

**CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA  
CURSO DE DIREITO**

**SUCCESSÃO DO EMBRIÃO FRUTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA  
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

**RAQUEL BATISTA LIRA**

**CARUARU**

**2017**

**RAQUEL BATISTA LIRA**

**SUCCESSÃO DO EMBRIÃO FRUTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA  
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

**Versão total da Monografia apresentada à Prof. MSc. Renata de Lima Pereira como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, para ser submetida à banca examinadora em sessão de defesa oral pública.**

**CARUARU**

**2017**

## **BANCA EXAMINADORA**

Aprovada em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

---

Presidente: Professora Mestra Renata Lima

---

Primeiro avaliador:

---

Segundo avaliador:

## DEDICATÓRIA

*Dedico esse trabalho primeiramente a Deus, que sempre esteve à frente de todos meus projetos, sem Ele e sua infinita bondade nada disso seria possível. Aos meus pais, por todo esforço e dedicação que tiveram comigo desde pequena, assim como toda minha família. De modo especial à memória de Ana Paula, minha tia, que sempre me apoiou na caminhada profissional, que ela possa interceder por mim sempre.*

## AGRADECIMENTOS

A Deus por tudo que Ele realiza na minha vida, principalmente, por sua infinita providencia diante das inúmeras dificuldades enfrentadas, que me permitiram pouco a pouco ir concluindo mais uma etapa do meu ciclo acadêmico, fazendo se cumprir as palavras de Santa Teresinha do menino Jesus quando diz: “O bom Deus não inspira desejos irrealizáveis”

Aos meus pais, agradeço de coração, todo o zelo que tiveram pela minha educação, e por todo o esforço que realizaram para garantir que eu pudesse ter oportunidade de ir em busca dos meus sonhos, dando todo suporte necessário e acima de tudo por toda confiança que me deram diante de cada dificuldade, assim como minha família que acreditou e sonhou junto comigo.

Aos meus irmãos de Comunidade por todo amor mútuo que me ofereceram no decorrer desses anos todos, e por estarem comigo nessa caminhada, sempre se fazendo *lumen* quando por vezes as coisas apareciam escuras. De modo particular, a minha madrinha Ir. Bernadete, por todas suas orações e por sempre me renovar as energias nos momentos de aflição.

Pelas as amigas que eu pude construir na escola e que continuam do meu lado me acompanhando desde o começo dessa jornada: Beatriz Caldas, Maysa Marinho e Tatyana Tabosa, e também aquelas que vieram do colégio e se fortaleceram ainda mais na faculdade, da mesma forma, as que eu pude construir no decorrer do curso, agradeço de modo especial à Allany Chagas, Flavia Gabrielle, Lorena Lins, Maria Clara Gomes, Natália Torres e Vivian Natália, vencemos o bom combate, além de Clara Raquel, Dayanne Carvalho, Maria Emília Léo e Terena Guimarães, que nesse ano em particular estiveram ao meu lado, suportando cada estresse e todas as agonias que esse trabalho gerou. A minha orientadora, professora Renata Lima, por ter me conduzido nessa etapa acadêmica, meu muito obrigado.

Por fim e não menos importante, aquelas que me ajudaram com toda parte ortográfica, lendo e me ajudando à corrigir quando a vista já não suportava mais, meu muitíssimo obrigado à Jailma Barbosa e Thais Cordeiro por todo cuidado, e por arrumarem tempo para me ajudar nesse trabalho, ele carrega um pedacinho de vocês também.

## EPÍGRAFE

*“Nunca perca de vista seu ponto de partida”* Santa Clara de

Assis

## RESUMO

O presente trabalho intitulado “Sucessão do embrião fruto de reprodução assistida homóloga *post mortem*” busca abordar uma situação futurista aos olhos do Direito Civil brasileiro que ainda não possui um texto normativo expondo esse respectivo assunto, que consiste na fecundação de um embrião posterior à morte do seu genitor natural, buscando expor essa lacuna do corpo normativo, perante as modificações biológicas e sociais obtidas pela espécie humana. Apresentando os direitos contraídos por esse ser em formação, desde sua concepção até o seu nascimento com vida, e buscando meios de consolidar como essa situação deveria ser abordada pelo ordenamento jurídico vigente, já que com todas as evoluções sofridas pela reprodução artificial, tal possibilidade encontra-se como uma verdadeira lacuna no que tange à conjuntura da filiação nos tempos modernos. Situação essa já vivenciada por alguns países que autorizam à fecundação *post mortem* entre os seus habitantes. A metodologia utilizada foi o método dedutivo e em relação ao tipo de pesquisa foi o qualitativo. O objetivo do trabalho foi estudar a ausência de norma que verse sobre o direito sucessório do embrião fruto de reprodução assistida homóloga *post mortem*.

**Palavras chaves:** Sucessão; reprodução artificial; filiação; embrião

## ABSTRACT

The present work entitled "Succession of the embryo fruit of assisted reproductive *post mortem*" seeks to address a futuristic situation in the eyes of Brazilian Civil law that does not yet have a normative text exposing this respective subject, which consists in the fertilization of an embryo after the death of his natural genitor, seeking to expose this lacuna of the normative body, before the biological and social modifications obtained by the human species. Presenting the rights contracted by this being in formation, from conception until its birth with life, and seeking ways to consolidate how this situation should be addressed by the current legal system, due to the evolutions suffered by artificial reproduction, such possibility finds are a real gap in the conjuncture of the affiliation in the modern times. This situation has already been experienced by some countries that authorize post-mortem fertilization among its inhabitants. The methodology used was the deductive method and qualitative method in relation to the type of research. The objective of this work was to study the absence of norms that guarantee the rights of an embryo that is the product of assisted reproduction *post mortem*.

**Keywords:** Succession; artificial reproduction; affiliation; embryo.

## ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CF – Constituição Federal

CFM – Conselho Federal de Medicina

CPC – Código de Processo Civil

FGTS – Fundo de garantia por tempo de serviço

HFEA – *Human Fertilisation and Embriology Authority*

FIV – Fertilização *in vitro*

PASEP – Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público

PIS – Plano de Integração Social

RA – Reprodução assistida

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>CAPÍTULO 1 - FILIAÇÃO .....</b>	<b>13</b>
1.1. Teorias sobre o início da personalidade do nascituro.....	13
1.2. Início da pessoa natural com base na legislação vigente.....	16
1.3. Evolução história da filiação: do Código Civil de 1916 ao 2002.....	17
1.4. Tipos de filiação.....	20
1.4.1. Biológica.....	21
1.4.2 Por substituição.....	22
1.4.3 Socioafetiva.....	23
1.4.4 Adoção.....	24
<b>1.    CAPÍTULO 2 - SUCESSÃO.....</b>	<b>26</b>
2.1. Conceito.....	26
2.2. Espécies de sucessão .....	27
2.2.1 Sucessão testamentária.....	29
2.2.2 Sucessão legítima.....	31
2.3. Procedimento sucessório.....	33
2.3.1 Abertura do inventário.....	34
2.3.2 Bens que não fazem parte do inventário.....	35
2.3.3 Partilha de bens.....	36
<b>CAPÍTULO 3- EMBRIÃO FRUTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA <i>POST MORTEM</i>.....</b>	<b>38</b>
3.1. Conceito .....	38
3.2. Reprodução póstuma – <i>post mortem</i> .....	40
3.3. Art. 1.798 do Código Civil e sua lacuna referente a fecundação <i>post mortem</i> .....	42
3.4 Fontes que asseguram o direito sucessório deste embrião.....	45
3.4.1 Herança como garantia fundamental.....	46
3.4.2 Princípios que norteiam o direito deste feto.....	46
3.4.2.1 Princípio da legalidade.....	47
3.4.2.2. Princípio da dignidade da pessoa humana.....	48
3.4.2.3 Princípio da igualdade de filiação.....	49

3.4.3 Analogia.....	50
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho, intitulado “Sucessão do embrião fruto de reprodução assistida homóloga *post mortem*”, será baseado no Direito Civil, especificamente no ramo da família. Utilizará outros seguimentos do já mencionado dispositivo, como a parte geral, das sucessões, se valer de princípios e outras fontes do direito para discipliná-lo.

A relevância dessa pesquisa é demonstrar a problemática referente à lacuna no ordenamento jurídico atual. A legislação, no que diz respeito ao assunto filiação *post mortem*, não responderá aos novos paradigmas, criando assim, uma verdadeira abertura sobre a forma que esse assunto deve ser disciplinado e como deverá se manifestar o judiciário em relação a essas situações.

Seja na vertente de assegurar os direitos embrião concebido posteriormente ao falecimento do seu genitor, seja para regular essa situação e não causar prejuízo aos demais herdeiros, esse tema vem começando a ser discutido no âmbito jurídico.

A sucessão é o ato de transferência da titularidade de um bem de uma pessoa para outra, que se dá em decorrência da morte do titular principal, dando início a divisão das suas posses. Contudo, há a possibilidade de fecundação do embrião fruto de reprodução homóloga assistida *post mortem*, só que esta não encontra amparo no Código em vigor. Sob a óptica de a fecundação acontecer após a morte do genitor que, porventura, deixou seu material (sêmens) congelados, o fruto dessa reprodução poderá ser ou não parte na distribuição do patrimônio adquirido e deixado por este para os seus filhos.

A principal dificuldade encontrada na pesquisa do tema em epígrafe, foi a escassa bibliografia referente ao assunto, uma vez que é um instituto futurista do ordenamento, sendo de maneira resumida abordado, apenas em alguns artigos científicos.

No primeiro capítulo, abordará o início da personalidade jurídica do embrião, analisando as teorias sobre o nascituro, para compreender o posicionamento da doutrina e do próprio Código Civil no que tange ao momento que esse indivíduo passa à possuir direitos. Mostrando a evolução histórica que a filiação sofreu desde o dispositivo legal anterior, Ordenamento de 1916 ao de 2002, ao vigente.

Já no segundo capítulo, o estudo será realizado no ramo direito sucessório, contemplando o momento que se tem à abertura da sucessão e suas espécies, quem são os

herdeiros que possuem titularidade para receber os bens deixados, como também o procedimento sucessório, desde a abertura do inventário à partilha.

O terceiro capítulo trará uma análise da lacuna existente no direito, com as evoluções da reprodução assistida, sobre o embrião concebido de maneira póstuma ao lapso temporal de vida do seu genitor, e todo desamparo normativo que essa família vai contemplar com essa situação que não protege os direitos do feto em questão, como também não assegura os direitos dos demais herdeiros, deixando a situação a mero entendimento do magistrado a maneira de proceder.

É relevante lembrar que o princípio da isonomia da filiação assegura que todos os filhos devem ser tratados de forma igual, não podendo, por exemplo, nenhum ser beneficiado ou ter um direito assegurado quando um outro filho não tem o mesmo direito, sejam eles filhos unilaterais ou bilaterais, devendo ser tratados igualmente na forma da lei.

A conclusão do trabalho se dá, de maneira a compreender não só os direitos adquiridos por cada um dos herdeiros, como evidenciar o perigo normativo em permanecer com essa lacuna no seu corpo, como também apresentar a importância de um acréscimo no que se refere à filiação brasileira e os direitos por ela assegurados.

Em relação à metodologia, foi utilizado o método dedutivo, por verificar por meio de fatos e nas hipóteses, sejam elas positivas ou negativas, chegar a uma análise do caso em questão buscando uma maneira de solucioná-lo. O tipo de pesquisa foi qualitativo, pois o trabalho recorreu ao uso de uma apuração na doutrina, jurisprudência e outras fontes do direito para buscar entender o caso concreto e poder sacramentar sua decisão.

# CAPÍTULO 1

## FILIAÇÃO

### 1.1 Teorias sobre o início da personalidade do nascituro

Há vários pensamentos, provenientes dos mais variados ramos da ciência que buscam definir a iniciação da vida, se ocorre a partir da fecundação, onde teria o começo da formação desse indivíduo, ou apenas com a constituição de algumas partes concretas do corpo de embrião, que comprovassem que ele não é uma mera célula, mas sim um ser em construção. No ramo do Direito Civil, essa discussão não é diferente, vários doutrinadores opinam para definir quando se tem início a personalidade do nascituro, existindo diversos posicionamentos sobre esse assunto.

Existe três teorias que disciplinam a situação jurídica do nascituro: a primeira, natalista<sup>1</sup>, aborda que a personalidade civil apenas tem início no nascimento com vida por parte do embrião. É a teoria acolhida pela doutrina tradicional, por ela possuir maior conformidade com o próprio ordenamento jurídico, no que diz respeito à letra de lei propriamente dita, conforme art. 2º do Código Civil<sup>2</sup>: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Essa tese considera, como já dito previamente, que antes do nascituro vir ao mundo, ele não possui personalidade, só a obtendo a partir do seu nascimento com vida, entretanto, tem desde o momento da fecundação futuros direitos assegurados, como por exemplo, o direito à vida.

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.<sup>3</sup>

Essa tese trabalha portanto, a ideia que a personalidade só tem efetividade a partir do nascimento desse embrião, mas não basta ele nascer, é obrigatório que ele esteja vivo, mesmo que depois do parto, minutos depois, ele venha a óbito. É necessário que esse indivíduo se desvincule do corpo da genitora, possuindo capacidade de viver sozinho, para adquirir seu caráter civil. Só que, como explicitado, desde a sua gestação, terá esse feto proteção por parte do ordenamento jurídico, pois, o direito à vida faz parte do rol dos direitos fundamentais,

<sup>1</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 103

<sup>2</sup> BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 06/09/16

<sup>3</sup> RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 36

assegurando pela Constituição Feral (CF), que protege o direito da gestação desse ser, por entender que futuramente, com seu nascimento, ele será um ser de direito e deveres.

A segunda, teoria da personalidade condicional<sup>4</sup>, como a própria nomenclatura aborda, acredita que o nascituro está sujeito a uma condição, por se tratar de um direito adquirido, nascendo este com vida, ele possuiria o elemento necessário para obter concretamente a personalidade jurídica, sendo portanto uma questão condicional do indivíduo.

É possível falar, portanto, de um direito eventual, conforme o art. 130 do Código Civil: “Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.”

O art. 130 do Código Civil, permite ao seu titular de direito eventual como o nascituro, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, o exercício de atos destinados a conservá-lo, como, por exemplo, requerer, representando pela mãe, a suspensão do inventário, em caso de morte do pai, estando mulher grávida e não havendo outros descendentes, para se aguardar o nascimento; ou, ainda, propor medidas acautelatórias, em casos de dilapidação por terceiro dos bens que lhe foram doados ou deixados em testamento<sup>5</sup>

Em defesa desta teoria, há ainda a questão: “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”<sup>6</sup>

De fato, analisa-se a natureza que esse indivíduo possui para compreender e reconhecer quando tem efetivamente início seus direitos.

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a sua conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A esta situação toda especial Planiol de antecipação da personalidade<sup>7</sup>

Já nesse caso, a ideia apresentada, é de uma condição, que ele seria um sujeito com direitos eventuais, que só lhe seriam conferidos ou melhor dizendo, concretizados, com o nascimento com vida. Só que diferentemente da natalista, é como se esse direito estivesse suspenso esperando o elemento “nascimento com vida” para se firmar, caso ele venha a nascer, sem vida desde o momento do parto, ele não possuiu a personalidade; se porventura, ele nasceu,

<sup>4</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104

<sup>5</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 104

<sup>6</sup> WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral**. 8 ed., São Paulo: Revista dos tribunais, 1995. p. 120

<sup>7</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61.

mas veio a falecer posteriormente, ele adquiriu, só que o resultado de sua morte, veio a perder tal capacidade, como todo ser natural, que com a sua morte, perde sua personalidade.

Por fim, a teoria concepcionista<sup>8</sup>, que é defendida pelo direito contemporâneo. Esta define que a personalidade tem início desde o momento da concepção do embrião, visto que, nesse momento, já tem os seus direitos assegurados pela lei e não a partir do nascimento com vida, como é o caso da natalista, ou ainda da forma condicionada, mas teria por ser um direito adquirido desde o momento da sua fecundação.

É admitida, portanto, a personalidade antes do nascimento, como já dito anteriormente, ressaltando primordialmente as questões decorrentes da herança, legado e doação, que só podem se consolidar com o nascimento do indivíduo:

Que, na vida intra-uterina, tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter a personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneceriam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá<sup>9</sup>

Essa última fundamentação, reconhece o ser em formação, como possuidor da personalidade desde o momento da sua concepção, pois, visualiza naquele feto não um conjunto de células em formação para gerar à vida, mas sim a vida se formando, possuindo desde já seus direitos, como qualquer ser natural concebido com vida, portanto, essa doutrina considera que essa personalidade já é existente, nascendo o embrião com vida dará apenas continuidade a sua capacidade, se ele morrer: seja porque nasceu morto ou vim à óbito posteriormente, ele perderá sua personalidade, como qualquer pessoa natural.

É indispensável perceber que, as três teorias apresentadas, levantam pontos de suma importância, que são analisados a partir de uma ótica distinta, entretanto, obtêm uma similaridade em alguns aspectos. Todas apontam questões diversas para o início da personalidade desse indivíduo, porém, reconhecem que a efetivação - o gozo da personalidade - só se concretiza com o nascimento com vida, que se esse acontecer será o nascituro uma pessoa que irá efetivar seus direitos e obter suas responsabilidades.

Todavia, não há por parte da doutrina uma definição, como foi dito, em relação à teoria adotada para delimitar quando tem início a personalidade desse ser, ficando sujeita interpretação do doutrinador, desde que possua argumentações válidas e em conformidade com a lei.

---

<sup>8</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 105

<sup>9</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9.

## 1.2 Início da pessoa natural com base no Código Civil vigente

A natalista é a teoria escolhida pelo ordenamento jurídico pátrio para disciplinar sobre o início da pessoa natural. No momento do nascimento com vida do indivíduo, tem início sua personalidade, salvaguardados desde a sua concepção seus direitos futuros, porém, caso esse venha ao mundo sem vida, ele nem chega a adquiri-los, como exposto no art. 2º do CC, já apresentado.

O nascimento acontece quando a criança é separada do ventre da mãe, tendo capacidade de respirar e se mantém sem mais necessitar do vínculo ao qual ele se encontrava, se desfazendo a união biológica entre a genitora e o feto, sendo dois corpos distintos e independentes entre si, não importando o modo do parto utilizado para que essa separação ocorresse. O primordial é o nascimento com vida e a autonomia desse novo ser.

Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia hidrostática de GALENO. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imerso em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro<sup>10</sup>

Para dizer que houve o nascimento com vida, é necessário que ele tenha respirado sozinho, sem mais contar com os recursos maternos, mesmo que após o rompimento este venha a óbito. É importante fazer essa constatação em relação ao feto, se ele morreu durante o parto ou respirou e depois veio a falecer, porque se o ocorrido foi o segundo caso, ele irá adquirir personalidade, mesmo que momentânea, e será capaz de obter direitos que a ele foram reservados, como por exemplo, o direito à herança.

Muitas vezes se torna de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que alguns segundos, principalmente se, por exemplo, o genitor recém-casado pelo regime de separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respeitar, recebeu, *ex vi legis*, nos poucos segundo de vida, todo patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira que era sua genitora. Se no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica, e portanto, não chegou a receber nem a transmitir herança deixada pelo seu pai, ficando esta com os avós paternos.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 102.

<sup>11</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 8 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 102.

A partir do momento que esse ser vem ao mundo com vida, ele conquista sua personalidade civil, que nada mais é do que a capacidade jurídica. Trata-se da titularidade de direito que esse novo indivíduo tem perante à sociedade. Essa capacidade por sua vez se subdivide em capacidade de gozo e de fato. A primeira diz respeito à possibilidade de todo cidadão possui no que tange a requerer seus direitos e se submeter aos seus deveres, conforme indica no art. 1º do CC no seu *caput* “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil “ou seja, ao nascer com vida, toda pessoa obtém a capacidade de gozo, ficando a segunda capacidade (de fato) sujeita a outras circunstâncias distintas ao momento do nascimento, como por exemplo: adquirir a maior idade civil – em todas as suas espécies – e não possuir nenhum dos impedimentos tratados pelos arts. 3º e 4º do respectivo diploma legal, que faz com que a pessoa seja plenamente capaz. Independentemente de possuir ou não a capacidade de fato, será esse ser uma pessoa que possui direitos a serem assegurados.

Sendo esse embrião um ser de titularidade, ele vai constituir sua vida normalmente, podendo depois gerar um novo feto que passará por todos os processos necessários até contrair também sua personalidade. A sequência dessa relação será chamada de filiação.

Já a filiação se determina como sendo a relação jurídica existente entre ascendentes e descendentes de primeiro grau, como por exemplo, pais e filhos, ou seja, é a relação de parentesco consanguíneo ou não o qual une uma pessoa àquelas que a geraram ou àquelas que receberam em seus lares, como se a tivessem gerado.<sup>12</sup>

Portanto, esse ser vai ser capaz de por meio do seu gameta associado a outro, gerar uma nova vida, um novo indivíduo de direitos e personalidade, desde que esteja em conformidade com todas as questões já mencionadas, constituindo um verdadeiro ciclo biológico da vida: nascer, reproduzir e morrer.

### **1.3 Evolução histórica da filiação no Código Civil de 1916 a 2002**

No Código Civil de 1916, começou a se consolidar o instituto familiar, legitimando o casamento civil. A finalidade não era só delimitar a situação da família, visto que, nessa época, não era permitida a dissolução do casamento, não só por uma questão moral, mas principalmente por uma situação patrimonial, para não permitir que os bens constituídos

---

<sup>12</sup> FUGIMOTO, Denise. **A filiação e o parentesco**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33175/a-filiacao-e-o-parentesco.htm>>. Acesso em: 08/09/16

durante o casório passassem para as mãos de outras pessoas que não fizessem parte daquela família.

Qualquer tipo de relação extraconjugal era classificada pelo dispositivo legal da época como concubinato e os filhos concebidos dessas eram considerados ilegítimos, como forma de afastar qualquer possibilidade de direitos sobre os bens.

Os filhos considerados legítimos eram aqueles frutos do casamento civil, que seriam os possuidores de todo patrimônio obtido, sendo passado adiante aos demais herdeiros legítimos daquela família.

Há não muito tempo atrás, considerava-se filho de verdade mesmo apenas o nascido dentro do casamento. Isto é, havia uma hierarquia entre os filhos, em que se privilegiava o portador da herança genética de homem e mulher casados, ou que pelo menos se presumia a tivesse recebido do primeiro.<sup>13</sup>

Os ilegítimos eram todos aqueles concebidos de forma extraconjugal, não sendo gerados, dessa maneira, na constância do casamento. Estes, por sua vez, eram divididos em naturais ou espúrios.

Os naturais eram aqueles cujos pais não estavam impedidos de casar, mas ainda não possuíam o vínculo matrimonial, seja ele na instância civil ou religiosa. Sendo assim, com a formalização dos pais ao regime conjugal, estes passariam a ser considerados legítimos, se tratando de uma mera nomenclatura.

Já os ilegítimos espúrios, eram aqueles os quais genitores possuíam algum impedimento de acordo com a lei, como os contemplados no art. 183 “Não podem casar”<sup>14</sup>, e esses eram divididos em: adulterinos e incestuosos. Os primeiros, eram os filhos frutos de uma relação extraconjugal, seu genitor ou genitora possuía duas ou mais famílias, configurando um mero concubinato. No segundo caso, eram os filhos provenientes de relações incestuosas, no caso de serem gerados a partir de um relacionamento: pai-filha, mãe-filho, irmão-irmã, uma cópula meramente familiar e com aproximação no que diz respeito ao grau e a linha hereditária entre eles.

É importante ressaltar que nesse contexto, a mulher era tratada como uma mera submissa à vontade do seu marido, por ser considerada inferior a este, além do próprio direito no seu diploma legal também classifica-la como inferior, tanto que a conceituava como relativamente incapaz, por uma questão meramente sexual.

---

<sup>13</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil Família – Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 159

<sup>14</sup>BRASIL, **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm)>. Acesso em: 02/09/16

Apenas em 1962 com aprovação do Estatuto da Mulher Casada<sup>15</sup> houve uma equiparação aos direitos entre os cônjuges, podendo a mulher possuir bens obtidos por meio do seu próprio trabalho, além de ter sua capacidade plena reconhecida pelo Direito.

Nesse momento, não havia nenhum procedimento que se equiparasse ao divórcio, apenas o chamado desquite, onde a sociedade conjugal era desconstituída, não permitindo um novo vínculo aos olhos da lei. No entanto, o fato do ordenamento jurídico não permitir no seu texto essas novas relações, não foi capaz de afastar na prática o surgimento destas, que inclusive se fizeram importante para os novos paradigmas no que diz respeito à família e a sua filiação.

Em 1977 foi promulgada a Lei do Divórcio<sup>16</sup>, transformando o desquite que era empregado antes na ausência da nova medida em vigor, como um forma de promover a separação. Como alguém fosse romper com o relacionamento existente, podia fazer através do divórcio ou ainda do desquite, vulgo separação.

Tamanha era a burocracia nesses casos, se tentando saber o que deu causa ao fim do laço matrimonial, podendo, inclusive, ajuizar ação contra este, entre tantos outros meios que deixavam a situação obter um maior lapso temporal e uma rígida burocracia.

Com o advento da nova Constituição da República<sup>17</sup> em 1988, aconteceu uma verdadeira evolução no que diz respeito ao instituto familiar e à filiação. Todos os membros familiares passaram a ter uma mesma igualdade perante o ordenamento jurídico, a título de exemplo: uma ampliação em relação à forma de constituição familiar, admitindo-se não só o matrimônio, como união estável. A igualdade dos filhos, concebidos ou não no casamento, já não é possível falar em legítimos e ilegítimos, ou ainda os decorrentes de adoção, todos são iguais e têm seus direitos assegurados em lei.

Era necessária uma modificação da Carta Magna que precisava apreciar as realidades vivenciadas pela sociedade, além de trazer uma proposta cidadã depois do período ditatorial.

Analisando as necessidades, ela trouxe um texto complexo e extenso, contemplando diversas realidades pertinentes ao Direito de família. Com o novo diploma legal e a realidade da época impostos, o Código Civil de 1916 acabou perdendo sua vigência, afinal, concorreria ele com uma norma posterior e de força forma suprema, como é a Constituição Federal, além das novas realidades apresentadas no ramo do Direito Civil. “O Código marca a tendência

---

<sup>15</sup> BRASIL, **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da Mulher Casada**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. Acesso em: 02/09/16

<sup>16</sup> BRASIL, **Lei nº 6.515, de 16 de dezembro de 1977. Lei do Divórcio**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 02/09/16

<sup>17</sup> BRASIL, **Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988. Constituição Federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02/09/16

ideológica do seu momento, com um fator agravante: sua vocação fagocitária e totalizadora pretende atingir, com plenitude, todas as facetas da complexa e multifária cadeia de relações privadas.”<sup>18</sup>

Vale salientar que em 1975 existia um projeto para a implantação de um novo Código Civil para disciplinar e absolver as novas realidades civis da época, mas quando este foi formulado, não contemplou algumas leis que foram criadas posteriormente, como o caso da lei já mencionada do divórcio e a própria Constituição que acabará em vigor, sendo necessária uma reformulação desse projeto, referentes às alterações sofridas durante seu período de criação, mas também posterior, para que o novo diploma legal pertencesse à realidade atual, sofreu então algumas emendas no seu corpo de lei para que finalmente no ano de 2002 entrasse em vigor o Novo Código Civil que permanece em uso até os dias atuais.

#### 1.4 Tipos de filiação

É a maneira que possui a espécie humana de dar perpetuidade ao seu ciclo biológico e a continuação do seu legado, prosseguindo com a perpetuação da vida, através dos seus descendentes que podem ser naturais, se forem provenientes de material genético dos seus próprios geradores ou afetivos, que não são frutos da mesma genética dos seus responsáveis.

“Filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida”<sup>19</sup>, admitindo além da relação biológica, a possibilidade desse elo acontecer de maneira socioafetiva, através de uma adoção ou por meio de uma inseminação artificial.

É importante salientar que este conceito não é algo imutável. Devido às inúmeras mudanças que vêm acontecendo decorrentes da instabilidade desse assunto na atualidade, não obstante, é possível definir que a filiação sempre estará ligada a um vínculo entre as partes, e essa, pode possuir várias formas de se apresentar, mediante a vasta possibilidade que tem no que se refere aos tipos de filiação.

---

<sup>18</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 44.

<sup>19</sup> CHAVES, Antônio. **Filiação Legítima in Enciclopédia**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, p. 314

### 1.4.1 Filiação biológica

Na filiação biológica, os pais são os próprios fornecedores do material genético que dá forma ao embrião. É o modelo natural, como o próprio nome trata, criando portanto, uma ligação produzido pela matéria sanguínea e genética dos responsáveis com o embrião.

“As pessoas identificadas como pai e mãe no registro de nascimento foram fornecedoras dos gametas empregados na concepção da pessoa, ocorrida *in vitro* ou *in utero*.”<sup>20</sup>

O meio biológico permite que essa fecundação ocorra de várias formas, subdividindo-se da seguinte forma: natural, onde o processo acontece com a relação sexual propriamente dita e, através dessa, há fecundação entre os gametas dos pais biológicos desse indivíduo, não necessitando de outros mecanismos artificiais para gerar vida, é a chamada reprodução *in utero*.

Outro meio é de forma não natural, através da reprodução assistida. Essa, por sua vez, se divide em: heteróloga e homóloga. A primeira não se encaixa no que diz respeito á filiação biológica, porque um dos gametas ou ambos são de um terceiro, normalmente doador anônimo, portanto, será contemplada posteriormente. Já a homóloga, é uma forma de reprodução assistida onde os materiais utilizados na fecundação são exclusivo dos próprios pais, mas por algum motivo de saúde, pessoal ou até mesmo temporal, fazem uso desse método para obter o resultado desejado a fecundação, “Por esta modalidade, a concepção se opera com o óvulo da mulher e o sêmen do próprio marido, substituída a forma convencional ou instintiva, que é a cópula, por método artificial ou de reprodução assistida.”<sup>21</sup>

Há uma exceção em relação a esse tipo de fecundação, se porventura, os gametas utilizados forem dos pais, mas o útero onde o bebê será gerado for de uma terceira pessoa, será uma filiação biológica não natural, como é o caso ocorrido com a fecundação assistida homóloga. Porque o material é dos pais, mas a forma de sacramentar o fato não é natural.

É o caso conhecido antigamente como “barriga de aluguel” justamente nos casos em que a mãe não tem condições, por fatores naturais, de abrigar o embrião, fornecendo seu óvulo para que uma outra mulher venha a fazer a fertilização utilizando os gametas dos pais desse feto.

---

<sup>20</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil Família – Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 162

<sup>21</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 457

### 1.4.2 Filiação por substituição

Nesse tipo de filiação, diferentemente da anterior, haverá uma substituição em relação à pessoa que vai fornecer os gametas. Uma terceira figura diversa dos pais, será parte na concepção para que essa venha acontecer, visto que são necessários esses dois elementos para a constituição de uma nova vida: espermatozoide e óvulo.

Deste modo, um terceiro diverso dos produtores biológicos irá configurar em algum dos polos pertinentes aos elementos necessário, por isso, a nomenclatura *substituição*, pois haverá outrem configurando no processo de formação do embrião. Apresenta-se, portanto, como um modelo fecundação artificial, pois o novo ser será constituído mediante meios não biológico.

Por algum motivo, os pais biológicos não podem ou não têm as estruturas necessárias para utilizar seu próprio material e gerar vida a esse embrião, porque de forma natural não possuem aptidão para cumprir a sua função no processo sexual, fazendo, portanto, o uso de uma pessoa que em algum momento irá ceder parte dos seus gametas, “O procedimento de gestação por substituição faz parte do avanço da Biotecnologia, e possibilita aos indivíduos a consecução de um filho por meio de uma técnica de reprodução humana assistida.”<sup>22</sup>

Há várias formas dessa fecundação acontecer, sempre havendo a substituição das figuras biológicas no que diz respeito a esses dois fatores já apresentados e necessários para a formação do nascituro.

Vale ressaltar que a forma de fecundação é *in vitro*, porque se o material genético de um terceiro diverso da relação familiar fosse utilizado na fecundação de maneira biológica, se trataria de uma filiação natural, não de uma reprodução de substituição, também chamada de reprodução artificial.

Numa primeira forma<sup>23</sup>, teria a utilização dos espermatozoides do esposo, contudo o gameta feminino seriam dessa terceira mulher, e não da sua esposa, que é o caso da fecundação assistida heteróloga, porque a mãe que aparecer no registro não será a mesma que forneceu o material para gerar a vida. Há também a possibilidade dessa reprodução assistida (R.A) por parte do genitor, onde o útero e óvulo são de sua esposa, mas o espermatozoide proveniente da fertilização é de um terceiro.

É importantíssimo ressaltar que nos casos anteriores, é necessária uma autorização de ambos os pais, caso não venha acontecer acordo prévio sobre essa questão, não se configura

---

<sup>22</sup> SÁ, Mariana Oliveira. **A gestação por substituição: Da autonomia da vontade aos direitos do nascituro.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 23/09/16

<sup>23</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil Família – Sucessões.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 163.

como reprodução assistida, não nessa modalidade apresentada acima, mas como uma reprodução biológica entre os indivíduos que forneceram seus gametas para tal ato de fecundação.

Por fim, os dois componentes são cedidos por diferentes pessoas que não são os pais do nascituro, nesse caso, eles não têm participação alguma na filiação, só no fornecimento dos gametas.

### 1.4.3 Filiação socioafetiva

Antigamente, existia a ideia que para que fosse gerado o vínculo da filiação, necessariamente, esse se daria entre as partes mediante as questões sanguínea e genética, que formariam de maneira natural tal vínculo.

Com o passar do tempo, foi compreendendo que a situação da descendência ia muito além da ótica familiar, admitindo outros modelos de filiação, que passaram a ocorrer por constituição de laços afetivos entre os envolvidos (pai – filho, mãe – filho), que não carecer do fator biológico, como é o caso desse tipo de elo apresentado. “A filiação socioafetiva constitui-se pela manifestação do afeto e cuidados próprios das demais espécies de filiação entre aquele que sabiamente não é genitor ou genitora e a pessoa tratada como se seu filho fosse”<sup>24</sup>

Trata-se de uma relação de filiação estabelecida não por uma questão biológica, mas afetiva. O vínculo constituído entre um adulto e uma criança que se tratam como pai e filho ou mãe e filha, por exemplo. O adulto em questão trata essa criança como se fosse seu responsável biológico inclusive, mesmo não sendo, mas o laço criado entre eles vai além da questão sanguínea, permitindo assim que se crie um novo modelo de filiação que vai além dos fatores naturais. “Se o marido ou companheiro da mãe sabe não ser o genitor do filho dela, mas o trata como se fosse o pai, do vínculo de afeto, surge o da filiação”.<sup>25</sup>

Não podendo quando estabelecido tal elo, simplesmente rompe-lo, por nenhuma hipótese apresentada, visto que, a filiação socioafetiva é irrevogável.

Permitir que o pai, a seu bel-prazer, pudesse, a qualquer tempo, desfazer o reconhecimento da paternidade de um filho seria uma extremada injustiça, caracterizando um gesto "reprovável, imoral, sobretudo se o objetivo é fugir do dever de alimentos, ou para evitar o agravante de parentesco num crime, por exemplo.”<sup>26</sup>

<sup>24</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil Família – Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 164.

<sup>25</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil Família – Sucessões**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 174.

<sup>26</sup> WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Doutrinas essenciais – Família e sucessões**. v.4, pp. 413-454, agosto 2011.

A jurisprudência vem disciplinando essa questão, em casos que a relação afetiva se constitui a filiação, contudo, em algum deles quando ocorre rompimento da relação familiar, não acontece a quebra da filiação criada entre o adulto e o filho(a), porque uma vez estabelecida a conexão entre eles, o responsável não pode se desvincular mais, pois a responsabilidade em relação ao menor já existe e é concreta pela forma e mecanismo gerados entre ele(a) e essa criança/adolescente no decorrer do tempo que em configurou como genitor(a). Não se tratando somente questão econômica, mas de dependência do menor em relação ao seu responsável, que ocorreu através do cuidado e amor entre eles.

PRETENSÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - PATERNIDADE BIOLÓGICA EXCLUÍDA - PATERNIDADE SÓCIO AFETIVA COMPROVADA. Comprovado nos autos pela prova testemunhal a relação paterno/filial entre a investigante e o investigado, por longo período é de reconhecer-se a paternidade. A paternidade sócio afetiva não pode ser ignorada, ainda que o exame de DNA seja negativo, quando o próprio investigado assume a filiação da investigante publicamente, e age como tal perante o meio social em que vive. (V.V. D.CABL) INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE -- INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO - CONCLUSÃO APURADA EM EXAMES DE DNA - AUSÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO - VERDADE REAL - PROVIMENTO. <sup>27</sup>

Uma vez reconhecida essa espécie de filiação, deverá ser tratado esse filho(a), de maneira igual, se comparado as outras modalidades estabelecidas pela lei. Pois, não se admite mais uma postura normativa e nem social diferente entre as formas de constituição familiar, e é de responsabilidade do genitor(a) que desejou legalizar tal situação, assumir seu papel de responsável do indivíduo contraindo todos os deveres que lhe couber na relação familiar.

#### 1.4.4 Adoção

A adoção, assim como a modalidade anterior, faz parte de rol de filiação que vai além da questão sanguínea ou natural. É um ato voluntário no qual uma pessoa se responsabiliza por um indivíduo, que passa a configurar como se filho biológico fosse, assim como na socioafetiva, não é permitido a revogação da ligação existente, uma vez que essa tenha sido estabelecida.

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de

---

<sup>27</sup> BRASIL, Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 10024096002175002/MG**. Civil e Processo Civil. Pretensão negatória de paternidade c/c exoneração de alimentos. Paternidade biológica excluída. Paternidade sócio afetiva comprovada. Relator: Fernando Caldeira Brant. 19 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 23/09/16

filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha.<sup>28</sup>

É um ato solene e espontâneo no qual o adotante ou os adotantes criam um vínculo civil, não biológico, com o adotado – criança ou adolescente – se sujeitando a todas às obrigações pertinentes a ele, como se fossem seus pais ou responsáveis naturais, criando assim uma relação familiar com aquele ao qual eles resolveram amparar.

É relevante que uma vez acontecido a adoção definitiva do menor, esse não poderá sofrer abandono por parte dos seus familiares e terão os mesmos direitos dos outros filhos ou na inexistência destes, como se filhos naturais fossem.

Para que ocorra a adoção, é necessário um processo seletivo, além de condições indispensáveis para que esta se realize. Os requisitos são contemplados no art. 1.618 e seguintes do CC, são estes: efetivação por maior de 18 anos- independentemente do estado civil, diferença mínima de idade entre o adotante e o adotado- que deverá ser de 16 anos discrepância-, irrevogabilidade e intervenção judicial na criação, para assegurar o bem estar e o melhor interesse do menor.

Como já mencionado, os filhos provenientes desse tipo de filiação, serão tratados em todos os aspectos de forma igualitária pelo direito, não possuindo nenhuma inferioridade ou até mesmo superioridade em relação aos demais.

O processo de apadrinhamento levará sempre em conta o bem estar do adotado, procurando estabelecer um liame propicia desde o aspecto estrutural e também afetivos, possibilitando que ele venha a ser parte de uma relação de filiação, possuindo dessa forma, uma família.

---

<sup>28</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de família**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 483

## CAPÍTULO 2

### SUCESSÃO

#### 2.1 Conceito

A nomenclatura sucessão, significa e faz menção, ao ato de transferência da titularidade de um bem de uma pessoa para outrem. Ela pode acontecer de forma *inter vivos*, ou ainda *causa mortis*; a primeira se dá quando o possuidor do bem ainda está vivo podendo transmiti-lo normalmente e por vontade própria, exemplo: um contrato de compra e venda celebrado entre particulares e, na segunda, a transferência da titularidade se dá pela morte do titular principal, que ao morrer, abre a sucessão, conforme a primeira parte do *caput* do art. 6º do CC que traz: “A existência de pessoa natural termina com a morte “.

É importante ressaltar, no entanto, que há a possível abertura da sucessão em caso diverso da morte propriamente dita. Este caso acontece na hipótese da abertura da sucessão do ausente, onde se presume o falecimento do titular principal, com base na segunda parte do art. 26 do CC: “[...] quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”, conseqüentemente, não existe direito subjetivo sem um titular, no momento da morte ou quando comprovada a ausência do titular, presumindo-se à morte, dar-se à início à abertura da sucessão.

O vocabulário suceder ou sucessão tem vários significados. Em sentido lato significa vir depois, ocupar lugar de alguém, tanto para suceder *inter vivos* como a para a *causa mortis*. Em sentido restrito, consiste em ocupar a posição do finado nas suas relações jurídicas transmissíveis com a conseqüente devolução dos bens que a este pertenciam aos seus sucessores.<sup>29</sup>

Fundamenta-se em relação à sucessão, o princípio da *saisine*, que consiste no procedimento em que, ao morrer, o autor, nomeado pelo direito sucessório de *de cuius*, transfere aos seus herdeiros que estejam vivos naquele momento, a propriedade e a posse da herança, seja na forma legítima ou testamentária. Portanto, é por meio da morte, como já mencionado, que tem início a divisão dos bens deixados pelo falecido aos seus herdeiros ou ainda, em ato de última vontade do *de cuius*, desde que respeitado o limite fixado em lei para dispor dos seus recursos destinados à outra pessoa, diversa dos herdeiros necessários.

---

<sup>29</sup> NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das sucessões**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1

O *droit de saisine* ou princípio da *saisine* é esta imediata transmissão da herança, ou seja, do domínio e da posse dos bens aos herdeiros, independentemente de inventário, porque inadmissível relação jurídica decapitada, sem sujeito de direito para titularizá-la. Não podendo haver vácuo nas relações jurídicas, direitos, obrigações e deveres. Há que se obedecer ao princípio da continuidade da cadeia dominial [...] <sup>30</sup>

É de primordial relevância, saber o exato momento que ocorreu a morte, pois, o momento desta, é decisivo para delimitar quem são os respectivos herdeiros, visto que, existem casos onde se têm mortes simultâneas, é o caso conhecido como comoriência, conforme o art. 8 do CC “Se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não podendo averiguar se algum dos comorientes pereceu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.”

A comoriência é de extrema importância para o Direito das Sucessões, pois é através da qual se presume morte simultânea quando não se dá para identificar qual indivíduo veio falecer primeiro que o outro e a consequência jurídica depende da apuração dessa morte para efeitos de herança. Duas hipóteses que podem existir. Quando num mesmo momento, por exemplo, o autor da herança vem a falecer primeiro que o herdeiro, o patrimônio transmitirá ao herdeiro e logo aos herdeiros deste. Em outra hipótese, havendo a comoriência, não tendo chance de identificar quem veio a falecer primeiro que o outro, há a presunção de morte ao mesmo tempo e o herdeiro não herda, destinando a herança a outros herdeiros segundo a Ordem de Vocações Hereditárias. <sup>31</sup>

O direito à herança é disciplinado pelo ramo do Direito Civil, mas ele faz parte de um dos temas abordados pela Constituição Federal, como uma garantia fundamental, “A Constituição garante o direito de herança, mas na forma como esse direito se exerce é matéria regulada por normas de direito privado, obedecido o ordenamento do Código Civil” <sup>32</sup> com base art. 5º da CF, inciso XXX que traz: “É garantido direito de herança”, e também através do inciso XXXI que disciplina de forma específica sobre a sucessão dos bens de estrangeiro residente no País, que deverá ser regulada pela lei brasileira, desde que essa seja mais favorável para os herdeiros do que a lei da nação do falecido.

## 2.2 Espécies de sucessão

Os bens do falecido, a herança, são o objeto da sucessão, que deverão ser transmitidos a um novo titular. Essa transmissão ocorre de forma imediata, havendo a morte,

<sup>30</sup> NOGUEIRA, Claudia de Almeida. **Direito das sucessões**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5

<sup>31</sup> BRITO, Gilberto Fernandes e LIGEIRO, Gilberto Notário. **Direito das sucessões: conceito e considerações, bem como evolução na linha do tempo – delimitação das margens históricas do direito das sucessões**. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2526/2050>> Acesso em: 22/10/16

<sup>32</sup> BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.715- MC/DF**. 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347228>>. Acesso em: 11/10/16

automaticamente há a transferência do patrimônio aos que o possuem de direito. A herança não só corresponde aos bens, mas é todo o resultado final do patrimônio e também das dívidas contraídas pelo titular falecido.

O objeto da sucessão causa mortis é a herança, dado que, com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cuius*, que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança.<sup>33</sup>

Essa passagem do acervo patrimonial de uma pessoa para outra, se dá por ação de última vontade ou pela forma estabelecida por lei. No primeiro caso, esse desejo do finado é realizado por meio de testamento, que deve preencher todos os requisitos exigidos pela norma vigente, para que seja válida à transferência. Na outra situação, na ausência do objeto público acima mencionado, fará a sucessão seguir o ritmo de partilha estabelecido pela lei, que faz ela seguir conforme a ordem de vocação hereditária, que contemplam aqueles que a norma presume que o titular gostaria que seus bens fossem partilhados. O ordenamento jurídico, portanto, possui duas modalidades asseguradas para permitir a divisão desses bens: testamento ou legado, com base no art. 1.786 “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

Salienta-se em relação aos sucessores, que eles são subdivididos em herdeiros ou legatários. O primeiro caso, trata-se daqueles que recebem por parte do *de cuius* a totalidade do patrimônio ou uma fração dele, recebendo portanto, a universalidade do bem, que pode ser transferida tanto na forma legítima ou testamentária; já no segundo caso, ele recebe a título singular, coisa certa e determinada, que lhe será transmitida por meio de testamento.

[...] o testador estatui herdeiro testamentário, ao lhe arbitrar uma porção fracionária ou percentual da herança, ou legatário, ao lhe atribuir certos bens certos e determinados do patrimônio. O herdeiro é sucessor universal, quer provenha da ordem legal, quer provenha da vontade do testador. O legatário é sucessor singular, e só virá a existir por meio de testamento.<sup>34</sup>

Há ainda um segundo princípio – da coexistência – que pode ser aplicado para as duas formas de sucessões, já mencionadas, ele disciplina a questão que para que aconteça a transmissão da herança, deve ter alguém legitimado à suceder. É necessário à coexistência de uma pessoa viva que seja hábil para herdar no momento que for aberto o procedimento sucessório.<sup>35</sup> “Herdar é adquirir a propriedade do espólio; ora o nada não pode adquirir. A

---

<sup>33</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 37.

<sup>34</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.103

<sup>35</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 30.

sucessão transmite-se no momento da morte; logo nesse momento é preciso haver sucessor, coexistirem hereditando e herdeiro, testador e legatário.”<sup>36</sup>

É de caráter personalíssimo do autor disciplinar a respeito da forma como ele pretende dispor seus bens, e se a título universal ou singular, como também é de direito dele a espécie de sucessão, visto que, na ausência da sua vontade tácita, será estabelecida por meio da lei, a vontade presumida do autor, beneficiando com seus bens e também suas dívidas, aqueles a quem em vida, subentende-se que ele gostariam que fossem favorecidos.

### 2.2.1 Sucessão testamentária

O testamento é objeto utilizado para expressar a última vontade do *de cuius*, por meio desse negócio jurídico unilateral, ele materializa seu desejo em relação à divisão do seu patrimônio, desde que sejam salvaguardados os bens dos herdeiros necessários, se o morto possuir, conforme art. 1.789 do dispositivo civil “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor de metade da herança”, se ele não possuir herdeiros necessário, poderá dispor do seu patrimônio com plena liberdade, não havendo necessidade de deixar metade, como declarou o artigo anterior. O direito civil compreende como herdeiros necessários: os descendentes, ascendentes e o cônjuge/companheiro, desde que, comprovado o laço afetivo, temporal e constante das parte. Os colaterais não são considerados necessários, portanto, podem ser afastados da sucessão, conforme art. 1.850 do CC: “Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio sem os contemplar.”

Trata-se de um verdadeiro ato personalíssimo do autor, não podendo ser delegado a terceiro, sendo exclusivo do titular testar sobre seu legado. Deverá, para ser validado, respeitar todas as formalidades estabelecidas por lei, caso contrário, poderá sofrer nulidade, por isso, é considerado solene, pois deve estar em conformidade com norma.

A manifestação de vontade contida em um testamento deve ser efetividade por meio de formalidades determinadas pela lei. Taís formalidades têm por escopo dar o máximo de garantia e certeza à vontade do testador, bem como arcar de respeito o ato.<sup>37</sup>

É um procedimento gratuito, não visa a obtenção de recursos ou vantagem para o testador, apenas relatar sua vontade mediante seu acervo financeiro. Pode o testamento ser revogado a qualquer tempo ou substituído por outro, total ou parcialmente, desde que feito

---

<sup>36</sup> MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. p. 130

<sup>37</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Direito das sucessões**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.169

posteriormente pelo autor original, conforme art. 1.858 do CC “Não admitindo cláusula que proíba sua revogabilidade”. A única exceção a questão da revogabilidade, é se no testamento houver alguma cláusula pertinente ao reconhecimento de filho havido fora do casamento, conforme declara o art. 1609, inciso III do mesmo diploma legal, que traz: “O testamento é irrevogável na parte em que, eventualmente, o testador tenha reconhecido um filho havido fora do matrimônio “.

O testamento só tem validade se preenchido todos os requisitos acima apresentados e estabelecido pelo ordenamento, contudo, é necessário a *causa mortis* do titular, para que esse entre em vigor. Até que aconteça a sua morte, poderá o ser revogado ou substituído a qualquer tempo.

A produção de efeitos *causa mortis*, porque, destinando-se o testamento a produzir efeitos após o falecimento do testador, verificado este, torna-se irrevogável e definitivo. É o ato *causa mortis* porque só produz efeitos após o óbito do autor da herança; não pode ser, obviamente, ato *inter vivos*, por estarem proibidos entre nós pactos sucessórios, uma vez que não pode ser objeto de contrato de herança de pessoa viva.<sup>38</sup>

O testamento, como já aludido, pode disciplinar à respeito da universalidade dos bens ou ainda da singularidade, transmitindo ao herdeiro bem certo e determinado, conforme à vontade do autor que consta no instrumento público em questão; Relaciona-se da forma admitida pelo ordenamento jurídico, que permite ao titular estabelecer sua vontade em relação a divisão dos seus bens, assegurando aos seus herdeiros ou pessoas que pela forma estabelecida por lei, não seriam parte na divisão do seu patrimônio.

Se for o autor casado em regime de comunhão universal de bens, o patrimônio do casal será dividido em duas partes iguais, e só poderá transmitir 1/4 por meio de testamento, se possuir herdeiros necessários, caso não os possua, poderá dispor de 2/4. Os demais regimes de bens seguem a regra, desde que salvaguardados a parte indisponível que será transmitida aos herdeiros necessários, pois dependem do *de cuius*.

Salienta-se ainda, que animais não podem configurar como herdeiros em testamento, o que pode ocorrer é que no instrumento público onde o titular declare quem ficará com o animal ou quem deve prestar os auxílios necessário para este; não pode também, entidades mística ou inanimadas configuraram nessa função, exemplo: um santo não poderia ser parte do testamento ou uma mesa, pode acontecer do autor deixar uma parcela do seus bens por via testamentária a uma determinada instituição ou associação que siga seu regime com base aquele santo, ao qual

---

<sup>38</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro – Direito das sucessões**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 177.

ele gostaria de dispor os bens, mas percebe-se que o patrimônio será transmitido à instituição, e não a entidade mística; no caso da mesa, caracteriza-se o mesmo exemplo, pode receber uma determinada parcela, a dona da mesa a qual o autor apreciava, mas não o objetivo em si.

Fazendo referência a pessoas, a norma jurídica exclui animais e coisas inanimadas, a menos que as disposições que lhes são alusivas se apresentem sob a forma de um ônus ou de uma liberalidade a uma pessoa capaz de ser beneficiada em testamento. Além do mais, somente as pessoas naturais, nacionais ou estrangeiras, maiores ou menores, que estiverem vivas ao tempo da abertura da sucessão, podem ser herdeiras ou legatárias [...]<sup>39</sup>

Da mesma forma que alguns casos, acima mencionados, não admitem que sejam parte da herança, algumas pessoas também, não podem ser contempladas: a pessoa que a rogo escreveu o testamento, as testemunhas, concubino (a) e o tabelião civil ou militar, conforme art. 1.801 do dispositivo civil.

No Código Civil admite em regra três formas de testamento: o público, cerrado ou particular. Conseqüentemente, tem o testador o direito de escolher a modalidade que achar cabível para declarar sua vontade. Porém, além das formas testamentárias estabelecidas em regra, há aquelas de caráter excepcional que são conhecida como testamentos especiais, que são: o marítimo, aeronáutico e militar.

### 2.2.2 Sucessão legítima

A legítima, é a sucessão que decorre da lei, seguindo o ritmo de distribuição segundo a ordem por ela estabelecida. Quando uma pessoa morre não deixando testamento que indique sua última vontade em relação aos seus recursos, esse desejo não exposto irá se concretizar de maneira presumida, beneficiando aqueles que a lei compreende que seriam os contemplados pelo *de cuius*, obedecendo a ordem de vocação hereditária “Entende-se por vocação hereditária o chamamento de pessoa legitimada a suceder nos bens do falecido. Pode ocorrer por disposição legal, como na sucessão legítima, em que os herdeiros são chamados segundo a ordem da vocação hereditária.”<sup>40</sup> Portanto, morrendo uma pessoa e não deixando instrumento público, que declare sua vontade ou a totalidade dos seus bens, acontecerá a sucessão legítima.

Há possibilidade das duas modalidades de sucessão – a legítima e a testamentária – coexistirem, pois poderá uma sucessão ser legítima,

<sup>39</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro – Direito das sucessões**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 182.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Euclides. Sucessão legítima à luz do novo código civil. Direito de família. **Revista CEJ**. Brasília, v.8, n. 27, pp 57-63, outubro/dezembro 2004.

obedecendo o comando legal na parte em que não houver testamento ou não prevalecer a manifestação de última vontade, e testamentária, na parte em que se obedecer à vontade do finado.<sup>41</sup>

Transmitindo-se, conseqüentemente, o legado aos herdeiros legítimos, conforme, a primeira parte do *caput* do art. 1.789 que trata “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento [...]”. Usa-se no direito sucessória a expressão latina, *ab intestato*, para indicar a falta desse testamento, indicando que deverá seguir a ordem de vocação hereditária, já mencionada, que abordada pelo art. 1.829 do CC e que traz a seguinte ordem: descendentes, ascendente, cônjuge – que irá concorrer com os dois anteriores – e os colaterais até o 4º grau do parentesco desse indivíduo.

Referida sucessão terá lugar, via de regra, se o autor da herança falecer *ab intestato*, isto é, sem deixar por testamento suas declarações de última vontade. Não obstante isso, importa ressaltar que a sucessão legítima e testamentária também poderão existir de modo simultâneo. Isto ocorrerá, por exemplo, se o autor da herança dispuser em testamento de apenas uma parcela de seu patrimônio. Nesta hipótese, herdeiros legítimos e testamentários serão convocados para o recebimento de seus respectivos quinhões.<sup>42</sup>

Caberá a sucessão legítima ainda quando o testamento caducar, ou seja, quando por algum fator, tendo como exemplo, a falta de um dos bens, porque durante o lapso de redigir e a efetividade já não possuía o titular esse bem, ou ainda, porque houve a morte do herdeiro que quis o *de cuius* contemplar no momento da sua declaração testamentária. Como aconteceu fato alheio ao desejado pelo titular, o instrumento público torna-se ultrapassado na sua redação, pois não se atualizou aos fatos sofridos posteriormente após a realização materializada da última vontade do autor.

Poderá acontecer ainda se porventura, o testamento for considerado nulo, devendo seguir o rito da sucessão legítima. O testamento será considerado inválido: quando celebrado por testador incapaz, no momento em ele foi redigido – se o autor se tornar incapaz, mas no momento que realizou o testamento era capaz para testar, será o testamento válido, não se encaixando como uma cláusula de nulidade – não possuir idade para testar sem autorização dos pais ou se não for emancipado; quando o objeto for ilícito ou impossível; quando não respeitada as formalidades exigidas seja no testamento ordinário – via de regra – ou especial, ou ainda quando a lei o considerar nulo conforme *caput* do art. 1.863 do CC “É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.”

<sup>41</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro – Direito das sucessões**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 170.

<sup>42</sup> MENIN, Márcia Maria. **Da sucessão legítima**. Disponível em: <<http://www5.usp.br/>>. Acesso em: 29/10/16

Será, ainda, legítima a sucessão se o testamento caduca ou for julgado nulo, como consta da parte final do retrotranscrito art. 1.788 “[...] e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo “. O testamento originalmente válido pode vir a caducar, isto é, a tornar-se ineficaz por causa ulterior, como falta do beneficiário nomeado pelo testador ou dos bens deixados. Acrescenta-se a essas hipóteses a revogação do testamento.<sup>43</sup>

É importante ressaltar, que o direito civil não admite a forma de sucessão por meio de contrato, por serem inválidas pelo que é estabelecido pelos pactos sucessórios, pois, não pode ser objeto de um contrato herança de uma pessoa que ainda esteja viva.<sup>44</sup> A exceção a essa regra é a seguinte: os pais por meio de ato *inter vivos*, podem partilhar seus bens entre seus filhos, o que iria configurar uma doação por parte dos seus ascendentes em benefício da sua prole.

### 2. 3 Procedimento sucessório

A partilha é o momento da distribuição dos bens do falecido a outra pessoa que detêm o poder de receber, transmitindo a cada um a quantia/fração exata do patrimônio que lhe cabe. Como o próprio nome diz, é o momento de partilhar entre os herdeiros ou legatários sendo recebida à meação que lhe couber do acervo financeiro, deixado pelo titular principal, que ao morrer, transmite definitivamente aos seus sucessores.

Ocorre a abertura da sucessão com o falecimento do de cujus, estabelecendo-se entre os seus herdeiros, relativamente aos bens do acervo hereditário, um estado de comunhão, que cessará com a partilha, com a divisão dos bens que compõe a herança. Eis por que é imprescindível o inventário, que visa relacionar, descrever minuciosamente e avaliar os bens do *auctor successionis*, para possibilitar que se repartam com igualdade o acervo entre os herdeiros.<sup>45</sup>

A priori é necessário ressaltar que o momento da abertura da sucessão não se confunde com o momento do inventário ou da partilha de bens, que são dois momentos distintos da sucessão. A abertura, trata-se do momento exato da morte do *de cujus*, que ao morrer abre, por isso, a nomenclatura *abertura*, porque é onde se tem início o processo sucessório; Já o inventário, corresponde ao momento que vai ser averiguar todos os bens deixados pelo autor, se ele possuía testamento ou não – se ele respeitou as determinações para testar – e reconhecer

<sup>43</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 43.

<sup>44</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 45.

<sup>45</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro – Direito das sucessões**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 362.

que são os herdeiros deixados por ele, para que possam fazer posteriormente a partilha, que corresponde a distribuição do bens.

Embora os herdeiros adquiram a propriedade desde a abertura da sucessão, os seus nomes passam a figurar no Registro de Imóveis somente após o registro do formal de partilha. Tal registro é necessário para manter a continuidade exigida pela Lei dos Registros Públicos (Lei nº 6.015/73, art. 195) <sup>46</sup>

O momento da abertura, vai delimitando de forma antecipada essa transferência, que se concretiza com o inventário e a partilha de bens, que corresponde a divisão objetiva de cada um, recebendo a parte que lhe é de direito. O inventário é o momento de análise final de todos os recursos – ativo e passivo – que será passado adiante, para então dá início a partilha. “No inventário, apura-se o patrimônio do *de cujus*, cobram-se as dívidas ativas e passivas. Também avaliam-se os bens e pagam-se os legados e o imposto *causa mortis*. Após procede-se à partilha”<sup>47</sup>

Segue uma ordem cronológica as etapas que deve ocorrer para que finalmente se tenha a divisão do acervo do morto. Com sua morte tem início à sucessão, onde imediatamente há essa transferência de titularidade – provisória – aos seus sucessores; no momento do inventário vai se apurar todos os bens deixados e todas as dívidas em aberto e contraídas pelo autor, quem são os herdeiros habilitados para configurarem na partilha, fazendo-se o arrolamento desses no procedimento sucessório, para posteriormente, depois de definidas as questões anteriores, finalmente pegar os bens ativos e transmiti-los de maneira definitiva a quem lhe é de direito, seja pelo rito da sucessão legítima ou testamentária.

### 2.3.1 Abertura do inventário

Como referido, a abertura do inventário se distingue da abertura da sucessão e da partilha em si, sendo o momento em que vai se averiguar o patrimônio do falecido, para que analisado e feitos os devidos pagamentos e ajustes, o saldo positivo seja partilhado, posteriormente, pelos seus.

O inventário, derivado do verbo *invenire*, do latim, que significa “achar, encontrar, descobrir”, é a técnica por meio da qual se anota e se registra o patrimônio pertencente ao morto, a fim de que os bens possam ser atribuídos

<sup>46</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 479.

<sup>47</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 480.

aos sucessores. A finalidade do inventário é descrever os bens da herança, ativo, passivo, herdeiros, cônjuge, credores [...]<sup>48</sup>

O foro competente para que aconteça o inventário é o último local de domicílio do autor, se essa residência for certa e sabida, independentemente, o lugar onde ele veio a falecer. Logo, a cidade onde morava será responsável por disciplinar a respeito do seu inventário, mesmo que ele tenha falecido em País distinto, desde que comprovado que sua última residência era no território brasileiro, será disciplinado o inventário segundo a norma brasileira, e sobre competência do foro onde era domiciliado.

Se porventura, o autor não possuía domicílio certo, deverá abrir o inventário no local onde os patrimônios estão situados – caso o montante dos bens se encontrem numa mesma região – ou ainda, no lugar em que ocorreu o óbito do titular, se o acervo por ele possuído se encontrar em lugares distintos.

O requerimento para que se inicie o processo de inventário, deverá ser pleiteado obrigatoriamente com a apresentação da certidão de óbito do falecido, num prazo correspondente a 60 dias, após o seu falecimento, em regra, por aquele que detêm a posse e a administração provisória do espólio. Mas, a casos em que o pedido de inventário é interposto num prazo subsequente aos mencionado acima, devendo o juiz analisar e disciplinar se o retardamento seu deu por motivo justificado, caso comprovado, tem ele autoridade para estender esse prazo. Com a abertura do inventário, será nomeado um inventariante, que vai ficar responsável por regular sobre massa hereditária.

Uma vez instaurado o processo de inventário, não poderá ser interrompido, salvo, se durante esse tempo ficar comprovado que não existe saldo a ser repartido entre os herdeiros, caso contrário, seguirá o seu curso até chegar na partilha – resultado final da sucessão – se o motivo de postergação do rito for a inércia ou abandono do inventariante, deverá o juiz nomear novo, que se responsabilize pelo processo sucessório em questão. Outras causas que podem levar o magistrado à substituição do inventariante, seja por ofício ou a requerimento, consta no art. 622 do CPC.

### **2.3.2 Bens que não fazem parte do inventário**

Há bens que por possuir um baixo valor financeiro, ou seja, por representarem uma pequena quantia, se comparados ao total do patrimônio deixado, não entram no inventário,

---

<sup>48</sup> BRASIL, Poder Judiciário da União. **Manual de procedimento das contadorias-partidorias**. 2 v – Inventário. Disponível em: <[www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)>. Acesso em: 01/11/16

podendo ser requerido por meio de alvará judicial. Os valores correspondentes a Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), cadernetas de poupança, restituição de tributos, saldos bancários, Plano de Integração Social/Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (PIS/PASEP) e outras vias econômicas de baixo valor, se comparadas ao todo do acervo patrimonial do falecido, não farão parte do inventário, podendo ser levantados administrativamente por seus herdeiros/dependentes.<sup>49</sup>

Se contudo, o falecido não deixou perante a Previdência Social dependentes habilitados, caberá aos seus sucessores por meio de alvará judicial pleitear os saldos remanescentes.<sup>50</sup>

Conseqüentemente, os bens e valores relativamente altos para o padrão de vida do morto, deverão ser parte na distribuição do inventário, para que possam ser transferidos igualmente para aqueles que lhe são de direito, como os demais bens deixados pelo autor, todos serão apurados, para no momento da partilha sejam distribuídos.

### 2.3.3 Partilha de bens

Depois de concluído todo procedimento do inventário, tem início a última fase do procedimento sucessório, nomeada de partilha. Correspondente à fase de transmissão definitiva do patrimônio do falecido aos seus, conforme art. 2.023 do CC: “Julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscrito aos bens do seu quinhão”. Poderá a partilha ser feita de forma amigável, com base em acordos definidos entre as partes, como determina o *caput* o art. 2.015 do CC: “Se os herdeiros forem capazes, poderão fazer partilha amigável, por escritura pública, termo nos autos do inventário, ou escrito particular, homologado pelo juiz.”

Todavia, será obrigatório o procedimento pela via judicial se houver testamento disciplinando à respeito da vontade do *de cuius*. Por requerer uma maior formalidade e ser concretizado o desejo estabelecido no instrumento público.

A partilha é, portanto, a divisão oficial do monte líquido, apurado durante o inventário, entre os sucessores do *de cuius*, para lhes adjudicar os respectivos quinhões hereditários. Tem, portanto, efeito declaratório, pois assim que for julgada o direito de cada herdeiro circunscrever-se-à ao seu quinhão e também retroativo (*ex tunc*), desde a abertura da sucessão.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro - Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva. 2010. p. 481

<sup>50</sup> BRASIL, **Os montantes das contas individuais do FGTS e do Fundo de Participação PIS-PASEP**. STJ, 1ª seção, CComp 15.367-SC, rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 4-12-1995, p. 42073

<sup>51</sup> DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito civil brasileiro – Direito das sucessões**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 394.

O princípio que conduz a sucessão é – da igualdade dos quinhões – que vai disciplinar na partilha, devendo o cálculo de distribuição do patrimônio ser firmado com base na quantidade de herdeiros legítimos à sucessão, assegurando com isso, que cada um deles receba a quota cabível, não admitindo uma parcela patrimonial superior ou inferior aos demais herdeiros que se encontram na mesma situação, deve haver uma isonomia entre as partes e suas respectivas cotas.

No caso dos descendentes, todos eles a nível de partilha, terão a mesma igualdade no quinhão, não podendo receber parcela maior do que outro, salvo, se uma dos descendentes for contemplado pela sucessão testamentária e o outro não, mas na via legítima todos receberam o mesmo valor financeiro.

A transmissão desses bens pode ocorrer por: cabeça, estirpes ou linha. No primeiro caso, será se dividido pela quantidade de herdeiros existentes numa mesma classe ou mesmo grau, recebendo todos um valor igualitário; Já no segundo caso, recebe a nível de representação do herdeiro (pré-morto, indignos ou deserdados); por fim, em linha receberam os ascendentes, visto que os dois, recebem uma única via que deverá ser partilhada entre eles.

## CAPÍTULO 3

### EMBRIÃO FRUTO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM*

#### 3.1 Conceito

A reprodução assistida, que já foi apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, faz parte do rol pertencente aos tipos de filiação no Brasil. Possuindo os indivíduos nascidos por meios artificiais, os mesmos direitos dos filhos biológicos, ou dos filhos provenientes de outras modalidades de filiação, independentemente da forma estabelecida para que ocorra essa ligação familiar.

Essa espécie de fecundação corresponde, portanto, a um avanço da biotecnologia que por meio de equipamentos, técnicas, biomédicos e procedimentos buscam facilitar ou viabilizar a realização da procriação da espécie humana.<sup>52</sup> Se utilizando dos métodos: intracorpóreas<sup>53</sup>, que consiste em inserir o gameta masculino no interior do genitália feminina, permitindo que a fecundação ocorra dentro do corpo da mulher, como o próprio nome leva a presunção; extracorpóreas<sup>54</sup>, que é diversa da anterior, ocorrendo todo procedimento exposto anteriormente, fazendo à fecundação fora do corpo materno, é o caso conhecido como fertilização *in vitro* (FIV), também conhecido como bebê de proveta, sendo o óvulo fecundado, gerando conseqüentemente o embrião, que posteriormente será introduzido no corpo da mulher, possuindo a RA legalidade, conforme indicação do inciso IV, do art. 1.597 do diploma civil: “Art. 1.5.97 – Presume-se concebidos na constância do casamento os filhos: IV – Havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

A fecundação homóloga, pode acontecer em ambos os métodos acima, desde que os gametas utilizados sejam dos pais biológicos do nascituro, não admitindo a utilização de materiais provenientes de uma terceira pessoa, que se acontecesse, desconfiguraria à reprodução assistida homóloga, tratando-se da heteróloga.

---

<sup>52</sup> CORRÊA, Marilena C.D.V; LOYOLA, Maria Andrea. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso.** Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 12/11/16; SOUZA, Marise Cunha. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética.** Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 12/11/16

<sup>53</sup> VIEIRA, Humberto L. **Portal da Família.** Disponível em: < [www.portaldafamilia.org](http://www.portaldafamilia.org)>. Acesso em: 12/11/16

<sup>54</sup> VIEIRA, Humberto L. **Portal da Família.** Disponível em: < [www.portaldafamilia.org](http://www.portaldafamilia.org)>. Acesso em: 12/11/16

Através do material genético fornecidos pelos seus pais, é possível a fecundação, ela pode acontecer no momento em que o material for recolhido, ou ainda, poderá ser congelado – guardado – para que o procedimento aconteça no lapso temporal diverso da coleta, denominando-se embrião excedentário<sup>55</sup>, que é aquele armazenado para uso ulterior.

A opção pelo congelamento por parte do casal, assume a esfera subjetiva, pois é uma decisão deles em relação a possibilidade e ao momento exato que desejam ser pais, no prazo máximo de 5 anos, entretanto, é importante mencionar que existem casos a fecundação ocorreu após o tempo fixado.

O tempo de armazenamento tinha sido fixado anteriormente em três anos, após em cinco anos, e atualmente já tem crianças nascidas de embriões que permaneceram congelados por 10 anos. Na verdade não existem estudos que avaliem a viabilidade embrionária em relação ao tempo de criopreservação.<sup>56</sup>

Além do que o procedimento para coleta desse material, acaba excedendo o necessário para uma fecundação, podendo acontecer o congelamento dessa “sobra”, é o se verifica com os espermatozoides do genitor, que em uma única ejaculação liberada vários, podendo alguns serem congelados para uso subsequente, o mesmo se aplica à genitora, só que um processo distinto, em razão diferentemente do seu companheiro, ela não libera uma quantidade significativa de óvulo, apenas um por vez, mas também podendo fazer a opção de congelar, só que num procedimento que necessita de um lapso temporal maior, caso ela deseje fecundar e também congelar seu óvulo, precisando de pelo menos dois meses para ambas situações, pois ela só libera um óvulo por mês.

Aproximadamente um terço dos pacientes produzem embriões excedentes, os quais geralmente são congelados. O objetivo deste procedimento é possibilitar transferência destes embriões posteriormente, caso não ocorra gravidez ou quando houver o desejo de outra, sem submeter a mulher a novo ciclo de indução da ovulação.<sup>57</sup>

Portanto, o uso e tempo exato da fecundação será estabelecido entre os genitores e os médicos que ficam responsáveis pela realização do método, não havendo nenhuma interferência de outrem diretamente. No que tange à esfera subjetiva dos pais, em relação à reprodução do seu filho, é importante enfatizar ainda que, se porventura a fecundação gerar mais de um embrião, este não poderá ser descartado, salvo se apresentar risco a saúde da genitora, caso contrário, deverá ser respeitada a gestação de todos os indivíduos.

---

<sup>55</sup> NADER, Paulo. **Direito Civil – Direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 459

<sup>56</sup> BADALOTT, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 20/02/17

<sup>57</sup> BADALOTT, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 12/11/16

### 3. 2 Reprodução póstuma – *Post mortem*

Com todos os avanços apresentados pela reprodução assistida, principalmente, à possibilidade de congelamento dos gametas dos genitores, para uso posterior à coleta, permite que eles possam ser utilizados, no prazo estabelecido, existindo exceções, entretanto, desde que estejam conservados para tal uso, poderão ser fecundados fora do tempo fixado.

Esses gametas ficam congelados, aguardando o momento do seu uso. Assumindo um critério sob a responsabilidade de duas vias: a primeira, pelo caráter subjetivo dos seus genitores, em relação ao momento que desejam fazer a fecundação, seja ela através do método intracorpórea ou extracorpórea; a segunda, respeitando as condições dos gametas armazenados, verificando se ainda são aptos para serem fecundados, possuindo conseqüentemente, as condições e conservações necessárias para garantir o procedimento de reprodução artificial.

O tempo de armazenamento tinha sido fixado anteriormente em três anos, após em cinco anos, e atualmente já têm crianças nascidas de embriões que permaneceram congelados por 10 anos. Na verdade não existem estudos que avaliem a viabilidade embrionária em relação ao tempo de criopreservação.<sup>58</sup>

Essa evolução da biotecnologia é de suma importância, contudo, surge com o congelamento, a hipótese dessa fecundação homóloga acontecer de forma póstuma – *post mortem* - ou seja, posterior a morte do genitor, visto que, se fosse em relação à genitora, não se falaria em homóloga. Há, portanto, a possibilidade da fecundação ocorrer mesmo que o pai do embrião tenha falecido, o problema é que não existe lei no ordenamento jurídico que faça menção a essa via.

A partir do exposto, surge um questionamento: existe direito à reprodução após a morte?

Esta possibilidade de ver confrontada com a problemática da concepção/nascimento de uma criança sem pai ou mãe. Se era o desejo do casal ter filhos e se o procedimento é “pró-vida” parece eticamente aceitável.<sup>59</sup>

Alguns órgãos de Medicina de outros países, já se posicionam em relação à fecundação póstuma, disciplinando à autorização desta. É o caso por exemplo, do Comitê de Ética da Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva<sup>60</sup>, que no ano de 1997 autorizou esse tipo de reprodução, desde que o genitor declarasse a sua vontade em relação ao uso póstumo do seu material, sendo portanto, admissível atender tal determinação. *A Human Fertilisation and*

<sup>58</sup> BADALOTT, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 13/11/16

<sup>59</sup> BADALOTT, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 13/11/16

<sup>60</sup> BADALOTT, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 13/11/16

*Embriology Authority* (HFEA)<sup>61</sup> também autoriza, desde que exista o consentimento prévio da parte do genitor para que ocorra o procedimento. Trata-se do uso do material congelado, pois o fato do congelamento entrelaçado com autorização prévia do genitor, expressa seu desejo de através do gameta fornecido gerar à vida.

No Brasil, o Conselho Federal de Medicina (CFM)<sup>62</sup> não disciplinava sobre a situação da reprodução *post mortem*, na constância da resolução CFM nº 1.358/92<sup>63</sup> que ficou em vigor por 18 anos, mas que foi revogada pela atual resolução CFM nº 1.957/2010<sup>64</sup> que no seu novo texto trouxe um inciso referente a esse tipo de fecundação.

VIII – Reprodução assistida *post mortem*: Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

É importante ressaltar, que a análise exposta anteriormente, diz respeito à visão médica sobre o assunto, contemplando a questão da ética diante dessa situação. Não adentrando nos valores jurídicos ou sucessórios, apenas vendo a situação como um meio lícito de reprodução, desde que tenha a prévia autorização do falecido, consentindo o procedimento médico, cuja finalidade é gerar um embrião, conseqüentemente, a perpetuação da vida humana.

No que correspondente ao ordenamento jurídico, há uma verdadeira lacuna em relação a essa evolução, pois no seu corpo de lei, não procurou debater ainda como essas situações devem ser abordadas, muito menos expressando condições ou prazos a serem cumpridos, não salvaguardando com isso, o direito desse nascituro ou ainda afastando a sua possibilidade de vim ao mundo.

A falta de previsão normativa para determinada relação social que reclama tratamento jurídico denomina-se lacuna legal. Conforme distinção de Francesco Ferrara, há lacunas intencionais e involuntárias.<sup>1</sup> As primeiras decorrem da conveniência, à vista do legislador, de não se disciplinar determinada *quaestio facti* que não se encontra suficientemente amadurecida. Penso que o legislador, teoricamente, pode optar pela simplificação dos textos, disciplinando um tipo e deixando que outros de seu conhecimento sejam alcançados por analogia. Tal prática, porém, seria inconveniente pois à simplificação do texto corresponderia maior complexidade na aplicação. As lacunas involuntárias podem decorrer tanto da imprevisibilidade do legislador quanto da antinomia entre disposições contraditórias de igual valor hierárquico. Antes de se concluir, nesta última hipótese, pela lacuna, o aplicador deverá ter o cuidado de apurar se uma das disposições se harmoniza

<sup>61</sup> BADALOTT, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 13/11/16

<sup>62</sup> BRASIL, **Conselho Nacional de Medicina**. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br>. Acesso em: 13/11/16

<sup>63</sup> BRASIL, **Conselho Nacional de Medicina**. Resolução CFM nº 1.358/92. Disponível em: <www.portalmedico.org.br>. Acesso em: 13/11/16

<sup>64</sup> BRASIL, **Conselho Nacional de Medicina**. Resolução CFM nº 1.957/2010. Disponível em: <www.portalmedico.org.br>. Acesso em: 13/11/16

com a teleologia do estatuto. Em caso afirmativo prevalecerá a norma harmônica e já não se terá lacuna.<sup>65</sup>

É necessário que a norma evolua com a respectiva problemática existente no direito sucessório, a fim de buscar mecanismos para que esse seja conservado, não deixando a mero critério do julgador assegurar ou não os direitos a este nascituro, em razão dele se tratar de uma futura pessoa de direitos e como tal, desde a sua concepção tem seus direitos assegurados pela Constituição Federal.

### **3.3 Art. 1.798 do Código Civil e sua lacuna referente à fecundação *post mortem***

Com todas as evoluções técnicas sofridas por parte da RA, é possível verificar a fecundação póstuma, como foi apresentado anteriormente, contudo, esse tipo de procedimento, não encontra amparo legal no que diz respeito às pessoas que podem ser partes na herança do *de cuius*, com base no texto do art. 1.798 do Código Civil: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento de abertura da sucessão”, se for seguir a norma de maneira literal, não poderia o embrião fruto dessa RA póstuma ser parte, visto que ele só será fecundado após a morte do genitor, não sendo concebido e nem muito menos nascido no momento da abertura da sucessão.

Entretanto, se ele for concebido e nascer com vida, ele configuraria como herdeiro necessário do *de cuius*, não podendo meramente ser afastado pelo que consta no artigo mencionado anteriormente, devendo sim ser parte da herança como os demais herdeiros. Vale ressaltar, que no mesmo ordenamento jurídico existe a possibilidade de chamar para fazer parte da sucessão aqueles que no momento que essa teve início ainda não eram concebidos ou nascidos, conforme inciso I, do art. 1.799 e §4º do art. 1.800 do CC, que aborda tal situação.

Art. 1.799 – Na sucessão testamentária podem ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

Art. 1.800 – No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confinados, após liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo Juiz:  
§4 – Se decorrido o prazo de dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Se esses artigos são capazes de afastar de ideia do art. 1.798, porque não poderia a questão da sucessão *post mortem* obter o mesmo resultado, dado que na menção dos artigos

---

<sup>65</sup> NADER, Paulo. **Direito Civil – Parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

acima, ficar presumido que a pessoa que o *de cujus* procurou beneficiar, não se tratava de descendentes seus, pois estes ocupam a primeira opção na via de sucessão legítima, e pela via testamentária tem seus direitos assegurados, mas conforme o texto normativo, ele procura beneficiar pessoa alheia que não seria contemplada de maneira imediata pela ordem de vocação hereditária. Dirá quando se tratasse de um herdeiro necessário e legítimo seu, presumindo-se seu desejo de beneficiar todos sucessores.

No direito sucessório, a regra é todos são aptos para configurarem no polo de sucessores, já a descaracterização da possível aptidão só se daria nos casos de exclusão ou deserdação, que seriam os motivos de impedimentos por parte do embrião para configurar como parte do inventário. Afinal, o que deveria afastar um herdeiro necessário da participação no procedimento sucessório, não é o momento que este vem a nascer, propriamente dito, mas as possíveis medidas estabelecidas pela norma e mencionadas acima.

São excluídos da sucessão os herdeiros que cometem atos delituosos, reprováveis, de desprezo com o titular do bens<sup>66</sup> (morto) o que faz com que ele se torne excluído da sucessão, como a nomenclatura se refere, ele se torna indigno pelo ato que veio a praticar<sup>67</sup>, as hipóteses de exclusão são contempladas pelo art. 1.814 do CC.

Art. 1.814 – São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários:

I – Que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso, ou tentativa deste, contra pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente;

II – Que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrem em crime contra sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro;

III- Que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por alto de última vontade.

É inexecutável que o nascituro, venha a praticar algum dos atos lesivos contra o titular, visto que ele não possui capacidade para realizar nenhuma das hipóteses previstas no artigo mencionado. Vale salientar, apenas para finalidade de contextualização, que para que ocorra a exclusão, não basta o agente cometer um dos incisos exposto, mas além do delito praticado, ter a indignidade declarada por sentença e poderá configurar como herdeiro novamente, se posteriormente ao fato/delito e sua respectiva sentença, o titular reabilita-lo pela via testamentária. Portanto, ele não poderia configurar como indigno perante o procedimento sucessório, podendo ser parte legítima.

Como mencionado, incorre em indignidade o herdeiro que tenha cometido ato lesivo à pessoa do autor da herança. Os atos ofensivos que caracterizam

<sup>66</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111.

<sup>67</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 111.

encontra-se enumerados de forma taxativa no art.1.814, retrotranscrito, não comportando interpretação extensiva ou por analogia. Não se pode, portanto, ampliar tal pena a situações não expressamente previstas.<sup>68</sup>

Como não se pode ampliar as hipóteses, já mencionadas, o nascituro não se enquadra, além do que, tais ilegalidades só poderiam ser comedidas pelo embrião se seu genitor vivo fosse, pois, todas as previsões apresentadas são de caráter personalíssimo a agressões sofridas direta ou indiretamente ao titular principal, não podendo nenhuma delas o atingir mais com o seu óbito.

No caso dos deserdados, trata-se também de atos ou omissão que são realizados de forma delituosa em relação ao *de cuius*, quando este ainda se encontra vivo, podendo com base nas ações sofridas, por meio da via testamentária afastar os herdeiros necessário<sup>69</sup>, conforme art. 1.961 do CC: “Os herdeiros necessários podem ser privados de sua legítima ou deserdados, em todos os casos em que podem ser excluídos da sucessão”. O Código Civil estabeleceu causas específicas que autorizam a deserdação dos descendentes pelos seus ascendentes, criando uma verdadeiro rol taxativo, com as possibilidades com base no art. 1.962 do mesmo dispositivo legal.

Art. 1.962 Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes:  
I – Ofensa física;  
II – Injúria grave;  
III – Relações ilícitas com madrasta ou com padrasto;  
IV – Desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Mais uma vez, fica evidenciado que o nascituro não tem condições alguma de executar as medidas impostas pelo artigo em questão, não podendo ser apartado do seus direitos como sucessor, pela norma no que tange a exclusão e deserdação. Ele não possui nenhuma justificativa estabelecida pela lei para não ser parte, no entanto, a sua situação jurídica permanece suspensa, ocasionando uma verdadeira lacuna jurídica, em relação aos direitos contraídos por esse herdeiro no momento do seu nascimento com vida, ocorrido de maneira posterior ao falecimento do seu genitor.

---

<sup>68</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113.

<sup>69</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 422.

### 3.4 Fontes que asseguram o direito sucessório deste embrião

As fontes são a origem do ordenamento jurídico, são o início de tudo. É por meio delas que a norma e a maneira de interpreta-la tomou tal posicionamento, elas são as vias que conduzem às evoluções e interpretações do contexto atual e social, permitindo com isso as criações necessárias da norma e suas respectivas modificações quando necessárias.

Na concepção gramatical, fonte é origem, gêneses, de onde provém (água). As chamadas “fontes do direito” nada mais são, portanto, do que os meios pelos quais se forma ou se estabelecem as normas jurídicas. Trata-se, em outras palavras, de instância de manifestação normativa.<sup>70</sup>

De modo geral, as fontes são os meios utilizados pelos quais são estabelecidas as normas jurídicas. Sua divisão consiste nas fontes direita/imediatas, que são aquelas que são capazes pela força que possuem de gerar a regra jurídica, ou indiretas/mediatas, que não possui a mesma força da anterior, necessitando da sua cominação para se concretizar o meio jurídico.<sup>71</sup>

A lei é a fonte primária e imediata, a supremacia das fontes, pois ela representa o que se encontra expresso no ordenamento jurídico, dando um verdadeiro norte de como deve se proceder em várias situações, apesar disso, ela não é única, há outras fontes que possuem sua respectiva importância para o Direito, pois por meio delas, fontes nomeadas de secundárias, é possível fazer interpretação da própria norma ou ainda preencher as lacunas deixadas por ela: “Por “fonte do direito” designamos os processos ou meios em virtude dos quais as regras jurídicas se positivam com legítima força obrigatória, isto é, com vigência e eficácia no contexto de uma estrutura normativa”<sup>72</sup>

Por conseguinte, a primeira opção de interpretação, na sua ausência ou quando não há lei/norma que disciplina sobre determinado conteúdo em sua totalidade, se faz uso de outros meios jurídicos, outras fontes, que podem auxiliar e produzir as respostas necessárias para o preenchimento das lacunas deixadas pela norma.

#### 3.4.1 Herança como garantia fundamental

A Constituição Federal (CF), no seu art. 5º traz um rol de direitos e garantias fundamentais, que são assegurados pelo ordenamento jurídico vigente a todos os indivíduos,

<sup>70</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO PAMPLONA, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – parte geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 8.

<sup>71</sup> MONTEIRO, Washigton de Barros; PINTO, Ana Cristina B. Monteiro França. **Curso de Direito Civil – parte geral**. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

<sup>72</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 140.

independentemente, da sua crença, racha, doutrina, entre outras formas de discriminação ou desigualdade que possam ser geradas entre os indivíduos, conforme o *caput* do art. 5º.

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

Além das disposições apresentadas pelo dispositivo acima, a sucessão ocupa um conteúdo de suma importância para o direito, sendo contemplado como um dos assuntos que são abordados pela CF, fazendo parte do rol taxativo de direitos e garantias fundamentais que encontram-se elencados no artigo indicado, sendo parte do complexo dos seus incisos, outros temas de extrema relevância para a norma em vigor, sendo como já foi dito, a sucessão um dos assuntos tratados por ela, no seu inciso XXX: “ É garantido o direito de herança”, ou seja, não pode o direito à herança ser suprimido de qualquer indivíduo, desde que, essa perda seja motivada pelas disposições expostas pela própria lei, não sendo permitido fato superveniente ou novo, afastar um direito dito como fundamental ao indivíduo seja ele quem for, no caso em análise, o embrião fruto de reprodução assistida *post mortem*.

### 3.4.2 Princípios que norteiam o direito deste feto

Os princípios também fazem parte das fontes do direito, só que diferentemente das leis, não são ditos como imediatos, e sim mediatos. Eles auxiliam na interpretação e dão um norte fundamental a norma, além de ajudar no preenchimento das lacunas deixadas ou auxiliando para uma maior fortificação do que é disciplinado por lei.

São verdadeiros condutores na interpretação dando a ela, condições e melhoramento a serem seguidos, para uma maior eficiência normativa, e por meio deles várias normas foram criadas e até editadas, para obterem uma melhor concretização e descrever uma conjuntura com a atualidade, “se por um lado a palavra princípio, quem vem do termo latino *principium, principii*, traz ínsita a ideia de começo, origem, base, ponto de partida [...]”<sup>73</sup> Permitindo essa evolução da norma, e assegurando sua proteção e aprimoramento, sendo uma fonte secundária, que representa um grande peso para os mais variados ramos do Direito, sendo recorrido por vários instrumentos normativos.

---

<sup>73</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1358.

### 3.4.2.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade trata daquilo de está exposto na lei, e que portanto, deve ser seguido por todos os cidadãos. O que a norma disciplinar, deve ser cumprido, contudo, aquilo que a norma não aborda ou não menciona como uma medida proibitiva, pode ser realizado pelo particular, conforme inciso II, do art. 5º “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Como o próprio inciso determina, o particular só será obrigado a realizar aquilo que a norma exija, se ela não traz nenhum empecilho para a pratica de respectivo ato, podendo este ser executado sem apresentar violações ao judiciário.

Mencionado princípio deve ser lido de forma diferentes para o particular e a Administração. O particular pode fazer tudo o que a lei não proíbe, vigorando o princípio da autonomia da vontade, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da dignidade humana e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, conforme estudado. Por sua vez, a Administração só poderá fazer aquilo que a lei permitir. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not of men*. Trata-se do princípio da legalidade estrita [...] <sup>74</sup>

É o caso exposto da fecundação póstuma, não existe lei que a proíba ou discipline sobre esse assunto, ficando o particular livre para tomar as medidas que desejar, pois ele não está violando nenhuma norma, ao optar de forma subjetiva – em seu interesse – por esse tipo de procedimento médico.

Vale mencionar, contudo, que se o genitor deixa no seu testamento a mera declaração que não quer que sejam utilizados seus gametas para uma fecundação póstuma, essa deve cumprida, pois trata-se da última vontade do testador – é importante ressaltar, que o testamento é um instrumento público que serve para disciplinar atos que vão além da divisão dos bens – pois no momento que esse declara sua vontade para o não uso do material coletado, existe uma norma que irá especificar esse contexto, não cabendo nesse caso, falar que não existe norma que aborde sobre essa questão.

O mesmo ocorre no caso dele expressar o desejo no uso do seu material congelado, para fecundação póstuma de novos herdeiros. Deverá ser permitida tal disposição e ficar a critério da genitora se deseja ou não, realizar a fecundação autorizada pelo seu marido pela via testamentária, é de suma importância evidenciar que podem ser os espermatozoides distribuídos pela via testamentária, pois como o instrumento público em questão trata-se de um negócio jurídico, mesmo sendo unilateral, está sujeito a regra geral referentes aos requisitos que validam os negócios jurídicos, conforme art.104 do CC.

Art. 104: A validade do negócio jurídico requerer:

<sup>74</sup> LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1370.

- I – Agente capaz;
- II – Objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III – Forma prescrita ou não em defesa em lei

É possível verificar que a validade do testamento todo, deve respeitar tais requisitos, não se limitando apenas a questão dos gametas, é necessário que o titular possua capacidade para testar, estando ele em perfeitas condições para declarar a respeito da sua última vontade pela via testamentária.

Em relação ao objetivo, não há nenhum impedimento, da sua utilização de forma póstuma, é o caso, de alguém que em testamento deixa sua vontade declarada, que ao morrer quer que sejam doados seus de órgãos, por exemplo. Poderá o *de cujus* fazer a mesma disposição do caso mencionado, seja para fecundação ou doação do seu material, não há nenhum impedimento legal para isso, desde que não faça tal transferência, a fim de beneficiar seus herdeiros com alguma quantia posterior.

Entretanto, na falta do instrumento público que aborde sobre quando a forma que ele desejaria que as coisas aconteçam, fica a critério da sua família, de modo particular da sua esposa, a possibilidade ou não de fecundação *post mortem*, pois não há nenhum impedimento legal para proibir tal conduta, sendo o direito do embrião assegurado pelo princípio da legalidade.

### **3.4.2.3 Princípio da dignidade da pessoa humana**

O princípio da dignidade da pessoa humana é dito como um dos princípios mais importantes que a CF trouxe no seu corpo normativo, pois ele vai disciplinar sobre as condições mínimas que o Estado deve assegurar aos seus cidadãos, como também os direitos e deveres que eles possuem.

Todo indivíduo nascido com vida, torna-se uma pessoa protegida pela lei, que irá assegurar seus direitos e apresentar-lhe seus deveres perante a sociedade, admitindo tais condutas, como também proibindo expressamente alguns atos. A dignidade humana é um conceito, no entanto, muito subjetivo, e até as condições básicas são um assunto muito amplo, pois vai do entendimento individual de cada um, conforme o estado de vida que possui.

Como se sabe, os princípios constitucionais – e especialmente o princípio da dignidade da pessoa humana – manifestam as decisões fundamentais do constituinte, que deverão vincular o interprete em geral e o Poder Público em particular. Assim, os elementos aleatórios acima referidos – diferentes concepções da ordem jurídica, preconceitos etc. – devem ser substituídos pelos princípios constitucionais na definição das escolhas com as quais o

interprete inevitavelmente se deparar. Em suma: o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o interprete deverá orientar-se em seu ofício.<sup>75</sup>

O que não pode ser questionado e que não tem um caráter subjetivo, é a questão que todos são iguais perante a lei, e ela deve assegurar que todos tenham um tratamento igualitário, só admitindo formas distintas, se essas forem para reestabelecer a igualdade entre os indivíduos da coletividade.

Por mais vago que um princípio possa apresentar em determinadas circunstâncias, a escolha interpretativa deverá estar vinculada a ele de forma expressa, ao sentido que o interprete atribua ao princípio naquele momento, e não a quaisquer outras circunstâncias, muitas vezes não declaradas.<sup>76</sup>

O embrião fecundado posteriormente à morte do seu genitor, torna-se uma pessoa de direitos e deveres, a qual deverá ser protegida como os demais particulares da sociedade, não admitindo distinção entre eles. Como será esse indivíduo de direito, deve ele possuir também as condições básicas de dignidade, não podendo ser excluído, uma vez parte da filiação, na figura de herdeiro necessário, da partilha de bens do seu genitor, se está ainda não tiver acontecido, no momento da fecundação e do seu nascimento com vida.

Tem ele, portanto, o direito assegurado pela norma de pleitear com os demais herdeiros pelo patrimônio que cada um deverá receber, conforme ficará estabelecido na partilha, com base no quinhão que cada um deverá receber.

### **3.4.2.3 Princípio da igualdade da filiação**

Por muito tempo houve de tratamento diferenciado entre a filiação - que foi exposto no primeiro capítulo deste trabalho no que tange a evolução que essa teve no decorrer dos anos - situação essa que hoje não é mais contemplada pelo meio jurídico, que procurou meios e através da norma, legitimou essa igualdade, que fica evidente na CF no seu art. 227, § 6º - “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação “, percebe-se que buscou contemplar todos os tipos de filiação existentes naquele contexto familiar, não sendo possível abordar tal embrião fecundado de maneira póstuma, pois não se consiga contemplar ainda essa possibilidade por parte da carta magna, que ficou verificada também com

---

<sup>75</sup> BARCELLOS. Ana Paula. **A eficiência jurídica dos princípios constitucionais**. 1ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 146.

<sup>76</sup> BARCELLOS. Ana Paula. **A eficiência jurídica dos princípios constitucionais**. 1ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2002. p. 147.

a promulgação do Código Civil, que mesmo entrando em vigência posteriormente, não chegou a esse entendimento.

Destarte, em qualquer circunstância em que se verifique a filiação, a gama de direitos e deveres entre pais e filhos segue regulamento único. Sob o prisma da lei, distinção não há entre filho consanguíneo e adotivo, entre o concebido em casamento, união estável, concubinato ou em relação eventual.<sup>77</sup>

O embrião nascido com vida, deverá possuir todos os direitos que os seus demais irmãos, pois ele é herdeiro, não podendo ser afastado sob qualquer situação e privado dos seus direitos, salvo, se no momento da sua fecundação, já tiver ocorrido a partilha dos bens, pois nesse caso, o seu genitor não possuiria mais bens que pudessem ser transmitidos para esse nascituro, caso não se tenha dito o inventário, assim sendo, a partilha de bens, deverá este ser parte no que tange ao patrimônio deixado pelo seu genitor biológico.

### 3.4.3 Analogia

A analogia constitui um método e não uma fonte do direito, como nos casos anteriormente apresentados, que poderá se utilizar o magistrado para estabelecer uma conclusão, ou seja, um veredito quando houver ausência de norma. Através de uma situação semelhante que possa dar um norte para sua compreensão, o magistrado pode determinar a maneira que deverá agir em consonância com seu entendimento jurídico sobre o caso em questão.

Nisso se resume o emprego da analogia, que consiste em aplicar a caso não previsto a norma legal, concernente a uma hipótese análoga prevista e, por isso mesmo, tipificada. O seu fundamento encontra-se no adágio romano *ubi eadem ratio, ibi idem jus* (ou *legis dispositio*), que expressa o princípio da igualdade de tratamento. Com esse enunciado lógico pretende-se dizer que a situação semelhante deve-se aplicar a mesma regra de direito (quando se verifica a mesma razão de lei, deve haver a mesma solução ou mesmo disposição legal). Se um dos fatos já tem no sistema jurídico a sua regra, é essa que se aplica.<sup>78</sup>

Carecerá dispor, por consequência, de todos os recursos necessários para que haja a interpretação dos assuntos que não possuem diploma legal que os discutam. Para que seja feito o uso da analogia é preciso que alguns requisitos sejam verificados: primeiramente, a

<sup>77</sup> NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 454

<sup>78</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

inexistência de dispositivo legal que preveja e interprete sobre o caso concreto; uma relação entre um assunto e uma outra lei, que possuam uma mesma temática; uma consonância de fundamentos lógicos e da norma, possuindo um ponto em comum entre as duas situações.<sup>79</sup>

No caso apresentando por este trabalho, o juiz conseguirá utilizar a analogia para compreender a totalidade do caso e tomar de maneira justa a decisão necessária. Em Curitiba, já houve uma liminar autorizando a fecundação *post mortem*, que foi estabelecida na presunção que era desejo do genitor, visto que ele não chegou a declarar de forma expressa por meio de qualquer via testamentária sua última vontade.

Decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR) concedeu liminar autorizando a professora Katia Lernerier, 38, a tentar engravidar com sêmen congelado do marido, que morreu em fevereiro deste ano, de câncer de pele (melanoma). É a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma, segundo advogados e desembargadores<sup>80</sup>

A autorização aconteceu porque ficou evidenciado, mesmo que de maneira presumida, o desejo que ambos os genitores tinham em relação a gerar um filho, fator esse que deve ser levado em conta para os demais casos envolvendo esse tipo de assunto, pois só o fato do casal se dirigir a uma clínica para coleta do material, fica declarada, pelo ato praticado, a ânsia entre o casal, conforme ficou demonstrado nas palavras proferidas do doutor no caso exposto acima.

O médico Lídio Jair Ribas Centa, da Androlab, disse que o casal passou por uma consulta, em 2008, para iniciar um tratamento de fertilização, e por outra consulta no ano passado. "Isso já indica que os dois pretendiam ter um filho. Não acredito que haja, neste caso, a necessidade de um documento formal para garantir que eles queriam um filho."<sup>81</sup>

Diante da explanação dos fatos, necessitará levar em conta todo o contexto em que essa fecundação se encontra, para que sejam assegurados o direito dos genitores, levando em consideração a autonomia do cidadão e os direitos do embrião, de ser concebido e de ter a igualdade de direitos e deveres da mesma forma que os demais sucessores.

Não admitindo distinção entre os herdeiros necessários e sua separação por uma ausência de norma, dos bens que são seus de direito. Caberá ao judiciário analisar o tema em questão e disciplinar de maneira concreta levando em consideração todos os meios cabíveis para um veredito plausível em conformidade com a evolução da tecnologia reprodutiva.

---

<sup>79</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – parte geral**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 72.

<sup>80</sup> BRASIL, **Liminar autoriza reprodução post mortem**. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>>. Acesso em: 14/11/16

<sup>81</sup> BRASIL, G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em: 14/11/16

Como já demonstrado, a analogia apresenta alguns requisitos que devem ser cumpridos para que esta venha a ser aplicada ao caso concreto. É o que ocorre com o reconhecimento de paternidade *post mortem*, o Direito Civil autoriza que mesmo após a morte do genitor, podendo existir o pedido para registro do pai, mesmo que este se dê posterior a sua morte, fazendo com que esse novo herdeiro legal, torne-se parte da herança e divisão dos bens do *de cuius*, por exemplo, é possível no decorrer de sua vida que o genitor tenha um filho não sabido ou não reconhecido por este no percurso de sua vida.

Ao vir a óbito, é possível esse filho pleitear um procedimento para que seja apurado e, desde que comprovada, reconhecido tal filiação entre as partes, mesmo de maneira póstuma. Portanto, esse herdeiro titular de direitos como os demais sucessores do falecido, fazendo parte da partilha de bens, recebendo a quantia que lhe couber, sem distinção de tratamento por uma questão meramente temporal (reconhecimento póstumo), pois não é permitido no ordenamento jurídico uma diferenciação entre as filiações.

[...] No Rio Grande do Sul o posicionamento é pacífico, havendo vários precedentes na jurisprudência no sentido de que aplica-se a presunção de paternidade nos casos de investigação *post mortem*, sendo que a 24ª Conclusão do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, bem como em analogia às normas supra, estende a presunção advinda da recusa em submeter-se ao exame pericial ao investigado, que pode ser não só o suposto pai biológico como também seus herdeiros, nos casos em que aquele já for falecido. Verificou-se, também, que o direito a filiação é corolário da dignidade da pessoa humana, razão pela qual o ordenamento jurídico pátrio protege os interesses indisponíveis daquele que postula o seu reconhecimento.<sup>82</sup>

Significa que é direito de todo e qualquer indivíduo reconhecer sua origem, mas também ter seu patrimônio assegurado, não podendo ser privado em virtude de um mero lapso temporal, porque configuraria uma colisão à dignidade da pessoa humana e ao direito/garantia de herança que é apresentado pela CF.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POST MORTEM CUMULADA COM PETIÇÃO DE HERANÇA. 1- Alteração do registro civil da agravante, a fim de constar o nome do de cuius, seu suposto genitor. Inadmissibilidade, por ora, à vista de ausência de prova inequívoca acerca da paternidade colhida sob o crivo de contraditório. 2- Antecipação de tutela, à luz do disposto no artigo 273 do Código de Processo Civil, que exige prova inequívoca da alegação. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.<sup>83</sup>

É relevante destacar ainda que além do reconhecimento póstumo pela via meramente biológica, o Supremo Tribunal de Justiça (STJ) já autorizou o reconhecimento *post mortem*, nos

<sup>82</sup> BOLZ, Fernanda; BRENDLER, Karina Meneghetti. **Súmula 301 do STJ e sua aplicabilidade em caso de investigação de paternidade *post mortem***. Disponível em: <<http://online.unisc.br>>. Acesso: 10/02/17

<sup>83</sup> BRASIL, **Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 100240960021/SP**. Civil e Processo Civil. Ação de reconhecimento de paternidade post mortem c/c com petição de herança. Relatora: Donegá Morandini. 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 10/02/17

casos de paternidade socioafetiva. A partir do momento que foi pleiteado e comprovado o vínculo existente entre as partes, sendo necessária a validação da relação entre genitor e aquele que requer o pedido - pai e filho – por meio de ação declaratória. O genitor estando falecido, deverá esta ação ser proposta em desfavor dos demais herdeiros, se verificado com as provas apresentadas pela parte, a procedência do pedido, fará deste parte dos beneficiados no momento da partilha.

A autorização judicial para esse procedimento é de suma importância para que a igualdade entre a filiação aconteça, não abrindo espaços para retrocessos de todas as conquistas obtidas até o momento no que se concerne á relação familiar.

Por conseguinte, o magistrado pode fazer uso da analogia para o caso da fecundação póstuma, descartando o lapso temporal desse novo indivíduo e considerando o material genético (biológico) que este possui do *de cuius*, sendo herdeiros necessários como os demais preexistentes. Não podendo, uma vez autorizado o procedimento artificial póstumo, o embrião em formação ser rejeitado da possibilidade de configurar na relação sucessória e ter seu direito à filiação, mesmo que de maneira póstuma, pois há amparo legal no que tange a esse reconhecimento posterior, se houver a utilização da analogia.

Por isso, estando o procedimento sucessório no seu trâmite, é admitida a autorização judicial para fecundação este embrião, que será parte da sucessão, pois desde a concepção, visto que há expectativa de vida, ele seria considerado por lei como herdeiro necessário, não podendo ser afastado da distribuição dos bens.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo ser humano desde o momento da sua concepção tem seus direitos salvaguardados pelo Ordenamento jurídico, pois atrair sobre si a expectativa vida, mesmo que só venha à efetiva-los com o seu nascimento, desde que não exista dependência em relação ao corpo materno. No momento que esse indivíduo respira sozinho, ele adquire sua personalidade jurídica, passando então a ser um ser que contrai deveres e direitos em relação ao meio que vive. Nesse exato momento, obtém de forma concreta, sua capacidade de gozo, se tornando igual aos demais seres humanos preexistente, não havendo distinção alguma, podendo ele gozar das garantias ofertadas pela norma vigente e contrair seus deveres como cidadão, dando assim continuidade ao ciclo biológico humano.

A filiação é a vertente utilizada para dar prosseguimento à sequência da vida, contudo, já não mais partindo da premissa que só se existe um elo entre as partes se este for constituído de forma natural. A legislação brasileira admite várias formas de filiação e no decorrer da história fez questão de assegurar um tratamento isonômico entre elas, não admitindo uma desigualdade por parte dos genitores e da própria norma, que deverão trata-los de maneira igualitária, independentemente da forma de constituição familiar que o gerou.

Há diversos tipos de filiação reconhecidos pelo judiciário, um deles é o proveniente de reprodução assistida, ou seja, realizada por meio de procedimentos artificiais para gerar vida. Utilizando-se ou não dos gametas dos seus respectivos genitores para concepção e fecundação de um embrião. O feto em questão possuirá os mesmos direitos dos filhos biológicos, visto que não há uma diferenciação segundo a norma entre os tipos de filiação existentes, ou seja, a forma que uma pessoa natural é concebida ou incorporada a uma família não pode determinar uma diferença no que tange à filiação, pois seria como romper toda uma evolução sofrida por esse seguimento no decorrer dos anos, representando um verdadeiro retrocesso para os avanços contemplados pela seara familiar.

Com o passar dos anos, também houve avanços nos métodos de reprodução artificiais, permitindo, por exemplo, que o momento da coleta não possuísse um lapso temporal mínimo para que existisse à fecundação, permitindo que tal procedimento fosse feito de maneira posterior, no momento que o casal achasse apropriado.

A problemática é que, como há um período fixado em lei para essa fecundação, mas de maneira não eficaz, pois admite-se exceções, fica submisso ao desejo subjetivo dos genitores, esse momento pode acontecer a qualquer tempo, por um prazo por eles estabelecido. No entanto, existe a possibilidade dessa fecundação ocorrer de forma póstuma, quando o genitor falecer, mas como a coleta foi feita anteriormente, esta pode acontecer mesmo com o seu óbito. Contudo, o ordenamento

não acompanhou o ritmo, não contemplando ainda no seu corpo normativo nada que discipline a possibilidade de uma fecundação homóloga póstuma, deixando uma verdadeira lacuna sobre a forma de procedimento do magistrado diante desse desejo póstumo.

É necessário que antes do método *post mortem*, o judiciário seja solicitado para abordar sobre o caso concreto, pois trata-se de uma situação que envolve não só uma legalização da filiação, como também a distribuição do patrimônio deixado pelo *de cuius*. Uma vez concebido no curso do processo sucessório, esse embrião se configuraria como herdeiro necessário, não podendo ser rejeitado meramente pelo lapso existente entre sua fecundação e a morte do seu genitor natural, pois configuraria uma quebra ao ordenamento, que indica as hipóteses que os herdeiros poderiam ser afastados do direito de herança, não se aplicada a esse caso que não é o caso deste feto, pois ele não possui capacidade de fato para configurar nas vias de deserdação ou como indigno, não podendo ter sua desconfiguração de parte legítima sucessória por letra de lei.

Salvo no caso em que antes de falecer, o genitor alegasse por meio de instrumento público, o não uso póstumo do seu material genético, pois se teria uma última vontade (testamento) disciplinando sobre a rejeição do emprego; do mesmo modo que na ausência de declaração do *de cuius*, se presumiria um desejo por parte do genitor pela via da reprodução artificial.

Uma vez concebido esse feto, ele será parte da sucessão, visto que este possui dignidade como qualquer outro ser humano, não admitindo um tratamento diferenciado simplesmente pelo lapso temporal e pela forma que este foi fecundado. Ele é um ser de direitos e deveres, que desde a concepção é protegido por lei, não podendo ter sua dignidade mitigada.

Pela ausência normativa, o magistrado, para abordar tal assunto, deverá se valer das fontes secundárias para nortear seu entendimento e posteriormente o julgamento sobre o caso, sendo vital o uso dos princípios como fontes para guiar seu caminho. É possível este valer-se do uso da analogia equiparando o reconhecimento do embrião, no caso póstumo, do mesmo modo que admite o reconhecimento *post mortem* de uma pessoa preexistente, por assentir nela como um ser que possui dignidade e é parte legítima do procedimento da partilha, que é o mesmo caso do feto em questão, não sendo desconhecido pelo registro póstumo, por ser filho biológico do titular falecido.

Conclui-se portanto, que existindo à autorização por parte do poder judiciário deste ser em formação deverá configurado como parte legítima na divisão de bens do seu genitor, só admitindo sua recusa se sua fecundação for realizada no último ano do procedimento sucessório ou posteriormente a partilha de bens, porque no primeiro caso, ele retardaria o rito sucessório que é extremamente árduo e no segundo caso, porque os bens já teriam sido divididos entre os herdeiros necessários existentes no momento da partilha, não sendo de forma alguma o feto prejudicado, pois seu genitor já não possuiria bens para transmiti-lo.

A fim de assegurar a estabilidade jurídica e os direitos na seara familiar, não se pode negar, que é preciso uma norma específica para tratar sobre esse prosseguimento ocorrido pela reprodução assistida.

## REFERÊNCIAS

### ARTIGOS

- BADALOTT, Mariangela. **Bioética e reprodução assistida**. Disponível em: <[www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)>. Acesso em: 12/11/16
- BOLZ, Fernanda; BRENDLER, Karina Meneghetti. **Súmula 301 do STJ e sua aplicabilidade em caso de investigação de paternidade *post mortem***. Disponível em: <<http://online.unisc.br>>. Acesso: 10/02/17
- CORRÊA, Marilena C.D.V; LOYOLA, Maria Andrea. **Tecnologias de reprodução assistida no Brasil: opções para ampliar o acesso**. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 12/11/16
- FUGIMOTO, Denise. **A filiação e o parentesco**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33175/a-filiacao-e-o-parentesco.htm>>. Acesso em: 08/09/16
- MENIN, Márcia Maria. **Da sucessão legítima**. Disponível em: <<http://www5.usp.br/>>. Acesso em: 29/10/16
- SÁ, Mariana Oliveira. **A gestação por substituição: Da autonomia da vontade aos direitos do nascituro**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br>>. Acesso em: 23/09/16
- SOUZA, Marise Cunha. **As Técnicas de Reprodução Assistida. A Barriga de Aluguel. A Definição da Maternidade e da Paternidade. Bioética**. Disponível em: <<http://www.emerj.tjrj.jus.br>>. Acesso: 12/11/16
- VIEIRA, Humberto L. **Portal da Família**. Disponível em: <[www.portaldafamilia.org](http://www.portaldafamilia.org)>. Acesso em: 12/11/16

### LEGISLAÇÃO

- BRASIL, **Conselho Nacional de Medicina**. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br>>. Acesso em: 13/11/16
- BRASIL, **Conselho Nacional de Medicina**. Resolução CFM nº 1.358/92. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br)>. Acesso em: 13/11/16
- BRASIL, **Conselho Nacional de Medicina**. Resolução CFM nº 1.957/2010. Disponível em: <[www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br)>. Acesso em: 13/11/16
- BRASIL, **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm) > Acesso em: 02/09/16
- BRASIL, **Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962**. Estatuto da Mulher Casada. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L4121.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4121.htm)>. 02/09/16

- BRASIL, **Lei n. 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Lei do Divórcio. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6515.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm)>. Acesso em: 02/09/16
- BRASIL, **Lei n. 7.689, de 15 de dezembro de 1988.** Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 02/09/16
- BRASIL, **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Código Civil. Disponível em: <[Http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](Http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso: 02/09/16
- BRASIL, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.715 – MC/DF.** 30 de abril de 2004. Disponível em: <<http://redir.dtf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=347228>>. Acesso em: 11/10/16
- BRASIL, **Liminar autoriza reprodução *post mortem*.** Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2209896/liminar-autoriza-reproducao-post-mortem>>. Acesso em: 14/11/16
- BRASIL, Poder Judiciário da União, **Manual de procedimento das contadorias-partidorias.** 2 v – Inventário. Disponível em: <[www.tjdft.jus.br](http://www.tjdft.jus.br)>. Acesso em: 01/11/16
- BRASIL, **Os montantes das contas individuais do FGTS e do Fundo de Participação PIS-PASEP.** STJ, 1ª seção, CComp 15.367-SC, rel. Min. Ari Pargendler, DJU, 4-12-1995, p. 42073
- BRASIL, **Tribunal de Justiça. Agravo de instrumento nº 100240960021/SP.** Civil e Processo Civil. Ação de reconhecimento de paternidade post mortem c/c com petição de herança. Relatora: Donegá Morandini. 17 de setembro de 2014. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br>>. Acesso em: 23/09/16
- BRASIL, **Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 10024096002175002/MG.** Civil e Processo Civil. Pretensão negatória de paternidade c/c exoneração de alimentos. Paternidade biológica excluída. Paternidade sócio afetiva comprovada. Relator: Fernando Caldeira Brant. 19 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br>>. Acesso em:

## LIVROS

- BARCELLOS. Ana Paula. **A eficiência jurídica dos princípios constitucionais.** 1ª ed Renovar: Rio de Janeiro, 2002.
- CHAVES, Antônio. **Filiação Legítima in Enciclopédia.** 37 ed. São Paulo: Saraiva. 1975
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil Família – Sucessões.** 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito das Sucessões.** 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Direito de família**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil parte Geral**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil Brasileiro - Direito das sucessões**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito das sucessões**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Parte geral**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Direito das sucessões**. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 38 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MONTEIRO, Washigton de Barros; PINTO, Ana Cristina B. Monteiro França. **Curso de Direito Civil – parte geral**. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Direito de família**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NOGUEIRA, Cláudia de Almeida. **Direito das sucessões**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituição de direito civil**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil - Direito de Família**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das sucessões**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- WALD, Arnold. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Introdução e Parte Geral**. 8 ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1995.

### REVISTAS

- OLIVEIRA, Euclides. Sucessão legítima à luz do novo código civil. Direito de família. **Revista CEJ**. Brasília, v.8, n. 27, pp 57-63, outubro/dezembro 2004.
- WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Doutrinas essenciais – Família e sucessões**. v.4, pp. 413- 454, agosto 2011.

### REVISTAS DIGITAIS

BRASIL. **G1**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2010/05/justica-autoriza-professora-usar-semen-de-marido-morto-no-parana.html>>. Acesso em: 14/11/16

BRITO, Gilberto Fernandes; LIGEIRO, Gilberto Notário. **Direito das sucessões: conceito e considerações, bem como evolução na linha do tempo – delimitação das margens históricas do direito das sucessões.** Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2526/2050>>. Acesso em: 22/10/16