



FACULDADE DOCTUM DE CARATINGA

GISELE RODRIGUES DUTRA DE CARVALHO

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR FERTILIZAÇÃO
ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

CARATINGA – MG

2019

GISELE RODRIGUES DUTRA DE CARVALHO

**O DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR FERTILIZAÇÃO
ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Direito da Faculdade Doctum de
Caratinga, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Sucessório e
fertilização artificial homóloga.

Orientadora: Profa. MSc. Alessandra Dias Baião
Gomes.

CARATINGA – MG

2019

TERMO DE APROVAÇÃO

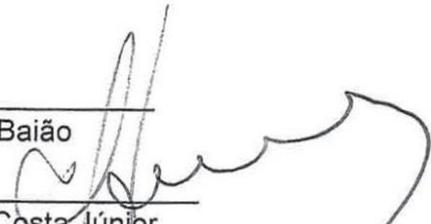
Trabalho de Conclusão de Curso **O direito sucessório dos filhos concebidos por fertilização artificial homóloga *Post Mortem***, elaborado por **Gisele Rodrigues Dutra de Carvalho** foi aprovado por todos os membros da Banca Examinadora e aceita pelo curso de DIREITO da FACULDADES DOCTUM DE CARATINGA, como requisito parcial da obtenção do título de

BACHAREL EM DIREITO.

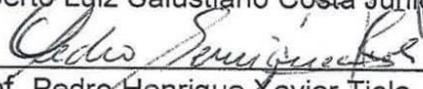
Caratinga 10 de Julho 2019



Prof. Alessandra Dias Baião



Prof. Humberto Luiz Salustiano Costa Júnior



Prof. Pedro Henrique Xavier Tiola

Dedico este trabalho aos meus pais, com todo amor e carinho, ao meu amado marido e aos amigos que construí nesta caminhada acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, gostaria de agradecer a Deus por ter me dado a oportunidade de realizar este sonho. De ter me sustentado nesta caminhada. Não foi fácil, tive muitos desafios, encontrei vários obstáculos, mas estes não foram suficientes para impedir-me de chegar até o fim.

Posteriormente, agradeço aos meus pais, Altair e Angelita, que sempre estiveram ao meu lado, torcendo pelas minhas conquistas e me apoiando nos momentos difíceis. Agradeço à Deus por tê-los em minha vida.

Ao meu marido Fabrício, que sempre esteve ao meu lado. Agradeço pela compreensão, pelos conselhos e pelo amor que tens por mim. Agradeço a Deus todos os dias por tê-lo ao meu lado.

Em cada fase da nossa vida encontramos pessoas que nos fazem crescer, seja por bons motivos ou por ruins. Quero agradecer principalmente àquelas pessoas que me ensinaram a crescer pelos bons motivos. Especialmente, no estágio, tive a oportunidade de conhecer pessoas incríveis, onde eu aprendi muitas coisas boas, tanto profissional, quanto pessoal. Agradeço por todas as experiências vividas nessa fase, obrigada 1ª Vara Criminal de Caratinga!

Agradeço a todos os amigos e familiares que torceram por mim. Também gostaria de mencionar as grandes amigas que construí nesses cinco anos de faculdade. Letícia, Andressa, Lídia, Nívea, Joice e Jéssica obrigada pelos bons momentos que vivenciamos juntas. Vocês são pessoas iluminadas e muito especiais.

Por fim, agradeço a todos os professores pela dedicação e empenho ao realizarem o mais importante papel, nos transmitir conhecimento. Em especial, agradeço ao professor Juliano, além de cumprir com excelência o seu papel de professor, sempre nos deu bons conselhos para a vida, isso sempre trazia paz para nós. Obrigada pela força e por sempre acreditar em nós!

Cântico IV

*Não vês que acabas todo o dia.
Que morres no amor.
Na tristeza.
Na dúvida.
No desejo.
Que te renovas todo o dia.
No amor.
Na tristeza.
Na dúvida.
No desejo.
Que és sempre outro.
Que és sempre o mesmo.
Que morrerás por idades imensas.
Até não teres medo de morrer.
E então serás eterno.*

(Cecília Meireles, 1927, p. 127)

LISTA DE SIGLAS

ADI – Ação direta de inconstitucionalidade

CC/02 – Código Civil de 2002

CF/1988 – Constituição Federal de 1.988

CFM – Conselho Federal de Medicina

FIV – Fecundação *in vitro*

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

RESUMO

Com a evolução da ciência e da tecnologia, muitos casais que não conseguiam ter seus filhos de forma natural, puderam realizar o sonho da paternidade/maternidade utilizando-se das técnicas de inseminação artificial. Apesar dessa evolução biotecnológica ter caracterizado sinais positivos à sociedade contemporânea, o legislador não se atentou em adequar essas inovações à legislação, assim deixando várias lacunas abertas. De início, ao presumir relação de filiação ao filho nascido após a morte do genitor por fertilização artificial homóloga, não se atentou ao art. 1.798 do CC/02, que estabelece que apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão podem suceder. A presente pesquisa abordará se os filhos concebidos por fertilização artificial homóloga *post mortem* terão direito de participar da herança. Será estudado a viabilidade de ajuizamento de petição de herança, dentro do prazo legal, visando garantir ao herdeiro sua participação na sucessão, sem violar a segurança jurídica dos demais herdeiros.

PALAVRAS-CHAVE: Fertilização artificial homóloga post mortem. Sucessão hereditária. Petição de herança.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS	11
1. DO DIREITO DE FAMÍLIA	15
1.1 Biodireito e do Direito de Família	Erro! Indicador não definido.
1.2 Fertilizações artificiais: homóloga e heteróloga	17
1.1.1 ADI 3510/DF: Considerações sobre o início da vida e o descarte do material genético crio-conservado	19
1.2 Análise do art. 1.597, III e IV do Código Civil de 2002.	24
2. DO DIREITO DA SUCESSÃO	28
2.1 A herança.....	28
2.2 Legitimidade para suceder	30
2.4 Ação de petição de herança.....	35
3. DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL <i>POST MORTEM</i>	39
3.1 Possibilidade jurídica	39
3.2 Hipóteses de inviabilidade e a segurança jurídica para os demais herdeiros	43
3.3 Análise de decisão	46
CONSIDERAÇÕES FINAIS	49
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50
ANEXO	55

INTRODUÇÃO

A presente monografia, sob o tema “o direito sucessório dos filhos concebidos por fertilização artificial homóloga *post mortem*”, tem por objetivo abordar as principais características da reprodução artificial póstuma e as consequências jurídicas no âmbito do Direito da Sucessão. Sendo assim, levanta-se como problema: Diante da disposição do art.1597, III e IV do CC/02, indaga-se se os filhos concebidos por fertilização artificial homóloga teriam direitos sucessórios se concebidos após o falecimento do pai.

A esse respeito, tem-se como metodologia a confecção de pesquisa teórica-dogmática, haja vista a necessidade de explicação de cunho bibliográfico, sobretudo nos dois primeiros capítulos. Também se inclui estudo de caso, visando demonstrar a aplicabilidade desta técnica ao mundo fático. Em face do universo discutido, o trabalho se revela trans e interdisciplinar, vez que aborda discussões envolvendo o Direito de Família, o Direito Sucessório, o Biodireito, bem como o Direito Constitucional, envolvendo a discussão sobre o início da vida ocorrida no julgamento da ADI 3510/08.

Como marco teórico da monografia em epígrafe, tem as ideias sustentadas por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald (2017), que defendem que os filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem* têm direito de participar da sucessão do pai falecido, desde que, haja ao menos a concepção laboratorial. Segundo os autores, não deve haver discriminação quanto a concepção, seja ela natural ou laboratorial, ambas têm o mesmo valor jurídico. Além do mais, entendem que deve ser fixado um prazo para que ocorra a implantação do embrião ao útero humano após aberta a sucessão.

Os autores baseiam-se no prazo de três anos, que é o tempo mínimo estabelecido pela legislação especial para que os embriões criopreservados sejam doados ou descartados, caso os pacientes não tenham mais interesse em utilizá-los para futuras inseminações. Logo, se o embrião for implantado no útero e nascer com vida, o filho poderá ingressar com petição de herança e requerer sua herança contra quem quer que esteja.

A partir de então, encontra-se substrato à confirmação da hipótese, com a fixação de um prazo para a implantação do embrião criopreservado no útero após a abertura da sucessão, o filho que vier a nascer gozará de direitos sucessórios. Conforme sedimentado na ADI 3510/08, o embrião não pode ser considerado nascituro, nem ser humano, logo não é detentor de direitos de personalidade, como descreve a Constituição Federal de 1988. Por isso, se a transferência da herança não ocorresse conforme prevê a legislação, devido à espera de um

filho que não se sabe quando vai nascer, isso colocaria em risco a segurança jurídica dos demais herdeiros e até mesmo a proteção do patrimônio do *de cuius*.

Neste sentido, a presente monografia é dividida em três capítulos distintos. No primeiro deles, intitulado “Do Direito de Família”, pretende-se destacar a importância das técnicas de inseminação artificial, visto como uma evolução nas relações familiares contemporâneas, bem como o posicionamento firmado pelo STF ao julgar a ADI 3510/08 sobre o início da vida.

Já no segundo capítulo, denominado “Do Direito da Sucessão”, aponta-se elementos fundamentais para a compreensão dos direitos sucessórios. De início, é imprescindível verificar se existe bens ou obrigações a serem transmitidos aos herdeiros, quando da morte de alguém. Não havendo herança, não há o que se falar em transmissão. Após comprovada a existência da herança, será verificado se os herdeiros têm legitimidade para recebê-la, conforme a ordem da vocação hereditária. Será abordado quem são os herdeiros necessários e os legítimos, e por que há essa diferenciação. Por fim, será apresentada a petição de herança, o conceito, quem são legitimados a propô-la e a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do prazo prescricional.

Por derradeiro, o terceiro capítulo, a saber “Do direito sucessório dos filhos concebidos por fertilização artificial homóloga *post mortem*”. Neste capítulo será abordado de forma expressa o problema jurídico da presente pesquisa, a hipótese de solução e o marco teórico. Por fim, será apresentado o estudo de dois casos, cujo tema principal é a fertilização artificial homóloga *post mortem*.

CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Um dos grandes problemas no âmbito jurídico, é a insegurança trazida pelo art. 1.798, do CC, ao mencionar que apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão podem suceder, tendo em vista que o próprio instituto estabelece em seu art. 1.597 presunção de filiação aos concebidos por fecundação artificial homóloga *post mortem*.

Diante disso, é perceptível a problemática, os filhos nascidos por fecundação artificial homóloga *post mortem* têm direito de participar da sucessão do pai falecido?

Nesse propósito, devem ser considerados os seguintes conceitos, dentre os quais se incluem “ fecundação artificial homóloga *post mortem*”, “sucessão hereditária” e “petição de herança”.

Carlos Roberto Gonçalves menciona que, “o art. 1.597 do Código Civil prevê, nos incisos III, IV e V, mais três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento, todas elas vinculadas à reprodução assistida. A doutrina tem considerado tais presunções adequadas aos avanços ocorridos nessa área¹”.

Segundo o supracitado autor:

O vocábulo fecundação indica a fase de reprodução assistida consistente na fertilização do óvulo pelo espermatozoide. A fecundação ou inseminação homóloga é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e ao marido, respectivamente, pressupondo-se, *in casu*, o consentimento de ambos².

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

A inseminação artificial é o procedimento em que se realiza a concepção *in vitro*, no próprio corpo da mulher. O médico, portanto, prepara o material genético para implantar no corpo da mulher, onde ocorrerá a fecundação. De outra banda, a *fertilização na proveta* a concepção é laboratorial, realizada fora do corpo feminino, apenas ocorrendo a implantação de embriões já fecundados³.

¹ GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro**, *Direito de Família*, vol. 6. São Paulo: Saraiva, ed. 14ª, 2017, p. 414.

² GONÇALVES, Carlos Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro**, *Direito de Família*, vol. 6. São Paulo: Saraiva, ed. 14ª, 2017, p. 416.

³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil, Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, ed. 4ª, 2006, p. 123.

Dito isso, [...] “a fertilização assistida homóloga é caracterizada pela intervenção médica, facilitando casais que tem dificuldade de engravidar e levar a gestação a termo. Trabalha-se com o material genético do próprio casal, não gerando maiores dificuldades⁴”.

Existe, ainda, a possibilidade de ocorrer a inseminação artificial homóloga após a morte do *de cujus*. O casal crioconserva o material genético em uma clínica especializada, se por ventura, o marido ou companheiro vier a falecer, o consorte poderá utilizar o material crioconservado para a procriação do filho esperado.

Segundo Roberto Senise Lisboa “ocorre a *inseminação artificial post mortem* quando o cônjuge que contribuiu com o material genético veio posteriormente a falecer, antes do nascimento com vida do ser vivo⁵”.

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho manifesta que “a lei admite a fecundação artificial *post mortem* quando homóloga, vale dizer, feita com o aproveitamento do microgameta do marido ou convivente (CC, art. 1.597, III e IV) e do macrogameta da esposa ou companheira”.⁶

Segundo entendimentos de Carlos Roberto Gonçalves:

Na Jornada de Direito Civil realizada pelo Superior Tribunal de Justiça no mês de junho de 2002, aprovou-se proposição para que se interpretem inciso III do citado art. 1.597, no sentido de ser obrigatório, para que se presuma a paternidade do marido falecido, ‘que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja ainda na condição de viúva, devendo haver ainda autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após a sua morte’.⁷

Maria Berenice Dias nos ensina:

Aberta a sucessão, o patrimônio do falecido, com o nome de herança, se transmite aos herdeiros legítimos e aos testamentários (se existir testamento). A mudança ocorre sem haver um vácuo nas relações jurídicas. Dito fenômeno decorre da consagração do chamado princípio de *saísine*. Para o patrimônio do falecido não estar sem dono, a lei determina sua transferência imediata aos herdeiros, não ocorrendo a interrupção da cadeia dominial⁸.

⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil, Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, ed. 4ª, 2006, p. 124.

⁵ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, direito de família e sucessões, vol. 5**. São Paulo: Saraiva, ed. 7ª, 2012, p. 293.

⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família. Sucessões 5**. São Paulo: Revista e atualizada, ed. 3ª, 2010, p. 249.

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito de família**. São Paulo: Saraiva, ed. 15ª, 2018, p. 319.

⁸ BERENICE DIAS, Maria. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 103.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o 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. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito⁹.

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho nos ensinam:

Dá-se, pois, a sucessão hereditária ou “mortis causa”, quando, em virtude do falecimento de alguém (sucedido ou autor da herança), o seu patrimônio é transferido a determinadas pessoas, legitimadas a recebê-lo (sucessores), as quais, assim, substituem-no na titularidade desses bens ou direitos¹⁰.

Maria Berenice menciona Giselda Hironaka, em que conceitua a ação petição de herança:

A ação de petição de herança é chamada de universal, eis que o autor não pretende a devolução de coisas destacadas, mas sim do patrimônio hereditário por inteiro, por se tratar de herdeiro de uma classe mais privilegiada ou de quota-parte, por ser herdeiro da mesma classe dos que receberam a herança¹¹.

Desta maneira:

A ação de petição de herança constitui proteção específica da qualidade de sucessor. Pelo princípio da *saisine*, desde a abertura da sucessão pertence a herança ao herdeiro (CC, art. 1.784). Pode ocorrer, todavia, de nela estar investida pessoa aparentemente detentora de título hereditário. Compete a aludida ação, conhecida no direito romano como *petitio hereditatis*, ao sucessor preterido, para o fim de ser reconhecido o seu direito sucessório e obter, em consequência, a restituição da herança, no todo em parte, de quem a possuía, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título¹².

Neste sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, nos ensinam que: “A petição de herança é, portanto, conceitualmente, o meio pelo qual alguém demanda o

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, ed. 11ª, 2017, p. 12.

¹⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, Direito das Sucessões, vol. 7. São Paulo: Saraiva, ed. 4ª, 2017, p. 54.

¹¹ HIRONAKA *apud* DIAS, 2014, p. 629.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, ed. 6ª, 2012, p. 140.

reconhecimento da sua qualidade de herdeiro, bem como pleiteia a restituição da herança, total ou parcialmente, em face de quem a possuía¹³”.

¹³ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de Direito Civil, Direito das Sucessões, vol. 7. São Paulo: Saraiva, ed. 4ª, 2017, p. 210.

1. DO DIREITO DE FAMÍLIA

Neste capítulo serão abordados temas sobre o Biodireito e o Direito de Família, a conceituação das inseminações artificiais homóloga e heteróloga, breves comentários da ADI 3510/08 sobre o início da vida e como ocorre o procedimento do descarte do material genético criopreservado. Por fim, será feita uma análise geral do art. 1.597 do CC/02.

Ao conceituar as inseminações artificiais homóloga e heteróloga, o leitor irá perceber que existe algumas diferenças entre elas, mas que ambas têm a mesma função.

Em sequência, será apresentado o entendimento firmado pelo STF na ADI 3510/08 sobre o início da vida, com isso o leitor poderá visualizar com mais clareza a hipótese de solução apresentada para o problema de pesquisa.

Neste item será abordado que há possibilidade de descarte de material genético (embriões, oócitos, espermatozoides) criopreservado, conforme a Lei de Biossegurança e a Resolução nº 2.168/17 do CFM.

Por fim, será feita uma análise do art. 1.597 do CC/02, destacando principalmente os incisos III e IV.

Os temas abordados no presente capítulo serão apresentados de uma forma introdutória, afim de que o leitor tenha uma visão ampla do problema de pesquisa que está sendo apresentado.

1.1 BIODIREITO E DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família é um ramo que está intimamente ligado à própria vida, tendo em vista que o vínculo gerado pela relação familiar se conservará durante toda a existência da pessoa. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, a família constitui a base do Estado, considerada uma instituição necessária e sagrada, que merece a mais ampla proteção do Estado.

Em uma tentativa conceitual, o autor explica que, “lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins¹⁴”.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 17.

Os vínculos estabelecidos pelo casamento são: o conjugal, de afinidade e o parentesco. Os direitos estabelecidos pelo parentesco têm natureza personalíssima, sendo irrenunciáveis e intransmissíveis por herança. Um exemplo disso, é o direito à alimentos.

Com a evolução da sociedade, começou a surgir novos panoramas de família. Atualmente existe um novo enfoque nas relações familiares, a afetividade. Com isso, a família socioafetiva vem sendo priorizada no sistema jurídico brasileiro.

A Constituição Federal de 1988 trouxe várias transformações, embasando-se principalmente na dignidade da pessoa humana, assim fazendo uma grande revolução no Direito de Família. A começar pela entidade familiar, que é plural, não mais singular, a igualdade entre os filhos, sendo proibido qualquer ato discriminatório para com eles e a consagração de igualdade entre homens e mulheres.

Além do mais, foi inserido o princípio da paternidade responsável e a assistência direta à família. No que se refere ao princípio da paternidade responsável, a Constituição deixa claro que apenas os pais são responsáveis pelo planejamento familiar, sendo vedado qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou particulares. Quanto à assistência, entendeu que o Estado deve assegurar a todos os entes da família meios para coibir violência no âmbito de suas relações.

Diante da evolução trazida pela Constituição Federal de 1988, ao Direito de Família, não se deve deixar de falar das técnicas de reprodução humana assistida. Apesar de não haver uma lei específica para tanto, é importante ressaltar que estas são medidas constitucionais. O CC/2002 menciona algumas técnicas de inseminação artificial, de uma maneira bem superficial, trazendo com elas relação de presunção de filiação.

Logo, consideram-se filhos, aqueles concebidos no decorrer do casamento por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido, aqueles nascidos a qualquer tempo, utilizando-se dos embriões excedentários criopreservados, bem como utilizando-se da fecundação heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Clarissa Bottega, menciona que apesar das inovações serem de grande valia para a sociedade, “por outro lado, essas inovações científicas mexeram com as relações sociais e a vida em sociedade, impondo, assim, a necessidade do direito de se manifestar acerca de temas tão intrigantes e novos, fazendo surgir, então um novo conceito chamado de ‘Biodireito’”¹⁵.

A autora, em uma tentativa conceitual, nos ensina:

¹⁵ BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias**. 2009, p. 54. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Arquivos/Desktop/Pesquisa%20para%20mo%20nografia/REFLEXOS%20DO%20BIODIREITO%20NO%20DIREITO%20DAS%20FAMÍLIAS.pdf> Acesso em 06 de maio de 2019.

Assim, o Biodireito tem como âmbito de análise, discussão e proteção os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos, sempre orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana ante as novas descobertas da tecnologia e da ciência, principalmente, na área biomédica¹⁶.

O Biodireito nasce com uma perspectiva de auxiliar as pessoas a se adaptarem a uma nova realidade criada pelas descobertas da biomedicina, bem como adequando a legislação e a cultura aos novos contornos, de acordo com os preceitos éticos.

Neste sentido:

É assim fácil verificar que não só a Bioética como o Biodireito trazem novidades importantíssimas acerca das novas relações familiares. Surgem questões eminentemente ligadas à filiação, como, por exemplo, questões ligadas à investigação da parentalidade genética; paternidade e maternidade biológicas e a relação socioafetiva; a questão que envolve as mães de substituição (utilização de ventre de terceira doadora); os direitos dos nascituros e sua proteção; questões que envolvem as presunções de paternidade e as técnicas de reprodução medicamente assistida (inseminação artificial homóloga e heteróloga); esterilização humana; eugenia e terapia gênica (escolha de sexo dos bebês, cor dos olhos, etc.), transexualismo, eutanásia, clonagem humana, dentre outros tantos temas que nos mostram novas possibilidades e novos horizontes¹⁷.

Diante do exposto, percebe-se a importância da Bioética e o Biodireito para o Direito de Família, por conter conteúdo ético que protege a dignidade da pessoa e sua existência perante as novas tecnologias, trabalhando com valores da própria sociedade.

1.2 FERTILIZAÇÕES ARTIFICIAIS: HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

No ordenamento jurídico brasileiro não há uma lei específica que trata da inseminação artificial, mas as técnicas são legais no país. O Conselho Federal de Medicina elaborou normas éticas por meio de uma resolução para a utilização das técnicas de reprodução assistida, aperfeiçoando-a por meio de princípios éticos e bioéticos, devendo ser seguida pelos médicos brasileiros. Recentemente, o Conselho Federal de Medicina publicou uma nova Resolução, a de nº. 2.168/2017, que é fruto de demandas da sociedade com o CFM nos últimos anos, que vem contemplando situações tanto sociais quanto epidemiológicas.

¹⁶ BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias**. 2009, p. 54. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Arquivos/Desktop/Pesquisa%20para%20mo%20nografia/REFLEXOS%20DO%20BIODIREITO%20NO%20DIREITO%20DAS%20FAMÍLIAS.pdf> Acesso em 06 de maio de 2019.

¹⁷ BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias**. 2009, p. 55. Disponível em: <file:///D:/Meus%20Arquivos/Desktop/Pesquisa%20para%20mo%20nografia/REFLEXOS%20DO%20BIODIREITO%20NO%20DIREITO%20DAS%20FAMÍLIAS.pdf> Acesso em 06 de maio de 2019.

A Resolução nº 2.168/2017 do CFM permite que:

As pessoas com problemas reprodutivos diagnosticados possam recorrer a técnicas disponíveis de reprodução assistida, como o congelamento de gametas, embriões e tecidos germinativos. Dessa forma, os pacientes ganham a possibilidade de planejar o aumento da família, segundo um calendário pessoal, levando em conta projetos de trabalho ou de estudos, por exemplo. Também são beneficiados pacientes que, por conta de tratamentos ou desenvolvimento de doenças, poderão vir a ter um quadro de infertilidade¹⁸.

O Código Civil de 2002 traz algumas modalidades de inseminação artificial, quais sejam: a fecundação artificial homóloga *post mortem* (III, art. 1597), a inseminação artificial com embriões excedentários, decorrente de concepção artificial homóloga, podendo ocorrer a qualquer tempo (IV, art. 1.597) e por fim, a fecundação artificial heteróloga, desde que com prévia autorização do marido (V, art. 1597).

Rosenvald e Farias nos ensina que, “a reprodução medicamente assistida é o gênero do qual podem derivar duas espécies: a *inseminação artificial* e a fertilização na proveta (também chamada de fertilização *in vitro*- *FIV*)”¹⁹.

Roberto Senise Lisboa defende que a inseminação artificial homóloga é indicada nos casos de infertilidade ou esterilidade e que contribui com muita eficácia para o nascimento do filho esperado. Como é utilizado o material genético do casal, há a presunção de filho havido no casamento²⁰.

Carlos Roberto Gonçalves conceitua a inseminação homóloga:

A fecundação ou a inseminação *homóloga* é realizada com sêmen originário do marido. Neste caso o óvulo e o sêmen pertencem à mulher e ao marido, respectivamente, pressupondo-se, *in casu*, o consentimento de ambos²¹.

Como visto, a inseminação artificial homóloga é de suma importância para a evolução humana. Normalmente essa técnica é utilizada quando o casal não consegue ter filhos de forma natural.

¹⁸ MEDICINA, Conselho Federal de. **Reprodução assistida: CFM anuncia novas regras para o uso de técnicas de fertilização e inseminação no País.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3>. Acesso em 25 de abril de 2019.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, ed. 4ª, 2006, p. 123.

²⁰ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, direito de família e sucessões, vol. 5.** São Paulo, Saraiva, ed. 7ª, 2012, p. 291.

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito de família.** 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 319.

Washington Monteiro de Barros, menciona o enunciado n. 107, da I Jornada de Direito Civil, “que na fecundação homóloga considera-se, por presunção, filho do marido aquele concebido após a sua morte, inclusive por meio da técnica de congelamento do sêmen, bem como aquele concebido a qualquer tempo, tratando-se de embrião excedentário²²”.

Carlos Roberto Gonçalves, menciona o Enunciado n. 111 da I Jornada de Direito Civil, que a presunção de paternidade será adequada aos avanços tecnológicos nessa área²³.

Preleciona, Roberto Senise Lisboa que “a inseminação artificial heteróloga introduz no seio familiar um indivíduo que não possui o patrimônio genético do cônjuge varão. É indicada no caso de esterilidade definitiva ou em razão de doenças hereditárias²⁴”.

Cristiano Chaves de Farias conceitua a inseminação heteróloga:

Na procriação assistida heteróloga, tem-se a participação de terceiro (s), sempre a título *gratuito* (Resolução nº 1.358/92, CFM, item IV, 1). 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. Por isso, exige-se a autorização expressa do marido ou companheiro, de modo a viabilizar a procriação assistida na forma heteróloga²⁵.

Conclui-se que as técnicas de inseminação artificial são mecanismos eficazes para a realização do planejamento familiar, cujo fundamento se encontra nos princípios da dignidade da pessoa humana e na paternidade responsável, conforme o art. 226, §7º da CF/1988.

1.1.1 ADI 3510/DF: CONSIDERAÇÕES SOBRE O INÍCIO DA VIDA E O DESCARTE DE MATERIAL GENÉTICO CRIO-CONSERVADO

A ADI nº 3510/08 teve seu início com a petição inicial do ex-Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles pedindo a declaração da inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança. O relator da ação organizou uma audiência pública, na qual reuniu na primeira audiência, vinte e dois especialistas, que foram convidados para apresentar suas convicções sobre “o início da vida”, na condição de *amici curiae*.

²² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: Direito de família**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 431.

²³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito de família**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 430.

²⁴ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil, direito de família e sucessões, vol. 5**. São Paulo, Editora Saraiva, ed. 7ª, 2012, p. 292.

²⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil, Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ed. 4ª, 2006, p. 124.

Os debates promovidos pela audiência pública foram essenciais para a construção dos argumentos jurídicos que sustentou a base teórica do relatório e o voto do relator, então Ministro Carlos Ayres Brito.

O tema sobre o início da vida é muito complexo, pois não há no ordenamento jurídico uma definição clara de quando a vida começa. Apesar de haver na legislação civil o reconhecimento da teoria natalista, que condiciona a personalidade da pessoa ao nascimento com vida, colocando a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, ainda há fortes argumentos contrários.

Alguns especialistas se mostraram a favor e outros contra as pesquisas com células-tronco embrionárias, em função do marco do início da vida.

Em primeiro momento, para que haja entendimento sobre o início da vida, é necessário compreender algumas teorias sobre o tema. Segundo Cyntia Brandalize Fendrich as principais teorias são a Concepcionista e a Natalista.

Segundo a primeira corrente, a personalidade teria início no momento da concepção do feto e não no momento do seu nascimento com vida, pois a personalidade do nascituro seria incondicional, independente de evento futuro, estando seus direitos personalíssimos (vida, liberdade, saúde) garantidos desde a concepção do embrião²⁶.

No que se refere a teoria Natalista:

Seus defensores entendem que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, sendo que os direitos assegurados ao nascituro constituiriam mera expectativa de direitos, os quais seriam concretizados apenas em razão do nascimento com vida. Esta teoria corrobora com o conceito jurídico da vida, previsto no artigo 2º do Código Civil brasileiro²⁷

Neste sentido, Marcos Machado²⁸ menciona Avelino Alves Barbosa Junior, que apresenta a teoria Concepcionista e a teoria Genético-desenvolvimentistas.

²⁶ FEDRICH, Cintya Brandalize. **O direito, as clínicas de reprodução humana e o descarte de material genético**. 2014, p. 33. Dissertação para obtenção de título de mestrado em direito. Centro Universitário Unicritiba, 2014. Disponível em: <https://www.unicritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2014/Cyntia_Brandalize.pdf> Acesso em 26 de abril de 2019.

²⁷ FEDRICH, Cintya Brandalize. **O direito, as clínicas de reprodução humana e o descarte de material genético**. 2014, p. 33. Dissertação para obtenção de título de mestrado em direito. Centro Universitário Unicritiba, 2014. Disponível em: <https://www.unicritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2014/Cyntia_Brandalize.pdf> Acesso em 26 de abril de 2019.

Segundo o autor, a teoria Concepcionista reconhece o início da vida no exato momento da fertilização do ovócito secundário pelo espermatozoide. O zigoto é detentor e executor do seu próprio desenvolvimento, pois contém todas as características de um ser humano adulto. Assim, a partir da fecundação até a fusão dos seus pronúcleos e a dissolução de suas membranas, demoram aproximadamente doze horas. Diante disso, surgem as seguintes teorias:

- (a) A teoria da Sigmia refere-se ao exato momento da penetração do espermatozoide no ovócito secundário, ou seja, a fecundação, sendo **irrelevante a fusão dos pronúcleos genéticos** e, conseqüentemente a formação do zigoto.
- (b) A Teoria da Cariogamia **somente reconhece o princípio da vida humana após a fusão pronuclear**, pois, somente a partir desse momento estaria formando efetivamente um indivíduo devido ao intercâmbio entre as informações contidas no pronúcleo do espermatozoide com o pronúcleo do ovócito²⁹. (Grifo nosso)

Já as teorias genético-desenvolvimentistas procuram analisar qual o momento mais importante das fases do desenvolvimento embrionário para condicionar o início da vida humana.

Assim, surgiram as seguintes teorias:

- (a) A Teoria do Pré-Embrião, também chamada de “Critério do 14º Dia”, é o resultado de um documento denominado “Relatório Warnok sobre Fertilização e Embriologia”, publicado na Inglaterra em 1984. Esse documento é defensor de que o conceito humano (embrião) não é um indivíduo humano em ato, mas tão somente uma célula progenitora humana dotada de capacidade para originar um ou mais indivíduos da mesma espécie. O “Critério do 14º Dia” determina o momento em que o blastócito termina sua implantação na mucosa uterina.
- (b) A Teoria da Nidação do Ovo, diz que somente a partir da nidação (fixação) do ovo (blastócito) no útero é que começa, de fato, a vida. A fixação do blastócito começa em torno do 6º dia (início das primeiras trocas materno-fetais) e termina entre o 7º e o 12º dia após a fecundação. Enquanto este estágio evolutivo não for atingido existe tão-somente um amontoado de células que constituiriam os alicerces do embrião.
- (c) A teoria Natalina condiciona o início da personalidade humana ao nascimento com vida. Sua fundamentação é mais de cunho político jurídico do que de cunho biológico.

²⁸ MACHADO, Marcos. **Considerações Jurídicas acerca do início da vida humana na perspectiva do STF/ADI 3510**. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM, RJ. 2016, p. 59. Disponível em: <<http://www.ubm.br/revistas/direito/pdf/55f71b6f39fce9333946823edb97e53a.pdf>> Acesso em: 26 de abril de 2019.

²⁹ MACHADO, Marcos. **Considerações Jurídicas acerca do início da vida humana na perspectiva do STF/ADI 3510**. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM, RJ. 2016, p. 59-60. Disponível em: <<http://www.ubm.br/revistas/direito/pdf/55f71b6f39fce9333946823edb97e53a.pdf>> Acesso em: 26 de abril de 2019.

(d) A Teoria da Personalidade Condicional é um desdobramento da Teoria Natalista, pois, prega que a personalidade do homem começa com a concepção, sob a condição do nascimento com vida. Assim, a personalidade atribuída ao embrião é condicional, pois, o embrião, ainda não é “pessoa humana em plenitude”, mas pertence à espécie humana, tendo todas as potencialidades de vir a tornar-se pessoa³⁰.

A proteção constitucional ao direito à vida e aos direitos infraconstitucionais dos embriões pré-implantados foram preocupações muito evidenciadas na ADI nº 3510, conforme item III do acórdão:

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta os "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). (...)

Ademais, prossegue a redação do acórdão:

(...) Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. **Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana.** Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. **O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano.** Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. **O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere à Constituição³¹.** (Grifo nosso)

Assim, o voto do relator da ADI nº 3510 culminou também no estudo de outros pontos importantes, ficando evidenciado no relatório da ação: a legitimidade das pesquisas de

³⁰ MACHADO, Marcos. **Considerações Jurídicas acerca do início da vida humana na perspectiva do STF/ADI 3510**. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM, RJ. 2016, p. 60. Disponível em: <<http://www.ubm.br/revistas/direito/pdf/55f71b6f39fce9333946823edb97e53a.pdf>> Acesso em: 26 de abril de 2019.

³¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº.3510/08. Autor: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Acórdão 28 de maio de 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>> Acesso em: 29 de abril de 2019.

células-tronco embrionárias para fins terapêuticos e o constitucionalismo fraternal; a não caracterização do aborto; direito à saúde, sendo essencial à vida humana; conhecimento científico; direitos fundamentais, como à autonomia da vontade e ao planejamento familiar.

Então, o STF, em 2008, por maioria dos votos, julgou improcedente a ADI nº 3510, assim mantendo a lei. Apesar dos argumentos dos outros serem diferentes do relator, pode-se dizer que a maioria seguiu sua orientação, de que para existir vida o embrião deve ser implantado no útero humano. Logo, o embrião antes disso não seria, nem nascituro, nem pessoa.

E por fim, argumentou que o uso terapêutico e científico das células-tronco embrionárias tem relevante função social, ligada à saúde e à dignidade humana. Neste sentido, o voto do Ministro Celso de Melo afirma que com a constitucionalidade das pesquisas de células-tronco, as pessoas que sofrem com alguma enfermidade e vivem à margem da vida, terão a oportunidade de buscar a felicidade e o direito de terem uma vida digna.

Os embriões obtidos por meio de técnicas de inseminação artificial, nos quais ultrapassam o limite recomendado para fertilização, são crio-congelados para eventuais inseminações no futuro. Também pode acontecer de obter embriões que apresentam anomalias genéticas ou morfológicas, que são denominados inviáveis.

A Lei de Biossegurança, em seu art. 5º regulamenta as pesquisas de células-tronco embrionárias, colocando a salvo que, apenas os embriões enviáveis e os que estão crioconservados por três anos ou mais podem ser utilizados para terapia e pesquisas. Se caso houver pesquisas de células embrionárias viáveis e com o tempo de crioconservação inferior a três anos, haverá punição criminal, conforme a própria Lei de Biossegurança.

O congelamento de material genético (embriões, ovócitos e espermatozoides) em clínicas especializadas teve início nos anos 90. Com a elaboração da Resolução nº 1.358/1992 do CFM, esse marco foi de grande importância para a sociedade. Mas no que se refere ao descarte, não havia autorização. Então, foi criada a Resolução nº 2.013/2013 que passou a admitir o descarte do material genético, desde que houvesse autorização expressa dos pacientes.

Por sua vez, a lei de Biossegurança trata apenas da autorização do uso científico e terapêutico das células-tronco embrionárias, ficando omissa quanto ao descarte. Apesar da resolução do Conselho Federal de Medicina permitir, esta não tem força de lei, pois é a norma na qual os especialistas na área da medicina se baseiam para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida.

Por força da lei de Biossegurança, os embriões seriam apenas destinados às pesquisas, caso houvesse expressa vontade dos pacientes. Com a resolução, os pacientes, além de terem a opção de doá-los para pesquisa, passaram a ter a opção de descartá-los.

Os especialistas na área da medicina acreditam que a melhor opção é quando os pacientes optam em doar os embriões. Como não há uma lei que trata especificamente do descarte, ainda existe muita insegurança jurídica por parte dos médicos sobre esse assunto.

1.2 ANÁLISE DO ART. 1597, III e IV DO CÓDIGO CIVIL DE 2002.

Há alguns anos atrás o parentesco se restringia apenas nas relações de consanguinidade e adoção. Com a consagração do princípio da igualdade entre os filhos, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 isso não prevalece mais. As inovações biotecnológicas trouxeram grande evolução na relação de filiação, introduzindo no meio jurídico um novo tipo de parentesco.

Assim nos ensina Monteiro, “com o Código Civil de 2002, que o parentesco não se restringe mais às relações de consanguinidade e de adoção, alcançando um novo tipo de parentesco, baseados nos avanços biotecnológicos, referentes à reprodução humana assistida”³².

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, “filiação é a relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a receberam como se tivessem gerado”³³.

No mesmo sentido, Washington Luiz de Barros Monteiro nos ensina:

Parentesco por consanguinidade é o vínculo existente entre pessoas que descendem de um mesmo tronco em comum. O parentesco estabelece-se tanto pelo lado masculino como pelo feminino; ao primeiro, denominou-se outrora *agnação*, em contraposição ao segundo, denominado *cognação*³⁴.

Por muitas décadas perdurou as discriminações dos filhos que nasciam fora do casamento, a começar pela forma de tratamento. Eram separados por espécies, a classificação

³² MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**. São Paulo: ed. 40ª, Saraiva, 2010, p. 413.

³³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Direito de Família**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313.

³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil, Direito de Família**. São Paulo: ed. 40ª, Saraiva, 2010, p. 414.

era feita conforme a relação conjugal dos pais ou pela forma que fossem concebidos. Assim nos ensina Fábio Ulhoa Coelho:

Há muito tempo atrás, considerava-se *filho de verdade mesmo* apenas os nascidos dentro do casamento. Isto é, havia uma hierarquia entre os filhos, em que se privilegiava o portador a herança genética de homem e mulher casados, ou que se pelo menos se presumia a tivesse recebido do primeiro. Chamava-se legítima a essa filiação. Eram os filhos de verdade. Os havidos fora do casamento consideravam-se *ilegítimos* e estavam divididos em *naturais*, se os dois genitores estavam desimpedidos para o casamento (eram solteiros ou viúvos), ou *espúrios*, se havia impedimento; esses últimos, por sua vez, chamavam-se *adulterinos* quando casado um dos genitores, mas não com o outro (ou os dois, mas não entre eles), ou *incestuosos*, se os pais não podiam se casar em razão de certos impedimentos (descendia um do outro, por exemplo)³⁵.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 227, §6º e o Código Civil de 2002 em seu art. 1.596, normatizou o princípio da igualdade entre os filhos, estabelecendo que não deve haver nenhum tipo de discriminação entre os filhos.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho nos ensina:

Quando se chama consanguíneo ou natural certo parentesco, pretende-se destacar que a relação tem por pressuposto fático a transmissão da herança genética. Distingue-se, assim, do parentesco “civil”, em que não se verifica tal transmissão (CC, art. 1.593). O filho biológico tem com o pai um vínculo de parentesco natural; ao passo que o adotivo e o gerado por fecundação assistida heteróloga (feita com espermatozoide fornecido por outro homem) vincula-se ao pai por parentesco civil. A diferença, hoje, entre uma ou outra categoria de parentesco é nenhuma, tendo em vista a plena igualdade entre as espécies de filiação³⁶.

O vigente Código Civil traz algumas presunções de filiação:

De acordo com o art. 1.597, do Código Civil, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos nascidos pelo menos cento e oitenta dias depois da celebração do casamento; os nascidos nos trezentos dias seguintes à dissolução do casamento, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento ou divórcio; os havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; os havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, resultantes de concepção artificial homóloga, e os havidos por inseminação artificial heteróloga, com a devida autorização do marido. Ressalta-se que independente de sua classe, todos terão os mesmos direitos e deveres.³⁷

³⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família. Sucessões 5**. São Paulo: Revista e atualizada, ed. 3ª, 2010, p. 159.

³⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, família, sucessões**. 5ª ed. São Paulo: Revista e atualizada, ed. 3ª, 2010, p. 28.

³⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família, sucessões**. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167.

Monteiro explica que os incisos I e II, do art. 1.597 do CC não são mais de grande relevância, tendo em vista que tem como provar a paternidade por meio de exame de DNA. Conforme seu entendimento, “os incisos I e II do referido artigo, que presumem relações sexuais entre os cônjuges, respeitando os respectivos prazos, não são mais de grande relevância, tendo em vista que há como se provar a paternidade mediante um exame de DNA”³⁸.

Maria Berenice Dias nos ensina a diferença entre fecundação artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga:

Quando a fecundação faz uso do sêmen do genitor, chama-se de homóloga, e o vínculo de filiação se estabelece mesmo depois de seu falecimento (CC 1.597 III). Dispõe da mesma presunção a gravidez levada a efeito a qualquer tempo através da implantação de embriões excedentários (CC 1.597 IV). Na fecundação heteróloga, a condição de filho independe do vínculo biológico (CC 1.597 V)³⁹.

Farias e Rosenvald, mencionam que a filiação registral e a socioafetiva são institutos distintos. Diante do exposto, “a filiação registral é aquela que tem origem no cartório de registro civil de pessoas naturais, enquanto que a filiação socioafetiva é resultante do afeto, da relação não sanguínea”⁴⁰.

Washington de Barros Monteiro considera por relações socioafetivas aquelas que são baseadas na afinidade, superando, muitas vezes, as relações de vínculo sanguíneo, tendo como exemplo, relação de padrasto com enteado, que foi muito mais ativo em sua educação e criação, tratando como se filho fosse⁴¹.

Preleciona Carlos Roberto Gonçalves a regra geral quanto à presunção de paternidade. “Em regra, a presunção de paternidade do art. 1.597 do Código Civil é *juris tantum*, admitindo prova em contrário. Pode, pois, ser elidida pelo marido, mediante ação negatória de paternidade, que é imprescritível (art. 1.601)”⁴².

Diante do exposto, é notório perceber a grande evolução trazida pelas técnicas de inseminação artificial à sociedade. A busca em realizar o planejamento familiar tornou-se

³⁸ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: Direito de família**. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 437.

³⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p.124.

⁴⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 59.

⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: Direito de família**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 420-422.

⁴² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito de família**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 313.

mais eficaz. Com isso, cada vez mais, a relação de parentesco tem se expandido e se adequado às novas famílias originadas pela contemporaneidade.

2. DO DIREITO DA SUCESSÃO

Neste capítulo serão abordados temas diretamente ligados ao Direito Sucessório. A começar pela herança, pois é no momento da abertura da sucessão que ela é transmitida aos herdeiros do *de cujus*.

Aberta a sucessão, é de suma importância analisar a legitimidade dos herdeiros, pois apenas os legitimados terão direito de receber a sua parte na herança.

No item subsequente, serão conceituados os herdeiros legítimos e necessários. Apesar de que todos os herdeiros são legítimos, mas nem todos são necessários. Isso será abordado com mais profundidade, afim de que se tenha um amplo entendimento sobre o assunto.

Um dos temas mais importantes da presente pesquisa será abordado por aqui, que é a ação de petição de herança. Neste item, serão esclarecidos alguns entendimentos doutrinários e jurisprudências sobre o prazo prescricional, quando começa a contar o prazo e quem são os legitimados para propor a demanda.

Este presente capítulo é muito importante, pois traz as principais características do Direito Sucessório. Diante disso, repercute de forma bem ampla no problema de pesquisa proposto, pois é exatamente esses direitos que podem vir a ser violados. Ao mesmo tempo, com a utilização de mecanismos do próprio direito sucessório, o herdeiro terá a possibilidade de reaver o que foi violado com a ação petição de herança.

2.1 A HERANÇA

O CC/02 deixa bem claro que não existe herança *inter vivos*, ou seja, transferência de herança entre pessoas vivas. É importante compreender o instituto da herança, pois este não se confunde com a meação. Mais adiante será abordado a diferença entre elas.

Conforme ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: “A herança (Erbschaft, como preferem os alemães) é o conjunto de relações jurídicas, ativas e passivas, patrimoniais pertencentes ao falecido e que foram transmitidas aos seus sucessores, por conta de sua morte, para que sejam partilhadas⁴³”.

Assim, Maria Berenice Dias ensina que, a herança é "o patrimônio composto de ativo e passivo deixado pelo falecido por ocasião do seu óbito, a ser recebido por seus herdeiros⁴⁴”, acrescenta Farias e Rosenvald, “bem como os bens móveis, os imóveis, os créditos, os

⁴³ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 69.

⁴⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 33.

débitos, as propriedades intelectuais e imateriais, as cotas empresariais, os direitos possessórios, as aplicações financeiras, dentre outros⁴⁵”.

O caráter da herança é universal e indivisível, pois todo o ativo e passivo deixado pelo morto se mantem até a partilha, mesmo que sejam vários os herdeiros. Devido a isso, todos passam a ser copossuidores e coproprietários da integralidade do patrimônio transferido.

Trata-se da formação de um condomínio *pro indiviso*, ou seja, não pode os herdeiros desfazer da posse e da titularidade do outro até a partilha. Nada impede que a decisão judicial ou a escritura pública mantenham o condomínio sobre determinados bens, mas de qualquer forma será alterada sua natureza.

Cada um dos coerdeiros tem autonomia para defender a posse e a propriedade contra terceiros, utilizando-se de ação possessória e ação reivindicatória, respectivamente. Se caso um dos coerdeiros quiser se defender da intromissão do outro, poderá utilizar-se apenas da ação possessória, pois todos são coproprietários.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a herança não é um direito real, por conta da tipicidade dos direitos reais e a falta de previsão normativa. Como a herança é um bem jurídico, é necessário que reclame um ente para representá-la, quando necessário⁴⁶.

Diante disso, temos o espólio:

Pois bem, o espólio é o ente despersonalizado que representa a herança, em juízo e extrajudicialmente. Realmente, o espólio não dispõe de personalidade jurídica (não é, portanto, pessoa jurídica), mas tem capacidade para titularizar relações jurídicas, como é o exemplo das relações trabalhistas e previdenciárias, além das relações consumeristas e tributárias. Igualmente, o espólio dispõe de legitimidade processual, podendo demandar e ser demandado (CPC, art. 75, VII)⁴⁷.

Os autores ressaltam a preocupação em não confundir a herança com o espólio:

Exige-se cuidado para não confundir os conceitos: a herança é um bem jurídico (objeto da relação jurídica), composto pela universalidade de relações patrimoniais transmitidas pelo morto, enquanto o espólio é um ente despersonalizado que representa a herança, judicial ou extrajudicialmente, quando se fizer necessário⁴⁸.

Assim nos ensinam:

⁴⁵ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 70.

⁴⁶ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 71.

⁴⁷ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 71.

⁴⁸ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 71.

Registre-se, de qualquer modo, que, em se tratando da representação processual da herança (que é o conjunto de relações patrimoniais transmitidas com a morte), o espólio somente terá legitimidade (ativa e passiva) para as ações de conteúdo econômico. Assim, o espólio pode promover e pode ser acionado em ações de cobrança, executórias, monitórias, possessórias, dentre outras. Todavia, em se tratando de demanda que verse sobre direitos existenciais do falecido, faltará legitimidade (ativa e passiva) ao espólio - uma vez que, repita-se à exaustão, representa a herança. Nesse caso, a legitimidade recairá sob os sucessores do morto diretamente. Um exemplo eloquente é a ação de investigação de paternidade post mortem, na qual deve constar no polo passivo da demanda os sucessores do falecido, e não o seu espólio, por não dizer respeito a relações de conteúdo econômico. Também é o exemplo da adoção póstuma, admitido o estabelecimento da família substituta quando o adotante faleceu depois de ter manifestado incontestável vontade de adotar, mas antes da propositura da ação⁴⁹.

A herança não se deve confundir com meação do cônjuge ou companheiro da pessoa que faleceu, pois aqui decorre do regime de bens adotado no casamento ou união estável.

Segundo Farias e Rosenthal:

Isso porque a meação é direito próprio, titularizado pelo cônjuge ou companheiro sobrevivente. Por isso, é preciso, no âmbito do inventário, separar a meação do consorte supérstite, que não será objeto da transmissão sucessória - e, bem por isso, não será tributado, nem calculada para fins de cobrança de custas processuais⁵⁰.

A meação é um direito próprio do titular, que se mantém em razão do regime de bens estabelecido entre o casal. Assim, se casados pelo regime parcial de bens ou universal, constará que o patrimônio adquirido no casamento a título oneroso será comum do casal. Por conta disso, se um deles vier a falecer, a metade de todos os bens constituirá a meação, não sendo transmitidos aos sucessores.

2.2 LEGITIMIDADE PARA SUCEDER

Quando da abertura da sucessão, a transmissão da herança ocorre automaticamente aos herdeiros necessários. Antes disso, é preciso saber se o herdeiro tem capacidade para herdar, pois pode haver a deserção ou a exclusão por indignidade. Não se deve confundir capacidade de suceder com capacidade civil, pois há possibilidade de a pessoa ter capacidade para suceder e não ter capacidade civil e assim vice-versa, pode a pessoa ser incapaz de suceder, mas pode ter capacidade plena para exceder todos os atos da vida civil.

Assim preleciona, Caio Mario da Silva Pereira:

⁴⁹ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 71-72.

⁵⁰ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 72.

A capacidade sucessória (legitimação para suceder) não se altera. Poderá o herdeiro abster-se de adir a herança (nº 434, *infra*), ou perder o seu direito à herança, *por indignidade ou deserdação*, mesmo que já esteja na posse dos bens da herança. Tudo, porém, em face da circunstância de ser apto a herdar, na data da morte⁵¹.

Ademais, para que ocorra a transmissão da herança pelo evento morte, é necessário que o herdeiro esteja vivo, mesmo que por instantes. Caso não esteja vivo no momento da abertura da sucessão, este não poderá herdar, deferindo a sua cota parte hereditária aos outros herdeiros da sua classe, ou as da imediata, caso seja o único herdeiro. No entanto, a lei traz algumas exceções.

Conforme ensinamentos de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Destrinchando o dispositivo em apreço, infere-se que a legitimação sucessória decorre do atendimento de um elemento essencial: estar vivo no momento da abertura da sucessão (a morte), sendo nascido ou concebido. É o princípio da coexistência, através do qual é preciso que o sucessor esteja vivo no instante exato do óbito do titular do patrimônio para que possa recebê-lo⁵².

Quanto as exceções, Caio Mario da Silva Pereira menciona que o nascituro tem direito a suceder, desde que já fosse concebido no momento da abertura da sucessão. Neste caso, este adquire de imediato a propriedade e a posse da herança, como se já tivesse nascido no momento da abertura da sucessão.

Outra exceção, em especial, é quando a mãe morre no trabalho de parto. Mesmo que o filho não tenha coexistido com ela, não se pode negar a legitimação para este suceder⁵³.

No caso de disposição testamentária que contempla a prole eventual de uma pessoa, a transmissão da herança é condicional, pois depende de um evento futuro e incerto. O Código Civil de 2002, a fim de solucionar o prazo da espera, estipulou o prazo de dois anos, contando a partir da abertura da sucessão. Dentro desse prazo, se o filho é concebido e nascido com vida, este se tornará herdeiro desde a morte do testador, conforme art. 1.800, §3º do CC/02.

Caso contrário, decorrido o prazo de dois anos, sem o nascimento do filho esperado, a cláusula testamentária não terá mais eficácia e os bens que a este eram reservados serão distribuídos aos herdeiros legítimos. Antes que o filho nasça, dentro do prazo de dois anos, os

⁵¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume VI, direito das sucessões**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2015, p. 25-27.

⁵² DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 128.

⁵³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume VI, direito das sucessões**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2015, p. 25.

bens destinados a ele serão confiados a uma pessoa nomeada pelo juiz, ou nomeado pelo próprio testador.

O autor entende que há uma possível legitimidade sucessória dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, devido à existência de presunção de filiação contida no art. 1.597, inciso III, do CC/02.

A última exceção são as pessoas jurídicas, estas poderão ser beneficiadas com a herança por meio de testamento. Assim nos ensina, Maria Berenice Dias: “apenas as pessoas físicas têm capacidade sucessória. Além dessas, as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas por meio de testamento⁵⁴”.

Diante do exposto, deve-se considerar como regra geral, que apenas as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão podem suceder. No entanto, a própria legislação põe a salvo alguns casos excepcionais.

2.3 HERDEIROS LEGÍTIMOS E NECESSÁRIOS

Conforme ensinamento de Maria Berenice Dias⁵⁵, a lei consagra todos os parentes do falecido como herdeiros. No entanto, nem todos fazem jus à herança. O legislador presume que os laços afetivos geram o dever de mútua assistência e tenta adivinhar quem são as pessoas que o titular da herança gostaria de contemplar com seu patrimônio, após a sua morte. Com isso, criou-se a chamada ordem de vocação hereditária, estabelecendo uma ordem de prioridade entre os herdeiros.

Com isso, ao transmitir a herança aos herdeiros, deve-se observar a ordem de vocação hereditária, estabelecida no art. 1.829 do CC/02. Conforme o supracitado artigo, são considerados herdeiros: os descendentes, os ascendentes, o cônjuge sobrevivente, os colaterais até o quarto grau e o companheiro sobrevivente.

Segundo Farias e Rosenvald: “O sucessor a título universal (herdeiro) pode receber o patrimônio por força de lei ou por conta da vontade expressa do autor da herança, manifestada em declaração de última vontade, chamada de testamento. Assim, o herdeiro pode ser legítimo ou testamentário⁵⁶”.

⁵⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 57.

⁵⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p.129.

⁵⁶ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 127.

Os herdeiros legítimos são aqueles beneficiados com a herança por força de previsão legal. Já os herdeiros necessários são aqueles que devem ser obrigatoriamente beneficiados com a herança, não podendo ser excluídos da sucessão pela vontade do sucessor.

Nota-se que todos os herdeiros são legítimos, mas nem todos são necessários. Assim nos ensinam Rosenthal e Farias:

Dentre os herdeiros legítimos (beneficiados por força do ordenamento jurídico), alguns deles são beneficiados obrigatoriamente, não podendo ser excluídos da sucessão pela vontade do titular do patrimônio. São os chamados herdeiros necessários. Note-se que todo herdeiro necessário é um herdeiro legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é um herdeiro necessário⁵⁷.

Os herdeiros legítimos e necessários vão participar da sucessão legítima, também chamada de *ab intestato*, ou seja, com ausência de testamento. Conforme ensinamentos de Maria Berenice Dias, “na ausência de manifestação de vontade do falecido, seus bens são transmitidos a quem o legislador indica como herdeiro”⁵⁸. Pode-se chamar também de sucessão legítima de testamento tácito, pois como o *de cuius* não deixou testamento, isso significa que concorda com a atribuição estabelecida pela lei, dando àquelas pessoas legitimidade sucessória.

Nesse sentido, Caio Mario da Silva Pereira manifesta:

Denomina-se, então, sucessão legítima a que é deferida por determinação da lei. Atendendo ao que ocorre quando o sucedendo morre sem testamento (*intestato*), diz-se também *ab intestato*. E tendo em consideração que se processa sob o império exclusivo da lei, sem a participação da vontade, pode também designar-se como sucessão legal. Em nossos meios, é a mais frequente, tendo em vista a menor difusão do testamento e, portanto, da sucessão testada⁵⁹.

Com a morte do titular do patrimônio, ocorre automaticamente a transferência da herança aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge). Isso ocorre, porque é imprescindível que os bens, direitos e as obrigações do falecido sejam transferidos para alguém. Caso tenha apenas um herdeiro da classe dos descendentes, e não exista testamento, este herdará a totalidade do patrimônio. Se existir mais herdeiros, todos recebem uma fração igualitária do acervo, sem individualização.

⁵⁷ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, *sucessões*. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 58.

⁵⁸ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, *sucessões*. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 57.

⁵⁹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume VI, direito das sucessões**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2015, p. 67.

O titular da herança não pode dispor da totalidade de seus bens, caso tenha herdeiros necessários. Neste caso, o titular poderá dispor apenas da metade do seu patrimônio, reconhecido pela lei como parte disponível, podendo destiná-la a qualquer pessoa que quiser, por meio de testamento.

Assim nos ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Os herdeiros necessários (ou herederos forzosos, como prefere o Código Civil da Espanha) não podem, ordinariamente, ser preteridos pela vontade do titular. Dessa forma, uma pessoa que tenha descendentes, ascendentes ou cônjuge não poderá testar mais do que cinquenta por cento do seu patrimônio por conta do direito reconhecido ao herdeiro necessário. Ao revés, os herdeiros facultativos podem ser excluídos da herança pela vontade do titular. Em sendo assim, através de um testamento, o autor da herança tem a prerrogativa de dispor na inteireza de seu patrimônio em favor de terceiros, em detrimento do herdeiro facultativo⁶⁰.

Conforme Maria Berenice Dias, na sucessão legítima, a transmissão da herança é feita aos herdeiros necessários, em que todos têm a universalidade dos bens, mesmo que após a partilha cada um receba somente seu quinhão.

Nesse sentido:

Todos os herdeiros fazem jus a totalidade do patrimônio do *de cujus*, sejam eles herdeiros necessários ou legítimos, ou mesmo que sejam eleitos por meio de testamento. Adquirem o **domínio e a posse indireta** de todo o acervo hereditário, por isso são chamados de **herdeiros universais**, ainda que recebam somente uma fração dos bens. A individualização do patrimônio de cada um dos herdeiros ocorre quando da partilha, ocasião em lhes é transferida a **posse direta** dos bens herdados⁶¹.

Se caso não houver, herdeiros necessários, legítimos e nem facultativos, a herança será declarada vacante e fica para o ente público.

Além do mais, há outra espécie de herdeiro, o legatário, é aquele que recebe um legado, ou seja, um bem específico. Neste caso, ele é beneficiado por meio de testamento. Aqui o legatário recebe o bem a título gratuito, que nada mais é que uma doação, mas só recebe a posse do bem após a partilha.

A sucessão testamentária ocorre quando há manifestação de última vontade da pessoa, indicando quem quer que fique com seu acervo patrimonial após a sua morte. Estes herdeiros

⁶⁰ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 58.

⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 111.

só recebem a herança depois de dissolvidas todas as dívidas do espólio e estiver garantida a legítima dos herdeiros necessários.

Assim nos ensina Carlos Roberto Gonçalves:

*A sucessão testamentária dá-se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuge), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade da metade, denominada *porção disponível*, para outorga-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 Civil⁶².*

Segundo Maria Berenice Dias, qualquer pessoa tem liberdade para testar, fazer cláusulas juridicamente eficazes sobre seu patrimônio para depois de sua morte. No entanto, esta liberdade de testar não é absoluta, pois se caso houver herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge) este não poderá testar integralmente seu patrimônio, de acordo com a lei, deve ser resguardado a legítima, ou seja, a metade do patrimônio para eles.

Em sentido contrário, se o testador não tiver herdeiros necessários, poderá testar integralmente o seu patrimônio para quem bem desejar. Os herdeiros testamentários recebem a herança a título universal, assim pode herdar tanto as pessoas que participam da vocação hereditária, como as que não participam.

Carlos Roberto Gonçalves nos ensina que, em se tratando de testador casado, depende do regime de bens para dispor do seu patrimônio. Se for casado pelo regime da comunhão universal de bens, o patrimônio do casal será dividido em duas meações, podendo dispor apenas da sua meação, com totalidade, se caso não tiver herdeiros necessários. Se os tiver, poderá testar apenas um quarto do patrimônio do casal⁶³.

Ademais, pode ser herdeiro testamentário a pessoa que ainda não foi concebida, tendo em vista a garantia da prole eventual daquela pessoa. E por fim, pode ser contemplada as pessoas jurídicas já constituídas ou entidade para se transformar em fundação.

2.4 AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA

A petição de herança é uma ação cabível em casos bem específicos. Por exemplo, quando uma pessoa vier a ser prejudicada pelo não recebimento de sua herança, esta poderá

⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 7, direito das sucessões**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 7, direito das sucessões**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

requerer o reconhecimento de seus direitos sucessórios e assim obter sua restituição da herança contra quem estiver sendo herdeiro ou não.

Em tentativa conceitual, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald, nos ensina que, a ação de petição de herança é uma medida judicial, na qual permite que a pessoa excluída indevidamente da transmissão automática da herança, possa obter reconhecida sua posição de herdeiro e receber sua herança e seus rendimentos acessórios⁶⁴.

Segundo ensinamentos de Maria Berenice Dias, quando aberta a sucessão, a transferência do patrimônio é transmitida automaticamente aos herdeiros do falecido. Pode ocorrer de a herança cair em mãos de quem não é herdeiro. Tal fato não exclui os direitos de quem realmente tem legitimidade na herança. O herdeiro, ou quem assim se considera, pode buscar o reconhecimento de seu direito e a restituição da herança pela via judicial por meio da petição de herança⁶⁵.

Nesse sentido, Fabio Ulhoa Coelho nos ensina que, “[...] a petição de herança é cabível sempre que o bem de pessoa tiver sido transmitido (ou estiver em vias de o ser) para a pessoa que não titularizava o direito de o receber ou estiver indevidamente na posse de quem não ostenta de sucessor⁶⁶”.

Por haver por parte do autor da demanda a pretensão de ver declarada sua condição de herdeiro e o recebimento do quinhão hereditário, a ação tem dupla carga de eficácia.

Assim nos ensina Maria Berenice Dias:

A ação tem dupla **carga de eficácia**: declaratória da qualidade de herdeiro e condenatória à restituição da herança, com seus rendimentos e acessórios. A pretensão do autor é o recebimento do quinhão hereditário, em face da qualidade de herdeiro. A sentença declara sua condição de sucessor e condena quem está na posse da herança a entregá-la. Trata-se de verdadeira “devolução” a quem é titular desde a abertura da sucessão. Por isso, os efeitos da sentença retroagem à data da abertura da sucessão.⁶⁷

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Roselvald, este é o entendimento predominante na doutrina:

Ademais, vale o registro de que a ação de petição de herança pode ser ajuizada antes, ou mesmo depois, de realizada a partilha. Isso porque a partilha efetivada (em juízo ou em cartório) não poderá produzir efeitos em relação ao herdeiro

⁶⁴ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 241.

⁶⁵ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 629.

⁶⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família. Sucessões 5**. 3ª ed. São Paulo: Revista e atualizada, 2010, p. 265.

⁶⁷ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 629.

prejudicado. Assim, ocorrendo a preterição de alguém que possui qualidade hereditária na partilha, o juiz declarará a sua ineficácia em relação ao herdeiro prejudicado, como corolário da procedência do reconhecimento da qualidade hereditária⁶⁸.

O filho que não foi reconhecido pelo genitor, pode propor a qualquer tempo ação de reconhecimento de paternidade. Se a ação for proposta após o falecimento do suposto genitor e depois da partilha da herança, a ação poderá ser cumulada com a petição de herança em face aos outros herdeiros. Havendo o reconhecimento de herdeiro legítimo, poderá reivindicar sua cota hereditária ou mesmo a herança na sua integralidade, caso os outros herdeiros sejam herdeiros mais distantes.

Segundo ensinamentos de Maria Berenice Dias:

Quem dispõe de legitimidade para a ação são os herdeiros, quaisquer deles – tanto legítimos quanto testamentários -, assim como os cessionários e adquirentes de seus bens hereditários. O herdeiro substituto ou o fideicomissário também têm legitimidade para a demanda. Os legatários não. Tem eles o direito de pedir a posse direta do bem legado, pretensão com distinta natureza. Terceiras pessoas, não. Mas o **credor** de algum dos herdeiros dispõe de legitimidade da ação, pois reconhecida a qualidade de herdeiro do seu devedor, pode habilitar-se para a cobrança de seu crédito⁶⁹.

A autora ainda menciona que, “o herdeiro resultante de técnicas de reprodução assistida *post mortem* pode fazer uso da ação petitória para o reconhecimento de seu direito à herança⁷⁰”.

Segundo Fábio Ulhoa Coelho⁷¹, a ação de reconhecimento de paternidade é imprescritível, mas não a petição de herança, conforme Súmula 149 do STF. Já para a petição de herança, a pretensão relativa é de 10 anos, contados a partir da abertura da sucessão.

Nesse sentido, Maria Berenice Dias se manifesta:

Em face do caráter dúplice da ação de petição de herança, muito se discute em sede doutrinária sobre sua prescritibilidade. No entanto, de há muito o STF já sumulou a matéria⁷². Ao afirmar que a ação de investigação de paternidade é imprescritível, reconhece a prescritibilidade da ação de petição de herança. Ou seja, a condição de herdeiro é imprescritível, mas a pretensão patrimonial se sujeita à prescrição. Como não há expressa previsão, o prazo é o de 10 anos (CC 205)⁷³.

⁶⁸ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. 3ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 243.

⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 631.

⁷⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 633.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família. Sucessões 5**. 3ª ed. São Paulo: Revista e atualizada, 2010, p. 266.

⁷² Súmula 149 do STF.

⁷³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p. 635.

Alguns autores reconhecem que a petição de herança é imprescritível, assim consta na relevante obra de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka:

A petição de herança não prescreve. A ação é imprescritível, podendo, por isso, ser intentada a qualquer tempo. Isso assim se passa porque a qualidade de herdeiro não se perde (*semei heres semper heres*), assim como o não exercício do direito de propriedade não lhe causa a extinção. A herança é transferida ao sucessor no momento mesmo da morte de seu autor, e, como se viu, isso assim se dá pela transmissão da propriedade do todo hereditário. Toda essa construção coordenada, implica o reconhecimento da imprescritibilidade da ação⁷⁴.

Apesar de forçosos argumentos apresentados, a tese de imprescritibilidade não deve prosperar, pois a ação de petição de herança tem uma pretensão nitidamente condenatória, logo está submetida a um prazo prescricional.

Neste sentido, Farias e Rosenvald mencionam Agnelo Amorim Filho, que diz: “a prescrição diz respeito aos direitos já constituídos e que são ofendidos pelo sujeito passivo, sem que o respectivo titular tenha reagido por via de ação condenatória. Sujeitam-se, assim, a um prazo prescricional todas as pretensões condenatórias, tendentes à proteção de direitos subjetivos patrimoniais⁷⁵”.

O posicionamento majoritário consta que o lapso prescricional é a partir da abertura da sucessão, pois seria o fato gerador do direito sucessório, bem como a incorporação do art. 189 do CC/02, de que a pretensão fluirá a partir da violação. Além de ser o que consta no Enunciado 14 da Jornada de Direito Civil.

Os autores Farias e Rosenvald ousaram em discordar do posicionamento majoritário, invocando a tese da *actio nata*, ou seja, a fluência do prazo se inicia na data do conhecimento da violação ou lesão do direito subjetivo. Com isso, a boa-fé seria prestigiada de uma forma mais vigorosa.

Recentemente, o STJ, apesar de não adotar a teoria da *actio nata*, sedimentou entendimento de que a pretensão para propor a petição de herança começará a correr após o trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, por que só após o reconhecimento judicial da paternidade, o herdeiro ostentará de legitimidade para propor a ação.

Isto posto, em analogia ao art. 205, do CC/02 e a Súmula 149 do STF, bem como o art. 198, I do CC/02, o herdeiro terá o prazo de dez anos, a contar da capacidade civil relativa, para propor petição de herança.

⁷⁴ HIRONAKA *apud* DE FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 249.

⁷⁵ FILHO *apud* DE FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 249-250.

3. DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS CONCEBIDOS POR FERTILIZAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

Com a utilização das técnicas de inseminação artificial no Brasil, muitos assuntos no meio jurídico começaram a ser debatidos, tendo em vista a falta de legislação específica para tanto. Diante da disposição do art.1597, III e IV do CC/02, indaga-se se os filhos concebidos por fertilização artificial homologa teriam direitos sucessórios se concebidos após o falecimento do pai. Existem várias correntes doutrinárias, umas defendem que sim e outras que não.

Neste capítulo, será abordada a possibilidade jurídica do filho concebido por fertilização artificial homologa *post mortem* ter direito à herança do pai falecido. Também serão apresentadas as hipóteses de inviabilidade. Neste caso, as hipóteses apresentadas serão no sentido de não incidência de direitos sucessórios, de acordo com a regra contida no art. 1.798 do CC/02, em consonância com a segurança jurídica dos eventuais herdeiros.

Por fim, será apresentado a análise jurídica de duas decisões, ambas com o mesmo tema em evidência, a inseminação artificial homologa *post mortem*. A diferença entre elas é que em um caso houve autorização judicial para ser feita a inseminação e no outro caso não houve, pois em ambos não havia expressa manifestação de vontade do *de cuius* quanto a destinação do material genético (embriões/sêmen) crio-conservado.

Esse capítulo é muito importante, porque será apresentado de maneira expressa o problema de pesquisa, a hipótese de solução e o marco teórico da presente pesquisa.

Afim de garantir a segurança jurídica dos demais herdeiros e do patrimônio deixado pelo falecido, é necessário estabelecer um prazo para que seja feita a inseminação artificial homologa após a abertura da sucessão, caso exista a possibilidade para tanto. O marco teórico menciona que se houver ao menos concepção laboratorial, o filho que vier a nascer no prazo de três anos após a abertura da sucessão, terá seus direitos sucessórios reconhecidos, podendo propor ação de petição de herança, cujo prazo prescricional é de 10 anos.

3.1 POSSIBILIDADE JURÍDICA

Em primeiro momento, é importante mencionar que a inseminação artificial *post mortem* apenas pode ocorrer na modalidade homologa, ou seja, com a utilização do material genético do casal e que a mulher esteja na condição de viúva.

De acordo com o art. 1.597, III do CC/02, presume-se filho, aquele concebido na constância do casamento por fecundação artificial homologa, mesmo que falecido o marido.

Apesar da lei garantir os direitos de filiação ao filho nascido pelas técnicas de inseminação artificial *post mortem*, tão logo, a lei não garante expressamente seus direitos sucessórios. Pois, conforme o art. 1.798 do CC/02, apenas as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão podem suceder.

É evidente que a legislação deixou uma possibilidade de insegurança jurídica aos filhos que vierem nascer pela inseminação artificial *post mortem*, o que não condiz com o princípio constitucional da igualdade entre os filhos (art. 226, §7º da CF/1988).

Caio Mario Pereira tenta harmonizar o art. 1.798 do CC com a presunção contida no art. 1.597, do CC:

Resta saber como semelhante “presunção” (*rectius*, ficção) se harmoniza com a regra do art. 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido “na constância do casamento”, estaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero *concepturo*), plenamente equiparado ao que, já concebido por processo natural, apenas não houvesse nascido quando da abertura da sucessão⁷⁶.

Assim, o autor menciona:

A questão no Brasil, é particularmente complexa, tendo em vista a regra constitucional da absoluta igualdade dos filhos (Constituição Federal, art. 227, §6º). Se, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se no 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?⁷⁷

Diante dessa complexidade, a doutrina se divide. Alguns autores defendem que os filhos concebidos após a morte do genitor têm direito sobre a herança, outros entendem que não. Maria Berenice Dias defende que os filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem* têm os mesmos direitos sucessórios que os outros filhos, tendo em vista o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, e sendo assim, ocupam a classe dos herdeiros necessários. Segundo seu entendimento, a lei abrange não só os filhos nascidos e concebidos na abertura da sucessão, mas também os filhos concebidos por inseminação artificial *post*

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume VI, direito das sucessões**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2015, p. 27.

⁷⁷ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume VI, direito das sucessões**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2015, p. 28.

mortem. Logo, é incabível afastar os direitos sucessórios daquele filho que foi planejado durante a vida pelo genitor⁷⁸.

Nessa linha, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho defende que os filhos concebidos por inseminação artificial *post mortem* têm direitos sucessórios sobre a herança do genitor, independentemente da manifestação de vontade. Basta o reconhecimento da relação de parentesco para que este filho se torne herdeiro legítimo, e assim poderá participar da sucessão.

Nesse sentido:

Na hipótese acima ventilada não se vai discutir se o autor da herança desejou ter o filho, manifestou inequivocamente a sua vontade, o simples fato de a criança existir e uma vez comprovada a relação de parentesco já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão⁷⁹ [...]

Carlos Roberto Gonçalves lembra que o art. 1.597, III do Código Civil de 2002 presume filho aquele concebido na constância do casamento por inseminação artificial após a morte do marido e que o art. 227, §6º da Constituição Federal de 1988, consagra a absoluta igualdade entre os filhos, proibindo qualquer forma de discriminação. Então não se justifica a exclusão destes filhos de seus direitos sucessórios. O entendimento contrário conduziria à aceitação de que estes filhos não teriam direitos sucessórios, encontrando-se em situação divergente daquela estabelecida no art. 227, § 6º da Constituição Federal⁸⁰.

Há entendimentos contrários. Outros doutrinadores entendem que os filhos concebidos após a morte do genitor não teriam direitos sucessórios. Caio Mário Pereira da Silva menciona José de Oliveira Ascensão:

Toda a dinâmica da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações nunca seria praticamente possível a fixação do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada⁸¹.

Maria Berenice Dias menciona Francisco Cahali e Giselda Hironaka:

⁷⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014, p.125-126.

⁷⁹ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, 07 p. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em 19 de março de 2019.

⁸⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro 7, direito das sucessões**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 76-77.

⁸¹ ASCENÇÃO *upud* SILVA, 2015, p. 28.

A tendência que vem se consolidando em sede doutrinária é de afastar o vínculo sucessório quando a implantação ocorrer depois da abertura da sucessão, sob o fundamento de que, pelo princípio de *saisine*, é indispensável a existência de herdeiro ao menos concebido para que ocorra a transferência da herança⁸².

Assim como Maria Berenice Dias, Carlos Cavalcanti Albuquerque Filho defende que o filho concebido após a morte do genitor poderá ingressar com uma ação de petição de herança para reaver seus direitos sucessórios, assim manifesta:

A possibilidade jurídica da utilização da ação de petição de herança, nos termos do artigo 1.824, do Código Civil, dá a perfeita noção da segurança apenas relativa de qualquer sucessão, à medida que com a referida ação o herdeiro preterido objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido⁸³.

Fabio Ulhoa Coelho, menciona o enunciado 267, da Jornada de Direito Civil: "A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança⁸⁴".

Para que os filhos já nascidos no momento da abertura da sucessão não sofram violações de direitos, bem como não haja possibilidade de vacância no patrimônio do *de cuius*, é necessário que se estabeleça um prazo para que seja utilizado o material genético crio-preservedo após a morte do genitor.

No julgamento da ADIn nº 3510/DF, em que foi julgada improcedente, esclarece o Ministro Ayres Brito, que o embrião laboratorial é um ser a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. Diante disso, é impossível resguardar uma parte do patrimônio do pai falecido ao filho que não se sabe quando vai nascer.

A lei de Biossegurança, em seu art. 5º, cuja compatibilidade com o texto constitucional foi reconhecida pelo STF na ADIn 3510/DF, o embrião deverá ser implantado no útero, no prazo de três anos. Se não houver mais interesse gestacional, será descartado e poderá ser encaminhado para pesquisas de células-tronco. Utilizando-se desse prazo, uma vez

⁸² HIRONAKA e CAHALI *apud* DIAS, 2014, p. 125.

⁸³ FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório**, p. 06. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf> Acesso em 19 de março de 2019.

⁸⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família. Sucessões 5**. São Paulo: Revista e atualizada, ed. 3ª, 2010, p. 253.

implantado no útero e nascido com vida, o filho poderá propor ação de petição de herança, cujo prazo prescricional é de 10 anos, para reclamar seus direitos sucessórios.

Conforme entendimento supracitado, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, entendem que há direito sucessório do filho concebido por inseminação artificial, nestes termos:

Em qualquer hipótese, reconhecido direito sucessório ao filho concebido artificialmente, não há, inclusive, qualquer empecilho temporal para que o filho nascido por fertilização assistida reclame a sua herança. Isso porque o embrião já concebido e ainda estando no laboratório terá de ser implantado no útero no prazo máximo de três anos, conforme previsão expressa do art. 5º, Lei no 11.105/05 - Lei de Biossegurança, cuja compatibilidade com o Texto Constitucional foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADin 3510/DF, ReL Min. Carlos Ayres Britto. Ultrapassado o referido lapso temporal, o embrião terá de ser implantado para fins reprodutivos ou, caso não mais se tenha interesse gestacional, será descartado, encaminhado para pesquisas com células-tronco. Uma vez implantado no útero e sobrevivendo o nascimento com vida, poderá, então, propor uma ação de petição de herança, cujo prazo prescricional é de dez anos (CC, art. 205), para reclamar os seus direitos hereditários.⁸⁵

A possibilidade jurídica encontrada na mencionada discussão põe a salvo a segurança jurídica de outros herdeiros, bem como a proteção do patrimônio do *de cuius*, evitando que fique vacante. Diante disso, é de suma importância que se estabeleça um prazo para que ocorra a implantação do embrião no útero e o filho nasça com vida. Baseando-se no tempo mínimo em que os embriões excedentários podem ficar crio-preservados para doação ou descarte, este seria o tempo suficiente para que a viúva se utilizasse dos embriões armazenados após a morte do marido para fins de procriação. Nascendo com vida, poderá propor ação de petição de herança, para reaver seus direitos sucessórios, com prazo prescricional de 10 anos, contados a partir da capacidade civil relativa do herdeiro.

3.2 HIPÓTESES DE INVIABILIDADE E A SEGURANÇA JURÍDICA PARA OS DEMAIS HERDEIROS

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, se já havia concepção laboratorial, quando do falecimento do marido, o filho teria direito sucessório, conforme a clareza do art. 1.798 do CC/02, onde menciona que podem suceder apenas as pessoas nascidas

⁸⁵ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 135.

ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Não deve haver diferenciação entre a concepção natural e a laboratorial, de acordo com o princípio da igualdade entre os filhos⁸⁶.

No entanto, se a inseminação artificial é feita com o sêmen congelado, não há o que se falar em direitos sucessórios. Nesse caso não houve concepção laboratorial, exatamente pelo princípio da isonomia, porque a situação é distinta e a igualdade substancial consiste em tratar desigualmente quem está em situação desigual.

Maria Berenice Dias cita Eduardo de Oliveira Leite: “reconhece o direito sucessório somente no caso de já ter havido a concepção *in vitro*, quando da morte do genitor, ainda que a implantação ocorra posteriormente⁸⁷”.

Logo, o filho nascido por inseminação artificial *post mortem* terá seus direitos de filiação reconhecidos, mas não será detentor de direitos sucessórios. Porém, poderá se beneficiar, caso seu pai tenha deixado testamento em favor da prole eventual (art. 1800, §3º CC/02), desde que venha a ser concebido no prazo de dois anos, a contar da abertura da sucessão.

Nesse contexto, Maria Berenice Dias cita entendimento de Silmara Chinelato:

Nesse sentido, Silmara Chinelato, que distingue a existência de embrião por ocasião de morte do pai ou apenas de sêmen destinado à fertilização homóloga. No primeiro caso, reconhece a capacidade sucessória aplicando-se as mesmas regras relativas ao nascituro. Se existir apenas gameta masculino não utilizado na fertilização, admite somente a sucessão testamentária⁸⁸.

Em outra hipótese de não incidência:

A outro giro, se o falecido não consentiu expressamente o uso de seu material genético após o seu óbito, mas o deixou congelado e a esposa veio a utilizá-lo, embora não seja caso de incidência da presunção de paternidade, será caso de determinação biológica da filiação. Em outras palavras, o filho não ficará sem pai. Quanto ao direito hereditário, volta-se ao comando do multicitado do art. 1.798: se já havia concepção no momento da morte, há direito sucessório garantido por força de lei; se não estava concebido (tratava-se, tão só, de sêmen congelado), não há direito à herança legítima, embora seja reconhecido como filho do falecido⁸⁹.

Nesse sentido:

É possível perceber, que os direitos à herança para o filho inseminado por meio da técnica de inseminação *post mortem*, só será possível se o testador vier a deixar em

⁸⁶ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 133.

⁸⁷ LEITE *upud* DIAS, 2014, p. 125.

⁸⁸ CHINELATO *upud* DIAS, 2014, p. 125.

⁸⁹ DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil, sucessões**. Salvador: ed. 3ª, Jus Podivm, 2017, p. 134.

testamento a parte da herança que caberá à possível prole eventual, preservando o princípio da segurança jurídica, isto é, para não prejudicar os demais herdeiros existentes à época da abertura da sucessão⁹⁰.

Carlos Alberto Cavalcanti Albuquerque Filho cita Eduardo de Oliveira Leite:

Quanto à criança concebida por inseminação post mortem, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão”. E conclui: “solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*⁹¹”.

Quanto às hipóteses de inviabilidade acima mencionadas, a maioria da doutrina posiciona-se no sentido de que os filhos concebidos por inseminação *post mortem* só podem participar da sucessão, caso o genitor deixe uma cláusula testamentária beneficiando sua prole eventual, conforme art. 1800, §3º do CC/02. O prazo de dois anos estabelecido pelo Código Civil para que ocorra a concepção do filho, foi imposto no sentido de dar mais segurança jurídica aos demais herdeiros. Caso contrário, não havendo ao menos concepção laboratorial, o filho concebido artificialmente após a morte do genitor não poderia participar da sucessão.

Mesmo que a inseminação artificial seja feita com o embrião criocongelado, é imprescindível que seja estabelecido um prazo para que o herdeiro nasça. A legislação é omissa quanto a isso. Conforme ADI 3.510/DF, julgada em 2008 pelo STF, a maioria dos ministros entenderam que o embrião, antes de ser implanta no útero, não é considera nem nascituro nem ser humano. Sendo assim, não é possível resguardar direitos de uma pessoa a um embrião, porque nesse caso não há nem expectativa de vida. Pode até considerar que há expectativa do embrião vir a ser implantado do útero, mas isso não garante a ele direitos de personalidade.

De certo, os demais herdeiros não poderiam ficar esperando indeterminadamente o filho do *de cujus* nascer, isso violaria o princípio da segurança jurídica, bem como o procedimento abarcado pelo princípio de *saisine*. Como não tem um prazo definido em lei para que a viúva faça a inseminação artificial utilizando os embriões criocongelados, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald criaram uma alternativa. Basearam-se no prazo de três anos, conforme a Lei de Biossegurança e a resolução do CFM, os embriões que

⁹⁰ CORRÊA, Bruna R. **Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213> Acesso em 09 de maio de 2019.

⁹¹ LEITE *upud* FILHO, 2005, p. 05.

se encontram criocongelados por três anos ou mais, podem ser descartados ou doados para fins terapêuticos ou para pesquisas de células-tronco embrionárias, caso os pacientes não tenham mais interesse gestacional.

O Código Civil de 2002 deixa claro a presunção de filiação dos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga post mortem, mas nem todos, necessariamente, poderão participar da sucessão do pai. No entanto, esses argumentos não condizem com que está garantido pela CF/1988. Conforme o art. 226, da CF/1988, deve prevalecer o princípio igualdade entre os filhos e o planejamento familiar. No entanto, a transmissão da herança deve ser automática, por força da segurança jurídica dos demais herdeiros e da proteção do patrimônio do *de cujus*. Por conta disso, é importante estabelecer um prazo para que ocorra a inseminação artificial homóloga após a abertura da sucessão.

3.3 ANÁLISE DE DECISÃO

O principal assunto ao analisar as decisões, é se havia presunção de vontade do marido de ser pai, mesmo após a sua morte. Sobre o argumento de que não havia consentimento expresso do falecido para tanto. Segundo a Jornada de Direito Civil realizada pelo STJ em 2002, para que se presuma a paternidade do marido falecido, a mulher deve se encontrar na condição de viúva, devendo haver autorização escrita pelo marido para que utilize seu material genético após a sua morte.

No primeiro caso, devido ao descumprimento de algumas condições estabelecidas pela resolução do CFM, a autora não pode concretizar o planejamento familiar feito por ela e pelo companheiro, quando ainda era vivo. A resolução nº 2.168/17 deixa claro que os pacientes que desejam armazenar seu material genético devem manifestar qual destinação deve ser dada em casos específicos, por exemplo, em caso de falecimento.

A clínica responsável pelo armazenamento do material genético sabia que o companheiro da autora estava fazendo um tratamento contra um câncer e que isso poderia causar-lhe a esterilidade e até a sua morte. Apesar disso, não tomaram os devidos cuidados, ficando à autora impossibilitada de concretizar a última vontade do companheiro.

Em primeira instância, a juíza da 7ª Vara de Família de Brasília determinou a liberação e imediata utilização do material genético do *de cujus*, por entender que a companheira tinha direito. Já em sede recursal, por maioria dos votos, houve entendimento divergente. A relatora manteve a sentença, entendendo que a autorização se deu de forma

tácita. O revisor discordou, então votou de forma divergente, no sentido de que a autorização deveria ser formal. Neste sentido, o voto divergente prevaleceu.

Assim, prossegue o acórdão:

Classe do Processo: 20080111493002EIC - (0100722-92.2008.8.07.0001 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça Registro do Acórdão Número: 874047 Data de Julgamento: 25/05/2015 Órgão Julgador: 1ª CÂMARA CÍVEL Relator: CARLOS RODRIGUES Revisor: MARIA DE LOURDES ABREU Publicação: Publicado no DJE: 18/06/2015. Pág.: Sem Página Cadastrada. Ementa: DIREITO CIVIL. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. UTILIZAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO CRIOPRESERVADO POST MORTEM SEM AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO DOADOR. AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE PRESUMIR O CONSENTIMENTO DO DE CUJUS PARA A UTILIZAÇÃO DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM. RESOLUÇÃO 1.358/92, DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. [...]

Ademais, prossegue a redação do acórdão:

[...]1. Diante da falta de disposição legal expressa sobre a utilização de material genético criopreservado post mortem, não se pode presumir o consentimento do de cujus para a inseminação artificial homóloga post mortem, já que o princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do sêmen criopreservado à manifestação expressa de vontade a esse fim. 2. "No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-lo" (a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina) 3. Recurso conhecido e desprovido. Decisão: EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS À UNANIMIDADE Referências: **RAMOS DO DIREITO DIREITO CONSTITUCIONAL, DIREITO CIVIL, DIREITO PROCESSUAL CIVIL**⁹².

No segundo caso, a autora Kátia Adriana Lernerneier procurou a parte ré (ADROLAB) para fazer a inseminação artificial com o material genético do marido falecido, no entanto, a ré negou, alegando que não tinha manifestação expressa do marido quanto à destinação do material genético criopreservado.

Desta forma, a autora procurou o Judiciário requerendo a autorização para fazer a inseminação artificial. Em janeiro de 2011, a liminar foi concedida, sendo favorável à autora. Nestes termos:

⁹² DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Segredo de Justiça. Relatora Nídia Corrêa Lima. Distrito Federal, 23 de setembro de 2014. Disponível em: < <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/141069792/apelacao-civil-apc-20080111493002-df-0100722-9220088070001/inteiro-teor-141069826> > acesso em 17 de maio de 2019.

[...] não se pode senão entender que os sucessores do doador estejam legitimados a dispor do material genético, coletado em vida como garantia do propósito frustrado pelos tratamentos de químico e radioterápico e pela morte prematura do esposo da autora, que esses tratamentos não puderam evitar. Em outros termos, podem os sucessores pretender utilizar do esperma congelado para concretizar a vontade de Roberto Jefferson Niels, ante o que prescrevem os arts. 1.829, II, 1.836, 1.837 e 1.845 do Código Civil, sendo a pretensão exercitável isoladamente pela autora, segundo o que estabelecem os art. 1.791, parágrafo único, e 1.314, caput, do mesmo Código⁹³.

Diante do exposto, o Juiz entendeu que o material genético não pode ser entendido como herança, mas que:

Prefere-se entrever nesse tratamento da matéria simplesmente a busca de algum regramento, diante da lacuna da lei, para a transmissão do direito de levar a cabo a vontade do falecido, sem que se deixe de reconhecer à autora o exercício de um direito próprio, mais forte do que lhe possa ter sido transferido por sucessão⁹⁴.

Assim, prossegue a ementa da decisão:

OBRIGACAO DE FAZER - 0027862-73.2010.8.16.0001 - KATIA ADRIANA LENERNEIER x ANDROLAB CLINICA E LABORATORIO DE REPRODUCAO HUMANA E ANDROLOGIA – “(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Katia Adriana Lenerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.” Advs. DAYANA SANDRI DALLABRIDA, ADRIANA SZMULIK e RODRIGO HAUSER CENTA⁹⁵.

Em sede de contestação, a ré afirma não ter se recusado em realizar o procedimento, mas que não poderia entregar o sêmen do marido sem autorização judicial. A sentença foi prolatada em 06 de março de 2012, seguindo o mesmo entendimento expresso na liminar.

O juiz entendeu que havia manifestação expressa do marido quanto à paternidade, embora não estivesse deixado por escrito tal consentimento. Entendeu que não havia lide, pois a ré não se negou a fazer a inseminação artificial, houve apenas a necessidade de suprimento judicial de vontade, já que não tinha por escrito.

⁹³ DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3ª Ed: Del Rey, 2015, p. 165.

⁹⁴ DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3ª Ed: Del Rey, 2015, p. 165.

⁹⁵ KLEVESTON, Regiane Andreia Abegg. **A reprodução medicamente assistida e o seu impacto no direito sucessório**. Monografia apresentada para a obtenção de título em bacharel em Direito. UNIJUI, Rio Grande do Sul, 2013, 54 p. Disponível em:

< <http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1678/TCC%20-%20REGIANE%20KLEVESTON.pdf?sequence=1> > Acesso em 17 de maio de 2019.

Em junho de 2011, nasceu Luiza Roberta, a primeira criança gerada com o sêmen do pai falecido, sonho esperado havia anos. Assim, afirma a autora ao conceder entrevista ao portal G1, que está em anexo. A decisão do Tribunal foi configurada a primeira decisão judicial que envolvia a reprodução humana medicamente assistida *post mortem* no Brasil.

Em ambos os casos, as autoras tiveram que ingressar no Judiciário requerendo autorização para utilizar o material genético criopreservado do marido/companheiro falecido, tendo em vista que a clínica de reprodução artificial não cumpriu adequadamente os termos da resolução, pois não colheu dos pacientes de forma expressa qual seria o destino desse material genético em casos específicos, como por exemplo, em caso de falecimento.

Embora as decisões tenham tomado esses posicionamentos, é importante mencionar que nem sempre os filhos havidos por meio de fecundação artificial homóloga póstuma, terão seus direitos hereditários reconhecidos, apesar de haver expressa presunção de filiação no CC/02. Como já mencionado nos capítulos anteriores, as técnicas de inseminação artificial tornaram mecanismos essenciais para que as pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade pudessem realizar o sonho de serem pais. No entanto, não há uma lei específica para tanto.

Com a falta de regulamentação jurídica acerca da utilização da inseminação artificial homóloga *post mortem*, a insegurança jurídica em torno desse assunto gera várias consequências, principalmente no campo dos direitos sucessórios. O CC/02 aborda as técnicas de inseminação artificial de uma forma bem genérica, sendo necessário realizar uma hermenêutica constitucional entre os princípios basilares e a legislação existente para que não haja violação de direitos.

Ante a insegurança jurídica desses filhos e dos demais herdeiros, sendo verificada a possibilidade de haver inseminação artificial após a abertura da sucessão, a viúva poderá se submeter ao procedimento dentro do prazo de três anos, nascendo o filho com vida, este poderá propor ação de petição de herança para reaver seus direitos sucessórios, cujo prazo prescricional é de 10 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou abordar os problemas relativos ao direito sucessório do filho concebido por fecundação artificial homóloga *post mortem*. Por falta de regulamentação específica sobre o tema, foram abordadas diferentes interpretações doutrinárias sobre o assunto. É importante mencionar que as técnicas de inseminação artificial se tornaram mecanismos essenciais para que as pessoas com problemas de infertilidade ou esterilidade conseguissem realizar o sonho de serem pais.

Apesar de existir raríssima incidência da utilização da técnica de fecundação artificial homóloga *post mortem*, é imprescindível que haja um posicionamento firmado sobre o tema, o qual abarca uma grande discussão envolvendo os direitos sucessórios dos eventuais filhos.

Deve-se compreender as principais correntes doutrinárias acerca do presente problema de pesquisa. Parte minoritária da doutrina entende que os filhos concebidos por fecundação artificial homóloga *post mortem* não têm direito de participar da sucessão, em analogia ao art. 1.798 do CC/02, mas reconhecem a relação de filiação entre eles. Outra parte entende que os filhos têm direito de participar da sucessão do pai falecido, desde que este tenha deixado uma cláusula testamentária beneficiando sua prole eventual, conforme art. 1.799, I do CC/02. Por fim, grande parte da doutrina entende que se houver ao menos concepção laboratorial, o filho nascido após a morte do genitor terá direito de participar da sucessão.

Sobre a manifestação expressa da vontade do marido falecido para que seja realizada a inseminação *post mortem*, considera-se frágil o argumento que o depósito do sêmen no laboratório seja suficiente para produzir efeitos jurídicos e presumir o desejo de ser pai após a morte. Vale ressaltar que o material genético armazenado na clínica, não é objetivo de herança e que para realização da inseminação, dependerá haver o consentimento de ambos.

Diante da falta de uma legislação específica sobre o tema, deve-se fazer uma interpretação condicionada ao princípio da autonomia da vontade, que consiste no consentimento em comum do casal querer levar adiante esse projeto parental mesmo após a morte do marido. Cabendo à clínica de reprodução humana assistida cumprir adequadamente os procedimentos para armazenagem do material genético.

Além do mais, é importante que seja estabelecido um prazo prescricional para que ocorra a implantação do embrião no útero após aberta a sucessão, cujo objetivo é garantir que os eventuais herdeiros recuperem sua cota hereditária, bem como resguardar a segurança jurídica dos demais herdeiros e ao mesmo tempo proteger o patrimônio do *de cuius*.

A viabilidade desse prazo encontra-se baseada na Lei de Biossegurança, em que estabelece o prazo mínimo de armazenamento do material genético dos pacientes ser de três anos. Após esse prazo os embriões poderão ser destinados para pesquisas de células-tronco embrionárias ou descartados, caso não haja mais interesse gestacional dos pacientes. Havendo a implantação do embrião dentro desse prazo, o filho que vier a nascer poderá propor ação de petição de herança, cuja prescrição ocorre em dez anos, em analogia ao art. 205 do CC/02 e a Súmula 149 do STF.

Concluo que a hipótese foi confirmada pelo marco teórico, o que viabiliza direitos hereditários aos filhos concebidos por fertilização homóloga póstuma. Por fim, deixo claro a necessidade de que os pesquisadores continuem com as pesquisas jurídicas em torno desse tema. Tendo em vista a crescente evolução das relações familiares, as técnicas de inseminação artificial têm se tornado grandes aliadas na concretização do planejamento familiar de muitos casais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTTEGA, Clarissa. **Reflexos do Biodireito no Direito das Famílias**. 2009, 54 p. Disponível em:

<file:///D:/Meus%20Arquivos/Desktop/Pesquisa%20para%20mo%20nografia/REFLEXOS%20DO%20BIODIREITO%20NO%20DIREITO%20DAS%20FAMÍLIAS.pdf.>

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Artigo 1.812 Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/2002/L10406.htm>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI nº.3510/08**. Autor: Procurador-Geral da República. Relator Ministro Carlos Ayres Brito. Acórdão 28 de maio de 2005. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil, Família. Sucessões 5**. São Paulo: Revista e atualizada, ed. 3ª, 2010.

CORRÊA, Bruna R. **Direito à sucessão na inseminação artificial assistida post mortem**.

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13213>

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso Direito Civil, Sucessões**. 3ª ed. São Paulo: Jus Podivm, 2017.

DE SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. 3ª Ed: Del Rey, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. 3ª. ed. São Paulo: Revista do Tribunais LTDA, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, ed. 4ª, 2006.

FÉ, Ivan de Araújo Moura; LIBERAL, Hercules Sidnei Pires. **RESOLUÇÃO CFM nº 2.168/2017**. Disponível em: <
<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>

FEDRICH, Cintya Brandalize. **O direito, as clínicas de reprodução humana e o descarte de material genético**. Dissertação para obtenção de título de mestrado em direito. Centro Universitário Unicuritiba, 2014. Disponível em:
 <https://www.unicuritiba.edu.br/images/mestrado/dissertacoes/2014/Cyntia_Brandalize.pdf>.

FILHO, Carlos Cavalcanti de Albuquerque. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**.

Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/8.pdf>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito de família**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, direito de família**. 15ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

MACHADO, Marcos. **Considerações Jurídicas acerca do início da vida humana na perspectiva do STF/ADI 3510**. Revista Eletrônica do Curso de Direito do Centro Universitário de Barra Mansa, UBM, RJ. 2016, p. 59. Disponível em:
 <<http://www.ubm.br/revistas/direito/pdf/55f71b6f39fce9333946823edb97e53a.pdf>>.

MEDICINA, Conselho Federal de. **Reprodução assistida: CFM anuncia novas regras para o uso de técnicas de fertilização e inseminação no País.** Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3>.

MEIRELES, Cecília. **Livro cânticos.** 1.927. Disponível em: <<https://literaturaemcontagotas.wordpress.com/2009/05/29/cantico-iv-por-cecilia-meireles/>> .

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: Direito de família.** 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de Direito Civil 2: Direito de família.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil, volume VI, direito das sucessões.** 22^a ed. Rio de Janeiro: Forense LTDA, 2015.

ANEXO

KANIAK, Thais. **Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do pai morto.** Paraná: G1, 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2013/07/mulher-comemora-dois-anos-da-filha-gerada-com-semen-do-marido-morto.html>> Acesso em 21 de maio de 2019.

08/07/2013 10h20 - Atualizado em 08/07/2013 10h59

Mulher comemora dois anos da filha gerada com sêmen do marido morto

'Saiu inteira ele. Só os dedos do pé são meus', diz professora de Curitiba. Ela precisou ir à Justiça para o procedimento; decisão foi inédita no país.



Casal decidiu guardar o sêmen em uma clínica, a -200°C. Ele tinha câncer e morreu logo depois (Foto: Thais Kaniak / G1)

“Estou feliz, realizada. Estou completa”, afirma a professora Katia Lernerneier, de 41 anos, dois anos após o nascimento da filha Luíza Roberta, que foi gerada com o sêmen do marido morto. Katia tentava engravidar quando o marido descobriu que tinha um tipo agressivo de câncer de pele, em fevereiro de 2009. Juntos, decidiram guardar o sêmen em uma clínica, a -200°C. Pouco tempo depois, ele morreu aos 33 anos.



Professora diz que a garota é bastante parecida com o pai não só fisicamente: "Ela é bravinha. Levanta a sobrancelha igualzinho a ele" (Foto: Thais Kaniak / G1)

Como Katia não tinha a autorização escrita do falecido marido, precisou recorrer à Justiça para conseguir o direito ao procedimento. O caso, inédito no país, foi aprovado em maio de 2010 e, no mês de setembro, a professora engravidou. A menina nasceu em junho de 2011 com quase três quilos, emocionando a família e a equipe médica.

“Só alegria”. É assim que Katia descreve a vida depois de ser mãe. Para a professora, a decisão de engravidar com o sêmen do falecido marido foi um acerto. “Não tenho nenhum arrependimento ou sentimento de culpa por ela não ter o pai”. A professora conta com a ajuda da mãe para cuidar da menina.



Luíza Roberta é motivo de felicidade para a avó paterna (Foto: Thais Kaniak / G1)

A mulher optou em trabalhar meio período para ter mais tempo de ficar com a criança que começou a ir para a escolinha no início de 2013. Ela diz que a família do falecido marido tem contato direto com Luíza Roberta. “Minha sogra é bem presente”.

Alegria da vovó

“Era o que ele queria. Se estivesse vivo estaria muito contente”, afirma a dona de casa Maria de Lourdes Niels, que é avó de Luíza Roberta e mãe do falecido marido de Katia. A neta é motivo de felicidade para a dona de casa. “É uma alegria que não dá nem para falar. Ela é especial. É uma coisa que só Deus é que sabe”.

Maria de Lourdes lembra que ela e família apoiaram a decisão de Katia de fazer inseminação artificial com o sêmen no marido já morto. “Minha família deu grande apoio para ela. Sei que ela é uma boa mãe. Confiei muito na pessoa dela. Ela é uma pessoa muito boa”.

“Eu fico encarando as fotos dela [Luíza Roberta] para matar um pouco da saudade dele. As fotos dele eu não consigo ver porque dói muito. A morte é muito triste, ninguém aceita”, relata a dona de casa.

Novo rumo

“Às vezes, dá um aperto no coração por ele não estar curtindo, vivendo, vendo esses momentos bonitos. Isso pesa, mas é durante um minuto. No outro minuto já descontraio”, explica a professora. Depois da inseminação artificial, Katia ainda deixou o que sobrou do sêmen do marido e dois óvulos dela congelados. Porém, no fim de 2012, ela resolveu eliminar o sêmen e, agora, vai doar os óvulos. “Não me vejo mais grávida. É muito difícil não ter uma pessoa para te ajudar emocionalmente e financeiramente, não ter um companheiro”, avalia.

Ao observar a filha, a professora diz que a garota é bastante parecida com o pai. “Saiu inteira ele. Só os dedos do pé são meus”, brinca. Não apenas fisicamente, Katia também atribui a personalidade do marido à filha. “Ela é bravinha. Levanta a sobrancelha igualzinha a ele”.

Para a mulher, a criança trouxe um novo rumo à vida. “Acabou um ciclo e começou outro. Ela resgatou um pouco dele e, ao mesmo tempo, deu outro rumo para a vida”, finaliza Katia.



Luíza Roberta fez dois anos em junho de 2013 (Foto: Mario Batista Seixa)

