

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO

Taís Judite Turcatel

REPRODUÇÃO HUMANA
HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Casca
2014

Taís Judite Turcatel

REPRODUÇÃO HUMANA
HOMÓLOGA *POST MORTEM*

Monografia apresentada ao curso de Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais, sob orientação da professora Me. Marlova Stawinski Fuga.

Casca
2014

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus, companheiro inigualável, testemunha autêntica e insubstituível dos esforços dispensados para a realização desta obra. De igual forma, estendo formidavelmente esta produção a minha mãe Ivete, que ao longe sempre me confortou com suas orações e amor, dignos de serem retribuídos com singela homenagem, estendo também ao meu pai Benildo, pela preocupação e pelo tempo dispensado a mim, para minha formação. Finalmente, atribuo parcela de empenho, dedicação a este trabalho ao apoio incondicional de meu namorado Fernando, companheiro carinhoso, amigo e compreensivo, reduto de conforto e amor, à qual nutro sentimento de profundo respeito e admiração.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela coragem e força que me foram concedidos durante toda esta caminhada.

Aos meus maravilhosos pais, pelo amor e afeto, pela educação e exemplo de pessoa.

Ao meu namorado, pelo carinho, paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada semestre.

À estimada Prof. Orientadora, Me. Marlova Stawinski Fuga, pela amizade, apoio e orientação na realização da pesquisa.

A todos que de alguma forma contribuíram para a realização do presente trabalho.

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”

Eduardo Jorge Couture

RESUMO

A presente pesquisa tem por objetivo analisar se a principiologia que fundamenta o direito à filiação e à sucessão no ordenamento jurídico pátrio revela-se como suporte para reconhecer as crianças havidas pelo processo de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, tendo em vista se tratar de uma prática permitida no sistema jurídico brasileiro, mas carente de legislação específica que a regulamente. Frente a esta omissão legislativa, surgem várias questões controvertidas, principalmente no que tange ao direito de filiação e ao direito das sucessões, se tratando, portanto, de questão não pacífica na doutrina, que estabelece diversas interpretações pela carência de legislação, tendo em vista que a progressão do Direito não acompanha as aceleradas relações humanas, principalmente no que se refere ao avanço da ciência nas inovações com a medicina reprodutiva. Para se chegar ao cerne do problema proposto utiliza-se o método hermenêutico, caracterizando-se pela circularidade, em que só se alcança a compreensão do instituto pela interpretação dos diversos fatores que o compõe; bem como o uso do método dialético, já que debate opiniões. Constata-se, apesar da carência de regulamentação legislativa sobre o tema e de todas as divergências doutrinárias existentes, as crianças concebidas pela técnica de reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, ou seja, após a morte de seu genitor, devem ter todos seus direitos resguardados, tanto de filiação quanto de sucessão, tendo em vista a principiologia constitucional que os fundamenta.

Palavras-chave: Filiação. Inseminação artificial homóloga *post mortem*. Principiologia. Sucessão.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.: Artigo

Arts.: Artigos

CC: Código Civil

CF: Constituição Federal

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

Inc.: Inciso

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 A FILIAÇÃO E A BIOÉTICA	11
1.1 Um lineamento histórico sobre família	11
1.2 O direito de filiação.....	18
1.3 A bioética e sua influência na família	24
2 A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA	27
2.1 O direito das sucessões.....	27
2.2 As espécies de sucessões	32
2.3 A vocação hereditária no Código Civil de 2002.....	38
3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>	45
3.1 A inseminação artificial homóloga e heteróloga	45
3.2 A falta de previsão sobre a reprodução humana assistida <i>post mortem</i> no Brasil	49
3.3 A principiologia aplicada na reprodução humana assistida <i>post mortem</i>	62
CONCLUSÃO	70
REFERÊNCIAS	75

INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda o tema da reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, tendo por objetivo a análise e a demonstração da possibilidade de conceber um filho após a morte de seu genitor e seus reflexos no Direito de Família e no Direito das Sucessões brasileiros. Tratar-se, portanto, de um assunto que gera enorme polêmica na doutrina devido ao fato de sofrer omissões legislativas no ordenamento jurídico pátrio.

A reprodução humana assistida homóloga *post mortem* trata-se de um procedimento médico em que é possível uma criança nascer vários anos após a morte de seu genitor, cujo material que foi utilizado na fecundação estava criopreservado em laboratório. A reprodução homóloga trata-se de uma técnica em que são utilizados os materiais genéticos do próprio casal e não de terceira pessoa, por isso se pressupõe que os mesmos sejam casados ou em convivam em união estável. Esse método possibilitou a muitos casais, que não podiam gerar filhos por motivos alheios a sua vontade, a realização do seu desejo de procriação.

Os aspectos controversos a esse procedimento residem no que concerne ao direito de filiação e sucessão desses filhos póstumos, uma vez que não há no sistema jurídico brasileiro regulamentação específica sobre o assunto, gerando assim divergências na doutrina referentes aos efeitos e consequências da utilização do procedimento em tela.

Esse estudo se deu através do método de procedimento documental, mediante análise do material já publicado sobre o tema. Justifica-se tal opção, pois se pretende buscar uma solução para os filhos havidos por reprodução humana assistida homóloga *post mortem*, dentre as divergências apontadas pela doutrina.

No presente trabalho utilizaram-se os métodos de abordagem hermenêutico e dialético, posto que melhor se adaptaram ao tema proposto. O método hermenêutico se caracteriza pela circularidade, em que só se alcança a compreensão de um instituto pela interpretação dos diversos fatores que o compõe. Já o método dialético, que se configura por discutir e debater, através de opiniões, a realidade, que está em constante alteração. É característico, pois, penetra o mundo dos acontecimentos, através de sua ação recíproca, da contradição inerente ao fenômeno e da mudança dialética que ocorre na natureza e na sociedade; é o modo de compreender a realidade como contraditória e em permanente transformação.

Por tratar-se de um assunto tão importante e por ser uma questão não unânime na doutrina busca-se analisar se a principiologia que fundamenta o direito à filiação e à sucessão no ordenamento jurídico brasileiro revela-se como suporte para sustentação do reconhecimento dos filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Assim, o primeiro capítulo da presente pesquisa se refere à família e sua evolução ao longo do tempo, principalmente com as modificações advindas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, como também a evolução do conceito de filiação, o direito de igualdade de filiação, o parentesco, a presunção de paternidade e o reconhecimento de filhos que havidos fora do casamento. Ainda, trata-se neste capítulo a Bioética, que lida com problemas ligados à biomedicina, e sua influência na família, com o objetivo buscar respostas e soluções para os avanços científicos que tão rápido estão evoluindo e que ainda não são regulamentados pela legislação pátria.

No segundo capítulo, de acordo com o Código Civil de 2002, aborda-se a sucessão em geral, como é dada sua transmissão, enfocando, da mesma forma, suas espécies, a legítima e a testamentária. Além disso, refere-se à vocação hereditária e sua ordem estabelecida em lei, qual seja, primeiramente os descendentes, em segundo os ascendentes, em terceiro o cônjuge sobrevivente e por último os colaterais. Elencam-se também as pessoas que são legitimadas a suceder no momento da abertura da sucessão e as formas de exclusão da sucessão, que pode se dar por indignidade, sonegação e deserdação.

Destina-se o terceiro capítulo especialmente à reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e sua problemática no ordenamento jurídico brasileiro. Será tratada, primeiramente, neste capítulo, a diferenciação entre reprodução artificial homóloga e reprodução artificial heteróloga. Num segundo momento será abordada a polêmica doutrinária da reprodução humana assistida homóloga *post mortem*. E por último, trata-se da principiologia que se aplica ao Direito de Família, ao Direito das Sucessões e ao Biodireito, tudo para compreender como deve agir o julgador, tendo em vista a falta de legislação quanto a temática.

Nos dias atuais é possível, graças aos avanços da biomedicina, fazer uso desse procedimento, sendo que o mesmo não possui nenhuma proibição na legislação pátria, referente à sua utilização. Para isso existem clínicas especializadas em criopreservação de material genético e, graças a esse avanço, é possível a procriação ocorrer sem a necessidade do ato sexual, e conseqüentemente, se tem a possibilidade de gerar um filho após a morte de seu genitor.

Ocorre que falta normatização no ordenamento jurídico pátrio referente a esta técnica de reprodução e, diante disso, o assunto gera enorme polêmica na doutrina, visto que a mesma não é unânime ao discutir a reprodução humana assistida homóloga *post mortem*. Contudo, em razão da deficiência legislativa e dos diferentes posicionamentos acerca deste tema, este trabalho apresentará o posicionamento da doutrina, do Conselho Federal de Medicina e do Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados, juntamente com a principiologia aplicada ao assunto.

1 A FILIAÇÃO E A BIOÉTICA

No presente capítulo dá-se a conhecer sobre a evolução histórica e a constitucionalização do direito de família, bem como o pluralismo das entidades familiares na atualidade, a bioética e sua influência na família. Enfim, discorre-se sobre o direito de filiação no ordenamento jurídico brasileiro.

1.1 Um lineamento histórico sobre a família

O Código Civil (CC) de 1916 regulava a família no modelo patriarcal e hierarquizado, mas ao longo do tempo este conceito foi passando por profundas modificações trazidas principalmente pela Constituição Federal (CF) de 1988, e também pelo CC de 2002, até ser considerada hoje como a base do Estado.

Pode-se afirmar que até a primeira Constituição brasileira, a Constituição Imperial de 1824, elaborada após a independência do Brasil, não possuía qualquer referência ao direito de família, “no período, o estreito vínculo entre a Igreja e o Estado fazia existir apenas o casamento religioso como fonte formal da família” (MALUF, 2010, p. 31).

A Constituição de 1891, feita por Rui Barbosa, “proclamou o casamento civil de celebração gratuita e desvinculou a instituição matrimonial da religião, uma vez que separou o Estado da Igreja” (MALUF, 2010, p. 31). A Constituição de 1934 estimulou a indissolubilidade do casamento e “embora aceitando os efeitos do casamento religioso, trazia expressa recomendação da realização de exame de sanidade física e mental para os nubentes, assim como ordenou a gratuidade do reconhecimento dos filhos naturais” (2010, p. 31).

A Constituição de 1937 acrescentou à anterior a igualdade entre os filhos e a proteção da infância e da juventude, sendo que “não estendeu, entretanto, por norma constitucional, os efeitos civis ao casamento religioso” (MALUF, 2010, p. 32). Na Constituição de 1946 configurou-se o que já havia iniciado nas Constituições de 1934 e 1937, “renovou tais direitos

concedidos à família, adicionando a estes a vocação hereditária de brasileiros, em relação a bens deixados por estrangeiros no país” (2010, p. 33).

Com a Constituição de 1967, que não conceituou a família, “a família merecedora da proteção estatal era a família constituída pelo casamento válido, de caráter indissolúvel” (MALUF, 2010, p. 33). E a grande mudança veio com o advento da Constituição de 1988, a qual “introduziu uma radical mudança no panorama da família, com a nova conceituação de entidade familiar, para efeitos de proteção do Estado, passando a família a ser concebida de forma mais ampla, em decorrência de sua origem no direito natural, com reflexos nos âmbitos civil e penal” (2010, p. 34).

O direito de família passou por uma série de reformas, pois o CC de 1916 apresentava “estreita e discriminatória visão do ente familiar, limitando-o ao grupo originário do casamento, impedindo sua dissolução, distinguindo seus membros e apondo qualificações discriminatórias às pessoas unidas sem casamento e aos filhos havidos dessa relação” (DIAS; PEREIRA, 2005, p. 3). Mas a principal mudança veio com a CF de 1988, “alargando o conceito de família e passando a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união ou os seus descendentes. Seus pontos essenciais constam do art. 226 e seus incisos” (2005, p. 3).

A CF dedicou especial atenção ao planejamento familiar e à assistência à família, essas inovações levaram à aprovação do CC de 2002, “com a convocação dos pais a uma ‘paternidade responsável’ e a assunção de uma realidade familiar concreta, onde os vínculos de afeto se sobrepõem à verdade biológica, após as conquistas genéticas vinculadas aos estudos do DNA” (GONÇALVES, 2012, p. 33-34).

O CC de 2002 ampliou o conceito de família, regulamentando a união estável como entidade familiar; reviu os preceitos referentes à contestação, pelo marido, da legitimidade do filho, de sua esposa; reafirmou a igualdade entre os filhos; atenuou o princípio da imutabilidade do regime de bens no casamento; limitou o parentesco até o quarto grau na linha colateral; introduziu o regime de participação final nos aquestos; conferiu nova disciplina à matéria de invalidade do casamento e do instituto da adoção; regulou a dissolução conjugal; regulou a prestação de alimentos; reviu as normas de curatela e tutela, dentre outras alterações (GONÇALVES, 2012, p. 34).

O direito de família é o ramo ligado à própria vida, pois as pessoas conservam um vínculo com a família por toda a vida. “A família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. Em qualquer

aspecto em que é considerada, aparece a família como uma instituição necessária e sagrada, que vai merecer a mais ampla proteção do Estado” (GONÇALVES, 2012, p. 17).

O objeto do direito de família é a própria família, na conceituação de Diniz, direito de família “é o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua validade e os efeitos que dele resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela” (2005, p. 7).

No Direito Romano o poder familiar era exercido pelo pai, “o *pater familias* exercia sobre os filhos direito de vida e de morte” (GONÇALVES, 2012, p. 31). A autoridade do *pater* era exercida sobre todos seus descendentes emancipados. Com o tempo a severidade das regras foi sendo atenuada. Dispõe ainda que

com o Imperador Constantino, a partir do século IV, instala-se no direito romano a concepção cristã da família, na qual predominam as preocupações de ordem moral. Aos poucos foi então a família romana evoluindo no sentido de se restringir progressivamente a autoridade do *pater*, dando-se maior autonomia à mulher e aos filhos, passando estes a administrar os pecúlios castrenses (vencimentos militares) (2012, p. 31).

A família passou a ser constituída não mais com base no princípio da autoridade, mas sim no princípio da compreensão e do amor. Nessa nova concepção de família desapareceu a organização patriarcal, que vigorou no Brasil por todo o século XX (PEREIRA, 2012, p. 32-33).

A família patriarcal entrou em crise por causa dos novos valores que foram introduzidos na CF de 1988, conforme Lôbo

[...] a crise é sempre perda dos fundamentos de um paradigma em virtude do advento de outro, a família atual está matrizada em paradigma que explica sua função atual: a afetividade. Assim, enquanto houver *affectio* haverá família, unida por laços de liberdade e responsabilidade, e desde que consolidada na simetria, na colaboração, na comunhão de vida (LÔBO, 2011, p. 17).

A família passou então, a ter a proteção do Estado, sendo que esta proteção constitui “um direito subjetivo público, oponível ao próprio Estado e à sociedade” (LÔBO, 2011, p. 17). Dois fatores são tidos como principais pelo desaparecimento da família patriarcal: as vicissitudes da urbanização acelerada ao longo do século XX e, a emancipação feminina, econômica e profissional (LÔBO, 2011, p. 20).

A nova concepção de família modifica-se profundamente, conforme Pereira “como organismo natural, a família não acaba. Como organismo jurídico, elabora-se sua nova organização” (2012, p. 34). Atualmente, reconhecem-se como entidade familiar também a união estável e as uniões homoafetivas. A essência das relações familiares se dá pelo vínculo de afetividade. Segundo o autor, a afetividade

é o sentimento entre duas ou mais pessoas que se afeiçoam pelo convívio diuturno, em virtude de uma origem comum ou em razão de um destino comum que conjuga suas vidas tão intimamente, que as torna cônjuges quanto aos meios e aos fins de sua afeição até mesmo gerando efeitos patrimoniais, seja de patrimônio moral, seja de patrimônio econômico (PEREIRA, 2012, p. 35).

Entende-se como família o “grupo fechado de pessoas, composto de pais e filhos, e, para efeitos limitados, de outros parentes, unidos pela convivência e afeto, numa mesma economia e sob a mesma direção” (DINIZ, 2005, p. 12). A família é um conjunto de pessoas que descendem de um mesmo tronco comum, ainda “acrescenta-se o cônjuge, aditam-se os filhos do cônjuge (enteados), os cônjuges dos filhos (genros e noras), os cônjuges dos irmãos e os irmãos do cônjuge (cunhados)” (PEREIRA, 2012, p. 25).

A família após passar por profundas modificações transformou-se não apenas quanto aos valores, mas também quanto a sua composição, como por exemplo, a queda progressiva no modelo de família constituída pelo pai, mãe e filhos, conforme indica dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE): “em 1995, 57,6% dos domicílios eram constituídos de famílias nucleares, enquanto em 2005 tinham caído para 50%. Ou seja, em metade dos domicílios as pessoas convivem em outros tipos de entidades familiares ou vivem sós (estes perfaziam 10,4% do total)” (LÔBO, 2011, p. 22).

Ao tratar de família a Constituição brasileira inovou “reconhecendo não apenas a entidade matrimonial, mas também outras duas explicitamente (união estável e entidade

monoparental), além de permitir a interpretação extensiva, de modo a incluir as demais entidades implícitas” (LÔBO, 2011, p. 33).

Existem várias formas de família na atualidade, previstas no ordenamento jurídico brasileiro. A família matrimonial é uma delas, onde o casamento tem como finalidade constituir família e procriar, realizando a “comunhão de vida e de interesses através da *affectio maritalis*” (MALUF, 2010, p. 101). A autora dispõe ainda, que

embora não traga consignada a doutrina pátria uma definição expressa do que seja em si o casamento, podemos entendê-lo como um ato solene, com forma prevista em lei, que tem em vista a formação de um grupo social, que visa ao amparo mútuo dos seus partícipes em todas as esferas da vida íntima, baseado em afeição genuína, com finalidade de crescimento interior, desenvolvimento das intrínsecas potencialidades, visando ao bem-estar, à felicidade, à perpetuação do ser humano em observância da higidez da sociedade (2010, p. 105).

A família é trazida pela CF como a base da sociedade, em seu artigo (art.) 226 “prescreve que é gratuita a celebração do casamento civil (§ 1º), prevendo ainda o casamento religioso com efeitos civis (§ 2º) e estabelece a livre decisão do casal frente ao planejamento familiar, cabendo ao Estado proporcionar recursos educacionais e científicos para o seu exercício (§ 7º)” (MALUF, 2010, p. 101).

Para Lôbo, o casamento “é um ato jurídico negocial, solene, público e complexo, mediante o qual um homem e uma mulher constituem família, pela livre manifestação de vontade e pelo reconhecimento do Estado” (2011, p. 99). O matrimônio é o modo mais utilizado nas relações familiares, mesmo após a admissão da liberdade de escolha que veio com o advento da CF de 1988, sendo considerado como “uma das entidades familiares, certamente a mais importante, tendo em vista a longa tradição de sua exclusividade” (LÔBO, 2011, p. 99).

Outra forma de família é a formada por união estável, nesta não há celebração de casamento, mas o casal mantém o relacionamento publicamente, não sendo necessário morarem juntos. Esta modalidade é amparada pela CF em seu art. 226, parágrafo 3º. É definida também no CC, à luz do art. 1.723, como sendo “a entidade familiar entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura, e estabelecida com o objetivo de constituição da família” (MALUF, 2010, p. 106).

Constitui-se, não necessariamente entre duas pessoas de sexos distintos, mas também do mesmo sexo, com o intuito de constituir família (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO,

2012, p. 426). Ainda, caracterizam a união estável os seguintes elementos: publicidade, continuidade, estabilidade e objetivo de constituir família (2012, p. 427).

A lei, para o companheiro que constituir união estável, não exige que este tenha antes obtido o divórcio, apenas que esteja separado de fato (LÔBO, 2011, p. 177). A conversão em casamento está prevista no art. 1.726 do CC, devendo a lei facilitá-la, conforme prevê o art. 226, parágrafo 3º da CF. A união estável

pressupõe que tenha sido constituída sem violação aos impedimentos matrimoniais, que lhe são igualmente aplicáveis (art. 1.723), tornando desnecessária publicação de edital, pois sua finalidade é a de permitir sua oposição. O único impedimento a ser considerado é o do companheiro que estava separado de fato ou judicialmente, quando foi iniciada a união estável, que deve comprovar já estar devidamente divorciado, no pedido de conversão (LÔBO, 2011, p. 183).

A dissolução pode ser amigável ou litigiosa. A amigável pode ser feita por instrumento particular, em que os companheiros definem “a cerca do eventual pagamento de alimentos, da guarda dos filhos e respectivo direito de convivência, da partilha dos bens comuns. Não há necessidade de instrumento público ou homologação judicial” (LÔBO, 2012, p. 184). Já na litigiosa é necessário o pedido judicial, “cumulado com pedido de declaração incidental de existência da relação jurídica de união estável, se houver negativa desta por um deles” (2012, p. 185).

O modo de família monoparental desvincula-se da ideia de família formada pelo casal e pelos filhos, a mesma se constitui por um dos genitores e seus filhos. Está elencada no art. 226, parágrafo 4º da CF. Podendo se dar em face de “viuvez, separação de fato, divórcio, concubinato, adoção de filho por apenas uma pessoa. Independentemente da causa, os efeitos jurídicos são os mesmos, notadamente quanto ao poder familiar e ao estado de filiação” (LÔBO, 2011, p. 88).

Além disso, outra possibilidade de constituir família monoparental é pela inseminação artificial, técnica bastante utilizada nos dias de hoje, com intuito de solucionar problemas de infertilidade (COSTA, 2002, p. 45). Nesse sentido, aduz Maluf que “com o avanço das técnicas de reprodução artificial, o nexo existente entre o sexo e reprodução foi afastado, fazendo nascer outra modalidade de família, a unilateral, modalidade em que o parentesco ocorre por uma só linha de ascendência” (2012, p. 292).

A CF protege tanto as famílias monoparentais existentes, quanto as que vão se constituir. Explica Maluf que

a produção independente adquiriu um caráter eminentemente contemporâneo, quando deixou de ser encarada como vergonha para a família a gestação e a concepção do filho somente pela mãe, recebendo respaldo moral pela ideologia social dominante e previsão constitucional na Carta de 1988, deixando, assim, de ser considerada um tabu (2010, p. 112-113).

Apesar de não ter um diploma normativo específico para as famílias monoparentais, “reconhecida a sua condição de entidade familiar, todas as regras de Direito de Família lhe são aplicáveis, não sendo possível se fazer qualquer discriminação ou tratamento diferenciado” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2012, p. 521).

A cada dia novos núcleos familiares são reconhecidos como entidades familiares. Outras novas modalidades de família estão surgindo, não tendo ainda previsão legal, o que não é impedimento para sua existência, como é o caso da união homossexual como entidade familiar, moldada pelo afeto, independentemente de sexos. Assim, a jurisprudência “ainda que, inicialmente, com certa resistência, tem admitido, em favor dos companheiros do mesmo sexo, a aplicação das regras da união estável” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 489).

Os deveres básicos aplicados à união estável, previstos no art. 1.724 do CC, aplicam-se também à união homossexual, que são os deveres de lealdade, respeito, assistência e guarda, sustento e educação dos filhos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 501).

Vem se admitindo a filiação por esses casais, tendo em vista, que não há nenhum impedimento constitucional quanto a isto. Nesse sentido,

a tese da possibilidade jurídica da adoção por casal homossexual fortaleceu-se com orientação do STJ nesse sentido, em julgamento de 2010 (REsp 889.852). Duas crianças biológicas foram adotadas por uma das companheiras, as foram criadas e educadas por ambas, partilhando a responsabilidade desde a adoção (logo após o nascimento das crianças). A outra companheira requereu, então que fosse admitida também como adotante. Segundo o STJ ‘o que realmente importa é a qualidade do vínculo e do afeto presente no meio familiar que ligam as crianças e seus cuidadores’, além de se tratar de situação fática consolidada, de dupla maternidade, o que recomendaria a adoção, presente o melhor interesse das crianças (LÔBO, 2011, p. 92).

Outra modalidade de família que não consta na legislação pátria são as famílias recompostas, envolvendo padrastos, madrastas e enteados. Tanto padrasto como madrasta irão exercer o poder familiar sobre o enteado, em face do vínculo da parentalidade que envolve essa família. Isso decorre do elevado número de divórcios e separações. Entende-se por famílias recompostas “as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos do relacionamento anterior” (LÔBO, 2011, p. 95).

Há um vazio legal no que tange às famílias recompostas, para Lôbo, “o problema pode ser debitado ao próprio direito, na medida em que franqueou as possibilidades de divórcio, e omitiu-se sobre as consequências jurídicas das recomposições familiares, quando os divorciados levam filhos da família original para a nova” (2011, p. 96-97).

Atualmente, após profundas modificações que colaboraram para que a família seja considerada como a base da sociedade, por ser a mesma o berço da formação do cidadão, a família é protegida pelo Estado e constituída com base na afetividade e no amor. Família não é mais só aquela constituída através do matrimônio, havendo a figura do pai, da mãe e dos filhos, hoje existem também a união estável, entidades monoparentais, união homoafetiva e famílias recompostas, tidas como entidades familiares, basta que estejam fundadas no amor, afeto e desejo de ter uma relação duradoura e estável.

1.2 O direito de filiação

Será tratada aqui a evolução do conceito de filiação, as inovações trazidas pela CF de 1988 no tocante ao direito de filiação, o parentesco, a presunção de paternidade e o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento.

A CF de 1988 estabeleceu absoluta igualdade entre os filhos, não admitindo mais a distinção entre filiação legítima e ilegítima. “Na época, dada a variedade de consequências que essa classificação acarretava, mostrava-se relevante provar e estabelecer a legitimidade” (GONÇALVES, 2012, p. 318).

Eram considerados filhos legítimos aqueles que procediam do casamento, caso não houvesse casamento denominavam-se ilegítimos, e se classificavam em naturais e espúrios (GONÇALVES, 2012, p. 319). Explica o autor que eram

naturais, quando entre os pais não havia impedimento para o casamento. *Espúrios*, quando a lei proibia a união conjugal dos pais. Estes podiam ser *adulterinos*, se o impedimento resultasse do fato de um deles ou de ambos serem casados, e *incestuosos*, se decorresse do parentesco próximo, como entre pai e filha ou entre irmão e irmã (2012, p. 319). (grifo do autor).

Atualmente, são todos apenas filhos, sejam eles havidos pelo matrimônio ou não, gozando de iguais direitos e qualificações (GONÇALVES, 2012, p. 319). Essa igualdade é reiterada pelo art. 1.596 do CC, dispondo que: “os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Dispõe ainda Gonçalves:

Malgrado a inexistência, por vedação expressa da lei, de diversidade de direitos, qualificações discriminatórias e efeitos diferenciados pela origem da filiação, estabelece ela, para os filhos que procedem de justas núpcias, uma presunção de paternidade e a forma de sua impugnação; para os havidos fora do casamento, critérios para o reconhecimento, judicial ou voluntário; e, para os adotados, requisitos para a sua efetivação (2012, p. 319).

A filiação é o vínculo que existe entre pais e filhos, tanto da relação de parentesco consanguíneo como de uma relação socioafetiva entre pai adotivo e adotado (DINIZ, 2005, p. 426). Esse conceito evoluiu, pois, salienta a autora, nem sempre esse liame decorre da união sexual, pois pode provir de inseminação artificial homóloga ou heteróloga, ou de fertilização *in vitro* ou na proveta (2005, p. 427).

Na conceituação de Venosa, todo ser humano possui pai e mãe, mesmo que seja por fertilização artificial ou assistida. A filiação compreende “todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos” (2012, p. 223).

Para Gonçalves a filiação é conceituada como sendo “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 tivesse gerado” (2012, p. 318).

No que tange à filiação, a mesma se classifica em filiação matrimonial e extramatrimonial. A primeira se origina

da união de pessoas ligadas por matrimônio válido ao tempo da concepção, se resultante de união matrimonial que veio a ser anulada, posteriormente, estando ou não de boa-fé os cônjuges (CC, arts. 1.561, §§ 1º e 2º, e 1.617), ou se decorrente de uma união de pessoas que, após o nascimento do filho, vieram a convalidar núpcias (DINIZ, 2012, p. 492).

A presunção da paternidade, na filiação matrimonial, decorre da ideia de que o filho concebido durante o matrimônio tem por pai o marido de sua mãe. “Tal presunção visa preservar a segurança e a paz familiar, evitando ‘que se atribua prole adulterina à mulher casada e se introduza, desnecessariamente, na vida familiar, o receio da imputação de infidelidade’” (GONÇALVES, 2012, p. 320). Essa presunção é conhecida pelo adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, pelo qual é “presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada” (2012, p. 320). Essa presunção apoia-se ainda, nas presunções de “coabitação e fidelidade da mulher, e o reconhecimento implícito e antecipado da criança feito pelo marido ao casar” (LIMA, 2002, p. 151).

O CC em seu art. 1.597 dispõe que se presumem concebidos durante o casamento os filhos: inciso (inc.) I- “nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal”. No caso de a criança vir à luz antes de seis meses, não há presunção de filiação, mas o direito de contestar a paternidade cabe tão somente ao marido (DINIZ, 2012, p. 494).

Dispõe no inc. II- “nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento”. No caso de a mulher antes do prazo de dez meses vier a contrair novas núpcias, e vier a nascer algum filho, este se presume do primeiro marido, se nascido dentro dos trezentos dias contados da morte do marido, e, será considerado do segundo marido se nascer após esse período e já decorridos cento e oitenta dias de convivência conjugal (art. 1.598 do CC). “Essa presunção de paternidade de filho nascido de bínuba é *juris tantum*, logo cederá, mediante prova em contrário (p. ex., teste de DNA), efetuada em ação ordinária provocada pelo interessado” (DINIZ, 2012, p. 495).

O art. em tela traz no inc. III- “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Assim, “o filho concebido *post mortem* terá, por ficção jurídica, um lar, possibilitando sua integração familiar e social, tendo em vista que a família monoparental é protegida constitucionalmente” (DINIZ, 2012, p. 496). Mas por outro lado, devido à falta de

regulamentação específica sobre o assunto, inúmeras dúvidas surgem, como, se a viúva pode utilizar o material fertilizante ou se precisa de declaração expressa do marido ainda em vida, manifestando sua vontade frente a utilização, caso venha a falecer; se não houver tal declaração, se a clínica de reprodução assistida poderá entregar o sêmen congelado a viúva ou inseminá-la; entre outras (2012, p. 496).

Traz ainda no inc. IV- “havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”. Nesta hipótese também surgem muitas dúvidas, como, qual seria o destino do embrião excedentário, se os pais poderiam cedê-lo para outro casal; se a mãe não puder tê-lo implantado em seu útero, se poderá ser em outra mulher; quem é legitimado a decidir sobre o destino do embrião; qual seria a situação jurídica do embrião congelado, se os pais teriam sua guarda; entre outras (DINIZ, 2012, p. 497-498).

Por último, dispõe o inc. V- “havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”. Nesse caso o material fecundado é de terceiros, sendo que a presunção deste inc.,

visa instaurar a vontade procriacional no marido, como um meio de impedi-lo de desconhecer a paternidade do filho voluntariamente assumido ao autorizar a inseminação heteróloga de sua mulher. A paternidade, então, apesar de não ter componente genético, terá fundamento moral, privilegiando-se a relação socioafetiva. Seria torpe, imoral, injusta e antijurídica a permissão para o marido que, consciente e voluntariamente, tendo consentido com a inseminação artificial com espermatozoides de terceiro, negasse, posteriormente, a paternidade (DINIZ, 2012, p. 499).

Frente à análise deste artigo supracitado, devido aos avanços tecnológicos, se fez surgir uma nova hipótese de filiação, através das técnicas de inseminação artificial, porém, não foi dedicado dispositivo legal específico sobre o assunto. Logo, do entendimento deste artigo, há que se presumir que o filho foi concebido durante o casamento, quando seu pai ainda estava vivo (COLOMBO, 2012, p. 229).

Porém, pela falta de regulamentação específica no ordenamento jurídico brasileiro, existem divergências doutrinárias. Pois, ao mesmo tempo em que reconhece os filhos havidos

por inseminação artificial homóloga como concebidos na constância do casamento (art. 1.597, III, CC), a lei deixa a desejar, ao se referir, no art. 1.798 do CC, apenas

[...] “às pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, não reconhece o direito à herança a esses mesmos filhos concebidos após a morte do pai, o que, graças aos avanços científicos na área da reprodução humana assistida, é totalmente possível nos dias de hoje (CABRAL; ALVES, 2012, p. 114).

Outra classificação de filiação é a não matrimonial, que decorre de relações extramatrimoniais. Como já enfatizado anteriormente, a Constituição de 1988 equiparou os filhos proibindo as discriminações presentes no Código anterior. Os filhos havidos do matrimônio não necessitam de reconhecimento, pois a paternidade decorre do próprio casamento (GONÇALVES, 2012, p. 340). Já os filhos havidos fora do casamento precisam de reconhecimento, podendo ser por ato de vontade dos pais ou por decisão judicial (VENOSA, 2012, p. 249).

O reconhecimento de filho pode ser voluntário, também denominado de perfilhação, ou judicial, também chamado de coativo ou forçado. Essas modalidades de reconhecimento referem-se tanto para o pai quanto para a mãe, ou seja, a legitimidade para o reconhecimento é dos pais, ou de um só deles, trata-se de um ato personalíssimo, a pessoa deve ter plena capacidade. O reconhecimento é unilateral, pois gera efeitos pela manifestação de vontade do declarante, e depois de feito o reconhecimento não poderá ser revogado (VENOSA, 2012, p. 254).

O reconhecimento constará no registro civil, com nome dos pais e avós “sem qualquer referência a detalhes da origem do reconhecimento, para evitarem-se situações de constrangimento, salvo requerimento do próprio interessado ou em virtude de determinação judicial” (VENOSA, 2012, p. 255).

Já o reconhecimento judicial é obtido por meio de investigação de paternidade, “que é *ação de estado, de natureza declaratória e imprescritível*” (GONÇALVES, 2012, p. 351). (grifo do autor). Dispõe o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), (Lei nº 8.069/1990) que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo,

indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça” (2012, p. 351).

A legitimidade ativa para ajuizamento da ação de investigação de paternidade é do filho, caso seja menor de idade, será por representação ou assistência da mãe (PEREIRA, 2012, p. 377). A mesma pode ser ajuizada por qualquer filho havido fora do casamento, sem restrições (GONÇALVES, 2012, p. 359).

Todos os meios de prova são admissíveis nestas ações. Mas com o progresso científico, hoje, o exame de DNA é “sem dúvida, a prova central, a prova mestra na investigação filial, chegando a um resultado matemático superior a 99,9999%” (GONÇALVES, 2012, p. 366). O DNA “é a sigla do ácido desoxirribonucleico, uma molécula biológica complexa existente no núcleo das células, cujas principais funções são determinar a estrutura proteica e codificar informação genética” (VENOSA, 2012, p. 237).

Os efeitos do reconhecimento destes filhos são de natureza patrimonial e de cunho moral, estabelece a relação jurídica de parentesco entre pai e filho. Produzem efeitos desde a sua realização, mas são “retroativos ou retro-operantes (*ex tunc*), gerando as suas consequências, não da data do ato, mas retroagindo ‘até o dia do nascimento do filho, ou mesmo de sua concepção, se isto condisser com seus interesses’” (GONÇALVES, 2012, p. 372).

Quanto ao parentesco, o mesmo é a relação de vínculo existente não só entre pessoas que descendem uma das outras ou de um mesmo tronco comum, mas também entre o cônjuge e os parentes do outro e entre o adotante e o adotado (DINIZ, 2005, p. 415). Podendo ser da espécie natural ou por afinidade.

O parentesco natural ou consanguíneo se dá entre pessoas que descendem do mesmo tronco comum e são ligadas pelo mesmo sangue. Divide-se em linha reta e em linha colateral. Na primeira o parentesco se dá entre ascendentes e descendentes, “subindo-se da pessoa a seu antepassado ou descendo-se, sem qualquer limitação; por mais afastadas que estejam as gerações, serão sempre parentes entre si pessoas que descendem umas das outras” (DINIZ, 2005, p. 418).

No parentesco natural o grau é contado pelo número de gerações, como por exemplo, de pai para filho conta-se um grau. Na linha colateral os graus também se contam pelo número de gerações, subindo de um parente até o ascendente comum e descendo até o outro parente (DINIZ, 2005, p. 420). “Se o ponto de partida de uma linha reta *ascendente* é o pai e a

mãe de uma pessoa, tal linha bifurca-se, entrando, então, em duas famílias distintas, formando as *linhas paterna e materna*” (DINIZ, 2005, p. 419). (grifo do autor). Na linha colateral também chamada de transversal ou oblíqua, “é o parentesco que une os provindos do mesmo tronco ancestral, sem descenderem uns dos outros” (PEREIRA, 2012, p. 319).

O parentesco por afinidade é aquele que aproxima o cônjuge ou companheiro aos parentes do outro, assevera Pereira que “decorre da relação familiar oriunda do vínculo do casamento ou das relações entre companheiros decorrentes da estável. Embora inexista tronco ancestral comum na afinidade, contam-se os graus por analogia como o parentesco consanguíneo” (2012, p. 322).

Antes da CF de 1988 os filhos sofriam distinções entre si, por serem resultantes ou não do casamento, mas após a sua promulgação estabeleceu-se absoluta igualdade entre os mesmos. Atualmente, os filhos que são tidos fora do casamento tem o direito de serem reconhecidos, seja voluntariamente pelo pai ou por ação judicial.

1.3 A bioética e sua influência na família

A Bioética tem por objetivo buscar respostas e soluções para os avanços científicos que tão rápido estão evoluindo. A Bioética influencia profundamente no direito de família, no tocante a filiação, uma vez que a mesma busca, além de outras coisas, solucionar também problemas de reprodução.

A Ética é uma teoria que tem por função esclarecer, explicar ou investigar determinado comportamento ou ação humana. Nesse sentido,

dos avanços tecnocientíficos decorrem novas práticas em relação à vida (e também à morte) que exigem comportamento ético nas relações da Biologia com a Medicina. Constituiu-se um novo objeto de estudo a ser trabalhado neste final de século – a Bioética. Através dela, a Ética partiu para a compreensão dos resultados oriundos dos progressos científicos (SARTORI, 2001, p. 31).

A Bioética, ramo da Ética, é uma área de pesquisa que tem por finalidade a “análise racional dos problemas morais ligados à biomedicina e de sua conexão com as áreas do direito e das ciências humanas” (SARTORI, 2001, p. 33). Visa à obtenção de melhor qualidade de vida para as pessoas, “trata da proteção geral ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ao controle do emprego de técnicas, métodos e substâncias que proporcionam risco à vida, à saúde e à segurança, suscetíveis de comprometimento da qualidade de vida” (LISBOA, 2010, p. 273). A Bioética trata-se, então, de

[...] um conjunto de reflexões filosóficas e morais sobre a vida em geral e sobre as práticas médicas em particular. Para tanto abarcaria pesquisas multi-disciplinares, envolvendo-se na área antropológica, filosófica, teleológica, sociológica, genética, médica, biológica, psicológica, ecológica, jurídica, política etc., para solucionar problemas individuais e coletivos derivados da biologia molecular, da embriologia, da engenharia genética, da medicina, da biotecnologia etc., decidindo sobre a vida, a morte, a saúde, a identidade ou integridade física e psíquica, procurando analisar eticamente aqueles problemas, para que a biossegurança e o direito possam estabelecer limites à biotecnociência, impedir quaisquer abusos e proteger os direitos fundamentais da pessoa e das futuras gerações (DINIZ, 2006, p. 13-14).

Buscando soluções e respostas a partir dos avanços científicos, a Bioética “relaciona-se com uma ampla gama de questões sociais (saúde ocupacional e internacional, controle de natalidade, clonagem, reprodução assistida, procriação artificial...)” (SARTORI, 2001, p. 100).

Devem os bioeticistas “ter como paradigma o respeito à *dignidade da pessoa humana*, que é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, III)” (DINIZ, 2006, p. 19). (grifo do autor). Assim, reconhecendo o respeito à dignidade humana, salienta Diniz, que a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista juntamente com a justiça (2006, p. 21). Ainda,

os direitos humanos, decorrentes da condição humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito andam necessariamente junto com os direitos humanos, não podendo, por isso, obstinar-se em não ver as tentativas da biologia molecular ou da biotecnociência de manterem injustiças contra a pessoa humana sob a máscara modernizante de que buscam o progresso científico em prol da humanidade. Se em algum lugar houver qualquer ato que não assegure a dignidade humana, ele deverá ser repudiado por contrariar as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos. Assim sendo, intervenções científicas sobre a pessoa humana que possam atingir sua vida e a integridade físico-mental deverão

subordinar-se a preceitos éticos e não poderão contrariar os direitos humanos (2006, p. 21-22).

Frente à impossibilidade ou dificuldade de reprodução, estão os métodos de reprodução humana assistida. Sabe-se que o desejo de ter filhos é um desejo primitivo, mas um entre cada seis casais apresenta problemas de fertilidade e, para 20% destes, o modo para realizar esse desejo é através destes métodos. Estes problemas de incapacidade de procriar para muitos se transforma em problemas emocionais, interpessoais e de estresse (LEITE, 2004, p. 01).

Levando-se em consideração o desejo de fundar uma família e a livre decisão quanto à procriação, a CF estabeleceu em seu art. 226, § 7º, que o planejamento familiar é livre decisão do casal, sendo o Estado responsável pelos recursos educacionais e científicos para a realização desse direito, não sendo admitida qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Portanto, foi assegurada “a ‘autonomia reprodutiva’ e o acesso às informações e meios para sua efetivação” (LEITE, 2004, p. 160).

O acima referido dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei nº 9.263/1996, que em seu art. 1º declarou expressamente ser direito de todo cidadão o planejamento familiar, sendo que o mesmo integra

[...] as ações de atendimento global e integral à saúde, obrigando-se o Sistema Único de Saúde, em todos os níveis, a garantir programa que inclua como atividades básicas, entre outras, “a assistência à concepção e contracepção”, devendo ser oferecidos para o exercício do planejamento familiar “todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção” (artigos 3º, parágrafo único, I e 9º) (LEITE, 2004, p. 160-161).

Assim, por meio da Bioética, busca-se a realização de investigações e reflexões, visando com isso promover um melhor entendimento acerca das questões éticas surgidas pelo rápido avanço na evolução científica, no tocante às ciências biomédicas, tendo em vista, a falta de normas específicas que regulamentem seu alcance e seus limites no ordenamento jurídico brasileiro.

2 A VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Neste ponto será abordada a sucessão em geral, enfocando suas espécies, a legítima e a testamentária. A vocação hereditária e sua ordem, sequência esta, estabelecida por lei, qual seja, descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente e colaterais. O Código Civil pátrio elenca quem são os legitimados a suceder e, optou em excluir a possibilidade de sucessão àqueles concebidos após a morte do autor da herança.

2.1 O direito das sucessões

A sucessão se dá automaticamente com a morte, transmitindo o patrimônio do *de cujus* aos seus herdeiros. O objeto da sucessão é a herança e o legado, como não existe herança de pessoa viva, logo, tem-se como pressuposto para a sua transmissão a morte de seu autor.

A sucessão, portanto, nada mais é do que o ato pelo qual um herdeiro ou mais, toma o lugar de seu sucessor, em todos os direitos que lhe competiam ou apenas em parte. No conceito de Gonçalves “a palavra ‘sucessão’, em sentido amplo, significa ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Numa compra e venda, por exemplo, o comprador *sucede* ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam” (2012, p. 19). (grifo do autor).

Conceitua Venosa que “*suceder* é substituir, tomar lugar de outrem no campo dos fenômenos jurídicos. Na sucessão, existe uma substituição do titular de um direito. Esse é o conceito amplo de sucessão no direito” (2012, p. 1). (grifo do autor).

Além disso, suceder “tem o sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos ‘uns depois dos outros’ (*sub + cedere*). Sucessão é a respectiva sequência” (PEREIRA, 2012, p. 1). (grifo do autor).

A origem do direito das sucessões remonta a concepção da unidade familiar, nos dizeres de Dias “a sociedade estruturou-se em famílias, fazendo surgir à propriedade privada. Cada núcleo familiar com seus bens e sua religião. A ideia de sucessão surgiu após

consolidar-se a formação da família. Por muitos séculos os direitos patrimoniais não se partilhavam, pertenciam à sociedade familiar” (2011, p. 27).

Aduz Gonçalves que o “conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais nítido a partir do direito romano. A Lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater familias* de dispor dos seus bens para depois de sua morte” (2014, p. 21). No caso da pessoa falecer sem deixar testamento, a sucessão era devolvida a três classes de herdeiros: *sui*, *agnati* e *gentiles*. A primeira classe era composta pelos filhos, netos e a esposa. Os *agnati* eram os parentes mais próximos do falecido. E na ausência das duas classes anteriores eram chamados à sucessão os *gentiles*, que era o grupo familiar em sentido lato (2014, p. 21-22).

A sucessão patrimonial no direito romano, “era predominantemente de interesse religioso” (DIAS, 2011, p.27), devido aos tributos que a propriedade gerava. Ao longo dos anos, “a sucessão se operou na linha masculina, ao filho primogênito, sob a alegação de que a filha mulher daria seguimento ao culto familiar do seu futuro esposo” (2011, p. 27).

Nesta senda, dispõe Gonçalves que se justifica o afastamento da filha “pelo fato de que esta iria se casar, e pelo casamento passaria a integrar a família do marido, perdendo qualquer espécie de laço com a família de seu pai, cultuando, inclusive, os deuses da nova família” (2014, p. 21).

No direito brasileiro, o direito sucessório tem seu marco principal com o advento do Código Civil de 1916. A regulação apesar de evoluída para a época, se mostrava discriminatória em muitos aspectos. Por exemplo, “na adoção de maiores de idade, só existiam direitos sucessórios se o adotante não tivesse prole biológica” (DIAS, 2011, p. 28). Também para assegurar a integridade da família “não era admitido o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, chamados de ‘ilegítimos’, os quais não tinham direitos sucessórios” (2011, p. 28).

Com a promulgação da CF de 1988, algumas mudanças muito significativas no direito das sucessões foram introduzidas. Algumas das alterações trazidas foram “o reconhecimento da união estável como entidade familiar e a redução da vocação hereditária do sexto para o quarto grau” (DIAS, 2011. p. 29).

Outras disposições trazidas ao direito sucessório foram “a do art. 5º, XXX, que inclui entre as garantias fundamentais o direito de herança; e a do art. 227, § 6º, que assegura a

paridade de direitos, inclusive sucessórios, entre todos os filhos, havidos ou não da relação do casamento, assim como por adoção” (GONÇALVES, 2014, p. 24).

Quanto ao conteúdo, o direito das sucessões abrange normas concernentes à administração, aceitação e renúncia da herança, à vocação hereditária, aos legitimados a suceder, à herança jacente, à petição de herança, aos excluídos da sucessão, trata ainda da sucessão legítima e testamentária, sobre inventário e partilha e sonegados (GONÇALVES, 2014, p. 29-30).

A CF garante em seu art. 5º, inc. XXX, o direito de herança (GONÇALVES, 2014, p. 29). A mesma “deve ser vista como o patrimônio do *de cuius*. Definimos o patrimônio como o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. Portanto, a herança é o patrimônio da pessoa falecida, ou seja, do autor da herança” (VENOSA, 2012, p. 7).

Ainda, explica Gonçalves, que na herança estão incluídos “os bens e as dívidas, os créditos e os débitos, os direitos e as obrigações, as pretensões e ações de que era titular o falecido, e as que contra ele foram propostas, desde que transmissíveis” (2012, p. 32).

A herança, à vista disso, diferencia-se do legado, por este se tratar de

[...] um bem determinado, ou vários bens determinados, especificados no monte hereditário. O *legatário* sucede a título singular, em semelhança ao que ocorre na sucessão singular entre vivos. Só existe legado, e consequentemente a figura do legatário, no testamento. Não tendo o morto deixado um testamento válido e eficaz, não há legado (VENOSA, 2012, p. 10). (grifo do autor).

O fato fundamental que determina a sucessão é a morte do titular de um patrimônio, conforme aduz Venosa, “somente a morte pode dar margem à sucessão. A morte física, o desaparecimento da vida do titular. O direito moderno já não conhece a morte civil. Como as consequências da morte são inúmeras, a lei fixa preceitos para a determinação do momento da morte, bem como sua prova” (2012, p.11).

Por conseguinte, a morte “deve ser provada, no plano biológico pelos meios de que se vale a Medicina Legal, e no plano jurídico, pela certidão passada pelo Oficial do Registro

Civil, extraída do registro de óbito (Lei n° 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 77)” (PEREIRA, 2012, p. 13).

Nesse sentido, é importante saber o momento da morte, e que este seja informado no assento de óbito, pois “a partir desse momento é que passa a existir a herança e esta se transfere aos herdeiros” (VENOSA, 2012, p. 12).

O art. 6° do CC prevê, ainda, a morte presumida do ausente. Denomina-se ausente “a pessoa que desaparece de seu domicílio sem dar notícia de seu paradeiro e sem deixar um representante ou procurador para administrar-lhe os bens (CC, art. 22) (GONÇALVES, 2014, p. 33-34). Para estes casos a lei autoriza a abertura de sucessão provisória, e, depois de decorridos dez anos, se o ausente não tiver retornado ou não tiver confirmação de sua morte, poderão os herdeiros requerer a sucessão definitiva (2014, p. 34).

O art. 7°, também do CC, prevê a declaração judicial da morte presumida em dois casos: “(a) e for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; (b) se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra” (PEREIRA, 2012, p. 14). Em qualquer desses casos cabe ao juiz fixar a provável data do falecimento (2012, p. 14).

Ao abrir-se a sucessão a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros, consistindo nisso, o princípio da *saisine*, “segundo o qual o próprio defunto transmite ao sucessor a propriedade e a posse da herança” (GONÇALVES, 2012, p. 37-38). Dispõe o autor ainda que

o princípio da *saisine* surgiu na Idade Média e foi instituído pelo direito costumeiro francês, como reação ao sistema do regime feudal. Por morte do arrendatário, a terra arrendada devia ser devolvida ao senhor, de modo que os herdeiros do falecido teriam de pleitear a imissão na posse, pagando para tal uma contribuição. Para evitar o pagamento desse tributo feudal, adotou-se a ficção de que o defunto havia transmitido ao seu herdeiro, e no momento de sua morte, a posse de todos os bens (2012, p. 38).

No tocante a transmissão da herança há “três ordens de ideias: *quando, onde, e a quem se devolve a herança.*” (PEREIRA, 2012, p. 18). (grifo do autor). Na primeira ideia, o momento é o da própria morte. Na segunda, o lugar é o último domicílio do falecido, no caso de o mesmo ter mais de um domicílio, não se podendo determinar qual é o último, será considerada aberta a sucessão no lugar do falecimento. E na terceira ideia, a herança é

transferida aos herdeiros legítimos e testamentários, e, “como ocorre no momento mesmo da morte, requer a *sobrevivência do sucessor*, por fração mínima que seja, de tempo” (2012, p. 19). (grifo do autor).

Ao aceitar a herança, “torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão (CC, art. 1.804). A aceitação produz, portanto, efeito *ex tunc*” (DINIZ, 2012, p. 81). A aceitação trata-se, portanto, de uma

[...] *manifestação livre de vontade de receber o herdeiro a herança que lhe é deferida*. Aqueles, a quem por direito o patrimônio do defunto é transmitido, no todo ou em parte, enunciam a sua intenção de receber os bens, assumindo a sua administração, e cumprindo os encargos na forma do testamento ou da lei, e nos limites por esta traçados (PEREIRA, 2012, p. 43). (grifo do autor).

A aceitação da herança pode ser de três formas: expressa, tácita ou presumida. A primeira resulta de uma declaração escrita do herdeiro com a finalidade de aceitar a herança. A segunda forma, a aceitação tácita, ocorre quando o herdeiro pratica atos que são compatíveis com a sua condição, como, por exemplo, a administração de bens da herança (PEREIRA, 2012, p. 44). E a terceira, a aceitação presumida, também denominada de aceitação ficta,

[...] dá-se no caso de algum interessado requerer ao juiz, depois de passados 20 dias da abertura da sucessão, que assine ao herdeiro prazo razoável não maior de 30 dias para, dentro dele, pronunciar-se decorrido o prazo, o silêncio haver-se-á, como aceitação (novo Código Civil, art. 1.807). Difere das demais espécies, porque resulta da ausência de toda a palavra ou manifestação comissiva, traduzida a omissão de recusa como anuência ou adição (PEREIRA, 2012, p. 45).

O herdeiro pode não aceitar a herança e renunciá-la, ou seja, “ninguém pode ser herdeiro contra a sua vontade” (VENOSA, 2012, p. 14). A renúncia trata-se de uma declaração unilateral de vontade, expressa e escrita, não podendo se dar em partes (2012, p. 23-24). Deve, ainda, ser “mediante *escritura pública* que traduza uma declaração de vontade, ou *termo judicial*” (GONÇALVES, 2014, p. 101). (grifo do autor).

No caso de abrir a sucessão e o falecido não ter deixado testamento e não ter nenhum herdeiro tem-se a herança jacente (GONÇALVES, 2014, p. 133). A mesma passa a ser

vacante “quando é devolvida ao Município, por ter-se verificado, depois de praticadas todas as diligências, não haver herdeiro” (2014, p. 137).

O CC brasileiro prevê a comoriência, que se refere ao falecimento conjunto, ou seja,

[...] representa o falecimento de duas ou mais pessoas ao mesmo tempo, sem se poder identificar quem morreu primeiro, assim expressando o art. 8º: “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos” (CAHALI, HIRONAKA, 2003, p. 48).

Por conseguinte, a comoriência se refere a um assunto importante para evitar os entraves das presunções de pré-morte,

[...] já que a pré-morte de um casal, por exemplo, tem implicações no direito sucessório. Se faleceu primeiro o marido, transmitiu a herança à mulher; se ambos não tivessem descendentes ou ascendentes, e a mulher falecesse depois, a herança iria para os herdeiros dela, ou seja seus colaterais. O oposto ocorreria se provasse que a mulher falecera antes. Tal situação pode ocorrer em casos de catástrofes, acidentes ou mesmo por coincidência (VENOSA, 2012, p. 13).

Assim sendo, a sucessão se dá com a morte, sendo que é neste momento que a herança do *de cuius* é transmitida automaticamente aos seus herdeiros, sejam legítimos ou testamentários, mesmo que estes herdeiros ainda ignorem o fato, ou seja, que ainda não saibam do falecimento.

2.2 As espécies de sucessões

Ao morrer uma pessoa, em havendo herdeiros, serão estes chamados a suceder. Esse chamamento pode se dar pela vontade do falecido ou por lei, se por esta, seguirá uma ordem denominada vocação hereditária. Consequentemente, têm-se duas espécies de sucessões, a legítima que é decorrente da lei e a testamentária que é resultante de manifestação de última vontade do testador. Podendo assim, os herdeiros serem chamados a suceder a totalidade dos bens ou apenas um bem determinado.

No entendimento jurídico a sucessão apresenta dois sentidos, um amplo e outro restrito. No sentido amplo “o termo *sucessão* aplica-se a todos os modos derivados de aquisição do domínio, indicando o ato pelo qual alguém sucede a outrem, investindo-se, no todo ou em parte, nos direitos que lhe pertenciam. Trata-se da sucessão *inter vivos*” (DINIZ, 2012, p. 26). (grifo do autor). No sentido restrito a

sucessão, é a transferência, total ou parcial, da herança por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. É a sucessão *mortis causa* que, no conceito *subjetivo*, é o direito por força do qual alguém recolhe os bens da herança, e, no conceito *objetivo*, indica a universalidade dos bens do *de cuius*, que ficaram com seus direitos e encargos (DINIZ, 2012, p. 26). (grifo do autor).

A sucessão legítima, também chamada de *ab intestato*, é aquela que resulta da lei. Ao falecer, sem deixar manifestação de vontade, o patrimônio do falecido será transmitido às pessoas enumeradas na lei, aos chamados herdeiros legítimos (DIAS, 2011, p. 112-113).

Essa transmissão se dará quando o *de cuius* morrer sem testamento, quando este for nulo ou caduco, quando o testador não dispuser da totalidade da herança, quando houver herdeiros necessários, obrigando a redução das deixas para respeitar a quota reservatória (PEREIRA, 2012, p. 71). Nesse sentido,

nas duas primeiras hipóteses, a sucessão legal absorve a totalidade da herança; nas duas últimas se restringe à parte não compreendida na liberdade dispositiva. Quer dizer, na ausência de testamento válido, a sucessão aberta é só a legal; na ocorrência de testamento que não absorva a totalidade da herança, é concorrentemente legítima e testamentária (também ditas *intestada* e *testada*), uma vez que em direito moderno, e particularmente no nosso, não vigora a regra romana da impossibilidade das duas espécies (PEREIRA, 2012, p. 71). (grifo do autor).

A sucessão legítima é a mais predominante no direito das sucessões, “em razão da marcante influência do elemento familiar na formação desse ramo do direito entre nós. A sucessão legítima é a regra, e a testamentária, a exceção” (DINIZ, 2012, p. 29).

Cabe ressaltar que “as restrições legais impostas à liberdade de testar, em benefício dos herdeiros necessários, podem ser vistas como a realização de *valores constitucionais*, como o da proteção à família (CF, art. 226), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, nº III) e da solidariedade (art. 3º, nº I)” (PEREIRA, 2012, p. 173). (grifo do autor). Acrescenta ainda, o autor, que

[...] em prol dessa percepção da legítima como a expressão de princípios constitucionais – que a herança necessária atua ainda como fator assecuratório (em certa medida) da *igualdade entre os filhos* (CF, art. 227, § 6º). Se à faculdade de testar correspondesse uma liberdade absoluta e irrestrita, poderia o testador tratar desigualmente os filhos, aquinhoando apenas um ou alguns, em detrimento de outro(s), que nada recolheria(m) (2012, p. 174). (grifo do autor).

A sucessão legítima se dá pela sequência expressamente indicada no art. 1.829 do CC, denominada ordem da vocação hereditária, como explana Gonçalves:

morrendo, portanto, a pessoa *ab intestato*, transmite-se a herança a seus herdeiros legítimos, expressamente indicados na lei (CC, art. 1.829), de acordo com uma ordem preferencial, denominada *ordem da vocação hereditária*. Costuma-se dizer, por isso, que a sucessão legítima representa a *vontade presumida* do *de cujus* de transmitir o seu patrimônio para as pessoas indicadas na lei, pois teria deixado testamento se outra fosse a intenção (2012, p. 42). (grifo do autor).

A outra espécie de sucessão é a testamentária, que é aquela que transmite a herança por meio de testamento. Ocorre por manifestação de vontade do testador de como deseja que fique seu patrimônio após sua morte. O testador poderá dispor da totalidade de seus bens caso não tenha herdeiros necessários, se tiver, só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra metade pertence àqueles herdeiros de pleno direito (DINIZ, 2012, p. 205).

Reputam-se como herdeiros necessários, como disposto no art. 1.845 do CC, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (PEREIRA, 2012, p. 172).

Havendo herdeiros necessários, conforme dispõe o art. 1.789 do CC, a herança será dividida “em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade,

denominada *porção disponível*, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui a *legítima*, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil” (GONÇALVES, 2014, p. 43). (grifo do autor).

Haverá plena liberdade de testar no caso de não haverem herdeiros necessários, podendo assim, o testador afastar da sucessão os herdeiros colaterais, conforme traz o art. 1.850 do CC (GONÇALVES, 2014, p. 43).

A sucessão legítima poderá se dar simultaneamente à sucessão testamentária quando

[...] a disposição válida não contempla a destinação voluntária de toda a herança, mas apenas de alguns bens (CC, art. 1.788), ou se as quotas hereditárias instituídas não absorverem a totalidade do acervo (CC, art. 1.906), ou, ainda, se existirem herdeiros necessários que não podem ser excluídos por disposição de última vontade (CC, art. 1.789) (CAHALI, HIRONAKA, 2003, P. 52).

Consequentemente, os herdeiros necessários podem ser também herdeiros testamentários, caso sejam beneficiados pelo testador com a parte disponível do patrimônio, não necessitando testar partes iguais, assim, “somente nesta hipótese não necessita respeitar a igualdade dos quinhões, princípio que só prevalece quanto à sucessão legítima. O que o herdeiro receber por vontade do testador não se confunde com a herança a que faz jus como herdeiro legal” (DIAS, 2011, p. 115).

No tocante à capacidade para testar, ressalva-se que somente pessoa física pode testar, mas pessoa jurídica pode receber por testamento. Quem é capaz de testar tem legitimidade ativa e quem pode receber tem legitimidade passiva. O art. 1.860 do CC regula a incapacidade ativa para o testamento, sendo que não podem testar aqueles que não tiverem pleno discernimento e os menores de dezesseis anos. A capacidade de testar independe da emancipação, “mesmo que o menor atinja plena capacidade civil pelos outros meios que a lei permite (pelo casamento, por exemplo, com suplementação judicial de idade), tal não concede legitimação para o ato de última vontade” (VENOSA, 2012, p. 193-194).

Define-se o testamento como “um negócio jurídico”, possui características como: ser um ato personalíssimo, ou seja, a manifestação de vontade deve ser exclusivamente declarada pelo testador, não podendo ser por procurador nem representante legal (DIAS, 2011, p. 348).

Também deve ser unilateral porque “somente pode ser efetuado pelo testador, isoladamente” (DINIZ, 2012, p. 210). É gratuito por ser “inadmissível que o testador, em troca das liberalidades testamentárias, exija uma vantagem correspondente” (DINIZ, 2012, p. 210). Caracteriza-se também por ser solene, pois o testamento é um ato formal, “a manifestação de vontade do testador há de revestir a forma prescrita em lei” (PEREIRA, 2012, p. 179).

O testamento pode ser de forma ordinária (art. 1.862 CC), que são: o público, o cerrado e o particular, ou de forma especial (art. 1.886 CC), que também são três: marítimo, aeronáutico e militar. “Caracterizam-se pela exigência do cumprimento de várias formalidades destinadas a dar seriedade e maior segurança às manifestações de última vontade” (GONÇALVES, 2012, p. 251).

O testamento público também chamado de solene aberto ou autêntico é redigido pelo tabelião de notas, contendo as declarações de última vontade do testador na presença de testemunhas, ficando registrado no livro de notas. Pode ser revogado ou substituído a qualquer momento (DIAS, 2011, p. 359).

O cerrado, também chamado de secreto ou místico, é o escrito particular, sigiloso, feito e assinado pelo próprio testador ou alguém a seu rogo na presença de duas testemunhas, “é também um testamento notarial porque dele participa o oficial público” (VENOSA, 2012, p. 225).

O testamento particular ou aberto é escrito e assinado pelo testador, e lido perante três testemunhas que também assinam (DINIZ, 2012, p. 250).

Dentre a forma especial de testamento tem-se o marítimo, que pode ser feito no caso de emergência, por qualquer pessoa que se encontre na embarcação, sendo que o mesmo será registrado no diário de bordo. Segundo Dias,

há duas maneiras de ser elaborado: uma semelhante ao testamento público, e outra correspondente ao testamento cerrado. Em ambas modalidades, o testamento é elaborado pelo comandante ou a ele é entregue na presença de duas testemunhas. É atribuída ao comandante autêntica função notarial: age como se tabelião fosse (2011, p. 371).

No testamento aeronáutico a disciplina é a mesma do marítimo. É feito perante pessoa designada pelo comandante da aeronave comercial ou militar (PEREIRA, 2012, p. 230).

Segundo Venosa, esse tipo de testamento é muito difícil de ser visto na prática, “se a aeronave está em perigo, certamente o comandante e a tripulação não terão tempo de preocupar-se com um testamento. Se o voo é normal, não haverá o menor interesse de se fazer um testamento a bordo” (2012, p. 240-241).

O testamento militar é permitido aos militares e aos que estão a serviço das Forças Armadas em campanha. Pode ser feito, se não houver tabelião ou substituto legal, perante duas testemunhas, e caso o testador não puder ou não souber assinar, perante três testemunhas, sendo que uma delas assinará por ele (VENOSA, 2012, p. 240).

A sucessão pode ser qualificada, ainda, quanto aos efeitos em: a título universal e a título singular. A primeira, a título universal, ocorre quando o herdeiro é chamado a suceder na totalidade dos bens ou em fração determinada dos mesmos, por sucessão legítima ou testamentária. Dias dispõe que

a transmissão da herança aos herdeiros indicados pela lei chama-se **sucessão legítima** e sempre ocorre a título universal, ou seja, a universalidades dos bens transmite-se a todos os herdeiros, ainda que, por ocasião da partilha, cada um recebe somente o seu quinhão. O **herdeiro testamentário** – pessoa a quem o testador destina uma fração de bens – também é sucessor a título universal. Não só quando recebe a totalidade do acervo hereditário, também se é contemplado com parte ideal da herança. Basta receber bens não individualizados (2011, p. 111). (grifo do autor).

Já a segunda, a sucessão a título singular, ocorre quando “o testador deixa ao beneficiário um bem certo e determinado, denominado *legado*, como um veículo ou um terreno, por exemplo” (GONÇALVES, 2012, p. 44). (grifo do autor).

Dispõe ainda, que a sucessão legítima é sempre a título universal, porque transfere todo o patrimônio ou parte dele aos herdeiros (2012, p. 45). Explica Pereira como sucessão a título singular aquela que ocorre quando a transmissão fica “adstrita a uma coisa ou a um direito determinado” (2012, p. 1).

À vista disso, pode o autor da herança dispor de seus bens ainda em vida por meio de testamento, podendo testar a totalidade de seus bens, salvo se existam herdeiros necessários, caso em que só poderá dispor da metade. Não havendo testamento, a herança se transferirá na ordem estabelecida pela lei.

2.3 A vocação hereditária no Código Civil de 2002

Como tratado anteriormente, com o falecimento de uma pessoa, havendo herdeiros serão estes chamados a suceder, seja por disposição de última vontade (sucessão testamentária) ou por lei (sucessão legítima). Deste modo, na sucessão legítima os herdeiros serão chamados através de uma sequência estabelecida por lei, denominada de ordem da vocação hereditária.

Após o falecimento deve-se, então, verificar se o falecido deixou testamento, indicando através deste sua última vontade de como será partilhado seu patrimônio após sua morte. Caso não tenha deixado nenhuma

[...] declaração solene de última vontade; se apenas dispôs parte dos bens em testamento válido; se seu testamento caducou ou foi considerado ineficaz ou nulo ou, ainda, se havia herdeiros necessários, obrigando a redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, a lei promoverá a distribuição, convocando certas pessoas para receber a herança, conforme ordem nela estabelecida, que se denomina *ordem de vocação hereditária* (DINIZ, 2012, p. 121). (grifo do autor).

Na conceituação de Pereira, “diz-se que a ordem de vocação hereditária é a distribuição dos herdeiros em classes *preferenciais*, conjugando as duas ideias de grau e de ordem” (2012, p. 71). (grifo do autor). A ideia predominante é o parentesco que se situa em três classes: consanguinidade, afinidade e relações puramente civis (2012, p. 72).

Consiste esta ordem, segundo Gonçalves, em uma “relação preferencial pela qual a lei chama determinadas pessoas à sucessão hereditária” (2014, p. 158).

A ordem da vocação hereditária, prevista no art. 1.829 do CC, defere-se na seguinte ordem: aos descendentes, ascendentes, cônjuge e colaterais até quarto grau. Na sucessão dos descendentes incluem-se os filhos, netos, bisnetos etc. Porém, o grau mais próximo exclui os mais remotos, sendo assim, na falta do grau mais próximo será chamado o grau seguinte (GONÇALVES, 2012, p. 162).

Os descendentes são chamados em primeiro lugar e adquirem os bens por direito próprio, são herdeiros necessários. Sendo assim, “o autor da herança não poderá dispor, em testamento ou doação, de mais da metade de seus bens, sob pena de se reduzirem as disposições de última vontade e de se obrigar o donatário a trazer à colação os bens doados” (DINIZ, 2012, p. 127-128).

Conforme Gonçalves, “a primazia concedida aos filhos se fundamenta no senso comum de que o amor pelos descendentes é mais intenso e mais vivo. Devem eles, por conseguinte, herdar em primeiro lugar, porque essa a vontade presumida do *de cuius*” (2014, p. 162).

Como disposto no art. 1.798 do CC são aptos a receber por testamento os nascidos ou já concebidos ao tempo da morte do testador. Ressalva Venosa que “há que se levar em conta ainda a nova problemática trazida pela reprodução assistida e o fato de o sucessor nascer muito tempo após a morte do testador” (2012, p. 205).

Os descendentes têm iguais direitos à sucessão de seus ascendentes, após a promulgação da CF de 1988 estabeleceu-se absoluta igualdade entre os filhos, não se admite mais a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos que era feita pelo CC de 1916 (VENOSA, 2012, p. 121).

O CC de 2002 trouxe modificações na ordem da sucessão hereditária, incluindo o cônjuge como herdeiro necessário concorrendo com descendentes e ascendentes, por conseguinte, o mesmo “passa a concorrer em igualdade de condições com os descendentes do falecido, salvo quando já tenha direito à meação em face do regime de bens do casamento” (GONÇALVES, 2012, p. 168). Como consequência, o legislador foi

[...] possibilitando que o cônjuge supérstite fosse adquirindo, conforme o regime matrimonial de bens, alguns direitos, como o *direito real de habitação* e o *usufruto vitalício*, em concorrência com os herdeiros das classes anteriores (descendentes e ascendentes), aos quais era deferido o domínio dos bens deixados pelo falecido (GONÇALVES, 2014, p. 159). (grifo do autor).

Por conseguinte, as exceções trazidas pelo novo diploma são: se casado com o falecido no regime da comunhão universal, ou na da separação obrigatória de bens, ou se no regime da

comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares (GONÇALVES, 2012, p. 168).

No segundo lugar da ordem sucessória estão os ascendentes, que serão chamados se não houver descendentes. O grau mais próximo exclui o mais remoto, não existindo aqui o direito de representação. Assim, os pais do falecido herdam partes iguais e se apenas um estiver vivo, este receberá a totalidade dos bens. Caso os dois sejam falecidos herdarão os avós da linha paterna e materna (GONÇALVES, 2012, p. 178-179).

Na sucessão dos ascendentes também é possível a concorrência com o cônjuge sobrevivente (art. 1.836 do CC), dando-se nas proporções estabelecidas no artigo 1.837 do CC, aduz Venosa que “no tocante ao cônjuge, sua herança será de um terço da universalidade se concorrer com ascendente de primeiro grau, sendo a metade se concorrer com um só ascendente, ou se maior for o grau” (2012, p. 131).

Após, em terceiro lugar, não havendo descendentes e nem ascendentes, a sucessão será deferida por inteiro ao cônjuge, independente do regime matrimonial dos bens (DINIZ, 2012, p. 139-140). Deve-se frisar que a meação do cônjuge não é herança, quando um dos consortes morre, o patrimônio comum deve ser dividido (VENOSA, 2012, p. 132). Aduz ainda Venosa que

[...] ao se examinar uma herança no falecimento da pessoa casada, há que se separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. O que se inserirá na porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso (2012, p. 133).

Por fim, em quarto lugar, serão chamados à sucessão os colaterais de até quarto grau, conforme disposições estabelecidas no art. 1.830 do CC, atendendo-se ao princípio de que os mais próximos excluem os mais remotos. Assevera Diniz que

[...] se forem convocados à sucessão os irmãos (parentes de segundo grau), excluídos estarão os tios e sobrinhos (terceiro grau); igualmente, os do terceiro grau arredam os do quarto grau (primos, tios-avós e sobrinhos-netos). Entretanto, ressalva-se o direito de representação, concedido estritamente a filhos de irmãos (CC, art. 1.840), assegurando-se a sucessão por estirpe quando filhos de irmãos concorrerem com irmão de falecido, aproximando-se por ficção, os parentes mais afastados (2012, p. 183).

Conceitua Venosa como colaterais “os parentes que descendem de um só tronco, sem descenderem uns dos outros. No direito anterior já se considerou a linha colateral até o sexto grau de acordo com o art. 331 do antigo CC, mas o direito sucessório não ultrapassava o quarto grau, limite que é mantido no presente Código” (2012, p.155).

No tocante a sucessão de terceiro grau, mesmo estando nesta classe tanto os tios quanto os sobrinhos do finado, a regra do chamamento dos sucessíveis do mesmo grau sofre uma exceção, “no rigor do princípio, a herança dever-se-ia distribuir entre todos, dividindo-se *pro numero virorum*. Mas não é isso que acontece, pois que os filhos de irmãos preferem aos tios do *de cuius*” (PEREIRA, 2012, p. 158). O CC de 2002 dispôs em seu art. 1.843 que: “na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo os tios”, afastando assim qualquer dúvida (2012, p. 159).

Se não houver nenhum parente sucessível, ou havendo tenham renunciado a herança, o direito sucessório se transmitirá ao Município, ou ao Distrito Federal ou à União (art. 1.844 CC). O Estado não está na ordem da vocação hereditária por não ter a *saisine*, apenas com sentença de vacância é que os bens se incorporam ao Estado (VENOSA, 2012, p. 157).

Os bens só passarão ao domínio do Estado depois de decorridos cinco anos da abertura da sucessão, pois neste período de tempo o herdeiro ainda poderá reclamar judicialmente a herança (DINIZ, 2012, p. 189). Aduz ainda, Diniz, que “recolhendo a herança, o poder público obrigado estará a aplicá-la em fundações destinadas a desenvolver o ensino universitário” (2012, p. 190).

O herdeiro legítimo é aquele indicado pela lei em ordem preferencial dada pelo artigo 1.829 CC. Herdeiro testamentário ou instituído é aquele beneficiado pelo testador com uma parte ideal da herança, sem individualizar os bens, caso seja contemplado com coisa determinada, não será herdeiro, mas sim legatário (GONÇALVES, 2012, p. 46-47).

Dentre os herdeiros legítimos tem-se os necessários e os facultativos, conforme dispõe Dias:

todos os herdeiros – parentes em linha reta, colaterais até quarto grau, cônjuges e companheiros – dispõem de **legitimidade** para suceder, legitimidade que decorre do fato de a lei os consagrar herdeiros. Daí serem legítimos. Dentre eles, uns são considerados **necessários**, pois não podem ser privados da condição de herdeiro. A não ser, é claro, que sejam deserdados ou venham a ser declarados indignos. Os herdeiros, ainda que necessários, não são obrigados a permanecer com a herança. Podem renunciar a ela. Os parentes mais distantes são incluídos no rol dos herdeiros **facultativos**, pois podem ser privados da herança. Esse é o critério que serve para dividir a sucessão legítima em necessária e facultativa (2011, p. 113). (grifo do autor).

São legitimadas a suceder, conforme dispõe o art. 1.798 do CC, as pessoas nascidas ou já concebidas no momento em que a sucessão é aberta. Porém, esses herdeiros podem ser afastados da sucessão hereditária. A indignidade é uma das formas, segundo Gonçalves, trata-se de “uma sanção civil que acarreta a perda do direito sucessório” (2012, p. 112). Não são quaisquer atos que excluem o herdeiro ou legatário da sucessão, serão os atos previstos taxativamente no rol do art. 1.814 do CC, no caso dos herdeiros ou legatários cometerem atentado contra a vida, contra a honra e contra a liberdade de testar do *de cuius* (2012, p. 111).

Entre o *de cuius* e o herdeiro ou legatário deve existir uma afeição, ocorrendo a quebra dessa afetividade, “mediante a prática de atos inequívocos de desprezo e menosprezo para com o autor da herança, e mesmo de atos reprováveis ou delituosos contra a sua pessoa, torna o herdeiro ou legatário indignos de recolher os bens hereditários” (GONÇALVES, 2014, p. 111).

Ao ser excluído por indignidade pressupõe-se que o herdeiro ou legatário esteja incurso nos casos legais de indignidade, que não tenha sido reabilitado pelo *de cuius* e que haja uma sentença declaratória da indignidade (GONÇALVES, 2014, p. 112).

Sendo reconhecida a indignidade, serão produzidos os seguintes efeitos jurídicos: os descendentes do excluído o sucedem por representação, os bens que o indigno deixa de herdar são devolvidos às pessoas que os herdariam, como se ele nunca tivesse sido herdeiro; efeito retroativo (*ex tunc*) da sentença declaratória da indignidade, desde a abertura da sucessão; o excluído não terá direito ao usufruto e a administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança ou a sucessão eventual desses bens (DINIZ, 2012, p. 71-72).

O indigno pode ser reabilitado pelo ofendido, pois

o direito de perdoar é privativo e formal; tem o condão de revogar os efeitos da indignidade e de admitir o ofensor à herança, reabilitando-o. Para tanto a lei impõe ao ofendido a declaração expressa em testamento ou ato autêntico, como a escritura pública, de que, apesar da ofensa recebida, o ofensor deve ser chamado a gozar dos benefícios da sucessão (DINIZ, 2012, p. 75).

Outra forma de afastar os herdeiros da sucessão hereditária é pela deserdação, feita por meio de testamento, ou seja, só opera na seara da sucessão testamentária. “Por meio de **testamento herdeiros necessários** podem ser deserdados, mas precisa se motivada a exclusão. A deserdação ocorre por vontade do titular da herança manifestada por meio de testamento” (DIAS, 2011, p. 317). (grifo do autor).

Segundo Diniz, a deserdação “repousa na vontade exclusiva do *auctor successionis*, que a impõe ao ofensor no ato de última vontade, desde que fundada em motivo legal (CC, arts. 1.814, 1.962 e 1.963)” (2012, p. 76). São motivos de deserdação os mesmos casos de indignidade do art. 1.814 do CC (VENOSA, 2012, p. 322). Quando o herdeiro é deserdado, o mesmo “é considerado como se morto fosse, há direito de representação de seus descendentes. Se não tiver descendentes, mas irmãos, filhos também do *de cuius*, sua parte acresce à dos demais” (2012, p. 237).

Ao iniciar o inventário, o inventariante deve descrever relação completa de todos os bens e valores do espólio. Cabe também aos herdeiros declarar e restituir bens do espólio que estiverem em seu poder, ou indicar se souber que estão em poder de terceiros. Caso o inventariante ou o herdeiro descumprirem esses deveres estarão cometendo o delito de sonegação, sujeitando-se às penas dos artigos (arts.) 1.992 e 1.993, ambos do CC (GONÇALVES, 2012, p. 522).

Ao proceder-se a partilha, todos os herdeiros devem declarar os bens que compõe a sucessão, para instruir o processo de inventário. “O herdeiro que descumpre essa ordem é considerado ‘sonegador’ e se sujeita a perder o que ganhou. Como ‘sonegou’ o que recebeu, chamam-se **sonegados** os bens não declarados (CC 1.992)” (DIAS, 2011, p. 611). (grifo do autor).

Como efeito da sonegação para o herdeiro da sentença, “o bem sonegado não será computado para ele, para fins de partilha. Considera-se inexistente esse sucessor para essa partilha” (VENOSA, 2012, p. 375).

Os sucessores, ou seja, aqueles que pela vontade do testador ou por lei, irão suceder, no todo ou em parte, a herança do falecido, podem ser excluídos da sucessão, seja por indignidade, sonegação ou deserdação, basta ter o herdeiro incorrido nas condutas de cada espécie de exclusão previstas no Código Civil.

3 A REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

Neste capítulo serão abordadas as técnicas de reprodução humana assistida, tratando especificamente da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e sua problemática no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A inseminação artificial homóloga e heteróloga

Nos dias atuais é possível fazer uso das técnicas de reprodução humana assistida, possibilitando assim, a quem tem problemas referentes à procriação, realizar o desejo de ter filhos. Esses métodos além de solucionarem problemas de infertilidade entre os casais possibilitam geração de um filho após a morte do doador do sêmen.

Inicialmente cabe destacar que estes métodos de reprodução humana assistida não encontram nenhuma proibição no ordenamento jurídico brasileiro, “podendo-se considerar que são constitucionalmente admitidas pelo § 7º do art. 226 da CRFB/88, o qual determina que o “[...] planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito [...]” (NÓBREGA, 2011, p. 49).

Através dessas técnicas de reprodução humana assistida

[...] a Medicina trouxe métodos inovadores, possibilitando aqueles que têm o sonho de ter filhos, mas por causas alheias à sua vontade esse desejo não se concretiza de forma natural, podendo assim se socorrer das técnicas de reprodução artificial, disponíveis nos dias atuais, graças aos avanços da biotecnologia (CABRAL; ALVES, 2012, p. 97).

As técnicas de congelamento do sêmen, para reprodução assistida, são bastante utilizadas por homens que vão se submeter a tratamento de neoplasias, pois “a terapêutica nestes casos pode levar à esterilidade, quer seja pelos efeitos indiretos da quimioterapia, da radioterapia ou da orquiectomia” (PETRACCO; BADALOTTI; ARENT, 2004, p. 7).

A inseminação artificial também é conhecida como “concepção artificial, fertilização artificial, semeadura artificial, fecundação ou fertilização assistida” (VENOSA, 2012, p. 238). A palavra inseminação provém da “expressão latina *inseminare*, com o prefixo *in* significando ‘dentro’ e *sêmen*, que quer dizer ‘semente’. Define-se como a introdução de sêmen do cônjuge ou de outro doador no trato genital feminino” (VASCONCELOS, 2006, p. 15).

O Enunciado nº 105 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal consolidou o entendimento de que “as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’” (2013, p. 138).

A reprodução humana assistida trata-se, portanto, da união artificial dos gametas feminino e masculino, dando origem ao ser humano (DINIZ, 2006, p.551). Assim sendo, chama-se embrião o resultado da união destes gametas humanos (MONTEIRO, TAVARES DA SILVA, 2012, p. 441).

Essa técnica é utilizada por casais, que não podem procriar por motivos alheios a sua vontade, e buscam através deste procedimento realizar seu desejo de ter filhos (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 65).

É muito importante conhecer o procedimento que estará sendo submetido antes de tomar qualquer decisão, à vista disso é essencial que

[...] o paciente tenha acesso a todas as informações concernentes ao procedimento, bem como da viabilidade do tratamento. Fatores como etiologia e tempo da infertilidade, história obstétrica da paciente, idade, características do espermograma, custo-benefício e outros devem ser pesquisados para a indicação de um diagnóstico bem preciso pelo médico (VASCONCELOS, 2006, p. 15-16).

Dentre os métodos de reprodução humana assistida estão a Transferência de Zigoto nas Trompas de Falópio - ZIFT (*Zibot Intra Fallopian Transfer*) e a Transferência intratubária de Gametas - GIFT (*Gametha Intra Fallopian Transfer*) (VASCONCELOS, 2006, p. 13).

Diferenciam-se basicamente pelo local em que serão fecundados os gametas. No primeiro, é fora do útero materno, se dá em uma proveta, e no segundo, é dentro do útero da mulher. (CABRAL; ALVES, 2012, p. 97).

O primeiro método é aquele pelo qual se dá a ectogênese ou fertilização *in vitro*, “consiste na retirada de óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra” (DINIZ, 2006, p. 552). Ou seja, a concepção se dá fora do corpo da mulher, ocorre em laboratório (COLOMBO, 2012, p. 127).

Esse método também tido como extracorpóreo, possui quatro hipóteses incidentes para sua utilização: “(a) a doação de óvulo; (b) a doação de esperma; (c) a doação de embrião; e (d) o empréstimo de útero. Cada uma delas tem particularidades, características e facetas próprias” (VASCONCELOS, 2006, p. 13).

A fecundação *in vitro* acarreta sérias questões ético-jurídicas como: a ofensa ao direito do filho de ser concebido naturalmente; a falta de anuência do marido, que poderá ser motivo justificador de separação judicial; a possibilidade de uma criança nascer de genitor morto; riscos à saúde da doadora do óvulo; modo de obtenção imoral do sêmen; uso de violência emocional contra a mulher; arrependimento após a realização da fertilização *in vitro*; falsa inscrição no Registro Civil; possibilidade de o doador transmitir ao embrião doença genética ou psicose hereditária; eventualidade de o doador do sêmen, a doadora do óvulo ou a que cedeu o ventre pretender reconhecer como seu o filho, reclamando-o judicialmente; o destino do embrião fecundado, mas não implantado, no caso de morte do casal; o uso indiscriminado de material fertilizante congelado; a questão da determinação do começo da vida e da personalidade jurídica, entre outras (DINIZ, 2006, p. 572-578).

Dessa forma, só é recomendável em último caso, por se tratar de “campo fértil de transtornos de várias ordens (moral, religiosa, psicológica e até mesmo jurídica)” (VASCONCELOS, 2006, p. 16).

Já o segundo método, tido como intracorpóreo (VASCONCELOS, 2006, p. 13), se trata da fecundação *in vivo* pela qual se dá a inseminação artificial, há a “inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião” (DINIZ,

2006, p. 552). Ou seja, a concepção se dá dentro do próprio corpo da mulher (COLOMBO, 2012, p. 127).

Ambas as técnicas, tanto *in vivo* quanto *in vitro* “podem se concretizar de forma *homóloga* ou *heteróloga*” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 500). (grifo do autor).

A inseminação homóloga é feita na esposa com o próprio sêmen do marido, vivo ou após sua morte. Já a inseminação heteróloga é feita na mulher, durante o matrimônio, com esperma de terceiro (DINIZ, 2006, p. 552-553).

A inseminação homóloga pressupõe que a mulher esteja casada ou em união estável e que o sêmen seja do marido ou companheiro. Aplica-se em casos que “apesar de ambos os cônjuges serem férteis, a fecundação não é possível por meio do ato sexual por várias etiologias (problemas endócrinos, impotência, vaginismo etc.)” (VENOSA, 2012, p. 239).

Desse modo, “nota-se que a fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que têm dificuldade em engravidar e levar a gestação a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 500).

Apenas alguns desses embriões são implantados no útero, os demais são congelados para que possam vir a ser utilizados futuramente após o falecimento do marido, é a chamada reprodução *post mortem* (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 64).

Na inseminação heteróloga, também chamada de inseminação artificial com doador ou heteroinseminação (VASCONCELOS, 2006, p. 16), o sêmen utilizado é de um doador e não do marido. É utilizada em casos de “esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido etc. Com frequência, recorre-se aos chamados bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser reconhecidos” (VENOSA, 2012, p. 239).

Tem-se, portanto, a participação de terceiro, onde o “médico trabalhará com sêmen (e/ou óvulo) de terceira pessoa, realizando a fecundação em laboratório para, em seguida, implantar o embrião no corpo da mulher” (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 500).

As técnicas de reprodução humana assistida estão sendo cada vez mais utilizadas, tendo o papel de auxiliar e resolver os problemas referentes à procriação. Em face da falta de normatização no ordenamento jurídico pátrio, o assunto gera grande polêmica em relação a estes métodos e suas consequências.

3.2 A falta de previsão sobre a reprodução humana assistida *post mortem* no Brasil

Acerca dos métodos de reprodução humana assistida, cabe salientar nesta parte do presente estudo a inseminação artificial homóloga *post mortem*. Dessa prática surgem vários problemas a serem enfrentados pelo ordenamento jurídico, principalmente no que tange aos efeitos referentes à filiação e à sucessão dos filhos póstumos.

A reprodução humana assistida merece especial atenção “não apenas pelo seu caráter revolucionário, ao introduzir novos processos e significativas alterações em procedimentos de procriação, mas também por implicar consequências legais não regulamentadas que requerem debate” (SIQUEIRA, 2013, p. 243).

Tratando-se, portanto, de um procedimento realizado após o falecimento do marido ou companheiro, é um assunto que traz a tona muitas discussões a seu respeito,

[...] essa área específica do conhecimento humano tem causado perplexidade com suas descobertas. A medicina inaugurou o campo das procriações artificiais, terreno fértil a toda uma plêiade de discussões, de diversas ordens, conclamando a humanidade para um debate generalizado. Tema dos mais aporéticos, no qual grandes interesses econômicos estão em jogo, tem incitado juristas, teólogos, psicólogos, autoridades do mundo inteiro, convocando a todos, exigindo-lhes uma tomada de posição, sob pena de restar unicamente à lógica de mercado o domínio pela sua utilização (VASCONCELOS, 2006, p. 11).

As técnicas de reprodução humana assistida trouxeram muitos avanços no campo da medicina reprodutiva, “com o surgimento dos bancos de sêmen e a facilidade de congelar ou criopreservar o esperma para utilização futura, viu-se então a possibilidade de realizar a inseminação depois da morte do cônjuge ou companheiro” (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 65).

Menciona-se aqui o caso *Affair Parpalaix* que se tornou um marco histórico inicial para as discussões acerca desse assunto em vários países, que é desta forma narrado por Pinto:

O caso aconteceu na França, em 1984, quando a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix, e o casal começou a manter um relacionamento amoroso. Semanas se transcorreram e Alain descobriu que estava com câncer nos testículos e que a doença era incurável. O amor vivido pelo casal foi tão intenso que criou em Alain o desejo de deixar herdeiros, mas a doença e o tratamento de quimioterapia, fatalmente o conduziria a infertilidade. Então, Alain tomou a decisão de procurar um banco de sêmen e deixou lá depositado o seu esperma, para futuro uso. A doença avançava assustadoramente e o casal decidiu se casar, mas apenas dois dias após a cerimônia Alain vem a falecer. Num desejo incontido de ter um filho, alguns meses após, Corine procurou o banco de sêmen para se submeter à inseminação artificial. O banco de sêmen por sua vez se recusou a fazer a inseminação artificial, alegando falta de previsão legal, e começou então uma enorme disputa judicial. A questão jurídica versava pela existência de contrato de depósito que obrigava o banco de sêmen a restituir o esperma. O banco de sêmen alegava que não havia um pacto de entrega, uma vez que o material de pessoa morta não é comerciável e que na França não havia lei autorizadora da inseminação artificial *post mortem*. Finda a batalha, o tribunal francês de Créteil decidiu por condenar o banco de sêmen. Determinou que o esperma fosse enviado ao médico designado pela viúva, sob pena de sanção pecuniária. Devido a demora na solução da causa, a inseminação artificial não prosperou, uma vez que os espermatozoides já não estavam mais potencializados para concluir a fecundação (2008, p. 1).

O CC de 2002 considera, em seu art. 1.597, inc. III, os filhos havidos por fecundação artificial homóloga como concebidos durante o casamento, mesmo que falecido o cônjuge; e inc. IV, também se presumem havidos na constância do casamento, os filhos havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

Em contrapartida, o art. 1.798, do mesmo diploma, dispõe que são legitimadas a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, excluindo assim, as concebidas por processos de reprodução assistida após a abertura da sucessão. Assim, indaga Pereira:

A questão, no Brasil, é particularmente complexa, tendo em vista a regra constitucional da absoluta igualdade de direitos entre os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6º). Se, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o novo Código Civil trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como se houvessem sido “concebidos na constância do casamento”, como justificar, ao menos *de lege lata*, a exclusão de seus direitos sucessórios? (2012, p. 28).

Consequentemente, como se depreende do art. 1.597 do CC, percebe-se uma omissão legislativa no tocante à regulamentação de “como se dará a filiação e a sucessão e se há necessidade de se respeitar algum tipo de prazo, bem como se há necessidade de autorização em vida” (PRADO, 2013, p. 6).

Salienta Colombo que, no inc. III, do art. em comento, não consta a necessidade de anuência prévia do marido, para utilizar seu material genético posteriormente, ao contrário da inseminação heteróloga (2012, p. 144). Explica que:

Ainda, a fim de diferenciar as demais modalidades de reprodução assistida, no tocante aos demais incisos do artigo 1.597, que se referem ao tema de procriação artificial, tem-se que: a uma, o inciso IV refere-se exclusivamente à concepção artificial *in vitro*, envolvendo embriões excedentários; a duas, o inciso V trata das situações em que há material genético de doados, tratando-se de técnica heteróloga, havendo, portanto, a exigência expressa de prévia autorização do marido. Não se tratando de tal arte, os incisos IV e V com o tema *in quaestio* (COLOMBO, 2012, p. 144).

Logo, várias questões pendem destas hipóteses previstas no art. 1.597 do CC, pois o legislador não fez menção

[...] à necessidade, ou não, de prévia autorização do marido para o uso de seu embrião depois de sua morte – o que parece, de todo, necessário. Outrossim, não mencionou se a mulher em quem se implantará o sêmen ou embrião precisa manter o estado de viuvez – o que parece fundamental, uma vez que se vier a convolar novas núpcias a presunção de paternidade se dirigirá ao novo cônjuge (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 503).

No Enunciado nº 106, aprovado na I Jornada, contempla dois requisitos: o primeiro, a necessidade de a mulher estar na condição de viúva, e o segundo, ter obrigatoriamente autorização expressa do marido:

Art. 1.597, inc. III: Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte (2013, p. 138).

Nesta senda, visualizando tal questão, de a mulher estar em estado de viuvez, ou não, ao momento da realização da inseminação homóloga *post mortem*,

[...] foi consolidado entendimento na Jornada de Direito Civil, no sentido de exigir, para a incidência da presunção de paternidade, que “a mulher, ao se submeter a umas 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”. descumpridas tais prescrições, não incidirá a presunção *pater is est* (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 503-504).

De acordo com o Enunciado nº 106, supra transcrito, a criança gerada terá seus direitos civis e sucessórios reguardados, desde que tenha autorização expressa do doador do material genético, “tendo em vista a multiplicidade de entidades familiares presentes, hodiernamente, no ordenamento jurídico brasileiro, no qual assegura a plena liberdade do casal de planejar a geração dos filhos, é plenamente aceitável a existência de fecundação *post mortem* [...]” (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 72).

Em conformidade com o Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 2.013/2013, o consentimento do marido ou companheiro, para a utilização de seu material genético após sua morte, deve ser expresso em formulário especial. Assim declara o capítulo VII: “É possível desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” (2013, p. 7).

Neste sentido, na concepção de Lisboa, para ocorrerem às técnicas de reprodução humana assistida, deverá o médico obter o consentimento de seus pacientes, que ficará registrado em formulários subscritos pelos pacientes, caso contrário estaria violando a boa-fé objetiva (2010, p. 274-275).

Na concepção de Venosa as disposições sucessórias do CC não são suficientemente claras, pois o mesmo disciplina que são herdeiros apenas os vivos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Explica ainda, que

[...] há necessidade de que o legislador pátrio, como feito por outras legislações, como em Portugal, na França e em vários outros ordenamentos europeus, introduza modificações na legislação tradicional, não somente fazendo referência a esse estágio da ciência genética, modernizando o conceito da ação de investigação de paternidade, como também resolvendo as dúvidas trazidas à paternidade pela problemática da inseminação artificial (2013, p. 241).

Da interpretação do art. 1.798 do CC, no entendimento de Cabral e Alves

[...] dir-se-ia que em não sendo o filho concebido quando da abertura da sucessão, não seria este legitimado a suceder. Porém, há de se atentar para uma interpretação constitucional desse artigo, considerando-se a principiologia da Lei Maior, como o direito à herança e, em especial, o princípio da igualdade entre os filhos e o da dignidade da pessoa humana (2012, p. 94).

Em contrapartida se estaria violando o princípio da segurança jurídica, gerando incerteza aos outros filhos do falecido, ou seja, aqueles nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão (SOUSA, 2013, p. 1).

A falta de norma que regulamente os filhos concebidos *post mortem* gera incertezas jurídicas, tratando-se de questão não pacífica na doutrina. Os doutrinadores que são a favor ao direito de filiação e sucessão, sustentam que como há falta de regulamentação específica no ordenamento jurídico pátrio, sejam utilizados princípios para sanar. Nesta senda, sustentam

[...] que o filho concebido após a morte deve ter todos os seus direitos protegidos tanto no campo sucessório quanto no âmbito do direito de família. Sendo contemplado ao nascer, como herdeiro legítimo, baseado no princípio constitucional da igualdade de filiação (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 77).

Em conformidade, Dias entende que falta regulamentação para esse assunto no CC aduzindo que “a lei é só silêncio” (2011, p. 122), mas que o direito a sucessão é um direito fundamental, tendo em vista que o planejamento de ter um filho começou durante a vida. Neste sentido, refere que

o uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao **planejamento familiar** que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercear este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na **concepção homóloga**, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários (2011, p. 123). (grifo do autor).

O direito de constituir família é assegurado a todas as pessoas pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, da mesma forma na CF “o direito à procriação está presente tanto na perspectiva da inviolabilidade do direito à vida (caput do art. 5º), quanto na previsão do planejamento familiar como livre decisão do casal (§7º do art. 226)” (LIMA JÚNIOR, 2013, p. 2).

Mesmo que a morte dissolva o casamento, conforme dispõe o art. 1.571 em seu § 1º do CC, deve-se ainda presumir que o filho nasceu na constância do casamento, “como uma decorrência do projeto parental existente enquanto perdurava o vínculo matrimonial, o qual foi a própria causa da extração e congelamento de gametas” (NÓBREGA, 2011, p. 56). Por isso, mesmo que o *de cuius* não tenha deixado seu consentimento expresso, não se pode admitir a exclusão do filho da sucessão, estando este na qualidade de herdeiro necessário (2011, p. 56).

Ainda, na filiação póstuma através da reprodução homóloga, presumida no art. 1.597, inc. III do CC, “não deveria haver controvérsias a respeito, logo que a criança gerada por meio dessa técnica tem direito à presunção da filiação, como se fosse concebida na constância do casamento” (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 71).

Também adepto deste entendimento, Albuquerque Filho defende, com base em princípios constitucionais, o direito de filiação:

Em um sistema jurídico como o nosso, que reconhece o pluralismo das entidades familiares e a plena liberdade do planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, não se pode admitir norma ou regra restritiva à inseminação artificial *post mortem*, além disso é perfeitamente possível que o projeto parental se tenha iniciado em vida, dos cônjuges ou companheiros, e venha a se concretizar após a morte de um dos mesmos” (PRADO, 2013, p. 10).

Seguindo a mesma concepção, aduz Gama que devem ser reconhecidos os direitos de filiação e sucessão a esses filhos, pois existe o vínculo de filiação e esses não podem sofrer nenhum tipo de diferenciação (PRADO, 2012, p. 13). Compartilha do mesmo entendimento Nóbrega ao entender que deve ser dado ao art. 1.798 do CC uma interpretação constitucional, dispondo, que

[...] alcança-se essa interpretação ao se prestar obediência ao princípio constitucional da isonomia e, mais especificamente, ao § 6º do art. 227 da CRFB/88, o qual determina que os filhos, havidos ou não na constância do casamento, naturais ou civis, sejam tratados de modo igualitário e direitos e qualificações, sendo vedado qualquer tipo de tratamento discriminatório (PRADO, 2013, p. 13).

Além disso, assegura-se a proibição de limitar os direitos destes filhos póstumos, “uma vez que o princípio da igualdade da filiação veda qualquer tipo de lastro de desigualdade e discriminação” (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 60). Aduzem ainda, que não é aceitável que haja qualquer limitação, pela lei, aos direitos desses filhos, pois

no que concerne aos materiais preservados nos bancos de sêmen, eles são de propriedade daquele que o produziu, podendo requerer, dessa forma, a sua inutilização a qualquer instante. Requerer tal ato equivaleria a uma invalidação do fato praticado e, portanto, da autorização do depósito. Do mesmo modo, o manuseio do material em técnicas de inseminação estaria sujeito, assim, à autorização prévia e expressa, respeitando-se ao direito inerente que cada um possui de decidir ser pai ou não (2013, p. 70).

Compartilha desse mesmo entendimento Nóbrega ao aduzir que qualquer tipo de diferenciação entre os filhos deve ser repelida, sendo esta diferenciação ilegal. Pois o art. 1.596 do CC e o § 6º do art. 227 da CF, regram a igualdade entre os filhos, sejam eles havidos da relação de casamento ou não, ou sejam biológicos ou não (2011, p. 48). Dessa feita,

[...] é incompatível com o atual ordenamento jurídico brasileiro qualquer entendimento ou disposição que, arbitrariamente e sem qualquer fundamento lógico e razoável, venha a diferenciar os filhos de uma mesma pessoa, qualquer que seja a natureza da sua origem e a relação jurídica de seus genitores (NÓBREGA, 2011, p. 48).

Ainda, essa prática também é defendida em virtude da existência de famílias monoparentais, sendo que estas são reconhecidas pela CF em seu art. 226, § 4º, que pode ser formada por qualquer um dos pais e seus descendentes (CABRAL; ALVES, 2012, p. 99).

Contudo, a criança concebida *post mortem* será herdeira “em igualdade com os demais descendentes, ensejando até mesmo a vulneração do inventário e até da partilha de bens se já realizada por ocasião do seu nascimento” (RODRIGUES, 2004, p. 339).

Para Colombo, não poderão ser considerados filhos e sucessores “àqueles que foram gerados a partir de ato ilícito, como a inseminação artificial *post mortem* contra a vontade do falecido ou, ainda, decorrente de furto ou fraude do laboratório, através de ato criminoso” (2012, p. 224).

Utilizando-se dos princípios do planejamento familiar, da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do melhor interesse da criança, Prado defende a reprodução póstuma, entendendo que

[...] se a legislação não proíbe a reprodução humana artificial póstuma e existe o princípio constitucional que prega liberdade do planejamento familiar, é perfeitamente possível esse tipo de reprodução. Ainda, os filhos nascidos após a morte do *de cujus* têm que ter os mesmos direitos que os nascidos de forma natural ou de reprodução humana em que o pai está vivo no momento de seu nascimento. Excluir direitos àqueles que foram gerados após a morte de seu genitor seria o mesmo que não observar os princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e do melhor interesse da criança (2013, p. 11).

No entendimento de Diniz as novas técnicas conceptivas por um lado solucionam a esterilidade do casal, mas por outro causam “graves problemas jurídicos, éticos, sociais, religiosos, psicológicos, médicos e bioéticos. Por isso, urge regulamentar a fecundação humana assistida, minuciosamente, restringindo-a na medida do possível porque gerar um filho não é uma questão de laboratório, mas obra de amor humano” (2006, p. 555).

Entretanto, existem autores que se posicionam contrariamente a reprodução assistida homóloga *post mortem*. Segundo Lisboa, “a criança não se beneficiará da companhia paterna, o que dificultará o desenvolvimento da sua personalidade e sua perfeita integração social” (2010, p. 280). Fundamentam-se, ainda, no fato de a criança não preencher os requisitos do art. 1.798 do CC, que é estar viva ou concebida quando aberta a sucessão. Assevera Diniz que

não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nascer por inseminação *post mortem*, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798). “Filho” póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou *ab intestato* (2006, p. 558).

Também se fundamentam no fato de que a criança já vai nascer sem a figura paterna, e de que a viúva estaria usando-se desse procedimento para suprir a carência deixada pelo marido falecido, como argumenta Leite:

Inicialmente vale lembrar que tal pedido sai do plano ético reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca perturbações psicológicas em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. Além disso, a viuvez e a sensação de solidão vividas pela mulher podem hipotecar pesadamente o desenvolvimento psicoafetivo da criança. Logo a inseminação *post mortem* constitui uma prática fortemente desaconselhável (PRADO, 2013, p. 9).

Aspecto importante a ser analisado é o motivo que leva a viúva a querer gerar o filho após a morte de seu marido ou companheiro, este “pode ser tanto para preenchimento do espaço deixado pelo ente falecido como também por motivos financeiros relacionados a herança e neste caso a criança está sendo um meio e não um fim, o que fere a dignidade do ser humano” (PETRACCO; BADALOTTI; ARENT, 2004, p. 8).

Adepto da corrente contrária ao direito de sucessão assevera Gonçalves que não há direitos sucessórios reconhecidos para aqueles concebidos artificialmente *post mortem*, “uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as ‘*pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*’ (art. 1.798)” (2012, p. 27). (grifo do autor).

A Igreja Católica manifesta-se contra, não aceitando “a evolução tecnológica da reprodução assistida e condena frontalmente todos os meios de fecundação antinaturais, inclusive exorta a comunidade política a não legalizar a doação de gametas, em respeito à unidade do matrimônio e à fidelidade conjugal” (MADALENO, 2013, p. 522).

Outros doutrinadores entendem que a criança terá direito ao reconhecimento da filiação, mas não ao direito sucessório, é o caso de Farias e Rosenvald, quando dispõem que

[...] a eventual concepção utilizando material genético, conservado criogenicamente, após a morte do titular, *não gera direito sucessório*, em razão da incidência do princípio da *saisine* (CC, art. 1.784), pelo qual a capacidade sucessória é reconhecida apenas a quem tem personalidade no momento da abertura da sucessão (morte do autor da herança). Logo, aquele que foi concebido após o óbito do seu pai não terá direito sucessório, muito embora possa ver reconhecida a paternidade judicialmente (2008, p. 502). (grifo do autor).

Desenvolvendo o mesmo pensar, Pereira leciona que “não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação de filhos” (2012, p. 326).

Delfim concorda em reconhecer a filiação e a sucessão, pois para ele

o filho resultante da inseminação artificial homóloga *post mortem* deve ter exatamente os mesmos direitos que são assegurados ao seu irmão biológico concebido ou nascido antes da morte do pai. A interpretação é consentânea com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar etc. (2009, p. 1).

Conforme preceitua o art. 1.799 do CC em seu inc. I podem ser chamados a suceder os filhos, mesmo que não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, sendo que estas devem estar vivas no momento da abertura da sucessão. Assim, esse artigo “indica outras pessoas que podem ser contempladas, além das já concebidas ou nascidas no momento da abertura da sucessão, no entanto, somente por meio de testamento, ou seja, por disposição de última vontade” (CABRAL; ALVES, 2012, p. 104). Por isso, “para que seja herdeiro aquele antes da concepção, o testador deve indicar a pessoa cujo filho quer contemplar” (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 74).

Como não foi estabelecido prazo para a utilização dos gametas após a morte, alguns doutrinadores entendem, observando o inc. I do art. antecedente, que a criança terá direito a sucessão “se for beneficiado pelo testamento de seu genitor em benefício de prole eventual, contudo tem que ser respeitado o prazo de dois anos para a concepção a contar da abertura da sucessão, conforme preconiza o art. 1.800, § 4º, do Código Civil de 2002” (PRADO, 2013, p. 12).

Neste sentido, terá direito à sucessão apenas o filho que for beneficiado por testamento pelo *de cuius* e ser concebido no prazo de dois anos após sua morte:

o concebido depois da morte de seu pai (no caso tratado pelo inciso III do art. 1.597 da Lei Civil) não terá direitos hereditários na sucessão legítima do falecido. Ou seja, o exuberante quadro apresentado pelas novas técnicas reprodutivas nos apresentam singular situação jurídica, na qual uma pessoa será filho de outra já morta, mas não será seu herdeiro legítimo. Poderá, de qualquer sorte, ter sido beneficiado por testamento deixado pelo seu pai em favor da prole eventual (CC, art. 1.800, § 4º), dès que tenha sido concebido no prazo de dois anos, contados a partir da data do óbito (abertura da sucessão), sob pena de caducidade da disposição testamentária (FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 504). (grifo do autor).

Compartilha desse entendimento Leite, ao fazer a seguinte indagação: “estariam os filhos, concebidos pelas procriações artificiais, fora do rol dos legitimamente habilitados para receber a reserva?” (LEITE, 2013, p. 65). E responde ao próprio questionamento com a seguinte resposta:

Certamente que não. Uma exegese conciliadora se impõe para contornar o impasse, garantindo a legítima daqueles filhos oriundos das procriações artificiais. E, certamente, esta exegese exigirá releitura do art. 1.798, que passaria a ter a seguinte redação: “Art. 1.798. legítima-se a suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão” (2013, p. 65).

Deve-se expor aqui que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.184 de 2003 que se refere à reprodução assistida, fazendo previsão para seu uso após a morte. Conforme se percebe na literalidade do Projeto de Lei em comento, dispõe o art. 4º:

O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizado em instrumento particular, que conterà necessariamente os seguintes esclarecimentos: VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente (BRASIL, 2003, p. 2).

Prevê ainda, em seu art. 14, § 2º, III, que em caso de falecimento é obrigatório o descarte dos gametas, “salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas” (BRASIL, 2003, p. 6).

Constata-se ainda, a Resolução nº 1.957 de 2010, do Conselho Federal de Medicina, sendo que a mesma “não tem força de lei, apenas dispõe sobre normas éticas para a utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida pelos profissionais da área médica” (CABRAL; ALVES, 2012, p. 117).

Essa Resolução dispôs não haver proibição no Brasil da reprodução assistida *post mortem*, mas, no entanto, determina “a exigibilidade de autorização prévia específica do falecido para uso do material criopreservado, o que não restou disposto no Código Civil de 2002” (COLOMBO, 2012, p. 145).

A VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, contempla no Enunciado nº 107, aprovado na I Jornada, a necessidade de autorização prévia expressa para a utilização dos embriões excedentários:

Art. 1.597, IV: Finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões (2013, p. 138).

Ainda, com base no princípio da igualdade entre os filhos, garantido pela CF, não seria correto mitigar ou negar os seus direitos sucessórios, uma vez que esse tenha sido o desejo expresso de seus progenitores (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 72).

Segundo Siqueira “enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevalecerá o princípio de que o que não está proibido está permitido” (2013, p. 243).

Desta forma, se constata que o assunto não é unânime entre os doutrinadores, não existindo um consenso a respeito da existência do direito à filiação e à sucessão para filhos havidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*. A problemática referente a este

assunto se dá pela falta de norma específica que regulamente a filiação e a sucessão no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que a matéria está cada vez mais ampla.

3.3 A principiologia aplicada na reprodução humana assistida *post mortem*

Os princípios aplicáveis ao direito de família, ao direito das sucessões e ao Biodireito são: o princípio da dignidade humana, da monogamia, do melhor interesse da criança, da igualdade jurídica de todos os filhos, da igualdade jurídica dos cônjuges e companheiros, da pluralidade de formas de família e do livre planejamento familiar, da afetividade, da solidariedade, da responsabilidade, da paternidade responsável, da igualdade e o respeito às diferenças, da autonomia da vontade, da menor intervenção estatal, da beneficência, da não maleficência e o da justiça.

O princípio da dignidade da pessoa humana está positivado no texto constitucional pátrio no art. 1º, inc. III, no qual se concretizam direitos fundamentais (PEREIRA, 2012, p. 55). O mesmo “constitui base da comunidade familiar, garantindo o pleno desenvolvimento e a realização de todos os seus membros, principalmente da criança e do adolescente” (DINIZ, 2005, p. 22). Qualquer ato para não ser contrário ao nosso direito deve ser fundamentado na dignidade humana, “a dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade” (PEREIRA, 2011, p. 114).

O princípio da dignidade da pessoa humana visa a igualdade, vedando tratamentos desiguais e discriminatórios. Consagra que “a dignidade deve ser perpetuada sob todas as relações jurídicas, é vista no caráter de princípio de grande importância, no qual a liberdade não pode ser jamais suprimida” (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 66).

O princípio da monogamia não é uma mera norma moral, ele organiza a constituição de formas de família “ele é um princípio básico e organizador das relações jurídicas da família do mundo ocidental” (PEREIRA, 2011, p. 127). Este princípio se rompe quando se estabelece uma família simultânea à família conjugal existente, e não com apenas relações extraconjugais (PEREIRA, 2011, p. 128-129).

O princípio do melhor interesse da criança encontra assento no art. 227 da CF. Consiste na proteção dos menores de dezoito anos, que estão em fase de amadurecimento e formação de personalidade, “considerando-os em suas individualidades, também por seus pais ou responsável, crianças e adolescentes devem ser assumidos como pessoas em peculiar condição de desenvolvimento” (PEREIRA, 2012, p. 60). Este princípio abrange também o futuro de crianças e adolescentes, frutos das liberdades sexuais e reprodutivas de seus pais (2012, p. 61). Para Barboza

tal constatação não é aplicável às procriações resultantes de técnicas de reprodução assistida, mas também às procriações frutos da relação carnal havida entre o homem e a mulher e mesmo nos casos de falta de reprodução assistida ou carnal, devendo o princípio do melhor interesse da criança servir como importante limite ao exercício ilimitado ou abusivo dos direitos reprodutivos, inclusive – e principalmente -, no âmbito do planejamento familiar (PEREIRA, 2012, p. 61).

As crianças e adolescentes devem ser protegidas ao máximo por estarem em fase de amadurecimento e formação de personalidade, e por isso em situação de fragilidade. Para saber o que é melhor para o menor deve-se analisar o caso concreto, pois se trata de um conceito bastante relativo (PEREIRA, 2011, p. 149-150).

Busca-se, portanto, com esse princípio a máxima proteção à criança e ao adolescente, por se tratarem de pessoas em desenvolvimento e incapazes de defenderem seus direitos, “em síntese, aplica-se esse princípio que representa a supremacia do interesse da criança, com o intuito de evitar que ocorram abusos de poder pelas partes mais fortes da relação jurídica em que o menor está envolvido” (LIMA JÚNIOR, 2013, p. 2).

No que tange em matéria de inseminação artificial homóloga *post mortem*, “o estabelecimento da filiação, o reconhecimento da paternidade, poderá propiciar a integração da criança no ambiente familiar criando, por exemplo, laços com a família paterna, inclusive, por conseguinte, cuidados avoengos” (COLOMBO, 2012, p. 154).

O princípio da igualdade jurídica de todos os filhos está consubstanciado no art. 227, § 6º da CF, que assim dispõe: “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”. O dispositivo em apreço não permite mais distinção entre filiação legítima e ilegítima, são todos considerados apenas filhos, sejam na constância

ou não do casamento, com iguais direitos (GONÇALVES, 2012, p. 24). Ainda dispõe o autor que este princípio

[...] não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão; permite o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos havidos fora do casamento; proíbe que conste no assento de nascimento qualquer referência à filiação ilegítima; e veda designações discriminatórias relativas à filiação (2012, p. 24).

O art. 1.593 do atual CC dispõe que o parentesco é natural ou civil conforme resulte da consanguinidade ou outra origem, com esta afirmação “admitiu o legislador civil a possibilidade do reconhecimento da filiação socioafetiva, o que já se apresenta na Doutrina e na Jurisprudência como efetivas conquistas” (PEREIRA, 2012, p. 57).

O princípio da igualdade jurídica dos cônjuges e dos companheiros iguala o exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal pelo homem e pela mulher. Princípio este estabelecido no art. 226, § 5º da CF, o qual acabou com o poder marital e com a restrição da mulher à apenas tarefas domésticas e à procriação, pois no CC de 1916 em seu art. 233 “proclamava que o *marido* era chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a administração dos bens comuns e particulares da mulher, o direito de fixar o domicílio da família e o dever de promover à manutenção desta” (GONÇALVES, 2012, p. 23). (grifo do autor).

Na concepção de Madaleno, nesse princípio a igualdade “dos cônjuges e não só deles, pois a igualdade é das pessoas, e nem mais precisa ser civilmente casado para merecer tratamento igualitário nas relações afetivas” (2013, p. 47).

O princípio da pluralidade de formas de família consiste no reconhecimento da família matrimonial e de entidades familiares, como união estável e família monoparental (DINIZ, 2005, p. 21). Conforme dispõe Souza, a CF aumentou o conceito de família, isso “calcado na realidade que se impôs, acabou afastando da ideia de família o pressuposto de casamento. Para sua configuração deixou-se de exigir a necessidade de existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de sua finalidade a proliferação” (GONÇALVES, 2012, p. 25).

Segundo o princípio do livre planejamento familiar, as pessoas, têm o direito de constituírem ou extinguírem entidade familiar, de forma livre e de acordo com suas concepções (SALES, 2013, p. 100). Em decorrência desse princípio é possível “a existência

da pluralidade de entidades familiares, a qual também é reflexo da aplicação do princípio da liberdade, nas suas vertentes do direito à diferença, e da livre manifestação da personalidade nas relações de família” (SALES, 2013, p. 100).

Assim sendo, o princípio do livre planejamento familiar assegura as escolhas de cada indivíduo, sozinho ou no âmbito familiar. A CF em seu art. 226, § 7º, dispõe que é de livre decisão do casal o planejamento familiar, sendo vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (SALES, 2013, p. 100-101). Desta forma, o planejamento familiar implica em uma ação positiva e ao mesmo tempo negativa do Estado, sendo

[...] negativa no sentido de não poder intervir criando obstáculos infundados para o exercício do livre planejamento familiar; positiva no sentido de criar mecanismos para que o planejamento livre e conscientemente escolhido seja concretizado, disponibilizando, ainda, recursos educacionais e materiais para o exercício desse direito (SALES, 2013, p. 101).

O princípio da afetividade depende de uma interpretação constitucional, visto que não está positivado no texto constitucional. É elemento essencial de qualquer núcleo familiar, “todo ser humano, desde sua infância, precisa receber e dar afeto para se tornar integral” (PEREIRA, 2012, p. 59). Para que exista a entidade familiar é necessário o elemento fundamental que é o afeto que pode ser tanto conjugal quanto parental (PEREIRA, 2011, p. 211).

A afetividade deve estar presente nas relações de filiação e parentesco, assim, “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana” (MADALENO, 2013, p. 98). Os vínculos consanguíneos não se sobrepõe aos vínculos afetivos, podendo estes até mesmo prevalecer sobre aqueles (MADALENO, 2013, p. 99).

O princípio da solidariedade “é um fato social – só se pode pensar no indivíduo inserido em uma sociedade” (PEREIRA, 2012, p. 57). Está expresso no art. 3º, inc. I da CF, “advém do dever civil de cuidado ao outro” (PEREIRA, 2011, p. 224). A essência da solidariedade é o “oxigênio de todas as relações familiares e afetivas, porque esses vínculos só

podem se sustentar e se desenvolver em ambiente recíproco de compreensão e cooperação, ajudando-o mutuamente sempre que se fizer necessário” (MADALENO, 2013, p. 93).

O princípio da responsabilidade gera dúvidas em relação até onde é o limite da responsabilidade do sujeito, “a razão da existência do Direito reside exatamente em colocar limite e responsabilizar os sujeitos para que seja possível o convívio e a organização social” (PEREIRA, 2011, p. 234). Além de ser um valor jurídico, esse princípio norteia as relações familiares e está atrelado à liberdade.

O Estado assegura direitos e só intervém quando estes forem violados, pois a “democracia está interligada à liberdade e à responsabilidade” (PEREIRA, 2011, p. 234). A ideia atual de responsabilidade, além da reparação por ações passadas é também o cumprimento de deveres éticos voltados para o futuro. O Estado tem a função preventiva de proteção, a fim de evitar danos futuros, com a ideia de que é melhor prevenir do que remediar (2011, p. 236).

O princípio da paternidade responsável é revestido de caráter político e social, uma vez que pela irresponsabilidade paterna somada à questões econômicas, há cada vez mais crianças de ruas. “Se os pais não abandonassem seus filhos, ou, se exercessem uma paternidade responsável, certamente o índice de criminalidade seria menor, não haveria tanta gravidez na adolescência etc.” (PEREIRA, 2011, p. 243). Os arts. 226, § 7º, e 229 da CF expressam esse princípio.

A paternidade é de suma importância para todas as pessoas, pois a estruturação psíquica do sujeito se faz através da relação que ele tem com seus pais. O pai deve assumir a criação do filho, mesmo que este não tenha sido planejado e independente da relação e convívio dos pais. São deveres para atender ao melhor interesse da criança principalmente no tocante à convivência familiar (PEREIRA, 2011, p. 245).

O princípio da igualdade e do respeito às diferenças é de suma importância, pois sem os mesmos não haveria dignidade do sujeito de direito, e como consequência não haveria justiça. Todos são iguais perante a lei, por isso devem estar inclusos no laço social. “A formação e construção da identidade se fazem a partir da existência de um outro, de um diferente. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar e reivindicar a igualdade” (PEREIRA, 2011, p. 163).

Segundo o princípio da isonomia ou igualdade é reconhecido no sistema constitucional brasileiro a começar pelo art. 5º da CF, “a partir deste dispositivo é possível afirmar que a

Constituição alberga o princípio da isonomia e lhe dá peso de norma fundamental para todo o ordenamento jurídico” (NÓBREGA, 2011, p. 45).

À luz deste princípio “tem-se consciência de que concretizar a igualdade é trabalhar com a desigualdade, com a diferença. A igualdade é atingida a partir da desigualdade, a qual impõe ao legislador elaborar leis que discriminem as pessoas a fim de se atingir a igualdade” (NÓBREGA, 2011, p. 45)

Pelo princípio da autonomia e da menor intervenção estatal entende-se que é no seio da família que o indivíduo nasce, se desenvolve, molda sua personalidade e começa o convívio social (PEREIRA, 2011, p. 176). As decisões devem ser tomadas pela família, o Estado intervém para garantir a realização pessoal de seus membros, “a intervenção do Estado deve, apenas e tão somente, ter o condão de tutelar a família e dar-lhe garantias, inclusive de ampla manifestação de vontade e de que seus membros vivam em condições propícias à manutenção do núcleo afetivo” (2011, p. 182).

O princípio da autonomia está diretamente ligado com a dignidade da pessoa humana, “diz respeito à ação humana, ou seja, liberdade de agir, escolha individual” (SARTORI, 2001, p. 40).

Esse princípio diz respeito ao “dever do profissional da área médica de pautar-se na vontade do próprio paciente, respeitando seus valores morais e religiosos” (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 66). A pessoa tem o direito de escolher o que é melhor para si, com respeito “à autodeterminação humana e ao livre consentimento, fundamentando a aliança médico-paciente e o conhecimento aos diversos tipos de tratamento colocados a seu serviço, o que é assegurado pelo art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal” (LOUREIRO, 2009, p. 12-13).

Já no princípio da beneficência o médico só pode intervir se for para o bem do paciente (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 66). Compreende o fim da medicina que é promover o bem do paciente, evitando o mal (LOUREIRO, 2009, p. 12). Nesse princípio os profissionais da saúde devem atender aos interesses das pessoas envolvidas em práticas médicas, com o intuito de atingir seu bem estar, evitando, dentro do possível, quaisquer danos (DINIZ, 2006, p. 17).

O princípio da não maleficência decorre de não acarretar dano ao paciente de modo intencional (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 66). Jamais se pode praticar algum mal

ao paciente, “é a garantia de que danos previsíveis serão evitados ao embrião” (LOUREIRO, 2009, p. 13).

O princípio da justiça decorre da imparcialidade, onde os iguais devem ser tratados de modo igual (SILVEIRA; ARAUJO NETO, 2013, p. 66). A justiça deve ser distributiva, ou seja, “todos devem ter acesso aos procedimentos médicos necessários, independentemente de sua situação econômica e condição social, porque todas as pessoas devem ser tratadas de maneira igualitária” (LOUREIRO, 2009, p. 14). A justiça dispõe de duas ideias:

[...] a primeira que assegura igual respeito e consideração na reivindicação do direito à vida e à saúde de todos os pacientes; a segunda, se refere ao papel do Estado, ou seja, a obrigatoriedade de uma equitativa distribuição de verbas para a saúde, a fim de proporcionar um atendimento adequado às pessoas (SARTORI, 2001, p. 45).

Portanto, esse princípio é imparcial e distributivo, no que tange aos “riscos e benefícios, no que atina à prática médica pelos profissionais da saúde, pois os iguais deverão ser tratados igualmente” (DINIZ, 2006, p. 18).

Ainda, mister lembrar, que atualmente a doutrina classifica os direitos e garantias individuais em gerações, também chamadas de dimensões. Os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos e garantias individuais e políticos clássicos. Os direitos fundamentais de segunda geração são os direitos econômicos, sociais e culturais (LOUREIRO, 2009, p. 71-72). São de terceira geração os direitos de solidariedade e fraternidade “que englobam o direito ao meio ambiente equilibrado, saudável qualidade de vida, progresso, paz, auto-determinação dos povos” (2009, p. 73). Na quarta era dos direitos fundamentais está localizado o biodireito, “em que há a preocupação em normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral” (2009, p. 74).

Nos direitos fundamentais de quarta dimensão decorrem dos avanços no campo da engenharia genética, destacam-se nesta geração o direito de democracia, informação e pluralismo. Para Bonavides esses direitos decorrem da globalização dos direitos fundamentais (LENZA, 2012, p. 960). Inclui o direito a própria democracia, “direito de informação e de participação política; mas envolvem também os biodireitos, questões recentes levantadas a

partir de novas técnicas científicas, tais como clonagem, transgênicos, eutanásia etc.” (ADEODATO, 2010, p. 180).

Portanto, abordaram-se aqui os princípios do direito de família, do direito das sucessões e do biodireito, juntamente com os direitos fundamentais e suas dimensões. Então, vislumbram-se aqui os valores que compõe os direitos fundamentais sendo esses valores trazidos em princípios.

Essa proteção outorgada inclina-se a traduzir que mesmo não estando nem sempre explícitos em lei, os princípios irão influenciar em decisões sobre a postulação de reprodução humana assistida *post mortem*. São eles que vão pautar as situações que surgirem quando a vontade do *de cuius* estiver consubstanciada em ter filhos mesmo após a sua morte, anseio que está ligado aos novos tempos de uma família afetiva e plural, manifestado ainda em vida. Enquanto transformações legislativas não existirem caberá ao Poder Judiciário, aplicando os princípios, sopesar os pedidos dos jurisdicionados quanto a inseminação *post mortem*.

CONCLUSÃO

A família passou por profundas mudanças até a promulgação da CF de 1988, que passou a tratar de forma igualitária todos seus membros, que até então, sofriam discriminações. Essas mudanças levaram ao advento do CC de 2002, que ampliou profundamente o conceito de família, incluído, não mais apenas a família através do matrimônio, mas também a família formada pela união estável, a monoparental, a recomposta, sendo reconhecida hoje também a família homoafetiva. Reafirmou, ainda, a igualdade entre os filhos, sejam eles tidos durante a relação ou não. Hoje a família é considerada a base da sociedade e por isso merece a ampla proteção do Estado. Com relação ao poder familiar, este não é mais exercido apenas pelo pai, como era antes, fundada no princípio da autoridade, mas sim pelo casal conjuntamente, fundada no princípio do amor. Assim, as novas modalidades de família têm como essência a afetividade, o amor e o desejo de constituí-las.

A absoluta igualdade entre os filhos, estabelecida pela CF de 1988, não admitiu mais a diferenciação entre filhos legítimos e ilegítimos, sendo atualmente todos considerados filhos em igualdade de direitos, sejam eles havidos do matrimônio ou não. Podendo assim, o vínculo de filiação advir tanto da relação de parentesco consanguíneo, quanto socioafetivo. No que tange à presunção de paternidade, os filhos nascidos do matrimônio não necessitam de reconhecimento, uma vez que a paternidade decorre do próprio casamento. Questão que desperta polêmica entre a doutrina é, como visto, a prevista no art. 1.597, inc. III, do CC, quando se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Mas várias são as questões que surgem com se há necessidade de autorização expressa do marido, se este falecer sem deixar autorização se a viúva poderá utilizar o material genético criopreservado, se precisar estar em estado de viuvez para requerer o procedimento, se a criança nascida por esta técnica terá direito à filiação, entre outras.

Com o objetivo de buscar respostas e soluções frente aos avanços científicos que se conectam com o Direito têm-se os institutos da Bioética e do Biodireito. Busca-se, então, analisar problemas, como o da reprodução assistida homóloga *post mortem*, para que seja dada a devida proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos envolvidos. Portanto, tem o intuito de buscar um melhor entendimento das questões sociais que surgem dos rápidos

avanços da biomedicina que não são contemplados na legislação pátria, ou seja, faltam regras que regulamentem o seu alcance e os seus limites.

No que concerne à sucessão, viu-se que a mesma se trata do ato em que o herdeiro assume o lugar do falecido no que tange aos direitos que lhe eram pertencentes. A sucessão é tida como aberta no momento da morte, esse, portanto, é o fator determinante. Ao ser aberta transmite a herança a um ou mais herdeiros, sejam eles legítimos, ou testamentários, mesmo que estes ainda não saibam do falecimento do autor da herança. Podem, ainda, os herdeiros aceitarem ou renunciarem a herança.

Quanto às espécies de sucessão tratou-se da sucessão legítima e da sucessão testamentária. A primeira é decorrente de disposição de lei e deve seguir uma sequência denominada de ordem da vocação hereditária, já a segunda é resultante de disposição de última vontade do autor da herança expressa em testamento. Como visto, existem algumas restrições no que condiz à liberdade de testar, em havendo herdeiros necessários, sejam eles descendentes, ascendentes e cônjuge, o testador poderá dispor apenas da metade, pois a outra corresponde a esses herdeiros necessários. De certa forma, esta parte legítima da herança que é assegurada aos herdeiros necessários, serve para assegurar o princípio da igualdade entre os filhos.

Referente à ordem da vocação hereditária, viu-se que a mesma defere-se primeiramente aos descendentes, em segundo lugar aos ascendentes, em terceiro ao cônjuge, em quarto aos colaterais até o quarto grau e não havendo nenhum destes a herança passará ao domínio do Estado. Ocorre que o art. 1.798 do CC dispõe que são aptos a suceder os nascidos ou já concebidos no momento da abertura da sucessão, surge, então, da análise deste artigo, a problemática referente aos filhos que nascem vários anos após a morte de seu genitor, se teriam estes filhos direito ou não à sucessão.

Contudo, em razão do desenvolvimento de pesquisas realizadas voltadas à reprodução humana assistida homóloga, muitas são as dúvidas e discussões na área jurídica no que tange à filiação e à sucessão principalmente das crianças concebidas após a morte de seu genitor. Deve-se frisar que estes métodos de reprodução humana assistida são formas de realizar o desejo de procriação de vários casais, que por fatores contrários à sua vontade não é possível gerar um filho através do ato sexual.

O assunto em comento é de extrema importância, não apenas pela significativa contribuição para a procriação, mas também por implicar em consequências jurídicas não

reguladas pela legislação brasileira. Ainda, é bastante polêmico e, por conseguinte, não unânime na doutrina. A problemática reside, portanto, das disposições do art. 1.597, inc. III, do CC, que nada refere sobre a necessidade de respeitar algum prazo, se precisa declaração expressa do falecido, entre outras questões, e do art. 1.798 do mesmo diploma, que de sua análise percebe-se a exclusão da sucessão dos filhos nascidos após a morte do pai.

A doutrina que defende o direito à filiação e à sucessão destas crianças fundamenta-se no fato de que o desejo de ter um filho iniciou ainda em vida, pois, caso contrário, não haveriam congelado o material genético, ficando claro que a intenção era de utilizá-lo futuramente, baseando-se, então, no princípio do livre planejamento familiar. Também se fundamenta no princípio constitucional da igualdade de filiação, quando os filhos nascidos após a morte de seu genitor possuem os mesmos direitos que os nascidos antes, mesmo que o falecido não tenha deixado consentimento expresso. Esta prática ainda é defendida pelo princípio da monoparentalidade, em virtude da existência das famílias monoparentais, e negar a estas crianças estes direitos estariam sendo violados, ainda, os princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança.

A doutrina contrária ao direito de filiação e de sucessão argumenta no sentido de que a criança não terá a companhia paterna e isso prejudicará o seu desenvolvimento social. Não podendo ser conferido a ela a filiação pelo fato de que o casamento se extinguiu com a morte e por não preencher os requisitos de legitimidade para a sucessão que é estar vivo ou concebido no momento da abertura. Argumentam-se também no fato de que a criança poderá ser usada como um meio pela mãe para se beneficiar da herança do *de cuius*.

Outros doutrinadores, ainda, defendem apenas o direito à filiação que poderá ser reconhecido judicialmente, mas não à sucessão por não preencher os requisitos de legitimidade. Outros entendem que terá direito à sucessão apenas se for beneficiado por testamento, desde que seja respeitado o prazo de dois anos, conforme o art. 1.800, § 4º do CC, pois se ele tivesse vontade que sua esposa tivesse um filho seu mesmo após a sua morte, teria deixado consentimento expresso e ainda testamento para beneficiá-lo.

Contudo, da análise legislativa sobre o assunto, referente ao direito de filiação, apesar do dispositivo 1.597, inc. III do CC, deixar a desejar em muitos aspectos, o mesmo presume concebido na constância do casamento os filhos tidos pela reprodução assistida homóloga, o que implica em reconhecer sim o direito à filiação para estes filhos, independente de prazo ou de declaração de consentimento expresso do falecido ou de qualquer outra questão que penda desta omissão legislativa, pois como não há regulamentação, não há como negar esse direito.

Ainda, referente ao direito de sucessão, frente análise legislativa do art. 1.798 do CC, percebe-se que as crianças concebidas por reprodução humana assistida homóloga *post mortem* não são legitimadas a suceder, pelo fato de não terem sido recepcionadas pelo artigo em tela, que dispõem como legitimadas apenas as pessoas nascidas ou concebidas, o que, de fato, não é o caso das crianças geradas por meio desta técnica.

Do ponto de vista da principiologia estariam, ao negar o direito à filiação e à sucessão às crianças concebidas após a morte de seu pai, sendo violados, principalmente, os princípios da igualdade de filiação, pois tem essa criança o mesmo direito que os filhos nascidos antes da morte do seu pai, independentemente da forma em que foi gerado; do livre planejamento familiar, pois o desejo de ter um filho através desta técnica de reprodução assistida começou ainda em vida, pelo fato de criopreservar seu material genético, se não houvesse mais interesse, não haveria deixado seu material para criopreservação; do melhor interesse da criança, devendo estas serem protegidas ao máximo para que não ocorra violação de seus direitos; da dignidade da pessoa humana, sob o qual estão contidos outros como o da igualdade, sendo vedado o tratamento desigual; da pluralidade das formas de família, sendo a família monoparental tida como entidade familiar; entre outros.

Portanto, diante disso, pode-se perceber que apesar de todas as divergências doutrinárias, os filhos concebidos pela reprodução humana assistida homóloga *post mortem* devem ter seus direitos, tanto de filiação quanto de sucessão, assegurados, devendo-se interpretar a legislação civil brasileira aos olhos da Constituição Federal enquanto não houver lei que discipline a matéria.

Pela pesquisa realizada, mostrou-se que a reprodução humana assistida homóloga trata-se de matéria controversa, trazendo grandes discussões na esfera jurídica no que tange ao direito de família e o direito sucessório, principalmente ao indivíduo concebido após a morte de seu pai. O Código Civil brasileiro mostra-se insuficiente ao abordar este assunto, gerando, assim, muitas incertezas quanto ao seu procedimento.

Como as técnicas de reprodução humana assistida estão cada vez mais usadas e devido à sua complexidade, é de suma importância regulamentação urgente sobre o assunto, se faz, portanto, necessária legislação específica sobre o tema que regule a sua aplicação, impondo limites e, além disso, sejam regradas sanções para o caso de descumprimento destes preceitos, para que acima de tudo sejam respeitados os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*, 2. ed. Saraiva, 2010. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502139534>> Acesso em: 14 nov. 2013.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

BRASIL. Câmara dos deputados. Projeto de lei n. 1.184 de 03 de junho de 2003. Dispõe sobre a reprodução humana assistida. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4EA2AB5F0F11F3072F446D9430F270BB.proposicoesWeb1?codteor=137589&filename=PL+1184/2003>. Acesso em: 7 out. 2014.

BRASÍLIA. Conselho da Justiça Federal, *Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal*. Anais eletrônicos. 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/VIJornadadireitocivil2013%20web.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2014.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat; ALVES, Mariane Ferraz. Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. v. 29, ago/set. Porto Alegre: Magister, 2012. p. 92-122.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COELHO, Fabio. *Curso de direito civil: família, sucessões*. 7. ed. Saraiva, 2014. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502217591/page/297>>. Acesso em: 3 out. 2014.

COLOMBO, Cristiano. *Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 2.013 de 9 de maio de 2013. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 2 out. 2014.

COSTA, Demiam Diniz da. *Famílias monoparentais: reconhecimento jurídico*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2002.

DELFIM, Marcio Rodrigo. *As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga "post mortem"*. Jus Navegandi, 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12965/as-implicacoes-juridicas-decorrentes-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem/1>>. Acesso em: 7 out. 2014.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). *Direito de família e o novo código civil*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Curso de direito civil brasileiro: direito de família*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: direito de família*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Coleção Sinopses Jurídicas: direito das sucessões*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502162075/page/5>>. Acesso em: 7 out. 2014.

_____. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito civil aplicado: direito das sucessões*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*, 16. ed. 2012. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502161283>> Acesso em: 14 nov. 2013.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 4, abr./jun. 2002. p. 143-161.

LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. *Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório*. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio/2>>. Acesso em: 7 out. 2014.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de Direito Civil: direito de família e sucessões*, 6. ed. 2010. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502105225/page/273>> Acesso em: 21 nov. 2013.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: famílias*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Introdução ao biodireito*, 1. ed. 2009. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502137967>> Acesso em: 01 nov. 2013.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 5. ed. 2013. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/978-85-309-4878-8/page/522>> Acesso em: 04 set. 2014.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Novas modalidades de família na pós-modernidade*. Atlas, 2010. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522472895>> Acesso em: 13 mai. 2014.

_____. *Direito das famílias: amor e bioética*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz. *Curso de direito civil: direito da família*, 42. ed. Saraiva, 2012. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502167339/page/441>>. Acesso em: 3 out. 2014.

NAMBA, Edison Tetsuzo. *Manual de bioética e biodireito*, 2009. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522467051/page/14>> Acesso em: 20 nov. 2013.

NÓBREGA, Dario Alexandre Guimarães. A reprodução humana assistida post mortem e o direito sucessório do concebido – uma interpretação constitucional da legitimidade sucessória a partir do princípio da isonomia. *Revista brasileira de direito das famílias e sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 20. fev./mar. 2011. p. 39-59.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. 2. ed., 2011. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502160217>> Acesso em: 25 out. 2013.

PETRACCO, Alvaro; BADALOTTI, Mariangela; ARENT, Adriana Cristine. Bioética e reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coor.). *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1-16.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. *Reprodução assistida: inseminação artificial homóloga post mortem e o direito sucessório*. 2008. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 7 out. 2014.

PRADO, Neiva Maria. Reprodução humana assistidas homóloga post mortem e o direito à filiação e sucessão. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 32. fev./mar. 2013. p. 5-16.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: Direito de família*. 28. ed., 2004. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788502141513/page/339>>. Acesso em: 30 set. 2014.

SALES, Ana Amélia Ribeiro. O direito ao livre planejamento familiar e a necessária regulamentação estatal das técnicas de reprodução assistida. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 33. abr./mai. 2013. p. 94-112.

SARTORI, Giana Lisa Zanardo. *Direito e bioética: o desafio da interdisciplinaridade*. Erechim: Edifapes, 2001.

SILVEIRA, Gabriella Nogueira Tomaz da; ARAUJO NETO, Henrique Batista de. Inseminação artificial *post mortem* e suas implicações no âmbito sucessório. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Porto Alegre: Magister, v. 32. fev./mar. 2013. p. 59-79.

SIQUEIRA, Patrícia. Reprodução humana assistida *post mortem*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIOÉTICA. 10, 2013, Florianópolis. *Anais eletrônicos...* Florianópolis: RBB, 2013. p. 242-243. Disponível em: <<http://www.sbbioetica.org.br/wp-content/uploads/2011/11/ANAIS-do-X-Congresso-Brasileiro-de-ioe%CC%81tica20131.pdf>>. Acesso em: 02 out. 2014.

SOUSA, Luana Gonçalves de. *Os reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem*. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24694/os-reflexos-sucessorios-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem>>. Acesso em: 7 out. 2014.

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

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 12. ed., São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito civil: direito de família*, v. 6. 13. ed. 2013. Disponível em: <<http://online.minhabiblioteca.com.br/books/9788522476657/page/241>> Acesso em: 18 set. 2013.