

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA

DAIANA FERNANDES MARTINS BOTELHO

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST*  
*MORTEM* E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO  
DIREITO À SUCESSÃO**

BACHARELADO EM DIREITO

FIC-MINAS GERAIS

2º/2014

FACULDADES INTEGRADAS DE CARATINGA  
DAIANA FERNANDES MARTINS BOTELHO

**INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST*  
*MORTEM* E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA NO  
DIREITO À SUCESSÃO**

Monografia apresentada a banca da Faculdade de Direito, das Faculdade Integradas de Caratinga-FIC, como exigência parcial de obtenção do grau de Bacharel em Direito, na disciplina de Monografia Jurídica II, sob orientação da professora MSc. Alessandra Dias Baião.

*Agradeço primeiramente a DEUS, SOU O RESULTADO DA FORÇA que ELE me concede. Agradeço a minha família, pelo apoio moral e financeiro. A minha orientadora Alessandra Baião pelo suporte e incentivo, e a todos os demais professores que direta ou indiretamente contribuíram para a minha formação.*

## RESUMO

O presente estudo pretende abordar o tema sobre a inseminação artificial homóloga *post mortem* e o princípio da segurança jurídica no Direito Sucessório. Nesse sentido, será questionado a divergência que o Código Civil de 2002 traz em relação aos filhos concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*. Embora o art. 1597, III do Código Civil de 2002, tenha estabelecido a presunção de paternidade para os filhos nascidos dessa técnica, não há nenhuma lei específica regulamentando o tema, apenas uma Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1957/2010 que dispõem sobre a colheita do material através do consentimento do doador. Ao mesmo tempo o art. 1798 do Código Civil determina que os herdeiros são pessoas nascidas e já concebidas. Nessa temática o estudo ainda tem por objetivo verificar as garantias constitucionais que amparem o Direito Sucessório à prole concebida através da reprodução assistida *post mortem*, haja vista a lacuna da lei.

**Palavras-chave:** Inseminação artificial homóloga *post mortem*; sucessão; filiação; segurança jurídica; prescrição.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	06
CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS.....	08
<b>CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE O BIODIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.....</b>	<b>11</b>
1.1.O Biodireito.....	11
1.2.A Bioética .....	12
1.3- Fertilização in vitro: Homóloga e Heteróloga.....	14
1.4- Análise da previsão legal no direito de família.....	19
<b>CAPÍTULO 2 – DIREITO CIVIL – CONSTITUCIONAL.....</b>	<b>25</b>
2.1- Princípios norteadores do Direito de Família no que se refere o direito sucessório do filho concebido <i>post mortem</i> .....	26
2.1.1- Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	27
2.1.2- Princípio da igualdade entre os filhos.....	29
2.2 - Direito sucessório dos filhos, proibição do retrocesso e a segurança jurídica.....	32
<b>CAPÍTULO 3 - DIREITO SUCESSÓRIO E APLICAÇÃO DOS INSTITUTO DA PETIÇÃO DE HERANÇA AOS HERDEIROS DECORRENTES DE REPRODUÇÃO <i>POST MORTEM</i> .....</b>	<b>40</b>
3.1 - Petição de herança e seus limites legais.....	40
3.2 - A petição de herança e o reconhecimento do direito sucessório aos filhos havidos por reprodução assistida <i>post mortem</i> : prazo prescricional e segurança jurídica na sucessão legítima .....	44
CONCLUSÃO.....	48
REFERÊNCIAS.....	50

## INTRODUÇÃO

Por meio desta pesquisa pretende-se analisar os direitos sucessórios disciplinados na parte especial do Código Civil, de modo especial, a possibilidade de garantir esses direitos aos filhos provenientes de inseminação artificial homóloga *post mortem*<sup>1</sup> haja vista a lacuna existente no que se refere ao direito à sucessão dessa prole, este será o ganho social do presente trabalho.

O presente estudo também representa ganho social, na medida em que contribui para o esclarecimento acerca da prática da inseminação artificial e principalmente do direito que esses filhos têm à sucessão testamentária, na medida em que conforme art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1998 é dado tratamento unitário, igualitário e isonômico entre eles, e, por conseguinte, não mais ensejando em relação a estes filhos qualquer modo de diferenciação, constrangimento ou discriminação, devendo-se levar em consideração um prazo prescricional a fim de ser dada certa segurança jurídica aos herdeiros já existentes.

Sob o ponto de vista acadêmico a presente pesquisa tem relevância no fato de contribuir para o aprofundamento do conhecimento do pesquisador acerca do direito à sucessão, aí incluídos o direito de filhos concebidos pela prática da inseminação artificial, o que será fundamental à sua capacitação e futuros préstimos profissionais

Sob o ângulo jurídico, a pesquisa tem por meta, tentar buscar uma forma de solucionar o problema através de uma lei específica que regulamente o tema.

Dada essa temática, indubitavelmente, faz-se necessário discutir se o reconhecimento do Direito Sucessório do filho concebido por reprodução *post mortem*, fere o princípio da segurança jurídica.

Destarte, à luz do princípio da igualdade, não há que se estabelecer quaisquer distinções entre filhos, incluindo-se, para todos os efeitos, aqueles concebidos pela via de reprodução *post mortem*, aos quais se estendem os direitos sucessórios decorrente do direito de filiação (art. 227, § 6º da CF/88). No entanto, é necessário a ponderação de critérios para o reconhecimento do direito sucessório a essa prole, em face da lesão ao princípio da segurança jurídica, estabelecendo-se desta forma um prazo prescricional para a reclusão do direito nos parâmetros estabelecidos no art. 205 do Código Civil/2002.

---

<sup>1</sup> Tradução nossa: após a morte.

A fim de se responder à hipótese suscitada, tem-se como marco teórico as ideias de José Luiz Gavião de Almeida, o qual defende a possibilidade de conceder a herança ao filho inseminado *post mortem*, resguardando os direitos da legítima quando testamentária:

Os filhos nascidos de inseminação artificial homóloga *post mortem* são sucessores legítimos. Quando o legislador atual do tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas aos privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando tem aptidão para ser herdeiro.<sup>2</sup>

Por meio da presente pesquisa, quer-se investigar a legislação pertinente no que se refere a sucessão de filhos concebidos por reprodução assistida; bem como, selecionar os ensinamentos doutrinários, os princípios constitucionais e apontar correntes de pensamento distintas sobre a questão proposta na pesquisa.

Como metodologia de pesquisa o presente projeto utiliza-se da presente pesquisa teórico-dogmática, tendo em vista o manuseio de doutrina, jurisprudências, artigos, bem como a legislação pertinente ao tema.

Como setores do conhecimento a pesquisa se revela Multidisciplinar dadas as matérias a serem trabalhadas, quais sejam, Direito Civil, Biodireito e Direito Constitucional, bem como a interface de informações envolvendo relações entre Direito e Medicina.

A presente monografia será dividida em três capítulos.

O primeiro deles, intitulado "Considerações sobre o Biodireito no Código Civil de 2002". No qual será tratado acerca do tema Biodireito, buscando definir atualmente quais as implicações que o Biodireito representa no âmbito da filiação '*post mortem*'.

O segundo capítulo, qual seja, "Direito Civil Constitucional". Nesse capítulo será abordado o quão importante se tornou a constitucionalização do direito civil, dada as lacunas existentes na legislação infraconstitucional.

O terceiro capítulo, sob o título "Direito Sucessório e a aplicação do instituto da petição de herança aos herdeiros decorrentes de reprodução *post mortem*". Será trago à baila o instituto jurídico cabível para que o filho póstumo possa reivindicar seu direito sucessório, sendo ainda definido um prazo prescricional para que não haja lesão aos herdeiros já existentes.

---

<sup>2</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: Direito das Sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

## CONSIDERAÇÕES CONCEITUAIS

Dada a matéria tratada mostra-se indispensável o conceito de alguns aspectos centrais do tema exposto, com o objetivo de investigar a respeito da pertinência acerca do assunto. Nesse sentido, devem ser considerados alguns conceitos, dentre os quais se incluem a concepção de “inseminação artificial *homóloga post mortem*” na esfera da sucessão, a própria “sucessão”, a ideia de “filiação” para o Código Civil de 2002, no que diz respeito à inseminação artificial, assim como a “segurança jurídica” no direito à sucessão e a “prescrição” a fim de se garantir aquela. Passemos então, a exposição dos conceitos:

A fertilização artificial na modalidade *homóloga post mortem*, baseia-se na implantação do material fecundante (sêmen criopreservado) do marido ou companheiro, no útero da mulher, sendo que, à época da fecundação, o marido ou companheiro já se encontrava falecido. Esse procedimento tem suscitado grandes discussões no âmbito dos direitos sucessórios, cerne deste trabalho, e que serão oportunamente tratadas nos capítulos subsequentes.<sup>3</sup>

Com a morte abre-se a sucessão, torna-se então indispensável a apuração de sua autenticidade. A transmissão hereditária, opera-se com a morte, que deve ser provada, no plano biológico pelos meios de que se vale a Medicina Legal, e o plano jurídico, pela certidão passada pelo Oficial do Registro Civil, extraída do registro de óbito.<sup>4</sup>

Ocorrendo a sucessão, poderá ser realizada a inseminação *post mortem* se houver o consentimento expresso do falecido no testamento ou em outro documento autêntico.

Caio Mario aceita a possibilidade do concebido, após a morte do pai, ser considerado herdeiro legítimo, pois o Código Civil, no artigo 1.597, o presume concebido na constância do casamento:

Resta saber como semelhante “presunção” (ficção) se harmoniza com a regra do artigo 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às pessoas nascidas ou 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

---

<sup>3</sup>LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. **Reflexos da inseminação artificial *homóloga post mortem* no âmbito do direito sucessório**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23960/reflexos-da-inseminacao-artificial-homologa-post-mortem-no-ambito-do-direito-sucessorio>>. Acesso em: 28/04/2014.

<sup>4</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: VI: Direito das Sucessões. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.13.



que, já concebido por um processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão.<sup>5</sup>

A nova ordem jurídica consagrou como fundamental o direito à convivência familiar, adotando a doutrina na proteção integral. Proibiu quaisquer desigualdades discriminatórias à filiação, assegurando os mesmos direitos e qualificações aos filhos nascidos ou não da relação de casamento e aos filhos havidos por adoção (Art. 227 § 6º CF/88).

Tal como aconteceu na entidade familiar, a filiação começou a ser identificada pela presença do vínculo afetivo paterno-filial. Ampliou-se o conceito de paternidade, que compreende o parentesco psicológico, que prevalece sobre a verdade biológica e a legal.

Assim, preceitua Maria Berenice Dias:

No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação. Os avanços científicos de manipulação genética popularizaram a utilização de métodos reprodutivos, como a fertilização assistida homóloga e heteróloga, a comercialização de óvulos e espermatozoides, a gravidez por substituição, e isso sem falar ainda, em clonagem. Todos esses avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação.(...) Existem três critérios para o estabelecimento do vínculo parental: (a) critério jurídico-está previsto no Código Civil, e estabelece a paternidade por presunção, independentemente da correspondência ou não com a realidade (CC1.5970); (b) critério biológico- é o preferido, principalmente em face da popularização do exame do DNA; e (c) critério socioafetivo – fundado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, segundo o qual pai é o que exerce tal função, mesmo que não haja vínculo de sangue.<sup>6</sup>

Filiação é um conceito relacional: é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e atribui reciprocidade direitos e deveres. A constituição alargou o conceito de entidade familiar, emprestando especial proteção não só à família constituída pelo casamento, mas também a união estável, formada por homem e mulher. Os conceitos de casamento, sexo e procriação se desatrelaram, e o desenvolvimento de modernas técnicas de reprodução permite que a concepção não mais decorra exclusivamente do contato sexual.<sup>7</sup>

A segurança jurídica se refere, aos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica podem formular-se assim: o cidadão deve poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições jurídicas e relações, praticados ou tomadas de acordo com as normas jurídicas vigentes, se ligam os efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nessas mesmas normas. Estes princípios apontam basicamente para: (1) a proibição de leis retroactivas; (2) a

---

<sup>5</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: V. VI: Direito das Sucessões. 16. ed. Rio de Janeiro:Forense,2007.p.34.

<sup>6</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2011. p, 358

<sup>7</sup> Idem. p, 357.

inalterabilidade do caso julgado; (3) a tendencial irrevogabilidade de actos administrativos constitutivos de direitos.<sup>8</sup>

Na definição de Pablo Stolze e Pampolha Filho: “Prescrição é a perda da pretensão de reparação de um direito violado, em virtude da inércia do seu titular, no prazo previsto em lei”<sup>9</sup>.

Assim, no que se refere à prescrição a fim de ser resguardada a segurança jurídica, parte da doutrina entende que, caso a técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem* venha a ser realizada, isto deve ocorrer no prazo máximo de dez anos, em consonância com o art.205 do Código Civil, prazo da ação de petição de herança, e com a súmula 149 do STF que enuncia: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Assim, entende Caio Mário:

Juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela. O problema se estabelece com a distinção entre o *status* que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda pretensão exigível prescreve. O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas, no sistema do Código Civil (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança decorridos 10 anos da abertura da sucessão (petição de herança).<sup>10</sup>

Há parte da doutrina que discorde acerca desse direito à sucessão concedido a filho concebido por reprodução assistida.

Entretanto, sob a ótica da Carta Magna de 1988, seria um retrocesso se falar nessa impossibilidade, já que a constituição em seu art. 227, § 6 e o Código Civil em seu art. 1596 fazem menção de igualdade aos direitos dos filhos e proíbe qualquer discriminação e desigualdade relativa a filhos.

<sup>8</sup>CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. São Paulo: Coimbra, 2008, p. 373

<sup>9</sup>GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 489.

<sup>10</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: VI: Direito das Sucessões. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.p, 60/61.

## **CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES SOBRE O BIODIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002.**

Inicialmente faremos uma breve exposição sobre o Biodireito no novo código Civil. O primeiro capítulo do presente trabalho, será dividido em três tópicos, e versará sobre: O Biodireito, buscando uma definição atual e conjunta com as novas técnicas de reprodução assistida.

O segundo tópico tratará das diferentes técnicas de reprodução assistida, sendo: fertilização in vitro: Homóloga e Heteróloga, busca-se no segundo tópico uma definição mais precisa sobre a inseminação homóloga, por ser o escopo do presente trabalho, tendo como fim analisar o direito de filiação e sucessório do filho póstumo.

O terceiro tópico tendo como título: A análise da previsão legal no direito de família, estudará a presunção de paternidade existente no Código Civil dos filhos nascidos dessa técnica, tendo ainda, a finalidade de se construir uma crítica, acerca da lacuna referente ao direito sucessório dessa prole.

Dado o avanço da Medicina e da Biotecnologia, iniciaremos o primeiro capítulo do presente trabalho fazendo um pequeno estudo sobre o Biodireito e a Bioética, ciências que se fazem necessárias ao cerne do presente trabalho, já que o tema tratado também diz respeito à dignidade da pessoa humana, direito que deve ser resguardado dada as novas técnicas biotecnológicas do cotidiano contemporâneo.

### **1.1-O BIODIREITO**

Os avanços técnicos e científicos e a complexidade de cada um dos ramos do saber provocam o imprescindível intercâmbio de informações, objetivando a melhor efetividade do fim maior, ou seja, o “bem-estar” com responsabilidade.<sup>11</sup>

A bioética dominou a esfera do direito como “plano de fundo” de debates de situações controversas, porém hoje em dia, já há algumas normas sobre a consideração de valores o que acirra as discussões.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup>NAMBA, Edson Tetsozo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas. 2009. p. 13.

<sup>12</sup>Idem.

Quando se trata de biodireito, mencionam-se normas de prevenção e de influência do descompromisso da eticidade da condução da vida e dos avanços científicos. Percebe-se isso nitidamente quando se fala sobre o nascituro e o embrião, aborto, retirada do feto anencéfalo, células-tronco embrionárias, clonagem humana, experimentação com seres humanos, reprodução assistida, mudança de sexo, transfusão de sangue, transplante de órgãos, eutanásia, entre outros assuntos de suma relevância para a sociedade contemporânea.<sup>13</sup>

Edson Tetsuzo Namba argumenta que:

O biodireito formalístico e legalístico pretende garantir a autonomia da opção individual, confrontando-se com os aspectos da incompatibilidade com a vontade oposta. Ciência e técnica só podem intervir sobre a vida, desde que não afetem à dignidade e ao direito<sup>14</sup>

Logo, tem-se que o principal objetivo do Biodireito é regular a conduta humana face as inovações da medicina na sociedade.

## 1.2- A BIOÉTICA

A finalidade da Bioética é auxiliar a humanidade no sentido de participação racional, cautelosa, no processo de evolução biológica e cultural. Bioética, como se diz hoje, não é uma parte da biologia: é uma parte da ética, é uma parte da nossa responsabilidade simplesmente humana; deveres do homem para com o homem, e de todos para com a humanidade. A vida deve ser conduzida de forma ética, ou seja, de acordo com o “bem estar” de todos, prevalecentes na sociedade existente, com os limites impostos por esse mesmo conjunto de homens e mulheres.<sup>15</sup>

Segundo Queiroz, atualmente a Bioética é:

“O estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão, conduta e normas morais – das ciências da vida e da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto interdisciplinar.”<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem. p, 14.

<sup>15</sup> Idem. p, 8.

<sup>16</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade. Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001. p, 111.

Sem dúvida, dentre os assuntos que mais provocam debates situam-se aqueles referentes à reprodução humana, em vista do forte componente religioso, moral e ético que envolve a questão. A influência de diversas religiões, principalmente da católica, vem impedindo a livre manifestação do pensamento sobre o assunto, levou à aceitação de que a reprodução humana era uma manifestação exclusiva da vontade de Deus.<sup>17</sup>

A medicina desde tempos imemoriais, sempre exigiu um debate permanente sobre as questões éticas que envolvem sua prática e o desenvolvimento de novos conhecimentos. Mesmo nos tempos atuais, onde a sociedade exerce um papel controlador mais efetivo, o desenvolvimento científico muitas vezes encobre violações de princípios éticos, e não raro humanitários, em nome da *high-tech*<sup>18</sup> na ciência biomédica. No entanto, cada vez mais cresce a discussão sobre a questão da Bioética- a qual busca estabelecer com a sociedade, em todo o mundo, um diálogo consequente-propicia uma vigilância mais efetiva do rápido e contundente avanço científico e tecnológico.<sup>19</sup>

O desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida trouxe uma possibilidade real aos casais com problemas de infertilidade, auxiliando-os a realizar um dos mais primitivos desejos humanos: a reprodução. No entanto, ao lado dos benefícios trazidos com o desenvolvimento dessas técnicas, surgiram preocupações e questionamentos de ordem técnica, moral, religiosa, jurídica, e, principalmente de natureza ética. Uma das questões amplamente discutidas e que encerra um forte componente social diz respeito ao direito de um casal investir importantes recursos financeiros e submeter-se a riscos, à sua própria vida e à de sua descendência, para ter um filho. À sua volta, legiões de crianças abandonadas ou vivendo em miséria absoluta. Não seria mais ética e socialmente mais justa a adoção? A doção seria mais justa do ponto de vista social, principalmente em um país com o Brasil.<sup>20</sup>

No entanto, a autodeterminação de cada indivíduo deve ser respeitada, pois cada um tem o direito de ver satisfeitas as suas aspirações interiores. E se a ciência dispõe os meios que permitam essa satisfação, qual o impedimento de coloca-la à disposição daqueles que a necessitam? Ou seria um egoísmo exacerbado, por parte da mulher ou do casal, a procura de

---

<sup>17</sup>COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. et al. **Iniciação à bioética-Conselho Federal de Medicina**. Brasília: CMJ On Line, 1998. p, 111

<sup>18</sup> Tradução nossa: Tecnologia de ponta.

<sup>19</sup> COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. et al. **Iniciação à bioética-Conselho Federal de Medicina**. Brasília: CMJ On Line, 1998. p, 111

<sup>20</sup> Idem. p, 112.

um filho que contenha seus componentes genéticos? Ou o desejo de vivenciar a fantástica experiência da gravidez e do parto? Não acreditamos que seja esse o sentimento envolvido. O sentimento único que provoca essa procura é o amor, de tal intensidade que o casal renuncia à intimidade da concepção e à sua privacidade quando admite a participação de um terceiro, nos casos de fertilização heteróloga.<sup>21</sup>

Para Queiroz:

A bioética pode ser definida como a ciência multidisciplinar (medicina, biologia, e outras afins) que tem, por objeto, o estudo das consequências derivadas do desenvolvimento e das aplicações das ciências biomédicas para o ser humano em todo o seu processo vital (origem e fim) propondo o marco de sua licitude ética e jurídica.<sup>22</sup>

Dada as novas técnicas de engenharia genética, vem-se percebendo que os padrões vigentes já não conseguem mais aliviar os problemas sociais.

Daí nasce o biodireito, com o fim de criar um vínculo entre o direito e a bioética, observando-se os princípios que orientam a vida em sociedade, criando ainda, limites impostos as experimentações médico-científicas, buscando adequar a legislação a fim de que garantindo as pessoas os princípios constitucionais garantidos na Carta Magna de 1988.

### 1.3- FERTILIZAÇÃO IN VITRO: HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Desde o início da vida, o único meio existente entre os seres humanos de vínculo de paternidade e filiação sempre foi através da reprodução advinda das relações sexuais, também podendo ser chamada de procriação natural.

Com o progresso científico, para satisfazer a necessidade daqueles que não podem ter filhos, por alguma razão, sendo ela pelo método natural de procriação, foram desenvolvidas técnicas de reprodução assistida, sendo a inseminação artificial homóloga e heteróloga.

O Direito de família atual caminha a passamos largos no que se refere ao conceito de filiação, retirando do centro o vínculo biológico, passando a se predominar a relação de afeto entre pai e filho. Não se pode deixar de citar ainda que dada as várias técnicas científicas

---

<sup>20</sup>Idem.

<sup>22</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade. Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p, 111.

modernas como a inseminação artificial, o conceito de filiação se tornou ainda mais amplo, já que o próprio Código Civil de 2002 traz a presunção de paternidade para os filhos nascidos da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Rolf Madaleno menciona que:

A fecundação assexual, representa a união do sêmen ao óvulo por meios não naturais de cópula, objetivando a gestação diante da deficiência pelo processo reprodutivo normal. É a introdução do esperma masculino diretamente no útero da mulher, ausente o ato sexual. A inseminação ou a introdução do sêmen no útero feminino em procedimento laboratorial não garante a fecundação, porque o óvulo e o espermatozoide podem não se fundir. É dos procedimentos mais simples, com poucos recursos tecnológicos, onde os espermatozoides do marido (inseminação homóloga) são coletados, selecionados, preparados e transferidos para o colo do útero.<sup>23</sup>

Passemos agora a distinção entre a inseminação artificial *homóloga* e *heteróloga*.

A inseminação artificial *homóloga* utiliza o sêmen do próprio marido e o óvulo da mulher, a margem da relação sexual, mas com a ajuda instrumental. É a técnica pacificamente aceita pela sociedade, pois proporciona à união conjugal a alegria da procriação que não seria alcançada sem a intervenção médica. Diante da presunção conjugal de paternidade na inseminação artificial homóloga, o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil estabelece que a impossibilidade de relação carnal deixa de ser causa de exclusão da paternidade no matrimônio, ou mesmo a prova da impotência genética do marido ao tempo da concepção mais ilide a presunção de paternidade porque o sêmen pode ter sido previamente retirado e congelado em vapores de ozônio líquido 196° negativos, muito antes de ser inseminado no colo uterino pela técnica da inseminação artificial. O uso do sêmen do marido somente é permitido diante da sua expressão de vontade e enquanto estiver vivo, porque é só sua a titularidade de partes destacadas de seu corpo, muito embora o inciso III do Código Civil admita a possibilidade de a fecundação artificial ser procedida após o falecimento do marido, não sendo, neste caso, a presunção limite de trezentos dias subsequentes à morte do esposo, porque o congelamento do sêmen permite que a fecundação artificial possa ocorrer muitos anos depois de dissolvida a sociedade conjugal pela morte do marido.<sup>24</sup>

---

<sup>23</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p, 505.

<sup>24</sup> Idem. p, 506.

Madaleno, reforça ainda mais essa ideia:

Aviúva não poderá exigir que a clínica de reprodução assistida lhe entregue o material genético armazenado, para se nela inseminado, se em vida o marido não houver expressado esta vontade, devendo ser equiparada a utilização do sêmen à do doador anônimo, não implicando atribuir a paternidade pela presunção legal. (...) Conseqüentemente, a possibilidade de a viúva preceder à inseminação artificial homóloga após a morte do marido, prevista no inciso III do artigo 1.597, só poderá ser levada a efeito se já constar de autorização expressa deixada pelo esposo sucedido em documento de consentimento de precedente posse da clínica, centros ou serviços especializados na aplicação de técnicas de reprodução assistida, ou se em vida o marido assim se expressou por testamento ou documento autêntico.<sup>25</sup>

A palavra inseminação, tem origem na expressão latina *inseminare*, formada pela junção de *in*, que significa dentro e *sêmen*, que quer dizer semente. A inseminação artificial pode traçar as diferenciações existentes entre procedimentos homólogos e heterólogos. No primeiro caso, utilizando-se gametas (óvulo e espermatozoides) dos próprios pacientes que recorrem às técnicas; no segundo, com utilização de gametas provenientes de doadores distintos, em casos em que a infertilidade é causada por ausência total de óvulos ou espermatozoides (...). Sob o aspecto da paternidade, denomina-se *inseminação artificial homóloga* a técnica de reprodução que se utiliza do sêmen do marido para a fecundação. Em princípio por não modificar a hereditariedade biológica da criança concebida, pois realizada com o esperma do cônjuge, esta não oferece maiores problemas jurídicos.<sup>26</sup>

Segundo Maria Berenice Dias:

Ainda que o cônjuge tenha fornecido o sêmen, não há como presumir o consentimento para a inseminação *post mortem*. Somente na hipótese de ter havido expressa autorização do marido é que a fertilização pode ser feita após o seu falecimento. O princípio da autonomia da vontade condiciona a utilização do material genético ao consentimento expresso a esse fim. Sem tal autorização os embriões devem ser eliminados, pois não se pode presumir que alguém queria ser pai depois de morto. Assim, a viúva não pode exigir que a clínica lhe entregue o material genético que se encontra armazenado para que seja nela inseminado, por não se tratar de bem objeto de herança.<sup>27</sup>

Para efeitos de presunção de paternidade do Código Civil Brasileiro, é *heteróloga* a inseminação quando utiliza o sêmen de um doador que não o marido ou o companheiro, sendo imprescindível o expresso consentimento do parceiro. Entretanto, e para que não parem dúvidas, a cessão de material genético tanto pode implicar produto biológico do homem

<sup>25</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 507.

<sup>26</sup> QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade. Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 77/78.

<sup>27</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2011. p. 367/368.



(espermatozoide), como da mulher (óvulos), mas o Código Civil dispõe exclusivamente acerca da presunção da paternidade na utilização de técnica de fecundação artificial heteróloga. O espermatozoide do doador, é em regra, armazenado em banco de sêmen, passando por rotineira verificação de sua qualidade, havendo sigilo sobre a identidade do doador, mas fornecidos os dados respeitantes ao seu porte físico, suas características morfológicas, como o grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos, cujas informações são cruciais aos donatários.<sup>28</sup>

No que se refere a autorização do companheiro para que a esposa utilize de tal recurso, diverge a doutrina. É o que assevera Madaleno:

A lei não exige autorização escrita do marido para a utilização de sêmen de terceiro, podendo ser verbal a sua concordância e como tal comprovada em juízo, no caso de eventual impugnação de paternidade. Eliane Oliveira Barros já pensa diferente e diz que a inseminação artificial heteróloga realizada sem a autorização do marido, ou companheiro, constitui infidelidade moral, correspondente a injúria grave, e não adultério, e que autorização concedida após a realização da inseminação artificial heteróloga corresponde ao perdão e impede o uso do argumento em demanda conjugal de dissolução dos laços matrimoniais, devendo ser observado, no entanto, que após a Emenda Constitucional n. 66/2010 restaram judicialmente supridos os aspectos causadores da dissolução do casamento.<sup>29</sup>

De fato, o Código Civil não exige autorização escrita do marido ou companheiro para que a prática seja realizada. Já a resolução n. 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina diz que será sempre obrigatório o consentimento das pessoas envolvidas nessa técnica de reprodução assistida.

A fecundação artificial heteróloga ocorre por meio de doação de sêmen de um homem que não seja o marido, contando com a sua concordância. É obrigatória a manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores. O consentimento não precisa ser escrito, só necessita ser prévio. (...). Ao contrário das demais hipóteses, a fecundação heteróloga gera presunção legal do direito, pois não há possibilidade de a filiação ser imputada. Trata-se de presunção absoluta de paternidade socioafetiva. A paternidade constitui-se desde a concepção, no início da gravidez, configurando hipótese de paternidade responsável. Se fosse admitida impugnação, haveria uma paternidade incerta, devido ao segredo profissional do médico e do anonimato do doador do sêmen.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 511.

<sup>29</sup> Idem. p. 512.

<sup>30</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2011. p. 369.

O marido ao aceitar a inseminação heteróloga de sua esposa, ou o parceiro de sua companheira, não tem o direito de negar a paternidade, e quem não autorizou o nascimento do filho medicamente assistido deverá promover imediatamente uma ação negatória de paternidade genética, antes de ser consolidada uma paternidade afetiva, como deflui do inciso V do artigo 1.597 do Código Civil, diante da admissão indireta de filiação socioafetiva, quando o marido reconhece como seu o filho de um doador anônimo. A presunção de paternidade só pode ser aceita se a concepção sucedeu no curso da sociedade conjugal e em inequívoca coabitação dos cônjuges ou companheiros, respeitados os prazos previstos no inciso I e II do artigo 1/597 do Código Civil. (...). Não constando o consentimento do marido, este poderá impugnar a paternidade, não podendo ser alegada contra ele a má-fé, ou a doutrina *venire contra factum proprium* aplicada ao Direito de Família nas relações de confiança, que devem prevalecer entre cônjuges conviventes e familiares definido assim como um verdadeiro dever jurídico de não se comportar contrariamente às expectativas produzidas, obrigação que alcança não apenas as relações patrimoniais de família, mas também aquelas outras de conteúdo pessoal, existencial.<sup>31</sup>

No que se refere a retratação, Madaleno aduz que:

A prévia autorização do marido para a inseminação artificial heteróloga já retira da lei qualquer real noção de presunção, pois não há como reputar presumido o que foi expressamente consentido, porque nenhuma clínica irá aplicar a técnica da reprodução humana medicamente assistida sem o exposto consentimento, e se houve prévia autorização a retratação também precisa ser escrita, oficialmente comunicada, até porque o consentimento marital não é obrigatoriamente vitalício e irreversível, guarda limites temporais, condicionados à subsistência do casamento ou da união estável. A retratação do consentimento só pode ser admitida enquanto não ocorreu a fecundação, porque depois da concepção a lei põe a salvo os direitos do nascituro (CC, art. 2º).<sup>32</sup>

Conhecida como doutrina dos atos próprios, sustentada na boa-fé, certamente será ilícita, a configurar um claro abuso do direito atitude do marido que, em anterior conduta consentiu para a fecundação de sua esposa com gametas de um terceiro e depois pretenda impugnar a paternidade, voltando atrás em sua autorização sob o pretexto da não coincidência biológica.<sup>33</sup>

<sup>31</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p, 512/513.

<sup>32</sup> Idem. p, 512.

<sup>33</sup> Idem. p, 513/514.

#### 1.4- ANÁLISE DA PREVISÃO LEGAL NO DIREITO DE FAMÍLIA

A ordem natural do ciclo da vida não é privilégio para todos. Por certos motivos ligados a genética ou por outros empasses, muitos casais não conseguem ter filhos, daí nasce a necessidade de se utilizar das técnicas de reprodução assistida avanços biotecnológicos criados para contornar os problemas de esterilidade e solucionar alguns de infertilidade.

O artigo 1.597 do Código Civil prevê, nos incisos III, IV e V, três hipóteses de presunção de filhos concebidos na constância do casamento, todas elas vinculadas à reprodução assistida. A doutrina tem considerado mais presunções adequadas aos avanços ocorridos na área. O inciso III do aludido dispositivo faz incitar a presunção de filhos concebidos na constância do casamento nos ‘*havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*’.<sup>34</sup>

Nesse sentido, assevera Maria Berenice Dias:

A gravidez de mulher casada decorrente de inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente do espermatozoide, pois gera a presunção de paternidade (CC 1.597). Mesmo depois do falecimento do cônjuge, persiste a presunção de paternidade, quando são usados os embriões excedentários (CC 1597 IV).<sup>35</sup>

Quando o Código Civil versa sobre reprodução humana medicamente assistida, admite-se o fato de o diploma civil não oferecer resposta para as indagações mais complexas como, por exemplo, quando o embrião humano é gerado em proveta. Maria Alice Zaratin Lotufo critica a timidez do legislador ao deixar de abordar os maiores avanços da biogenética, e não tocar o problema dos embriões não utilizados e o tempo de sua conservação, bem como o destino dos embriões excedentes, quando os pais não mais os quiserem. Acrescenta ter o Código deixado de tratar sobre temas relacionados com a locação do útero e não descarta as diversas críticas quanto ao Código Civil já haver nascido defasado, por não versar sobre os direitos do nascituro fertilizado *in vitro*.<sup>36 37</sup>

Em razão do que foi exposto, é claro no novo Código Civil que há presunção de paternidade aos filhos nascidos da técnica de reprodução assistida *post mortem*, entretanto,

<sup>34</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 324.

<sup>35</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo:RT, 2011. p. 215.

<sup>36</sup> Tradução nossa: fecundação feita fora do corpo.

<sup>37</sup> MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense. 2011. p. 504/505.

tratou a hipótese de inseminação artificial homóloga *post mortem* de maneira limitada, reconhecendo tão somente o direito à filiação aos filhos concebidos por tal método.

Com relação aos direitos sucessórios, houve total omissão, não proibindo seu reconhecimento, tampouco admitindo essa possibilidade.

Apesar da legislação ser omissa não se pode fugir de casos cada vez mais concretos, daí, deve-se analisar os direitos sucessórios disciplinados na parte especial do Código Civil, a fim de se garantir a possibilidade de esses direitos serem estendidos aos filhos provenientes da técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

O Código Civil, ao tratar da vocação hereditária, no artigo 1.798, dispõe que: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, o que, sem tese, excluiria o nascido após a morte do autor da herança, mediante fecundação artificial, sem que tenha havido prévia concepção, à participação na sucessão.<sup>38</sup>

Para Rodrigo da Cunha:

Tanto podem ser herdeiros legítimos, testamentários, ou mesmo legatários os indivíduos que já tivessem nascido quando do momento do exato falecimento do de cujus, bem assim todos os que já estivessem concebidos no mesmo momento. Na condição de pessoas concebidas estão duas classes médico-legais: o feto, fase que vai da concepção até o início do desalojar do ser do aparelho reprodutor feminino, e o feto nascente, período que se situa entre o início da expulsão fetal e o momento em que se estabelece vida autônoma.<sup>39</sup>

Embora o contido no artigo 1.798, não há como esquivar-se, todavia, do disposto nos arts. 1597 do Código Civil e 227, § 6 da Constituição Federal, dispondo que o primeiro afirma que se presumem concebidos na constância do casamento “os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”, (inciso III) e que o segundo consagra a absoluta igualdade de direitos entre os filhos, proibindo qualquer distinção ou discriminação.<sup>40</sup>

Conclui José Luiz Gavião de Almeida:

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido concebidos na constância do casamento, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento

---

<sup>38</sup>FILHO, Carlos Cavalcante de Albuquerque. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006. p, 170.

<sup>39</sup>PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006. p, 170.

<sup>40</sup>CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magester. 2012. p, 106.

contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no art. 227 § 6 da Constituição Federal<sup>41</sup>

Não há que se 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 a sucessão. Ainda que se trate de uma relação instável, passageira, não desejada, o filho assim gerado terá direito de ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, não se discutindo juridicamente acerca de possíveis distúrbios psicológicos graves em relação à criança, ao contrário, a impossibilidade do seu reconhecimento certamente lhe causaria maiores perturbações e prejuízos. Qual a diferença, então, para a situação em que o filho foi concebido após o falecimento do genitor, mormente quando este deliberou, de modo inequívoco, através de ato autêntico, documento escrito ou testamento, em preservar seu material genético para posterior utilização, inclusive para após sua morte?<sup>42</sup>

A legislação vigente é pouco avançada ao tratar do Direito Sucessório de um filho após a morte, o que gera uma insegurança jurídica que se respalda em princípios inerentes ao Direito para dirimir tais conflitos. A igualdade de filiação preconiza o tratamento isonômico a todos os filhos, bem como a dignidade da pessoa humana que veda qualquer discriminação, devendo todos serem tratados de modo igualitário, sendo defeso qualquer limitação ao filho concebido *post mortem*.<sup>43</sup>

No Brasil, a exemplo temos um caso ocorrido em Curitiba-PR. Após o esposo ser diagnosticado com uma doença, o casal decidiu preservar o material genético do enfermo.

Ocorrendo o óbito do marido, a esposa procurou o laboratório onde havia sido coletado o material genético, para realização da inseminação. Entretanto, a clínica se negou a realizar o procedimento, sob a alegação de questões éticas, o que ensejou uma demanda judicial que tramitou na Comarca daquela cidade, sendo concedida liminar para a viúva, embora não houvesse consentimento expresso deixado pelo marido, após prova testemunhal de sua família de que realmente desejava constituir família com a requerente.

---

<sup>41</sup> ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: Direito das Sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 76.

<sup>42</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006. p. 174/175.

<sup>43</sup> SILVEIRA, Gabriela Nogueira Tomaz da. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magester. 2013. p. 77.

Quanto ao caso, segue o julgamento:

“583.00.2008.138900-2/000000-000 - nº ordem 636/2008 - Outros Feitos Não Especificados - Alvara Judicial - ELIANE RIBEIRO DE MELLO - Fls. 48/52 - Vistos. Trata-se de pedido de alvará formulado por ELIANE RIBEIRO DE MELLO, para o fim de ser autorizada a utilizar sêmen criopreservado de seu marido, Andrei François de Mello, falecido em 17 de julho de 2007. Sustenta que durante quase doze anos o casal tentou constituir prole, naturalmente, mas, “diante da dificuldade, procuraram ajuda médica e passaram a realizar, na Clínica ‘GENE - Medicina Reprodutiva’, tratamento para esse fim - técnica de reprodução assistida - obedecendo todas as regras constantes na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358/92” (fs. 03). Neste tratamento foram realizados dois ciclos de coito programado, dois ciclos de inseminação artificial e ciclos de fertilização ‘in vitro’, com criopreservação do sêmen de Andrei, com o fim específico de obtenção de gravidez (fs. 38). Entretanto, durante o período dos procedimentos referentes este tratamento, o marido da autora faleceu em decorrência de acidente aéreo. A requerente pugna pela continuidade do referido tratamento, com a utilização do líquido seminal do falecido, uma vez que era intenção do casal a formação de família. Junta documentos (fs. 27-46).<sup>44</sup>

Decide desta forma o julgador:

É o breve relatório. Decido. Pretende a autora a inseminação ‘post mortem’, com o uso do sêmen do de seu falecido marido, para fins de fertilização. A questão é estranha à legislação em vigor, o que, por si, não desincumbe o Juiz de solucioná-la, pois nestes casos, deverá a decisão valer-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (artigos 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil). No caso, verifica-se que a autora e seu marido tinham por objetivo comum a formação de família, que somente não se concretizou por dificuldades na concepção por meios naturais. Embora casados há vários anos, o casal buscou a ajuda de técnica de reprodução assistida, somente em abril de 2006, expressando o desejo de terem filhos com o início do tratamento eleito, sob a assistência médica da Clínica GENE - Medicina Reprodutiva.<sup>45</sup>

Segue ainda decidindo:

Por certo, desnecessária a demonstração da dificuldade superada pelo casal para que decidissem por este tratamento, levando-se em consideração custos, desgastes emocionais em frustradas tentativas, além da realização de exames, muitas vezes invasivos, necessários à formação da opinião médica para avaliação e encaminhamento à correta conduta a ser aplicada. Isto tudo, fez com que este casal vivesse a expectativa de paternidade/maternidade, sem qualquer resultado concreto, ficando apenas com a idéia, vontade e torcida de que tivesse êxito à fecundação. Sofreram juntos, todas as vezes que as tentativas fracassaram, unindo ainda mais o casal na luta por um filho. Mesmo sem estar concebido de fato, este filho já estava concebido de alma pelo casal, pois, de certa forma, conviviam diariamente com a expectativa de sua concepção. A reprodução assistida se deu por consentimento livre e esclarecido do casal e está formalizada por instrumento particular. A intenção de Andrei sempre foi a de se tornar pai, tanto que se submeteu à coleta de seu sêmen (fs.

<sup>44</sup> Diário de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: ><http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008>.< Acesso em: 23/10/2014.

<sup>45</sup> Idem.

38-9), para fins de engravidar sua mulher. Nesse passo, necessário diferenciar o doador do depositário de sêmen.<sup>46</sup>

E prossegue o julgador em seus argumentos:

O doador não é identificado e colhe seu material, colocando-o à disposição de eventual uso em processo de reprodução assistida, nos casos em que o marido da paciente seja impotente ou estéril. Andrei depositou seu líquido seminal para fins de realização de reprodução assistida em favor de Eliane, portanto, era depositário. Seu sêmen tinha destinatária certa com fins definidos. Por certo, com a morte do doador ou depositante, os gametas devem ser descartados a menos que haja autorização dos respectivos fornecedores, para autorização ‘post mortem’. No caso, Andrei morreu prematuramente de forma abrupta, sem que tivesse, ao menos, tempo para autorizar o uso de seu sêmen na reprodução assistida que Eliane se submetia. Certamente, o depositário ou doador, ao saber que é portador de doença terminal, portanto, patente à proximidade de sua morte, terá condições de autorizar expressamente a utilização de seu material. Não foi o caso de Andrei. Com a continuidade à reprodução assistida estará se respeitando a dignidade da pessoa humana. Se eventualmente Eliane obtiver êxito em seu tratamento e engravidar, a vontade do casal será respeitada, nos termos do preceito constitucional de se ter, como base da sociedade, a família, assegurado o planejamento familiar como livre decisão do casal (art. 226, § 7º, da Constituição Federal).<sup>47</sup>

Menciona o direito a filiação do filho póstumo o julgador:

Feitas estas considerações gerais, anoto que o legislador atual reconhece os efeitos pessoais do concepturo (relação de filiação), conforme dispõe o Código Civil, a saber: “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: ... III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;” É evidente o reconhecimento do vínculo familiar, relativamente à eventual êxito em concepção de Eliane. Aliás, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em seu art. 26, parágrafo único, garante o reconhecimento do filho após o falecimento do pai. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prescreve que o direito à filiação é indisponível e imprescritível. A criança tem o direito de conhecer seus pais, o que não ocorre com relação à criança nascida por meio da inseminação póstuma, muito embora ela saiba que foi desejada e venha a integrar uma família. Entretanto esta situação não será solucionada pela legislação. Poderia, no caso, Eliane estar grávida de Andrei quando ele sofreu o acidente e, do mesmo modo, o filho do casal também não conheceria o pai.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup> Idem.

<sup>47</sup> Idem.

<sup>48</sup> Idem.

Prossegue o julgador entendendo assim:

Entendo que a viúva tem o direito de tentar gerar um filho de seu falecido marido, quando este era manifestamente o desejo do casal, interrompido por uma morte precoce. Estas questões se deparam com a Ética e o Direito. Inaceitável é o descompasso entre o Direito e a Ciência, pois a tecnologia avança a passos largos, não podendo o Direito acompanhá-la e muito menos atravancá-la. O Direito não pode, de imediato, solucionar as mudanças sociais, porque elas são volúveis, enquanto que o Direito exige bases sólidas. Por esta razão é necessária a certeza dos avanços tecnológicos para que possa o Direito discipliná-los. Sérgio Ferraz, ao tratar da relação entre as manipulações biológicas e os princípios constitucionais, destaca: “Em outras palavras, seja agora, enquanto não editada a pertinente normatividade, seja a partir de sua elaboração, e subsequente vigência, o tema da manipulação genética tem de ser, a todo instante, calibrado à vista dos princípios constitucionais - única fórmula de assegurar a abertura das sendas do progresso, dentro dos marcos fundamentais livremente estabelecidos pela sociedade.”<sup>49</sup>

Por fim decide:

Assim, inegável que a inseminação póstuma necessita de regras disciplinadoras temporais, éticas e protetivas, sem abandono do direito do pretense pai de expressar sua vontade quanto a uma possível paternidade póstuma, respeitando a vontade da mãe e o objetivo do casal. Isto posto, defiro o alvará pretendido, para autorizar a autora, Eliane Ribeiro de Mello, a utilizar no tratamento de reprodução assistida, o sêmen criopreservado de Andrei François de Mello, seu falecido marido, armazenado na Clínica Gene - Medicina Reprodutiva, pelo prazo de um ano a contar da retirada deste alvará. Pagas as custas. Expeça-se o alvará e arquivem-se. E alvará à disposição.- ADV DEBORA SCHALCH OAB/SP 113514.”<sup>50</sup>

Diante do caso, nota-se o peso que os princípios constitucionais têm no momento de cada Magistrado decidir a lide, principalmente quando se trata do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, sustentamos que que o filho concebido após a morte deve ter todos os seus direitos protegidos tanto no campo sucessório quanto no âmbito do direito de família. Sendo contemplado ao nascer, como herdeiro legítimo, baseando no princípio constitucional da igualdade de filiação.

---

<sup>49</sup> Idem.

<sup>50</sup> Idem.



## CAPÍTULO 2 – DIREITO CIVIL – CONSTITUCIONAL

O segundo capítulo será dividido em dois tópicos: o primeiro, tratará sobre princípios constitucionais, tendo a Carta Magna através de princípios ali existentes suprir aquilo em que o Código Civil de 2002 foi omissivo, buscando-se dar uma interpretação constitucional ao art. 1.798 do Código Civil.

O segundo tópico, tratará sobre o direito sucessório dos filhos, segurança jurídica e a proibição do retrocesso. Tem-se aqui o objetivo de vedar que seja suprimido um direito consagrado constitucionalmente aos filhos, sejam eles provenientes da reprodução assistida, sendo eles anteriores a sucessão do autor da herança. Busca-se assim, dar uma interpretação de direito objetiva, e não subjetiva em cada caso concreto, garantindo nesse meio termo a segurança jurídica aos indivíduos para que haja a garantia necessária no desenvolver das suas relações sociais.

A princípio será feito abaixo breves considerações acerca da constitucionalização do direito civil, para assim, posteriormente, se expor os princípios basilares aplicáveis ao direito de filiação e sucessório do filho póstumo.

Fortalece-se, a cada dia, a tendência de não mais se permitir a utilização das normas constitucionais apenas em sentido negativo, isto é, como limites dirigidos somente ao legislador ordinário, sustentando-se, ao contrário, o seu caráter transformador, que as entende como fundamento conjunto de toda a disciplina normativa infraconstitucional; como princípio geral de todas as normas do sistema. Qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, se deve coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob esta ótica as normas do direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais.<sup>51</sup>

Maria Celina assevera que:

Os civilistas têm, notoriamente, uma postura intelectual de conservação frente à própria disciplina. Tal postura, segundo Michele Giorgianni, é favorecida, senão mesmo provocada, pela Codificação, a qual, cristalizando um determinado esquema de ordem jurídica, cria a ilusão de eterna validade. No entanto, é preciso reconhecer que enquanto o Código Civil correspondeu às inspirações de uma determinada classe social, interessada em afirmar a excelência do regime capitalista de produção- classe social cujos protagonistas são o proprietário, o marido, o contratante e o testador, a Constituição Federal, ao contrário, pôs a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico ao estabelecer, no art 1º, III, que a *dignidade* constitui um dos fundamentos

---

<sup>51</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da Pessoa Humana- Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p, 15.

da República, assegurando, desta forma, absoluta prioridade às situações existentes ou extrapatrimoniais.<sup>52</sup>

Dada a sistemática arcaica do Código Civil, aceita-se atualmente, ainda mais, a necessidade de se proceder à releitura do Código Civil, isto é, da normatividade do direito civil à luz da Constituição.

Ainda, para Maria Celina Bodin:

Pode-se falar em “direito civil-constitucional” em pelo menos dois significados: sob o ponto de vista formal, é direito civil-constitucional toda disposição de conteúdo historicamente civilístico contemplada pelo Texto Maior; isto é, todas as disposições relativas ao clássico tripé do direito civil- pessoa, família e patrimônio. O outro significado atribuído à expressão “direito civil-constitucional” é o que aqui nos interessa; de acordo com este segundo significado, é direito civil-constitucional todo o direito civil – e não apenas aquele que recebe expressa indumentária constitucional-, desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através da qual se pressupõe a incidência direta, e imediata, das regras e dos princípios constitucionais sobre todas as relações interprivadas.<sup>53</sup>

Cumprе salientar o quão importante foi a mudança de perspectiva resultante do advento da Constituição da República de 1988, que, ao erigir a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, trouxe como corolário a retirada do patrimônio do eixo central do Direito Civil, substituindo-o pela valorização da pessoa humana.

## 2.1- PRINCÍPIOS NORTEADORES DO DIREITO DE FAMÍLIA NO QUE SE REFERE O DIREITO SUCESSÓRIO DO FILHO CONCEBIDO *POST MORTEM*.

O direito de família evolui com a sociedade e com isso, as leis devem se igualar nesse processo contínuo de desenvolvimento. Na medida da evolução social, as leis vão se amoldando aos costumes e mudanças ao longo das décadas. No mundo contemporâneo, as alterações introduzidas no direito de família fazem com que o legislador amplie o leque de proteção desse instituto jurídico.

---

<sup>52</sup> Idem. p, 21.

<sup>53</sup> Idem. p, 29.

A partir da força normativa da constituição, a legislação infraconstitucional passou a ter que se amoldar aos preceitos constitucionais, sobretudo à principiologia constitucional.

Assim, faz-se necessário expor no presente trabalho dois principais princípios constitucionais regentes do direito de família.

### **2.1.1- Princípio da dignidade da pessoa humana.**

Após, a Segunda Guerra, visto às atrocidades cometidas pelo nazismo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem já enunciava a dignidade da pessoa humana. No Brasil, passadas mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, o Texto Maior explicitou em seu art. 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”.

O Princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, recorre do disposto do art. 1º, III, da Constituição Federal. Verifica-se, com efeito, do exame do texto constitucional, que “a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos”.<sup>54</sup>

Afinal de contas, o que se entende por dignidade da pessoa humana? Qual a sua dimensão? Como se dá a sua aplicação social? (...) Princípio solar em nosso em nosso ordenamento, a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos a dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade. Mais do que garantir a simples sobrevivência, esse princípio assegura o direito de viver plenamente, sem quaisquer intervenções espúrias – estatais ou particulares, na realização dessa finalidade.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 22.

<sup>55</sup> GAGLIANO, P.; A FILHO PAMPOLHA, R. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.76.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplha argumentam de que:

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2 do art.5, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.<sup>56</sup>

Reforçando esse pensamento, lembra-nos Edson Pereira:

Instado a pronunciar-se sobre o pensamento ético da pessoa do Direito Privado, reconhece na dignidade pessoal a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio.<sup>57</sup>

Sob o influxo do princípio da dignidade humana, epicentro normativo do sistema de direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas na sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais. Assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana será pleno e efetivo quando observado também o seio das relações familiares.

No ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que se manifeste. Terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a agir, por conseguinte, a especial proteção da lei. (...). Deve-se, no entanto, e isto é imprescindível, explorar mais detalhadamente a dimensão atribuída, no ordenamento jurídico vigente, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, porque tal parece ser o único capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessária à recriação dos institutos jurídicos e das características do direito civil.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup>GAGLIANO, P.; PAMPOLHA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 78.

<sup>57</sup> NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Atlas. p, 78.

<sup>58</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da Pessoa Humana- Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p, 84.

Afirma ainda, Maria Celina:

Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza – sujeitos, por isso, do discurso e da ação –, será “desumano”, isto é, contrário a dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direito) à condição de objeto. O substrato material da dignidade deste modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicológica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.<sup>59</sup>

Na atualidade, podemos afirmar que a Constituição Federal consagrou um sistema aberto de família para admitir, ainda que não expressos, outros núcleos ou arranjos familiares para além daqueles constitucionalmente fixados, a exemplo da inseminação artificial *post mortem*.

Por conseguinte, partindo de um pressuposto de que a filiação e o direito à sucessão são direito de todos, consagrados constitucionalmente, deduz-se que o princípio da dignidade da pessoa humana é o princípio basilar desses direitos, conseqüentemente, o não reconhecimento do direito à herança que é direito constitucional feriria o princípio posto em questão.

Voltando a análise do direito de sucessão do filho póstumo, o que se quer aqui, é demonstrar que o direito à sucessão é um garantido a todos, independentemente de cada caso concreto. Não importando se o filho foi concebido anteriormente ao falecimento do autor da herança ou posterior à sua morte. O princípio em questão deve ser aplicado num todo e não em casos particulares, a fim de se garantir um estado democrático de direito.

### **2.1.2- Princípio da igualdade entre os filhos**

Princípio da igualdade jurídica de todos os filhos, consubstanciado no art. 227, § 6º, da Constituição Federal, que assim dispõe: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O dispositivo em apreço estabelece absoluta igualdade relativas à todos os filhos, não admitindo mais a retrógrada distinção entre

---

<sup>59</sup> Idem. p, 85.

a filiação legítima ou ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código Civil de 1916. Hoje, todos são apenas filhos, uns havidos fora do casamento, outros em sua constância, mas com iguais direitos e qualificações (CC, arts. 1596 a 1.629).<sup>60</sup>

A consagração do princípio da igualdade entre os filhos, em nível constitucional, inegavelmente representou um avanço inegável no Direito Brasileiro, principalmente no que se refere a reprodução assistida *post mortem*.

Atesta Rodrigo da Cunha Pereira que:

Em sistemas jurídicos como o nosso, ontem se consagra constitucionalmente a igualdade entre os filhos, independentemente da situação jurídica dos pais, nos termos do artigo 227 § 6º, da Constituição Federal, não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho concebido mediante fecundação artificial *post mortem*. Tal situação não encontra guarita constitucional, ao contrário, o legislador constitucional não previu exceção, não cabendo ao legislador ordinário, tampouco ao intérprete estabelecer exceções ao princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Entendo que o princípio constitucional da igualdade entre os filhos, independe de qualificação e origem, atua em socorro à situação do concebido após o falecimento do autor da sucessão, isso porque solução restritiva em desfavor do mesmo redundaria em discrimine atentatório à igualdade com os demais filhos, seus irmãos biológicos.<sup>61</sup>

A regra constante no § 6 do artigo 227 da CRFB/88 pôs fim às injustiças diferenciações que o ordenamento jurídico brasileiro fazia em relação aos filhos havidos na constância do casamento ou não, e entre os biológicos e adotivos, o que podia ser observado na Lei n. 3.071/1916 (...). A CRFB/88, portanto, implantou uma nova perspectiva para o Direito de Família, e, especificamente, para o direito de filiação, a partir do § 6 do art.227. Dessa forma é incompatível com o atual ordenamento jurídico brasileiro qualquer entendimento ou disposição que, arbitrariamente e sem qualquer fundamento biológico e razoável, venham a diferenciar os filhos de uma mesma pessoa, qualquer que seja a natureza da sua origem e a relação jurídica de seus genitores.<sup>62</sup>

Reforça ainda, Guimarães Nóbrega:

A norma a ser construída a partir do art. 1.798 do Código Civil brasileiro deve observar a Constituição e sua principiologia, do que se infere que esta norma deve prestar obediência ao § 6 do art. 277 da CF/88, o qual é uma concretização do princípio constitucional da isonomia. Assim sendo, diante da possibilidade de se conceber uma pessoa após a abertura da sucessão, por meio de técnica de

---

<sup>60</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 23/24.

<sup>61</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006. p, 175/176.

<sup>62</sup> NOBREGA, Dário Alexandre Guimarães. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magester. 2011. p, 48.

reprodução humana assistida não se pode aceitar que o art. 1.798 suprarreferido determine que a pessoa não tenha legitimidade sucessória, pois, em sendo filha do autor da herança, estaria sendo tratada de forma desigual em relação aos demais filhos, que já estavam vivos ou concebidos no momento da abertura. Interpretar desta forma este artigo é afrontar a Constituição e desconsiderar seu papel de norma que valida materialmente as demais normas do ordenamento jurídico.<sup>63</sup>

O princípio posto em questão não admite distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e *sucessão*; permite-se assim o reconhecimento, a qualquer tempo, de filhos fora do casamento e veda designações discriminatórias relativas à filiação.

Assevera Pablo Stolze e Pampolha Filho que:

Não há, pois, mais espaço para a distinção entre *família legítima* e *ilegítima*, existente na codificação anterior, ou qualquer outra expressão que deprecie ou estabeleça tratamento diferenciado entre os membros da família.<sup>64</sup>

Dessa maneira, portanto, desde o "nascimento" da atual Constituição Federal, temos no Brasil a plena, total e necessária igualdade entre os filhos com o conseqüente tratamento unitário, igualitário e isonômico entre eles, e, por conseguinte, não mais ensejando em relação a estes filhos qualquer modo de diferenciação, constrangimento ou discriminação como ocorria anteriormente ao atual Texto Maior.

Reforçando o que já foi explicitado, à luz do princípio supramencionado e estudado, tem-se que seria inadmissível promover qualquer distinção existente entre filhos. Embora tenha sido o legislador infeliz ao não reconhecer expressamente o direito sucessório na legislação infraconstitucional ao filho concebido *post mortem*, há que se impor a imperatividade e hierarquia da Constituição da República de 1988, que é o alicerce de todas as demais normas do ordenamento jurídico.

---

<sup>63</sup>Idem. p, 54.

<sup>64</sup> GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 622.

Todas as normas devem ser interpretadas na base da constituição. Nada mais apropriado ao caso, que citar: A hierarquização das normas no ordenamento jurídico em: “TEORIA PURA DO DIREITO” de Kelsen, a fim de atentar para a supremacia da constituição à legislação infraconstitucional:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.<sup>65</sup>

## 2.2 – DIREITO SUCESSÓRIO DOS FILHOS: PROIBIÇÃO DO RETROCESSO E A SEGURANÇA JURÍDICA.

O princípio da *sainsine* traduz-se precisamente no art. 1.784 do Código Civil, consiste assim em uma ficção jurídica que proporciona aos herdeiros a posse imediata do patrimônio deixado causa mortis pelo falecido.

Com a morte, abre-se a sucessão. Torna-se então indispensável a apuração de sua autenticidade. A transmissão hereditária opera-se com a morte, que deve ser provada, no plano biológico pelos meios de que se vale a Medicina, e no plano jurídico, pela certidão passada pelo oficial do Registro Civil, extraída do registro de óbito (Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art.77). (...) A morte determina, então, a abertura da sucessão, passando os bens do defunto aos seus sucessores, que estejam vivos naquele momento, independentemente de se acharem presentes, ou de qualquer ato seu. Daí dizer que a morte é um fato imutável.<sup>66</sup>

Na acepção jurídica, para Maria Helena Diniz o vocábulo sucessão apresenta:

Juridicamente, o termo sucessão indica o fato de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de uma outra pessoa. Sucessão é a continuação em outrem de uma relação jurídica que cessou para o respectivo sujeito, constituindo um dos modos, ou títulos, de transmissão ou de aquisição de bens, ou de direitos

<sup>65</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p, 155.

<sup>66</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: VI: Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p, 13/14.



patrimoniais. A ideia de sucessão gira em torno da permanência de uma relação jurídica, que subsiste apesar da mudança dos respectivos titulares.<sup>67</sup>

A ordem de vocação hereditária é prevista no art. 1.829 do CC, e o novo Código Civil contempla os descendentes em primeira classe, em concorrência com o cônjuge do *de cujus*, diferentemente do que dispunha o Código Civil de 1916.

Doutrina Diniz ao dispor que:

Com a abertura da sucessão legítima, os descendentes do *de cujus* são herdeiros por excelência, pois são chamados em primeiro lugar, adquirindo os bens por direito próprios (CC, art.1.829, I). E, além disso, são herdeiros necessários (CC, arts. 1.845 e 1.846), de forma que o autor da herança não poderá dispor, em testamento ou doação, de mais da metade de seus bens. (...) Esses herdeiros sucessíveis da primeira classe constituem-se pelos filhos, netos, bisnetos, trinotos, tetranetos, etc., excluindo-se os demais de outras classes, e sucedem para o infinito, sem distinção de sexo, idade, desaparecendo o privilégio da varonia ou da primogenitura. Todos herdaram em igualdade de condições (CF, art. 227, § 6).<sup>68</sup>

Assim, o Código Civil de 2002 foi claro ao dispor do direito sucessórios dos filhos. A controvérsia existente é a referente ao direito do filho póstumo, a qual, o Código Civil foi infeliz ao se omitir.

Passemos agora a fazer breves considerações acerca da sucessão legítima e testamentária.

Com a morte de alguém, verificar-se-á, primeiramente, se o falecido deixou testamento indicando como será partilhado seu patrimônio. Em caso negativo, ou melhor, se faleceu sem que tenha feito qualquer declaração solene de última vontade; se apenas dispôs parte dos seus bens em testamento válido; se seu testamento caducou ou foi considerado ineficaz ou nulo ou, ainda, se havia herdeiros necessários, obrigando a redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, a lei promoverá a distribuição, convocando certas pessoas para receber a herança, conforme ordem nela estabelecida, que se denomina *ordem de vocação hereditária*. Em todas essas hipóteses ter-se-á sucessão legítima que é a deferida por determinação legal. A sucessão legal absorverá a totalidade da herança de o autor sucessor falecer sem deixar testamento, ou se nulo ou caduco for o testamento por ele feito.<sup>69</sup>

Assim, na sucessão legítima, os herdeiros são convocados segundo uma ordem legal estabelecida no Código Civil, de forma que uma classe de herdeiros só será chamada quando

---

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 6. Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 25.

<sup>68</sup> Idem. p. 127.

<sup>69</sup> Idem. p. 121.

faltarem herdeiros da classe precedente, havendo uma hierarquia de obedecendo a uma ordem.

Nosso Código Civil admite, além da sucessão legítima, que se dá em virtude de lei e nas hipóteses estabelecidas no Código Civil, a sucessão testamentária, em que a transmissão dos bens do falecido se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade exigida por lei, prevalecendo as disposições normativas naquilo que for *ius cogens*<sup>70</sup>, bem como no que for omissivo o testamento.<sup>71</sup>

Diniz afirma que:

A disposição de bens por testamento é um corolário do direito de propriedade, como assevera Silvio Rodrigues, pois a norma jurídica completa a extensão desse direito, permitindo a seu titular, com uma amplitude maior ou menor, ditar o destino de seus bens após o seu falecimento, sendo-lhe lícito: dispor de parte de seu patrimônio ou da sua totalidade, na falta de herdeiros necessários; instituir herdeiro ou distribuir os bens em legados; gravar os bens de cláusula restritivas, mesmo quanto às legítimas; possibilitar a substituição do favorecido.<sup>72</sup>

Dadas as considerações anotadas, resta saber em qual sucessão se encontra o filho concebido *post mortem*.

Caio Mario, entende que em realidade, ocorrendo a concepção, por processo artificial, depois da morte do pai, não há que se *presumir* sua contemporaneidade com um casamento *sabidamente* dissolvido por aquele óbito anterior: a hipótese é claramente de *ficção jurídica*, e não de verdadeira presunção:

Resta saber como semelhante “presunção” (ficção) se harmoniza com a regra do artigo 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às pessoas nascidas ou 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 um processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão<sup>73</sup>

Assim, estaria o filho concebido *post mortem*, incluso na ordem de vocação hereditária, sendo chamado a suceder a herança do *de cuius* pela sucessão legítima, por estar inserido no rol do art. 1.829, inciso I do Código Civil de 2002.

---

<sup>70</sup> Tradução nossa: Direito convincente

<sup>71</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 6. Direito das Sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 199.

<sup>72</sup> Idem. p. 25.

<sup>73</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: VI: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 27.

E quanto a sucessão testamentária? Dispõe o artigo. 1.857 CC 2002 – “*Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.*”<sup>74</sup>

Observando a regra do artigo 1.857, não poderia o filho concebido *post mortem*, ser considerado herdeiro testamentário, por já ser herdeiro legítimo.

Entretanto, não é o que entende Rodrigo da Cunha Pereira:

(...), tal regra é inserida no âmbito do artigo 1.798, do Código Civil de 2002, de forma mais técnica porque se refere tanto a sucessão legítima, quanto à sucessão testamentária.<sup>75</sup>

Ademais, dispõe o art. 1.799 do Código Civil: “*Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.*”<sup>76</sup>

Percebe-se que o dispositivo indica outras pessoas que podem ser contempladas, além das já concebidas ou nascidas no momento da abertura da sucessão. É uma exceção à regra geral que permite que os filhos não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, e vivas ao abrir a sucessão, venham a receber herança.<sup>77</sup>

Estaria assim, pelo diploma do art. 1.799 do Código Civil o filho *post mortem* contemplado na sucessão testamentária. Estamos, portando, diante da denominação sucessão mista, por entender-se que essa eventual prole se encontra contemplada tanto na sucessão testamentária, se indicada assim, pelo testador no testamento e na sucessão legítima, caso o testador não disponha acerca do direito de herança garantido.

A doutrina entende que tal prole eventual esteja incluída na ordem de vocação hereditária, sendo protegida pelo diploma do art. 227, § 6, há que se ressaltar ainda, que o Texto Maior implicitamente veda a supressão de direitos já consagrados aos indivíduos, deve-se assim garantir uma proteção constitucional ao nível já atingido e concretizado para que não haja nenhuma afronta a Constituição.

<sup>74</sup> BRASIL, Código Civil. Lei: 10.406/2010 Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 09/10/2014.

<sup>75</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006. p, 170/171

<sup>76</sup> BRASIL, Código Civil. Lei: 10.406/2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 09/10/2014.

<sup>77</sup> CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magester. 2012. p, 105.

Vivemos hoje uma nova configuração familiar, reorganizada em modos e meios diferentes de constituição, rerepresentada sob distintos modelos, reformada quanto ao destino que cada um passa a ter dentro do núcleo, exatamente por causa dos novos papéis, tudo isso seguramente importando numa nova visão do fenômeno das famílias que não pode ser ignorado.

J.J. Canotilho, afirmar que:

O princípio da proibição ao retrocesso social pode ser descrito com o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.<sup>78</sup>

Assim, esse superior princípio não pode neutralizar ou minimizar um direito ou uma garantia constitucionalmente consagrada. Vetar o direito sucessório do filho seja ele concebido anteriormente a sucessão do falecido, ou posteriormente, como é o caso do filho póstumo, seria um aviltamento ao Texto Maior.

Ao vedar o retrocesso, Pablo Stolze e Gagliano ensinam que respeita-se, por consequência, o princípio maior da dignidade da pessoa humana:

Dentre os princípios jurídicos, sobressaem, inegavelmente, os princípios constitucionais. Isso porque os princípios da Constituição de 1998, situados no ápice do sistema jurídico, ao expressar valores ou indicar fins a serem alcançados pelo Estado e pela sociedade civil, irradiam-se pela totalidade do direito positivo nacional. É o que sucede com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, II, da Carta Magna. A dignidade se afigura como a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida e protegida. A aceitação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim, a aceitação da sua capacidade de produzir efeitos jurídicos, através das modalidades de eficácia positiva, negativa, vedativa ao retrocesso e hermenêutica.<sup>79</sup>

Compreende-se assim, que a eficácia vedativa do retrocesso se afigura como uma derivação da eficácia negativa, segundo a qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas.

<sup>78</sup> LIMA, Daniela de. **Segurança Jurídica na Teoria Pura de Hans Kelsen** *apud* CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Livraria Almedina, Coimbra, 1998. p, 264. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10653](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10653). Acesso em: 09/10/2014 2014.

<sup>79</sup> GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 78.

Assim, com olhos postos, no princípio constitucional da vedação ao retrocesso, seria incabível se falar no não reconhecimento do direito sucessório ao filho concebido *post mortem*, o que suprimiria um direito consagrado no inciso XXX, do art. 5º da Constituição da República de 1998, o qual dispõe acerca do direito de herança.

Lado outro, tem-se a questão da segurança jurídica, que no caso em estudo pode ser resolvida mediante a estipulação de prazos para que o herdeiro *post mortem* possa reivindicar o seu direito de herança, a fim de que os herdeiros já existentes à época da abertura da sucessão tenham a garantia necessária para o desenvolvimento das suas relações sociais, tendo desse modo seus direitos protegidos contra terceiros de boa-fé.

\ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho:

A segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos poderes públicos, uma vez realizadas “[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes”. Quanto ao segundo, refere-se à “[...] exigência de certeza e calculabilidade, por parte dos cidadãos, em relação aos efeitos jurídicos dos actos normativos.”<sup>80</sup>

A segurança jurídica consiste assim em um princípio que objetiva garantir a estabilidade nas relações jurídicas.

Assevera ainda José Afonso da Silva:

A segurança jurídica pode ser compreendida em sentido amplo e em sentido estrito. No primeiro ela refere-se ao sentido geral de garantia, proteção, estabilidade de situação ou pessoa em diversos campos. Em sentido estrito, a segurança jurídica assume o sentido de garantia de estabilidade e de certeza dos negócios jurídicos, permite que as pessoas saibam previamente que, uma vez envolvidas em certa relação jurídica, esta se mantém estável, mesmo se alterar a base legal sob a qual se instituiu.<sup>81</sup>

Desse modo, a fim de ser resguardada a segurança jurídica, parte da doutrina entende que, caso a técnica da inseminação artificial homóloga *post mortem* venha a ser realizada, isto deve ocorrer no prazo máximo de dez anos, em consonância com o art.205 do Código Civil, prazo da ação de petição de herança, e com a súmula 149 do STF que enuncia: “é imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

<sup>80</sup> LIMA, Daniela de. **Segurança Jurídica na Teoria Pura de Hans Kelsen** *apud* CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Livraria Almedina, Coimbra, 1998. p, 264. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10653](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10653). Acesso em: 09/10/2014 2014

<sup>81</sup> SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 17.

Nessa linha pensamento encontra-se Caio Mario ao dispor que:

Juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela. O problema se estabelece com a distinção entre o *status* que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda pretensão exigível prescreve. O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas, no sistema do Código Civil (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança decorridos 10 anos da abertura da sucessão (petição de herança).<sup>82</sup>

Nesse sentido, é necessário que haja ponderação de critérios para efeitos de uma nova partilha em face da lesão ao princípio da segurança jurídica. A ponderação nesse caso, é um instrumento para tentar solucionar um embate de direitos resguardando a segurança nas relações jurídicas.

Dispõe Maria Celina Bodin:

Essa técnica de aplicação dos princípios constitucionais tem sido sustentada pelos constitucionalistas da atualidade, tanto no Brasil quanto nos países com sistemas semelhantes. A ponderação faz-se normalmente entre esferas jurídicas distintas, de duas ou mais pessoas, eis que o direito regula, em linha de princípio, uma dimensão objetiva, exteriorizada, e não a dimensão subjetiva ou mental, que afinal pode ser conhecida somente pelo sujeito protagonista. (...). A ponderação é um mecanismo que serve para se tentar resolver uma colisão de direitos, hierarquizando-os no caso concreto.<sup>83</sup>

A ponderação é a base para o equilíbrio das relações sociais para que não haja desproporção nas eventuais lides que posam vir a acorrer, e para que haja a manutenção da ordem estabelecida pela Constituição Federal e da proteção aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Atesta Alexy acerca da ponderação de princípios:

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitindo-, um dos princípios terá que ceder. Isso significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições (...) Nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e os princípios com maior peso têm maior precedência.<sup>84</sup>

<sup>82</sup>PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: VI: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 60/61.

<sup>83</sup>MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da Pessoa Humana- Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010. p, 187/188.

<sup>84</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p, 93/94.

O que se buscou no segundo capítulo da presente pesquisa foi alcançar uma medida principiológica constitucional para resguardar o direito à herança do filho póstumo, já que a legislação infraconstitucional foi omissa ao dispor acerca da sucessão dessa prole eventual.

Buscou-se ainda demonstrar, que, embora possa haver conflitos entre duas situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um princípio de igual importância hierárquica, a medida da ponderação deverá ser observada para que a segurança jurídica seja respeitada.

### **CAPÍTULO 3 - DIREITO SUCESSÓRIO E APLICAÇÃO DOS INSTITUTO DA PETIÇÃO DE HERANÇA AOS HERDEIROS DECORRENTES DE REPRODUÇÃO *POST MORTEM***

O terceiro capítulo será ramificado em dois tópicos. O primeiro, tratará do tema petição de herança e seus limites legais, tem-se aqui o intuito de incluir o herdeiro na herança mesmo após a sua divisão, tendo assim o juiz que proferir uma nova decisão para que o herdeiro *post mortem* possa ser incluído na nova decisão de partilha.

O segundo tópico, tratará a respeito da petição de herança, o instrumento processual cabível para que o filho póstumo possa reivindicar a sua parte na herança do falecido, sendo ainda, programado um prazo para que esse filho possa requer o seu direito. De um lado o filho inseminado após a morte do autor da herança e de outro os herdeiros existentes à época da sucessão. O instituto da prescrição buscará criar uma harmonia para que não haja lesão ao princípio da segurança jurídica para ambos os herdeiros.

#### **3.1 – PETIÇÃO DE HERANÇA E SEUS LIMITES LEGAIS**

Pelo diploma do art. 1.794 do Código Civil, em regra, aberta a sucessão, a herança irá se transmitir desde logo aos herdeiros legítimos e testamentários (princípio da *saisine*).

Cumprido salientar aqui, questão que pode ocorrer no curso do processo de inventário ou mesmo no final da partilha, qual seja, a existência de um herdeiro que não estava presente no momento da abertura da sucessão, como é o caso do filho póstumo.

Pelo disposto no art. 1824 do Código Civil o herdeiro poderá por meio de ação de petição de herança, demandar o seu direito sucessório para obter a restituição da herança, contra quem, na qualidade de herdeiro, a possua.



Fiuzza, doutrina acerca da ação de petição de herança ao dispor que:

Se algum herdeiro não for contemplado com a herança a que faz jus, poderá reclamar seus direitos após a abertura da sucessão pela ação de petição de herança. Esta ação poderá ser proposta mesmo após o encerramento da partilha, quando então será ela revista, recebendo o herdeiro peticionante sua quota-parte. Se esta já não mais existir, terá que ser indenizado pelos herdeiros.<sup>85</sup>

Assim, a ação de petição de herança, é uma ação pela qual herdeiro esquecido ou desconhecido reclama sua parte da herança, antes ou depois da partilha.

Muito se tem discutido, desde o direito romano, sobre a natureza jurídica da *petitio hereditatis*<sup>86</sup>. Alguns advogam que se trata de ação *pessoal*, em seu exercício, colocando-se em jogo apenas o título hereditário. Outros entendem que se cuida de ação *real*, uma vez que a herança é considerada bem imóvel, sendo uma universidade de bens. Uma terceira corrente sustenta possuir tal ação natureza *mista*, porque se destina, num primeiro plano, à apuração do título hereditário, exibindo índole eminentemente pessoal; e, num segundo, à reinvidicação universal do patrimônio, tendo natureza *real*.<sup>87</sup>

Preconiza Flávio Tartuce:

Como inovação, o CC/2002 trata da ação de petição de herança (*petitio hereditatis*), que é a demanda que visa a incluir um herdeiro na herança mesmo após a sua divisão. Trata-se de uma *ação real*, eis que, por força do art. 80, II, do CC, o direito à sucessão aberta constitui um imóvel por determinação legal.<sup>88</sup>

Tartuce entende ser a ação de petição de herança, ação real, visto que o art. 80 do Código Civil dispõe que consideram-se bens imóveis o direito a sucessão aberta, ou seja, a herança.

Dispõe ainda, Caio Mário:

Tendo direito à herança, cabe ao herdeiro a *faculdade* de reclamar a sua quota-parte. Aí reside o fundamento reacional da ação de petição de herança. Pode acontecer que, por motivo justificado ou não, casual ou propositado, deixe de comparecer e de ser habilitado no processo de inventário, e de ser contemplado a partilha. Ocorrendo, entretanto, o encerramento do inventário e a homologação da partilha, não perde o herdeiro seus direitos, embora não seja contemplado. Cumpre-lhe, então, demandar o seu reconhecimento contra qualquer possuidor ilegítimo da herança, e a entrega dos bens. Eis aí a *petição de herança*, que é uma *ação universal*, quer o promovente

<sup>85</sup> FIUZA, César. **Direito Civil-Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1.173.

<sup>86</sup> Tradução nossa: petição de herança.

<sup>87</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 124.

<sup>88</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: São Paulo: Método, 2013, p.1301.

postule a totalidade da herança, se for o único da sua classe, quer parte dela, se a sua pretensão é restrita a ser incluído como sucessor, entre os demais herdeiros.’<sup>89</sup>

Caio Mário e Tartuce tratam a ação de petição de herança como uma ação universal, pois, visa o herdeiro obter um patrimônio que não pode ser individualizado na petição inicial, cabendo assim a exceção do inciso I do art. 286 CPC, o qual dispõe acerca o pedido certo e determinado que deve conter na peça inicial.

No entanto, segundo lição de Orlando Gomes:

*A ação de estado é premissa da petição de herança, quando o título de herdeiro depende da prova de parentesco, como acontece em relação ao filho havido fora do casamento não reconhecido. Certificada a qualidade de parente sucessível, aduz o mencionado autor, não implica, entretanto, investidura na de herdeiro, assim entendido o que deveria ter sido chamado. Atesta, porém a qualidade sucessória, positiva-se o direito à herança, legitimando-se o pedido de restituição dos bens hereditários.*<sup>90</sup>

Assim, é ação real, malgrado tal entendimento não seja uniforme. É, porém, o que predomina na doutrina.

Ainda quanto a natureza jurídica, Fiuza assevera:

O Código Civil de 2002 é claro a respeito. O art. 1.824 confere à ação de petição de herança caráter declaratório: “o herdeiro pode [...] demandar o **reconhecimento** de seu direito sucessório, [...]” (Grifamos). Em outras palavras, o juiz reconhecerá a existência de algo que já é real, ou seja, o direito sucessório, decorrente da Lei ou do testamento. É óbvio que a ação, além de declaratória, será também condenatória, num segundo momento, uma vez que o peticionante reivindicará seu quinhão, o herdeiro deverá respeitar o prazo genérico de prescrição, consistente em 10 anos, contados da abertura da sucessão.<sup>91</sup>

Assim, além de declaratória por declarar o magistrado na sentença o direito sucessório ao herdeiro, será também condenatória, ao passo que, o herdeiro requererá sua parte da herança a quem couber de direito.

A ação de petição de herança, ainda que exercida por um só dos herdeiros, poderá compreender todos os bens hereditários (art. 1.825 do CC). Isso porque a herança, antes da partilha, constitui um bem indivisível, por força do art. 1791 do Código Civil. Em havendo a citada devolução, o possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo,

<sup>89</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: VI: Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 58.

<sup>90</sup> GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 261.

<sup>91</sup> FIUZA, César. **Direito Civil-Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1.173.

sendo fixada a sua responsabilidade segundo a sua posse, se de boa ou má-fé (art. 1.826, *caput*, do CC).<sup>92</sup>

Quanto a legitimidade passiva, segundo o art. 1.824 do Código Civil, ação terá cabida contra o possuidor *pro herede*, ou contra o possuidor originário que detenha os bens a outro título. Possuidor *pro herede* é aquele que possui na condição de herdeiro.<sup>93</sup>

Nessa linha, dispõe Carlos Roberto Gonçalves:

Legitimado *passivamente* é o possuidor dos bens hereditários, com o título de herdeiro ou outra qualificação, ou mesmo sem título. Réu nessa ação é, assim, a pessoa que está na posse da herança, como se fosse herdeiro (possuidor *pro herede*), aparentando a qualidade e assumindo a posição de herdeiro, sem que, verdadeiramente, herdeiro seja, ou que tem a posse de bens hereditários sem título algum que a justifique.<sup>94</sup>

Assim, o legitimado passivo da demanda é o possuidor da herança, independentemente de ser ou não verdadeiramente herdeiro.

Quanto a legitimidade ativa, doutrina ainda Carlos Roberto:

Cabe tal ação a quem se intitula *herdeiro* e reivindica esse *título*, com o objetivo de obter a restituição da herança, no todo ou em parte. Consideram-se *ativamente* legitimados tanto o sucessor sem testamento como o testamentário, o sucessor ordinário como o reconhecido por ato voluntário dos pais ou por sentença proferida na ação de investigação de paternidade.<sup>95</sup>

No que concerne aos efeitos que a sentença, reconhecida a qualidade de herdeiro do autor da demanda, o efeito natural e principal é a satisfação da pretensão com a transmissão da titularidade deixada pelo falecido.

O trânsito em julgado da decisão, gerará o reconhecimento da ineficácia da partilha. Assim será feita a retificação da partilha anteriormente homologada com a subsequente inclusão do novo herdeiro.

Em relação ao herdeiro aparente, sendo ele possuidor e condenado na ação de petição de herança, deverá restituir os bens com todos os acessórios.

Nesse sentido doutrina, César Fiuza:

O herdeiro vencedor devolve-se a herança com todos os acessórios e mesmo os frutos e rendimentos, se o possuidor for declarado em mora. Não se caracterizando mora por parte do vencido, caberão a ele as benfeitorias, úteis e necessárias. Quanto as voluptuárias poderá leva-las, se não houver risco de destruição ou deterioração.<sup>96</sup>

<sup>92</sup> TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2013, p.1301

<sup>93</sup> FIUZA, César. **Direito Civil-Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1.106.

<sup>94</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 127/128.

<sup>95</sup> Idem. p. 127.

<sup>96</sup> FIUZA, César. **Direito Civil-Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1.106.

Do mesmo modo, Carlos Roberto:

Reconhecida a qualidade hereditária do autor da petição de herança, deflui como efeito natural e principal a transmissão da titularidade do patrimônio deixado em seu favor. A procedência da ação, decretada em sentença transitada em julgado, gera o reconhecimento da ineficácia da partilha em relação ao autor da ação, dispensada a sua anulação. Basta o simples pedido de retificação da partilha realizada anteriormente (...) O herdeiro aparente, condenado na ação de petição de herança, tem de restituir os bens com todos os seus acessórios. Responderá, ainda, por perdas e danos, bem como pelos frutos que tiver colhido. (...) Quanto as volutuárias, reconhece-lhe a lei, somente no caso de boa-fé, o *jus tollendi*, que é o direito de de retirá-las, se puder fazê-lo sem danificar a coisa (art. 1.220).<sup>97</sup>

Por todo o exposto, e em suma, o instituto da ação de petição de herança, visa incluir o herdeiro pretérito na nova partilha homologada pelo Magistrado. Entretanto, para que isso ocorra, a partilha anterior deverá ser ratificada para que a pretensão autoral seja satisfeita.

### 3.2 - A PETIÇÃO DE HERANÇA E O RECONHECIMENTO DO DIREITO SUCESSÓRIO AOS FILHOS HAVIDOS POR REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*: PRAZO PRESCRICIONAL E SEGURANÇA JURÍDICA NA SUCESSÃO LEGÍTIMA.

Sabe-se, por todo o conteúdo já estudado que o filho póstumo é considerado filho do *de cujus*, não restando aí, controvérsia, haja vista o disposto no inciso III, do art. 1.597 do Código Civil. O que causa controvérsia é a lacuna existente na legislação infraconstitucional acerca do direito sucessório desse filho. Contudo, o capítulo 2 da presente pesquisa tratou acerca da constitucionalização do direito civil, restando assim concluído que as normas do direito civil necessitam ser interpretadas com reflexo das normas constitucionais.

Por isso, afirma-se aqui, que pelo diploma do já estudado art. 227, § 6º da CR/1998, não há que se falar na possibilidade do direito sucessório não ser estendido a essa prole, sendo o filho póstumo legitimado a suceder o autor da herança, portanto, cabível para aquele a ação de petição de herança, é o que preconiza Dário Alexandre Guimarães Nóbrega:

Concorda-se que a legitimação sucessória do concebido *post mortem* somente é viável nos casos de reprodução humana assistida homóloga, quando os gametas empregados na concepção são provenientes de pessoas casadas ou em união estável, portanto somente nessas hipóteses é que se presume a paternidade, conforme inciso III do art. 1.597 do Código Civil brasileiro. (...) A aquisição de direitos sucessórios ficaria condicionada, todavia, a seu nascimento com vida e ao exercício da ação judicial

<sup>97</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 129/130

denominada Petição de Herança, prevista nos arts. 1.824 a 1.828 do Código Civil brasileiro. Tal ação é cabível para o herdeiro que não participou do inventário e da partilha da herança tenha seu direito sucessório reconhecido e possa obter sua quota-parte.<sup>98</sup>

Na mesma linha, doutrina Albuquerque Filho:

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 pretérito objetiva não só a declaração da qualidade de herdeiro como também a restituição do patrimônio deixado pelo falecido.<sup>99</sup>

Todavia, embora a possibilidade de ser herdeiro seja direito constitucionalmente garantido, deverá o prazo agir como um vetor, com o propósito de garantir a segurança jurídica. Nessa perspectiva o direito criou institutos como a prescrição para coibir maiores inseguranças.

Na precisa observação de Pampolha Filho e Pablo Stoze:

O ordenamento jurídico deve buscar prever, na medida do possível, a disciplina das relações sociais, para que todos saibam – ou tenham a expectativa de saber – como devem se portar para o atendimento das finalidades – negociais ou não – que pretendam atingir. Para isso, não é razoável, para a preservação do sentido de *estabilidade social* e *segurança jurídica*, que sejam estabelecidas relações perpétuas, que podem obrigar, sem limitação temporal, outros sujeitos, à mercê do titular.<sup>100</sup>

Desta forma, o tempo considerado um fato jurídico natural tem enorme importância nas relações jurídicas travadas na sociedade, uma vez que tem grandes repercussões no nascimento, exercício e extinção de direitos.

Quanto a ação de petição de herança, malgrado tais entendimentos doutrinários acerca da imprescritibilidade da ação, o Supremo Tribunal Federal, proclamou que a ação não é imprescritível, editando a súmula 149, contendo o seguinte teor: “*É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança*”.<sup>101</sup>

Como já citado na presente pesquisa por Caio Mário, não há que se confundir a ação de investigação de paternidade que é ação imprescritível, pois o *status* de filho é imprescritível, indisponível e irrenunciável, (ação de estado), quanto a ação de petição de

<sup>98</sup> NÓBREGA, Dário Alexandre Guimarães. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magister. 2011. p, 55/56.

<sup>99</sup> ALUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante de. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006. p, 174.

<sup>100</sup> GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012. p, 488.

<sup>101</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_101\\_200](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200)>. Acesso em: 22/10/2014.

herança, (ação real), que embora se busque a qualidade de herdeiro, o seu principal objetivo é a busca da pretensão econômica, essa sim prescreve.

Parte da doutrina entende, que a supracitada súmula do Supremo Tribunal Federal deverá ser aplicada em consonância com a regra do art. 205 do Código Civil de 2002 que dispõe: ‘‘Art. 205. A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.’’<sup>102</sup>

É o que preconiza C ezar Fiuza:

   óbvio que a a o, além de declaratória, será também condenatória, num segundo momento, uma vez que o peticionante reivindicar  seu quinhão hereditário. Para reivindicar seu quinhão, o herdeiro deverá respeitar o prazo genérico de prescri o, consistente em 10 anos, contados da abertura da sucessão.<sup>103</sup>

Preleciona ainda Caio Mário:

O filho terá a a o sempre que para se fazer reconhecer (a o de estado, imprescritível); mas, no sistema do novo Código Civil (art. 205), não poderá exercer pretensão   herança depois de decorridos 10 anos da abertura da sucessão (peti o de herança).<sup>104</sup>

No direito nada é eterno, assim, em prote o aos princípios da segurança jurídica (princípio implícito na CF/88, inciso, XXXVI), e da boa-fé, o prazo age como vetor de garantia de estabilidade das rela es jurídicas. Não se pode litigar a justiça de um lado, exterminando de forma grotesca e desigual os direitos dos filhos concebidos pela reprodu o assistida *post mortem*, dado os postulados constitucionais. Contudo, é preciso que se atente para o exercício dos direitos dos demais herdeiros envolvidos no procedimento da partilha hereditária.

Quer-se aqui buscar um equilíbrio social para que não haja supressão de direitos e princípios garantidos para ambas as partes da lide.

Dada essa temática, e voltando ao cerne da questão, não há que se cogitar a possibilidade do não reconhecimento sucessório aos filhos nascidos da técnica de insemin o artificial homóloga *post mortem*, pois são sucessores legítimos. Não se justifica afastar os efeitos patrimoniais, a essa prole. Essa sistemática   reminiscência do Código Civil anterior que dava tratamento diferenciado aos filhos. Contudo, a nova legisla o garante o vínculo

<sup>102</sup> BRASIL, Código Civil. Lei: 10.406/2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 22/10/2014.

<sup>103</sup> FIUZA, César. **Direito Civil-Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 1.107.

<sup>104</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Institui es de direito civil: VI: Direito das Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 61.

entre pai e filho, mesmo que ocorra após a morte (art. 1597, III, do Código Civil de 2002), não se justificando assim privar a classe da legitimação para recolher a herança, parâmetro posto no diploma do art. 227, parágrafo 6º da Constituição da República de 1988.

Conclui-se assim, que, embora deva haver uma nova partilha para ser garantido direito à herança ao filho póstumo, o que, em tese, feriria o direito adquirido dos herdeiros existentes à época da sucessão, tem-se aqui o prazo prescricional (súmula 149 STF e art. 205 CC), como guardiões da segurança jurídica. O que impede o desequilíbrio e incerteza nas relações sociais, bem como a supressão de direitos garantidos constitucionalmente aos cidadãos provenientes dessa técnica assistida e os herdeiros existentes à época da abertura da sucessão.

## CONCLUSÃO

Dado os avanços na Biomedicina, a Biotecnologia de reprodução humana provocou uma mudança no fenômeno da procriação que, hoje, está a exigir uma redefinição do conceito jurídico de paternidade. Não se criou um modelo familiar novo, imposto à sociedade, fato é, que a própria família que mudou, alterando sua montagem, e assim, a lei deve acompanhar estas transformações.

A fecundação artificial *post mortem* é procedimento não regulamentado em nossa legislação infraconstitucional. Entretanto, mencionado pelo legislador no Código Civil. Realizada a fecundação surge a presunção de paternidade, (art. 1.597, III do CC), desta forma, a lei garante o vínculo (pai e filho). Quanto aos direitos patrimoniais da herança o mencionado Código foi omissivo, ainda mais porque hipoteticamente à luz do art. 1.798 do referido Código legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão.

Contudo, não se justifica privar o infante do direito patrimonial, o que feriria os princípios constitucionais da igualdade entre os filhos e da dignidade da pessoa humana. Inegável assim a legitimidade sucessória pelo concebido *post mortem*.

Não teria sentido, esta prole ser reconhecida como filho, se lhe for negado os direitos hereditários(patrimonial), do autor da herança.

A igualdade entre os filhos preconiza tratamento igualitário a todos os filhos, sendo defeso qualquer limitação ao filho concebido *post mortem*. Assim, o filho concebido após a morte deve ter todos os seus direitos garantidos no campo sucessório, sendo contemplado ao nascer como herdeiro legítimo com olhos postos no princípio constitucional da igualdade entre os filhos.

Como já mencionado, a lei é omissiva. Daí vem a necessidade de se interpretar a legislação infraconstitucional à luz da Constituição da República de 1998, baseando-se na ideia de princípios por serem o alicerce na ordem jurídica democrática. Nessa temática, havendo colisão entre princípios, como é o caso dos princípios tratados na presente pesquisa (dignidade da pessoa humana X segurança jurídica), o mais adequado é o uso de um processo de “ponderação ou balanceamento” de princípios, para que não haja lesão aos herdeiros já existentes e nem a prole concebida posteriormente ao falecimento do autor da herança.



Desta forma, é importante ainda estabelecer um prazo para a reclamatória do filho póstumo, (garantia da segurança jurídica), fixando-se um prazo prescricional nos parâmetros da súmula 149 do STF em conjunto com o art. 205 do Código Civil de 2002. Prazo este, estabelecido para o ajuizamento da ação de petição de herança, instrumento processual cabível para que o filho póstumo possa requerer seu direito constitucionalmente a herança garantido, (art. 5º, XXX da CF88).

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante de. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. **Código civil comentado: Direito das Sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 104.

BRASIL, Código Civil. Lei: 10.406/2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_101\\_200](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_101_200)>.

CABRAL, Hideliza Lacerda Tinoco Boechat. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magester, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. São Paulo: Coimbra, 2008.

COSTA, Sergio Ibiapina Ferreira. et al. **Iniciação à bioética-Conselho Federal de Medicina**. Brasília: CMJ On Line, 1998.

Diário de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: ><http://www.jusbrasil.com.br/diarios/17979843/pg-498-judicial-1-instancia-capital-diario-de-justica-do-estado-de-sao-paulo-djsp-de-21-05-2008>.<

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: RT, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: 6. Direito das Sucessões**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FILHO, Carlos Cavalcante de Albuquerque. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006.

FIUZA, César. **Direito Civil-Curso Completo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GAGLIANO, P.; FILHO PAMPOLHA, R. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p, 261.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 1999.

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

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da Pessoa Humana- Estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

NAMBA, Edson Tetsozo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas. 2009.

NOBRE JUNIOR, Edson Pereira. **O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Atlas.

NOBREGA, Dário Alexandre Guimarães. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magester. 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: V. VI: Direito das Sucessões**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: VI: Direito das Sucessões**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **ANAIS V Congresso Brasileiro de Direito de Família**. São Paulo: IOB Thomason, 2006.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade. Aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

SILVA, José Afonso da. **Constituição e segurança jurídica**. São Paulo: Malheiros. 2001

SILVEIRA, Gabriela Nogueira Tomaz da. **Revista Brasileira de Direito de Famílias e Sucessões**. São Paulo: Magester. 2013.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Método, 2013.