar os seus direitos patrimoniais por meio das regras da ação petítória. A referida autora ainda ressalta que, se, já existia um embrião criopreservado, gerado pelo material genético do de cujus à época da morte do autor da herança, se for implantando no útero da mulher, passará a ter capacidade sucessória, e se nascer com vida, poderá ajuizar a ação Petição de Herança, que prescreve em dez anos, para buscar a sua parte no acervo hereditário.

Posto isso, ao nascer uma pessoa por inseminação artificial post mortem, em um primeiro momento deve haver a investigação de paternidade, direito este que é reconhecido pelo Código Civil, e que é imprescritível. Declarada procedente a paternidade, a pessoa que recebeu o status de filho do falecido passa a ser titular de todos os direitos decorrentes da filiação em iguais condições a outros possíveis filhos do de cujus. A partir do reconhecimento da filiação, o prazo prescricional da ação de Petição de Herança começa a fluir, observando-se as causas de interrupção e suspensão da prescrição, para o concebido post mortem ajuizar a ação petítória buscando os seus direitos sucessórios.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como escopo discutir e analisar a repercussão na seara jurídica da prática da Inseminação Artificial Homóloga *Post Mortem*, em especial, no âmbito sucessório, partindo da premissa que o tema é atual, polêmico, e que o ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou as mudanças biotecnológicas da área da reprodução humana assistida, haja vista que há uma omissão legislativa sobre a questão, pois, apesar do ordenamento não proibir essa prática, não regula o procedimento nem no âmbito constitucional, nem infraconstitucional, o que evidencia a carência normativa, que atualmente esta sendo suprida no Brasil por correntes doutrinárias e decisões judiciais.

O único dispositivo infraconstitucional que vem a tratar sobre os efeitos jurídicos da reprodução humana assistida *post mortem* será no âmbito do direito de família, no art. 1597, inciso III, do Código Civil, que reconhece como presumidos na constância do casamento os nascidos pelo referido procedimento, o que leva a afirmar que há uma permissão tácita da referida técnica artificial pelo ordenamento jurídico, tendo em vista a garantia da filiação aos nascidos *post mortem*, evidenciando a intenção do legislador de que o princípio da igualdade de filhos, previsto na Constituição Federal, deve ser preservado e cumprido, independentemente da origem da concepção.

Ressalta-se que, o art. 1597, III, do Código Civil deve ser interpretado conforme orientação do Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, que orienta que para a presunção de paternidade seja atribuída ao falecido, é necessário que a mulher esteja na condição de viúva, ao tempo da submissão da reprodução assistida *post mortem*, sendo ainda obrigatória a autorização por expresso do ex marido ou companheiro, permitindo o uso do material genético após a sua morte pela sua companheira ou cônjuge sobrevivente.

No entanto, apesar de não haver percalços quanto aos efeitos jurídicos no âmbito do direito de família, ressalta-se que a 13^o vara cível de Curitiba flexibilizou a exigência do consentimento expresso do *de cujus*, ao conceder a utilização do material genético, sem a autorização prévia, para que a mulher do falecido pudesse realizar uma inseminação artificial póstuma, fundamentando exclusivamente na coleta de provas testemunhais, em que ficou notório o desejo da procriação por parte do falecido.

No mais, apenas existe outro dispositivo infralegal que é a Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina, norma não vinculante, que apenas abarca sobre as instruções éticas da reprodução humana assistida, e ressalta a necessidade do consentimento expresso do de *cujus* para a possibilidade da técnica de fertilização póstuma.

Dessa maneira, para alcançar os objetivos propostos, foram apresentadas noções gerais do Direito Sucessório brasileiro, bem como sobre os princípios informadores pertinentes, e por fim, aprofundou-se no estudo da Reprodução Humana Assistida, dando uma atenção especial para a Homóloga *Post Mortem*.

Quanto aos efeitos sucessórios das pessoas nascidas por fertilização artificial *post mortem*, foi apresentado três vertentes doutrinárias sobre o assunto, que em suma: os defensores da corrente excludente negam tanto os direitos de filiação como os sucessórios para os filhos oriundos dessa técnica, fundamentando no princípio da dignidade da pessoa humana, o melhor interesse da criança e da igualdade da filiação, acreditando que tal prática gera uma insegurança jurídica sucessória, e que deveria ser vedada. Por sua vez, a corrente relativamente excludente, reconhece os direitos de filiação, nos termos da legislação civil, e admite como única possibilidade da pessoa concebida por Reprodução Assistida Homóloga *Post Mortem* herdar do *de cuius* genitor, se o falecido tiver contemplado em testamento a sua própria prole eventual, na qual seguirá as disposições do código civil. Por fim, a corrente inclusiva, amparando-se na dignidade da pessoa humana, na igualdade de filiação, e na insegurança relativa da sucessão, além de defender os direitos de filiação, defende os direitos sucessórios sem estabelecer nenhuma condição, aplicando apenas as regras da Petição de Herança, no qual o prazo prescricional deverá fluir a partir do reconhecimento da filiação, observando-se as causas de interrupção e suspensão da prescrição.

Frisou-se a importância de estudar a problemática à luz dos princípios da Bioética (da autonomia, da beneficência, da não maleficência, da justiça), bem como dos princípios constitucionais e do Direito de Família (da dignidade da pessoa humana, da igualdade de filiação, do melhor interesse da criança, da função social da família, do pluralismo das entidades familiares, do planejamento familiar, da paternidade responsável e da autonomia), como sendo princípios que fundamentam a possibilidade da habilitação do filho concebido após a morte do seu genitor na sucessão do *de cuius*.

Sendo assim, acredita-se que a corrente doutrinária que mais corresponde aos anseios sociais, aos princípios correlatos, e ao ordenamento jurídico brasileiro, é aquela que confere todos os direitos sucessórios para a pessoa concebida após a morte do genitor, haja vista que é muito incongruente e discriminatório considerar que uma pessoa pode ser filha do *de cuius*, mas não tem o direito de herdar, pelo simples fato da sua origem conceptiva. Ademais, ressalta-se que o projeto parental foi interrompido por uma circunstância alheia à vontade dos genitores, que é a morte do doador do material genético, e a criança não pode sofrer sucessoriamente com isso, nem muito menos ser penalizada reflexamente pelo fato da legislação não ter acompanhado o processo evolutivo da biomedicina. No mais, o direito de herdar é constitucionalmente estendido para todos, e qualquer pessoa que se sentir prejudicada pode utilizar da ação petítória para buscar os seus direitos sucessórios, e isso não pode ser restringindo, também podendo ser aplicado analogicamente para o filho concebido após a morte do genitor, assim como o é para os nascidos ou concebidos ao tempo da sucessão.

Destarte, é necessário que o Projeto Lei nº 1184/2003, que hoje possui outros dezessete projetos de lei apensados, e que está aguardando parecer do Relator na Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania, que apesar de ser amplo está ultrapassado, por limitar o congelamento de embriões para apenas dois e proibir a barriga de aluguel, seja alterado e aprovado para corresponder aos anseios da sociedade e do progresso biotecnológico.

REFERÊNCIAS

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

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório. **Ibdfam**. 2006. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

AMERICANOS, Organização dos Estados. **Pacto de San José de Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018

ALMEIDA, José Luiza Gavião. **Código Civil Comentado: Direito das Sucessões. Sucessão em geral. Sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2003. 18v.

ALBANO, Lílian Maria José. **Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2004.

BITTAR, Carlos Alberto. Problemas Ético-jurídicos da Inseminação Artificial. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n 696, p.277, out. 1993.

BRASIL. **Código Civil**. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 13 nov. 2018.

_____. **Resolução CFM nº 2.168, de 21 de setembro de 2017**. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> Acesso em 13 nov. de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp: 119405 SP 2010/0085808-2, Relator: Ministro Massami Uyeda, DJ: 06/11/2012, T3 - Terceira Turma, **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj>> Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. **Projeto de Lei n.º 1.184, de 03 de junho de 2003**. Dispõe sobre a Reprodução Assistida. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/591429.pdf>>. Acesso em 13 nov. 2018.

_____. **Projeto de Lei n.º 7591/2017, de 10 de maio de 2017**. Apensado ao PL 4892/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486>>. Acesso 13 nov. 2018.

_____. **Projeto de Lei n.º 4892/2012, de 19 de dezembro de 2012**. Apensado ao PL 1184/2003. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em 13 nov. 2018.

CAPOZZI, Bruno Eto. **Biodireito**: inseminação póstuma. 2009. 61 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), Florianópolis, 2009. Disponível em: <http://pergamum.unisul.br/pergamum/pdf/98256_Bruno.pdf>. Acesso em 13 nov. 2018.

CATÃO, Marconi O. **Biodireito, transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade**. São Paulo: WVC, 2004.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; CAMPOS, Diogo Leite de. **Pessoa humana e o direito**. Coimbra: Almedina, 2009.

CLOTET, Joaquim. Bioética como ética aplicada e genética. **Revista Bioética**, São Paulo, v. 5, n. 2, p.1-9, 1997. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/381/481>. Acesso em: 13 nov. 2018.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga**: estudo sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. Trad. de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. 12. ed. São Paulo: Hemus, 1996.

CRUZ, Ivelise Fonseca da. **Efeitos da Reprodução Humana Assistida**. São Paulo: SRS, 2008.

DELFIM, Marcio Rodrigo. As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga “post mortem”. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2186, 26 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12965>>. Acesso em: nov de 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso De Direito Civil Brasileiro**: direito das sucessões. 28.ed. São Paulo: Saraiva, v.6, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios TJ-DF. APC 20080111493002 DF 0100722-92.2008.8.07.0001, Relatora: Des. Nídia Corrêa Lima. DJ: 03/09/2014, 3ª Turma Cível. **Jus Brasil**. Disponível em: <<https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civel-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826>> Acesso em: novembro de 2018.

FARIAS, Raquel Silva Tostes. **Reprodução Assistida Post Mortem e seus efeitos no direito sucessório**. 2016. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, 2016. Disponível em:

<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/3209/1/TCC_Raquel_Silva_Tostes_Farias_Ficha_Catalografica.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2018.

FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. **Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório**. In VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011. Anais eletrônicos... Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/224.pdf>. Acesso em 13 nov. 2018.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. 2008. Disponível em: <www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em 13 nov. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Manual de Direito Civil**: volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Princípios Constitucionais de Direito de Família**: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso. São Paulo: Atlas. 2008.

_____. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil 3**: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Direito Civil 7**: direito das sucessões. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRACIA, Diego. **Fundamentos de bioética**. Madrid: Eudema, 1989.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 20 v. Coordenação de Antônio Junqueira de Azevedo.

LEITÃO, Camila Bezerra de Menezes. **Análise Jurídica sobre Direitos Sucessórios decorrentes da Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem**. 2011. 92 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Universidade Estadual do Ceará (uece), Fortaleza, 2011. Disponível em: <<http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/dir.familia/analise.juridica.sobre.direitos.sucessorios.decorrentes.da.inseminacao.artificial.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

LINHARES MAIA, HERIKA JULIANA et al. A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA PÓSTUMA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO. **POLÊMICA**, [S.l.], v. 12, n. 1, p. 102 - 112, mar. 2013. ISSN 1676-0727. Disponível em: <<https://www.epublicacoes.uerj.br/ojs/index.php/polemica/article/view/5279/3877>>. Acesso em: 13 nov. 2018. doi:<https://doi.org/10.12957/polemica.2013.5279>.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: direito de família e sucessões. 7.ed. São Paulo: Saraiva, v. 5, 2012.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: Uma distinção necessária. **R. Cej**, Brasília, n. 27, p.47-56, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

_____. **Código Civil Comentado**: Vol. XVI – Artigos 1.591 a 1.693. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.) São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Código Civil Comentado**: Vol. XVI- direito de família. Relações de parentesco. Direito Patrimonial. Álvaro Vilaça Azevedo (coord.). São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Entidades Familiares Constitucionalizadas**: Para Além do Numerus Clausus. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de família. Família e Cidadania – O Novo CCB e a vacatio Legis. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 95.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTALBANO, Ana Caroline Oliveira. Inseminação post mortem e seus reflexos no direito de família e sucessões. **Revista da ESMEC**, Santa Catarina, p.1-26, 2012. Disponível em: <[file:///C:/Users/Cliente/Documents/Downloads/48-98-1-SM%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cliente/Documents/Downloads/48-98-1-SM%20(1).pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 15.ed. Rio de Janeiro: Forense, v.6, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade**: Aspectos Jurídicos e Técnicas de Inseminação Artificial. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O status de filho concebido post mortem perante o direito sucessório na legislação vigente**. Florianópolis, 2009. Disponível em:<<http://www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849>>. Acesso em: 13 nov. de 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**: lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio jurídico da paternidade responsável: distinção entre planejamento familiar e controle de natalidade**. 2006. 31 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em: <<https://pesquisandojuridicamente.files.wordpress.com/2010/09/principio-juridico-da-paternidade-responsavel.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **Biodireito**: Ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Pedro Magalhães da. **A inseminação artificial post mortem e o direito sucessório**. 2017. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília-uniceub, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/11631/1/21207473.pdf>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 7.ed. São Paulo: Método, 2017.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era biotecnológica**. São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: direito das sucessões. 10.ed. São Paulo: Atlas, v.7, 2010.