

## A FECUNDAÇÃO *POST MORTEM* E A SUCESSÃO LEGÍTIMA

EDILSON JORGE HUVER<sup>1</sup>

CARLOS ALBERTO HACKBARDT<sup>2</sup>

**RESUMO:** Este trabalho visa expor as dificuldades encontradas na busca de uma solução viável para a problemática da fecundação artificial *post mortem* na sucessão hereditária, tendo em vista ser o ordenamento jurídico brasileiro, a certo modo, pouco abrangente ao tema, deixando tais questões para serem dirimidas pelos operadores do Direito. A realização das técnicas de reprodução assistida no Brasil está devidamente regulada pela legislação por meio da Lei de Biossegurança, contando ainda com resoluções do Conselho Federal de Medicina – CFM, contudo, ao tratar-se da possibilidade de sua ocorrência após a morte e os efeitos gerados na sucessão legítima ou *ab intestato*, o Código Civil Brasileiro vigente não abarca tal possibilidade, deixando o filho advindo de tal procedimento excluído da possibilidade de suceder o autor da herança pré-morto. Esta ausência ou vácuo legislativo acaba por criar uma insegurança jurídica tanto para o possível herdeiro, quanto para os demais herdeiros que já existiam ao tempo da abertura da sucessão, tendo tal questão que ser dirimida pela doutrina e jurisprudência.

**PALAVRAS-CHAVES:** Sucessão; Fecundação; Artificial; *Post Mortem*; Possibilidades.

### INTRODUÇÃO

A sucessão no Brasil sempre gerou discussão, tendo em vista as diversas alterações ocorridas no ordenamento jurídico pátrio, que até a promulgação da Carta Magna em vigor, excluía da ordem sucessória os filhos “ilegítimos”, ou seja, aqueles advindos de fora de um relacionamento conjugal, bem como aos filhos adotivos, que eram privados de qualquer direito hereditário por não ser legitimada sua filiação no ordenamento jurídico de outrora.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela FESV – Faculdade Estácio de Sá de Vitória, e-mail: [ejhuver@hotmail.com](mailto:ejhuver@hotmail.com)

<sup>2</sup> Graduado em Direito, Mestre em Ciências Sociais Aplicadas, professor do Curso de Direito da FESV – Faculdade Estácio de Sá de Vitória, e-mail: [carlos.hackbardt@gmail.com](mailto:carlos.hackbardt@gmail.com)

Esta exclusão de direitos, enfim é sanada pela Carta Magna editada e promulgada em 05 de outubro de 1988, estabelecendo a igualdade em direitos e deveres a todos perante a lei, proibindo qualquer tratamento discriminatório, positivando ainda a igualdade jurídica aos filhos, não admitindo o tratamento desigual relativo à filiação.

Contudo, a sociedade e os meios por ela desenvolvidos, que é o que determina o caminho a ser trilhado pela norma jurídica, estão a caminhar mais uma vez a frente do atual ordenamento jurídico e por ele ainda não alcançado, inova mais uma vez com a ciência em busca de realizar o tão sonhado desejo de constituir uma família, que enxerga na fecundação artificial a possibilidade para se alcançar esse objetivo.

Nesse contexto, se abordará a questão da fecundação artificial de embrião criopreservados realizada pela viúva após a morte seu marido, utilizando-se da fertilização homóloga dos embriões, procedimento em que os doadores são o próprio casal.

Esse procedimento será pesquisado à luz das disposições do Código Civil (BRASIL, 2002), da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) bem como a Doutrina, com relação às consequências diante do Direito Sucessório e a visão para o futuro de tais práticas e sua regulação legal.

A metodologia utilizada neste trabalho será essencialmente bibliográfica, buscando basear-se na pesquisa doutrinária, na legislação, em artigos científicos, resoluções de conselhos, julgados, jornadas científicas e na Constituição da República.

A princípio, abordaremos a fecundação artificial no Brasil, em seguida, a sucessão na legislação atual brasileira. Após, aborda-se a temática do princípio da igualdade jurídica entre os filhos, o reconhecimento do filho fruto da fecundação artificial *post mortem* e a sucessão. Em seguida, trataremos dos requisitos e a viabilidade jurídica da ação de petição de herança, e por fim, uma visão sobre projetos de lei em tramitação que propõem alterações na legislação, para regulamentar a questão da fecundação artificial *post mortem*, bem como, as implicações patrimoniais na sucessão do morto.

Em linhas gerais, este trabalho tem como objetivo verificar as possibilidades e regulamentação da fecundação artificial *post mortem* nos ditames da Lei 10.406/2002 (BRASIL, 2002), bem como suas consequências e a viabilidade do filho nascido da utilização desse procedimento suceder e ter reconhecido seus direitos sucessórios na sucessão do pré-morto.

## 2. FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL NO BRASIL

No que tange ao procedimento médico/científico da reprodução assistida no Brasil, tem-se uma legislação pouco extensiva, quase que precária na regulamentação de tal procedimento.

Não obstante, tal procedimento encontra respaldo e legitimidade na legislação pátria que, no artigo 226, §7º, da CRFB (BRASIL, 1988) dispõe sobre o planejamento da família, competindo ao Estado propiciar os recursos, seja educacional ou científico, para o completo e integral exercício desse direito, entendimento esse esboçado pela professora Maria Berenice Dias, em sua obra Manual de Direito de Famílias, *in verbis*

*o acesso aos modernos métodos de concepção assistida é igualmente garantido em sede constitucional, pois planejamento familiar também significa buscar a realização do projeto de parentalidade. O tema da inseminação artificial e da engenharia genética encontra embasamento nesse preceito. Todas as pessoas tem direito fundamental à saúde sexual e reprodutiva. Assim, distúrbios da função reprodutora constituem problema de saúde pública, devendo o Estado garantir acesso a tratamento de esterilidade e reprodução. (DIAS, 2011, pg. 360)*

Corroborando ainda com as disposições da nossa Carta Maior, o art. 1.565, do Código Civil (BRASIL, 2002), em seu § 2º dispõe que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, deixando claro, mais uma vez, a função do Estado de prover os recursos necessários para garantir o desempenho desse direito.

O planejamento familiar no Brasil é regulado ainda na Lei 9.263/96, que no artigo 9º, estabelece que, devem ser oportunizados todos os meios de concepção e contracepção

aceitos pela ciência, mas que não ponha a vida nem a saúde das pessoas em risco, resguardada a liberdade de opção, que para Maria Berenice Dias, (DIAS, 2011, pg.360), se trata de norma com viés à efetivação de políticas de controle de natalidade.

Os métodos de fecundação artificial homóloga, que ocorre quando os doadores do material genético são o próprio casal, e fecundação artificial heteróloga, quando um dos doadores do material genético não faz parte do casal, comumente o homem, estão dispostos na Resolução número 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina (CFM). Além de outras cautelas e metodologia a serem seguidas, a referida resolução, em seu item V, subitem 3, e no item VIII, que aborda a questão da inseminação *post mortem*, dispõe que:

*V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES*

*3- No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (Resolução CFM 2121/2015)*

*VIII - REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST-MORTEM*

*É permitida 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. (Resolução CFM 2121/2015)*

Assim, mesmo não sendo norma jurídica, a dita resolução busca preservar e primar pelo cumprimento da vontade dos cônjuges, devendo estes expressarem o destino a ser dado aos embriões obtidos e não utilizados, devendo esta vontade ser atendida mesmo após o falecimento de algum ou de ambos pacientes que se submetam ao procedimento, possibilitando assim a prática do método de fecundação *post mortem*.

No que tange à responsabilidade das clínicas e entidades que se prestam a realizar tais procedimentos quanto à conduta e destinação dos embriões criopreservados, deve-se levar em conta a Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005 (BRASIL, 2005), que dispõe sobre a destinação dos embriões após o prazo de no mínimo de 5 (cinco) anos de criopreservação, caso não tenha disposição contrária dos doadores do material genético.

Pode-se, assim, inferir que as normas do Conselho Federal de Medicina, apesar de não possuir caráter vinculante às decisões judiciais, são harmônicas no que concerne à necessidade de que, em qualquer espécie de procedimento de reprodução assistida, a autorização por escrito do casal para o tipo de destinação do seu material genético após a sua morte é imprescindível fazendo, assim, imperar o princípio da autonomia da vontade, em consonância com o diploma civil.

## 2.1 FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

No que tange à abordagem do tema da fecundação artificial pelo Código Civil (BRASIL, 2002), como já mencionado, é deveras modesto o atual diploma, com poucos dispositivos a respeito do tema.

Importante disposição a este respeito é a que se encontra no artigo 1.597 do CC, incisos III, IV e V (BRASIL, 2002), que presume a concepção como ocorrida na vigência do casamento para os filhos frutos da fecundação artificial homóloga a qualquer tempo, e mesmo após a morte do marido, por fecundação heteróloga com a prévia permissão do marido.

Contudo, dessa derradeira disposição, pode-se inferir, erroneamente, que para a fecundação artificial homóloga, não se faz necessária a prévia autorização do varão, entendimento que revela-se equivocado como será visto a seguir.

Com referência ao que dispõe o inciso III do artigo 1.597 do CC (BRASIL, 2002) sobre a presunção de filiação para o filho fruto da fecundação artificial homóloga que ocorra após a morte do cônjuge varão, o Enunciado 106 das Jornadas de Direito Civil (Conselho de Justiça Federal - CJF, 2002), dispõe sobre a necessidade de autorização, por escrito, do falecido para a utilização de seu material genético após o falecimento.

Já as disposições do inciso IV do artigo 1.597 do CC (BRASIL, 2002), prevê o Enunciado 107 das Jornadas de Direito Civil (Conselho de Justiça Federal - CJF, 2002), ser necessária também a autorização antecedente e por escrito para o uso de material genético dos

consortes, como de embriões excedentários, para as hipóteses de dissolução do relacionamento conjugal nos moldes do artigo 1.571 do CCB (BRASIL, 2002), prevendo entre outras possibilidades, a morte de um dos ex-cônjuges.

Observa-se assim que, as disposições trazidas nos Enunciados 106 e 107 da I Jornada de Direito Civil (CJF, 2002 orientam e dão um norte para uma melhor interpretação do conteúdo do artigo 1.597, III e IV, CCB (BRASIL, 2002) dispondo ser necessária a autorização antecedente e por escrito do ex-cônjuge ou do falecido, para se utilizar do seu material genético, o contido na resolução CFM 2.121/2015, que determina essa metodologia de trabalho como praxe das instituições que manejam e tem como meta a reprodução assistida pelo uso da fecundação em laboratório. (CFM - RESOLUÇÃO 2.121/2015; CJF/STJ Enunciados 106 e 107, da I Jornada de Direito Civil, 2002)

Estes enunciados, mesmo não tendo força normativa para vincular decisões judiciais, buscam a pacificação do entendimento a ser observado para interpretar e aplicar as normas legais buscando, acima de tudo, homenagear e valorizar o princípio da autonomia da vontade, fazendo prevalecer a manifestação aposta antes da morte ou do evento determinante da possível contradição dos resultados alcançados após a realização do procedimento.

### **3. SUCESSÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em um breve histórico da sucessão na recente história do Brasil pode-se destacar, como marco que ocasionou grande revés para o direito sucessório, a promulgação da Carta Magna de 1988.

Tal mudança se deu em virtude das alterações ocorridas em referência aos diplomas anteriores quanto ao reconhecimento e tratamento igualitário dado aos filhos na atual Constituição Federal, não importando a origem da filiação, art. 227, §6º da CRFB/88, que rechaça qualquer tratamento diferenciador, independente de como se deu a filiação, garantindo as mesmas qualificações e os mesmos direitos.

Portanto está afastada qualquer forma de tratamento distintivo ou que desvalorize a condição de filho, não sendo mais possíveis tratamentos como os utilizados outrora, ou seja, estigmatizar os filhos como ilegítimos ou postíços, aos tidos fora do casamento ou dos filhos adotivos, vistos no ordenamento jurídico como não sendo merecedores de direitos em relação aos filhos nascidos no âmbito do matrimônio.

Estas disparidades no tratamento, como mencionado, só foram superadas após a publicação da Carta Maior de 1988, que estabeleceu em especial no Art. 5º, a igualdade a todos perante a lei, sem qualquer distinção, estabelecendo assim o princípio da igualdade e ainda em seu Art. 227, § 6º, prevendo o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, proibindo qualquer designação discriminatória destes.

### 3.1 SUCESSÃO E O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

Antes de adentrar nos pormenores do que dispõe o ordenamento jurídico sobre o direito sucessório, em especial, nas disposições contidas no Código Civil (BRASIL, 2002), buscar-se-á explicitar e conceituar primeiramente o que é sucessão e para isso, utilizaremos das palavras do Professor e Doutor Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES a, 2014, Pg. 819), para quem *“sucessão em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens”*.

Tal definição, conforme ensina Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014, Pg. 819), em sentido amplo, abarca toda a gama sucessível dos negócios jurídicos praticados *inter vivos*, contudo, no direito das sucessões, tal expressão é utilizada unicamente para indicar a decorrente da morte de um indivíduo, por tal motivo, designada de sucessão *causa mortis*, sendo o ramo do direito que se presta a disciplinar a passagem da titularidade do patrimônio (ativos e passivos), do morto ou autor da herança aos herdeiros ou de forma mais abrangente, seus sucessores.

A legislação de forma expressa prevê a existência de duas espécies de sucessão previstas no artigo 1.786 do CCB (BRASIL, 2002), que proclama que a sucessão pode se dar por lei ou por disposições de última vontade. Nas palavras do Professor Carlos Roberto Gonçalves

(GONÇALVES a, 2014, Pg. 819), tem-se por sucessão legítima ou *ab intestato*, aquela que decorre de lei, e testamentária quando decorre de manifestações de última vontade, por meio de testamento ou codicilo.

Nesse sentido, o artigo 1.788 do CCB (BRASIL, 2002) dispõe que no caso de morte sem testamento, o conjunto hereditário é transferido aos herdeiros legítimos, ocorrendo o mesmo com os bens deixados de fora do testamento ou na hipótese do testamento caducar ou for declarado nulo, subsistindo assim a sucessão legal.

Assim, falecendo o autor da herança sem que tenha deixado testamento ou *ab intestato*, a herança é transferida aos herdeiros legítimos (art. 1788, CCB), indicados pela lei (art. 1829, CCB), consoante a ordem hereditária, por tais motivos, denomina-se a sucessão legítima ou *ab intestato* como sendo aquela que decorre diretamente da lei. (GONÇALVES, 2014)

Segundo tal entendimento, sucessão legítima é, portanto, o conjunto de regras supletivas que vem suprir a falta da declaração de vontade do *de cuius*, ou quando esta vontade não puder ser cumprida. (GONÇALVES, 2014)

### 3.2 ABERTURA DA SUCESSÃO

O Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002) em seu Livro V, disciplina a sucessão *causa mortis* no Brasil, podendo ser ela sucessão legítima ou *ab intestato*, que emana da própria legislação, ou ser ainda testamentária, ou seja, que se dá através de declaração de última vontade, se posicionando a doutrina na defesa de um terceiro gênero de sucessão, a mista, que se daria em virtude de lei e de disposição por última vontade.

Independente da espécie de sucessão, o que há de certo é que a abertura da sucessão se dá no exato instante da morte do autor da herança, momento este que, conforme nos apregoa o artigo 1784 do CCB (BRASIL, 2002), ocorre a transmissão da herança aos herdeiros e legatários. (GONÇALVES, 2014)

Tal dispositivo apregoa que, mediante uma ficção jurídica, deduz-se que o próprio *de cuius* transfere aos herdeiros e/ou sucessores a posse e propriedade da herança, sendo necessário, portanto, como pressuposto para que a sucessão tenha lugar, que o herdeiro sobreviva ao autor da herança falecido. (GONÇALVES, 2014)

A norma de regência do artigo 1.798, CCB (BRASIL, 2002), propõe taxativamente serem legitimados a suceder aquelas pessoas nascidas ou já estavam concebidas no instante da abertura da sucessão, homenageando o princípio da coexistência pelo qual os sucessores têm de sobreviver ao *de cuius*. (GONÇALVES, 2014, pg, 70).

Ensina o professor Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014, pg.156) que herdeiro legítimo é o indivíduo apontado na lei como sucessor no caso de sucessão legal, transmitindo-se a totalidade ou quota-parte da herança, deixando claro que não será considerado herdeiro ou sucessor do *de cuius*, quem não tiver expressamente estabelecido como tal na lei que regula a sucessão.

Contudo, este primado sofre uma relativização pela própria legislação que em seu artigo 1799, inciso I, CCB dispõe que, no caso da sucessão testamentária, pode ainda ser chamado a suceder o nascituro de pessoas a ser indicadas pelo testador, devendo estarem vivas à época da abertura da sucessão.

Nesse sentido, regula ainda o artigo 1.800 do CCB o prazo de dois anos para a ocorrência de tal concepção, dando dessa forma segurança jurídica às disposições testamentárias, pois não poderia ficar em aberto a sucessão, haja vista que os demais herdeiros não poderiam ficar à dependência de tal possibilidade por tempo indeterminado sem poder fruir e dispor como melhor lhes convier de sua quota parte hereditária.

Tal norma trata da legitimação da prole eventual (concepturo) para suceder por desígnio da última vontade do testador, ou seja, o *nondum conceptus* e não mais o *nascituro* já concebido à época da abertura da sucessão. (GONÇALVES, 2014)

Sendo assim, pode-se verificar que tal relativização da norma jurídica só se faz possível através de disposição testamentária do autor da herança, através da deixa testamentária. Com tal dispositivo, o legislador pátrio parece homenagear o princípio da autonomia da vontade, fazendo valer a vontade do testador, não sendo possível tal relativização quando se tratar de sucessão legítima, aquela derivada da lei, pois nesta espécie nada disse o legislador sobre tais possibilidades.

#### **4. PRINCÍPIO DA IGUALDADE JURÍDICA ENTRE OS FILHOS**

O princípio constitucional da igualdade jurídica entre os filhos, insculpido no § 6º do artigo 227 da Carta Magna de 1988, veio para dizimar qualquer espécie de diferenciação de tratamentos e concessão de direitos de forma diferenciada a despeito da origem da filiação.

Nesse contexto, discorre o professor Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014), que o dispositivo em apreço estabelece a igualdade absoluta dentre os filhos, não permitindo mais distinções de tratamento como, filiação legítima, para filhos nascidos no âmbito de uma relação conjugal ou ilegítima, para filhos nascidos fora do casamento.

Para o ilustre jurista Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho, (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, pg. 6,7) membro do IBDFAM do Estado de Alagoas, em artigo científico sobre Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório, independentemente do cenário jurídico em que se achem os pais, conforme o artigo 227, 6º, da nossa Carta Magna, não seria passível de admissão uma legislação infraconstitucional que restrinja o direito do filho gerado por meio da fecundação artificial *post mortem*, pois não encontraria amparo constitucional já que a Constituição não previu exceção, logo, não poderia o legislador ordinário prever exceções ao princípio constitucional de igualdade jurídica entre os filhos.

Com a edição do referido dispositivo constitucional, como bem dispõe Maria Berenice Dias em seu Manual de Direito das Famílias (DIAS, 2011, pg.68), agora a palavra “filho” não comporta nenhum adjetivo. Não mais cabe falar em filhos legítimos, ilegítimos, naturais, incestuosos, espúrios ou adotivos. Filho é simplesmente “filho”.

## 5. O RECONHECIMENTO DO FILHO FRUTO DA FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM*

No que tange ao reconhecimento da filiação, a Lei 10.406/2002 (BRASIL, 2002), como discorre a Professora Maria Berenice Dias (DIAS, 2011), quando trata de filiação acaba definindo a paternidade com base em um sistema de presunção, decorrente da ficção jurídica de que o pai é sempre o marido da mãe. (art. 1597, CCB)

Assim, pelo princípio *pater is est*, adotado pelo Código Civil Brasileiro, todo filho tido no âmbito da relação conjugal firmada pelo casamento goza de presunção legal de ser filho dos cônjuges e, caso assim não reconheça o varão, por exemplo, deverá intentar com um processo negatório de paternidade pois a presunção é decorrente da lei, só podendo ser contestada por meio do referido processo legal. (DIAS, 2011).

Tal presunção acoberta apenas filhos nascidos do casamento, conforme dispõe Maria Berenice Dias, (DIAS, 2011), não gozando da mesma presunção os nascidos em uma união estável, embora tendo essa, status de entidade familiar, sendo necessário o reconhecimento como filhos aos nascidos nessa modalidade de união.

Sem embargo, é possível o reconhecimento da filiação por outras formas, como a realização de testes de paternidade como o exame de DNA, o perfilhamento voluntário de filho extramatrimonial ou até mesmo por sentença judicial, gozando de presunção legal apenas os filhos decorrentes da constância do casamento. (DIAS, 2011).

O Código Civil Brasileiro admite ainda em seu artigo 1597, como filhos concebidos na vigência do casamento, os nascidos até 180 dias após o estabelecimento da vida conjugal, os filhos nascidos até 300 dias após o término da vida conjugal, seja ela pela morte, separação judicial, ou mesmo por anulação ou nulidade do casamento. Reconhece ainda aqueles filhos oriundos da fecundação artificial homóloga, mesmo se já morto o marido; os nascidos a qualquer tempo no caso de embriões excedentários se decorrem de fecundação homóloga e, aqueles procedentes de inseminação artificial heteróloga, com a prévia anuência do marido.

A literalidade da lei deixa claro quais as ocasiões em que os filhos gozarão da presunção *pater is est*, dessa forma aos filhos nascidos através de métodos médicos de fecundação artificial, por meio de fertilização de embriões na fecundação homóloga e na heteróloga com a anuência do marido é legalmente assegurado o status de filho, mesmo se a concepção se der após o falecimento do pai.

Entretanto, interpretando literalmente a norma, poder-se-ia entender que o método de fecundação artificial homóloga, no caso de embriões excedentários, poderia ocorrer a qualquer tempo sem um prazo limítrofe para sua efetivação. Entretanto, não é o que entende a doutrina, que de acordo com Maria Berenice Dias, (DIAS, 2011, pg. 367), o preceito “mesmo que falecido o marido” deve-se interpretar tão somente para o estabelecimento da paternidade, observando-se o prazo de 300 dias da morte do varão.

Infere ainda a doutrinadora que, embora tendo o morto disponibilizado o sêmen não há que se presumir que consentiu com a prática do procedimento de fecundação *post mortem*, por isso é necessária sua anuência expressa para a realização de tal procedimento. Essa concepção se dá em virtude do princípio da autonomia da vontade, que condiciona o uso do material genético do morto à sua autorização quando ainda vivo para este fim.

Assim, pode-se entender que a presunção *pater is est* está limitada aos filhos nascidos pelo uso de procedimento de fertilização artificial, mesmo sendo de embriões excedentários, ao nascimento no período contido nos 300 dias subsequentes à morte do *de cuius*.

## **6. FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL *POST MORTEM* E A SUCESSÃO**

Passa-se agora a analisar sobre as possíveis consequências jurídicas da fecundação artificial *post mortem* e o reconhecimento dos direitos sucessórios do filho proveniente da utilização destas técnicas de reprodução após a morte do doador, para isso, iremos nos ater ao procedimento da fecundação artificial homóloga, ou seja, aquela em que os doadores são o próprio casal que deseja se submeter a esse procedimento.

Como já vimos o Código Civil (BRASIL, 2002), bem como a Constituição Federal – CF (BRASIL, 1988), garantem à família total e plena proteção do Estado para que possam planejar a constituição de sua família de forma livre e sem a interferência de qualquer ente privado ou público, sendo dever Estado promover os meios educacionais, financeiros e científicos para tanto. (art. 226, §7º, da CRFB/88).

Nesse caminho, o Código Civil (BRASIL, 2002), mesmo que de maneira tímida, buscou reger e dar um norte legal a ser seguido por aqueles que desejam se utilizar dos meios da reprodução artificial quanto ao tratamento e a filiação dos filhos tidos por meio de tais técnicas, abordando, inclusive, situações originadas mesmo após a morte do doador que apesar de pré-morto será considerado pai da prole obtida por este meio (art. 1597, incisos III e IV, CCB), proibindo assim, em razão da igualdade jurídica entre os filhos, qualquer tratamento ou designação diferenciada em razão da filiação.

Contudo, a letra da lei não estabeleceu nenhum requisito ou condição para a reprodução em laboratório após a morte do doador, deixando em aberta ser possível sua realização a qualquer tempo e ter reconhecida a filiação, quando o procedimento utilizado seja o da reprodução assistida por fecundação homóloga, não deixando dúvida, portanto, que ao filho tido por meio de tal procedimento, não será negado o reconhecimento de paternidade e da filiação com o autor da herança.

Buscando dirimir as dúvidas sobre o requisito de validade de tal procedimento nos ditames do Código Civil (BRASIL, 2002), e fazer prevalecer a autonomia da vontade, a Primeira Jornada de Direito Civil com os enunciados 106 e 107 (CJF/STJ, 2002), buscou esclarecer e alinhar os entendimentos para que se tenha como requisito da realização de reprodução *post mortem* à declaração expressa e por escrito da autorização do *de cuius* para se proceder com a fertilização.

Na mesma linha, o provimento Nº 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ (CNJ - Provimento nº 63 de 14/11/2017), que alterou os formatos de certidões de nascimento, casamento e óbito para os registros civis, em sua seção III onde dispõe sobre a reprodução assistida, consta em seu artigo 17, parágrafo 2º, que para registrar e emitir certidão de

nascimento é indispensável na hipótese de reprodução *post mortem*, além de outros, da apresentação do termo de autorização prévia específica do morto (a) para utilização do material biológico preservado, constante de instrumento público ou particular com registro reconhecido.

Entendimento que se coaduna com a doutrina de Maria Berenice Dias, (DIAS, 2011, pg. 367), para quem o termo “mesmo que falecido o marido” deve ser interpretado apenas para a definição da paternidade observado o prazo de 300 dias da morte do varão, sendo necessária que o *de cuius* autorize expressamente e por escrito a efetuação do método de fecundação artificial homologa *post mortem*, em razão do Princípio da Autonomia da Vontade.

Entretanto, nada disse o legislador sobre como se dará a possibilidade dos filhos havidos pela utilização da concepção *post mortem*, de suceder e ver seus direitos garantidos na sucessão hereditária dos bens do *de cuius* pré-morto, estabelecendo apenas a possibilidade de em caso de sucessão testamentária em seus artigos 1799, I, e 1800, CCB (BRASIL, 2002), o testador indicar um possível concepturo de pessoa por ele, testador, indicada em testamento, que deverá ser concebido em prazo que não supere 2 (dois) anos da data da abertura da sucessão, ficando os bens destinados a este sob a administração de um curador.

Parece que dessa forma o legislador pátrio buscou fazer valer mais uma vez o princípio da autonomia da vontade do *de cuius*, que deverá deixar de forma expressa e por escrito aquilo que deseja que seja feito com seus bens ao partir desta vida.

Tais disposições podem criar controvérsias e discussões sobre o direito sucessório desse filho havido por meio da fecundação após a morte do testador, caso este nada tenha disposto em testamento sobre isso, visto que tal direito não é previsto na sucessão legítima, ou seja, aquela que decorre da lei.

Assim, Maria Helena Diniz em sua obra O Estudo Atual do Biodireito, (DINIZ, 2014, pag.687), dispõe que mesmo “*De lege lata*, o inseminado *post mortem* seria filho extramatrimonial e somente da mãe. Poder-se-ia pretender nascimento de filho órfão?”

E continua com a premissa de que mesmo com a admissão do art. 1.597, inciso III, do Código Civil, (BRASIL, 2002), esclarece que o morto não tem mais obrigações ou direitos a cumprir. Não se poderia assim adotar a presunção de paternidade, já que o casamento termina com a morte, não se conferindo de mesma forma direito de suceder ao nascido da inseminação artificial post mortem, por não estar gerado à época da morte do pai genético. (DINIZ, 2014)

E arremata dizendo que o filho póstumo não seria legitimado a suceder, pois foi engendrado após a morte do pai, sendo por isso retirado da sucessão ab intestato. (DINIZ, 2014).

Como visto, a sucessão legítima que decorre da lei, prevista no Código Civil (BRASIL, 2002), prevê que são legitimados a suceder ao *de cuius* os nascidos ou já concebidos quando da abertura da sucessão, ou seja, excluindo assim do direito de suceder o filho fecundado *post mortem* do autor da herança.

Sendo assim, mesmo tendo a Constituição Federal (BRASIL,1988), e o Código Civil (BRASIL, 2002), garantido o reconhecimento da paternidade e filiação, ao filho tido por meio da fecundação artificial homóloga mesmo após a morte do doador/pai genético, é omissa quanto à possibilidade de ser herdeiro quando se trata da abertura e efeitos da sucessão na mesma conjectura.

Ou seja, mesmo garantindo ao filho tido através da fecundação artificial homóloga *post mortem* o reconhecimento da filiação, não garante os mesmos efeitos para seu direito à sucessão hereditária quando se trata da sucessão legítima.

A professora Maria Helena Diniz, O Estudo Atual do Biodireito, (DINIZ, 2014), defende ser possível que o filho herde por testamento se inequívoca for a manifestação do doador do sêmen de transmitir a esse filho a sua herança.

## 6.1 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS NA SUCESSÃO

Para o jurista Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho (ALBUQUERQUE FILHO, 2006), em seu artigo sobre Fecundação Artificial *Post Mortem* e o Direito Sucessório, para o nosso sistema jurídico constitucional, que introduziu na Constituição o princípio da igualdade entre os filhos sem ressalva quanto à condição jurídica em que se encontrarem os pais, não poderia o legislador infraconstitucional limitar direitos desse filho concebido pela fecundação artificial *post mortem*.

Defende ainda o nobre jurista que o princípio da igualdade jurídica entre os filhos vem em socorro do concebido por fertilização após a morte do autor da herança, pois solução diversa restritiva em prejuízo deste filho redundaria em discriminação, atentando contra a igualdade entre este e os demais filhos, irmãos biológicos.

Nesse sentido, ao citar Paulo Lobo, o jurista Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho (ALBUQUERQUE FILHO, 2006), infere que o reconhecimento da paternidade pela presunção contida no Código Civil, *pater is est*, persistiria para os casos de fecundação artificial homóloga, mesmo superado o prazo previsto no inciso II, do art. 1597, do CCB (BRASIL, 2002), ou seja, mesmo que ocorrendo após o prazo de 300 dias da morte do varão, o filho goza da presunção de filiação sem ser necessária a comprovação por teste de paternidade.

Isso se daria em razão do princípio da autonomia dos sujeitos, norteador e fundamento do Biodireito, que condiciona a utilização do material genético do doador à expressa autorização externada por ele para este fim. Desse modo, a paternidade deve ser consentida, prevalecendo a dimensão de liberdade do doador. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, pg. 10)

Contudo, esse princípio não é acolhido expressamente para tais casos quando se fala de sucessão, uma vez que não encontra previsão legal para suceder o filho decorrente do emprego da fecundação artificial *post mortem*.

Na defesa de sua posição jurídica quanto às repercussões da fecundação artificial *post mortem* na sucessão, Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho (ALBUQUERQUE FILHO, 2006),

cita três posições doutrinárias distintas para demonstrar as discordâncias entre pensadores e doutrinadores que se debruçam sobre a referida temática.

Citando nomes como Mônica Aguiar, Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior, o jurista em mesma obra, denomina a primeira corrente como excludente, pois como dispõe seus idealizadores, não se admite qualquer direito ao filho advindo pela utilização dessa técnica após a morte do genitor, quer seja no direito de família, quer seja para fins sucessórios. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, pg. 11, 12)

Para uma segunda corrente, denominada “relativamente excludente” e encabeçada por nomes como Guilherme Calmon, Juliane Fernandes Queiroz e Giselda Hironaka, o filho obtido por meio da técnica de fecundação *post mortem* teria reconhecida a filiação no campo do direito de família sem, contudo, reconhecer qualquer direito como herdeiro do pai pré-morto. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006, pg. 12, 13)

Segundo o Jurista, nesta mesma corrente existem pensadores que admitem a possibilidade de o filho advindo da utilização da fecundação *post mortem* ser legitimado a suceder por meio de disposição testamentária, aduzindo nos moldes do artigo 1799, inciso I, do CCB (Brasil, 2002), que se o testador pode atribuir sua herança a um possível filho de terceiros, poderia fazer o mesmo em favor de sua própria prole.

Por fim, o jurista assinala uma terceira corrente que denomina “inclusiva”, à qual se filia, reconhecendo plenos direitos tanto no âmbito do direito de família quanto no âmbito do direito sucessório ao nascido mediante utilização da técnica de fecundação artificial *post mortem*. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006)

Para tanto, posiciona-se no sentido de que tal possibilidade se daria em casos de fecundação artificial homóloga, pois nesse caso, o material genético, sêmen e óvulo, são do casal que pretende ter um filho assim engendrado.

Aduz ainda que não existe legislação proibitiva no Brasil, tampouco que permita o emprego da técnica, ocorrendo na verdade um vácuo ou omissão legislativa para tratar dessa matéria.

Do mesmo modo, cita a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a Lei 9.263/96 (BRASIL, 1996), que dispõe ser livre o casal para planejar sua família e deliberar sobre o assunto, alicerçado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, obrigando-se o Estado a proporcionar meios técnicos científicos dotados de natureza que promova e garanta o direito Constitucional previsto.

Em virtude de tais princípios, entende o nobre professor que não se pode admitir norma restritiva à realização da técnica de fecundação *post mortem*, pois em seu entendimento se faz possível um projeto parental iniciado em vida, se realizar após a morte de algum dos cônjuges. Destaca que, outorgada pelo *de cujus* a utilização do material genético após a sua morte, legitima e legaliza a realização da fecundação *post mortem*, atribuindo assim a admissão dos efeitos jurídicos em sua plenitude ao filho nascido mediante a utilização de tal técnica. (ALBUQUERQUE FILHO, 2006)

E arremata, dispondo que a retirada de direitos ao concebido violaria os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança, e que o reconhecimento de plenos direitos à essa criança nascida pela utilização do método de reprodução assistida após a morte do doador observa as disposições constitucionais, já que o legislador constituinte dispõe que dignidade das pessoas e a proteção da família se dá na pessoa de cada indivíduo e nas que integram a família. (art. 226, §8º, CF).

Seguindo essa linha de raciocínio, que resguarda os direitos sucessórios do descendente da fecundação artificial *post mortem* à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia entre os filhos e o próprio princípio constitucional sucessório, o Doutor Eduardo Ribeiro Moreira em seu artigo científico O Enfrentamento do Biodireito Pela Constituição (MORERA, 2005), se posiciona no sentido de que os direitos sucessórios do filho fecundado após a morte do doador do material genético devem ser preservados em razão de se tratar de direito fundamental assegurado no artigo 5º, caput e inciso XXX, da Constituição Federal, prevalecendo assim no estudo da constitucionalização do Direito Civil os princípios da igualdade entre os filhos e a garantia à dignidade da pessoa humana, o que impossibilita a exclusão de qualquer direito.

## 6.2 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL

O princípio da paternidade responsável está disposto no §7º do art. 226 da Constituição Federal (Brasil, 1988), emanando tal dispositivo que é livre o casal para planejar seu núcleo familiar, devendo o Estado propiciar meios educacionais e científicos para a concretização desse direito.

Tendo por base esse princípio os autores como Maria Helena Diniz (DINIZ, 2014) e Eduardo Ribeiro Moreira (MOREIRA, 2005), defensores dos direitos sucessórios para o filho nascido da fecundação artificial *post mortem*, entendem que se o autor da herança tiver expressado de antemão autorização para realizar do procedimento de fecundação após a sua morte, deverá se reservar a parte cabível da herança a esse filho.

Tal reserva respeitaria além do direito do filho em herdar, como também, aos princípios da isonomia, da igualdade entre os filhos e da autonomia da vontade do *de cuius* e o da paternidade responsável, que exercendo autonomamente o planejamento e construção de uma família recolhe e resguarda a garantia futura contra possibilidades de frustrar tais objetivos.

Outrossim, como já esboçado por Maria Berenice Dias (DIAS, 2011), é possível o resguardo dos direitos sucessórios do concepturo por meio da fecundação *post mortem* desde que apontado isso o autor da herança, pois, já que é possível fazê-lo indicando filiação de uma terceira pessoa, porque não o seria indicando sua própria prole nascida do cônjuge sobrevivente.

Invocando o jurista Carlos Cavalcante de Albuquerque Filho (ALBUQUERQUE FILHO, 2006), a doutrinadora Maria Berenice Dias (DIAS, 2011) lembra que a Constituição Federal promove o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, e que a legislação não proíbe a utilização da técnica de fecundação *post mortem*. Acompanhando esse raciocínio, se posiciona pela impossibilidade de existir norma infraconstitucional que restrinja os direitos do filho assim concebido, reconhecendo direitos amplos tanto no direito de família como também sucessório a esse filho.

## 7. PETIÇÃO DE HERANÇA

Na atual legislação, com a adoção do princípio da *saisine*, se transmite a herança e abre-se a sucessão no instante da morte (GONÇALVES a, 2014), ficam legitimados a suceder de acordo com o disposto no art. 1.798 do CCB (BRASIL, 2002), os sujeitos nascidos ou já concebidos no instante da abertura da sucessão.

Há discussões sobre o momento a se considerar para determinar a efetiva concepção capaz de resguardar os direitos sucessórios. Conforme disposto pela professora Maria Berenice Dias (DIAS, 2011), há aqueles que defendem que o embrião já fecundado e aguardando em laboratório a implantação no ventre materno seria sujeito de direito, tanto à personalidade como à sucessão.

Colabora com esse pensamento o entendimento esboçado no Enunciado 267 do Conselho da Justiça Federal (CJF/STJ), da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual o direito sucessório regrado pelo artigo 1798 do CCB, deve ser estendido aos embriões concebidos pelo uso da técnica de reprodução assistida, submetendo-se os efeitos patrimoniais da vocação hereditária as regras da petição de herança. (CJF/STJ, Enunciado 267, 2004)

Por outro lado, há quem como o ex-ministro Aires Brito, defende a ideia de que a concepção a ser considerada é aquela em que o embrião já se encontra devidamente implantado no aparelho reprodutor da mãe, passando somente, a partir deste momento, serem resguardados seus direitos a personalidade e conseqüentemente à sucessão (STF, ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Brito, Jul. em 29/05/2008).

Até o presente momento, embaraço não há quanto a qual momento considerar para determinar a concepção capaz de garantir os direitos do nascituro/concebido, eis que sobre o tema o STF, em julgamento da ADI 3510 de 29/05/2008, julgou pela constitucionalidade do artigo 5º, da Lei 11.105/2005 (BRASIL, 2005), Lei de Biossegurança, artigo este, que autoriza a prática de pesquisas com células tronco de embriões criopreservados chegando ao entendimento que as pesquisas não ferem o direito à vida ou a dignidade da pessoa

humana, por entender que “não existe pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana” e continua, “embrião é embrião, pessoa humana é pessoa humana e feto é feto. Apenas quando se transforma em feto esse recebe a tutela jurisdicional”. (STF, ADI 3.510, 29 mai. 2008)

Para melhor corroborar com a descrição do entendimento externado pelo Eminentíssimo Ex-Ministro em seu voto, vale colacionar trecho do mesmo, senão vejamos:

*Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos 6 Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 4ª edição, págs. 269/273. 7 Marco Antonio Zago, membro titular da Academia Brasileira de Ciências, é professor titular de Clínica Médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo e coordenador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto, além de diretor científico do Hemocentro de Ribeirão Preto. Já o segundo coordenador, Dimas Tadeu Covas, é professor-associado de Clínica médica da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo, além de um indivíduo adulto) que cresce in vitro na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos;*

*Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém nascido, adulto). As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados”;*

*Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral;*

*Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento. (STF, ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Brito, Jul. em 29/05/2008.)*

Ainda no contexto do voto externado pelo eminentíssimo Ex - Ministro do STF ao relatar o processo em comento esse, após esclarecedora diferenciação sobre os estágios evolucionários do ser até que enfim possa ser considerado sujeito merecedor da guarda estatal de seus direitos, busca fielmente detalhar ao máximo seu entendimento para não haver qualquer dúvida, vejamos:

*3 3. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados*

*de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. "Fertilização in vitro", tanto na expressão vocabular do pesquisador do Centro de Terapia Celular de Ribeirão Preto e diretor-presidente do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Donde a proposição de que, se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. (grifo nosso) (STF, ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Brito, Jul. em 29/05/2008.)*

O ilustre Ex-Ministro deixa claro que apenas após a introdução do óvulo já fecundado no útero materno, com a confirmação da gravidez, é que passa-se a considerar o ser concebido e mais adiante nascituro como detentor de direitos a serem resguardados.

Superado tal desiderato, a teor do disposto no artigo 1798 do CCB (BRASIL, 2002), os filhos não concebidos até o momento que se abre a sucessão legítima não terão legitimação para suceder o *de cujus* nos seus ativos e passivos hereditários, restando a esse filho concebido após esse evento para garantir seu direito de herdar, o recurso da ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança.

De acordo com o professor Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014), a ação de petição de herança é o instrumento de proteção específico para a garantia da qualidade de sucessor, dispondo o artigo 1824 do CCB, sendo capaz de o herdeiro na dita ação pleitear que seja reconhecido seu direito para posteriormente ter restituída sua parte da herança.

Discorre ainda em mesma obra (GONÇALVES, 2014), que o sucessor pode ter sido preterido porque não era conhecido, porque não havia testamento ou esse veio a ser anulado, ou

ainda, por ser filho não reconhecido, o que legitima, portanto, a promover ação de investigação de paternidade juntamente com a de petição de herança.

Contudo, nova discussão assenta-se sobre a questão, dessa vez é a que trata da prescrição da ação de petição de herança. Expõe Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014), em parte acompanhando a posição de Orlando Gomes, ser imprescritível a *petitio hereditatis*, e de outra banda esclarece Carlos Roberto Gonçalves, seguindo mandamento de Caio Mario da Silva, que não se confundem o status que do que é imprescritível com a pretensão econômica exigível, essa sim passível de prescrição.

Nesse sentido, o filho sempre terá direito de se fazer reconhecer ação de estado, imprescritível, contudo, não poderá pretender a herança se passados 10 (dez) anos da abertura da sucessão consoante disposto no artigo 205 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Tais entendimentos estão em conformidade com o entendimento da Súmula 149 do Supremo Tribunal Federal - STF, ao dispor que a ação de investigação de paternidade não prescreve, contudo, a de petição de herança não é agasalhada pela imprescritibilidade. Resta, assim, definir a partir de qual momento estaria prescrito o direito de manejar a ação de petição de herança.

#### 7.1 TERMO INICIAL PARA A CONTAGEM DO PRAZO DA PRESCRIÇÃO

No que tange ao termo inicial para começar a contagem de prazo de prescrição da ação de petição de herança, Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014), destaca que tal indagação já foi superada pelo STF, que já decidiu como início da contagem do lapso prescricional a abertura da sucessão, pois não se pode postular herança de pessoa viva.

Conforme ensina o doutrinador, a prescrição da ação de petição de herança se sujeita a todas as regras de suspensão ou interrupção da prescrição, incidindo, portanto, a ressalva do artigo 198, inciso I, do CCB (BRASIL, 2002), não correndo a prescrição contra o absolutamente incapaz, começando a correr apenas quando o herdeiro ao completar 16 (dezesseis) anos, torna-se relativamente incapaz.

Noutro desenrolar, citando Mario Moacyr Porto (PORTO, 1989, pg. 10), Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014), dispõe que, caso o pretense herdeiro dependa de reconhecimento de paternidade, tal prazo só passa a contar do dia imediatamente posterior ao *dies a quo* em que o direito puder ser exigido, a partir do qual surge o direito de ação para o agora herdeiro.

Citando Mário Moacyr Porto (PORTO, 1989, pg. 10), Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014), indica que é universalmente aceito o princípio de que a prescrição para se intentar com ação de petição de herança inicia-se sua contagem de prazo apenas ao surgir o direito para o filho afastado da sucessão.

Assim também é a concepção divulgada pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ, no Informativo 583 disponibilizada em 26 de maio de 2016 com o seguinte conteúdo:

*DIREITO CIVIL. TERMO INICIAL DO PRAZO PRESCRICIONAL DA AÇÃO DE PETIÇÃO DE HERANÇA EM RECONHECIMENTO PÓSTUMO DE PATERNIDADE. Na hipótese em que ação de investigação de paternidade post mortem tenha sido ajuizada após o trânsito em julgado da decisão de partilha de bens deixados pelo de cujus, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da decisão que reconheceu a paternidade, e não o trânsito em julgado da sentença que julgou a ação de inventário. A petição de herança, objeto dos arts. 1.824 a 1.828 do CC, é ação a ser proposta por herdeiro para o reconhecimento de direito sucessório ou a restituição da universalidade de bens ou de quota ideal da herança da qual não participou. Trata-se de ação fundamental para que um herdeiro preterido possa reivindicar a totalidade ou parte do acervo hereditário, sendo movida em desfavor do detentor da herança, de modo que seja promovida nova partilha dos bens. A teor do que dispõe o art. 189 do CC, a fluência do prazo prescricional, mais propriamente no tocante ao direito de ação, somente surge quando há violação do direito subjetivo alegado. Assim, conforme entendimento doutrinário, não há falar em petição de herança enquanto não se der a confirmação da paternidade. Dessa forma, conclui-se que o termo inicial para o ajuizamento da ação de petição de herança é a data do trânsito em julgado da ação de investigação de paternidade, quando, em síntese, confirma-se a condição de herdeiro. REsp 1.475.759-DF, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 17/5/2016, DJe 20/5/2016.*

Por esse entendimento pode-se dizer que não corre a prescrição para a petição de herança em desfavor do filho ainda não reconhecido, pois não teria nascido seu direito de ação e que, só poderia fazê-lo se reconhecida a paternidade.

Tal entendimento poder-se-ia vir a causar de certa forma a imprescritibilidade da *petitio hereditatis*, uma vez que já o é imprescritível a ação de investigação de paternidade sendo o julgamento dessa condição para o surgimento do direito do filho excluído de intentar com ação de petição de herança, fazendo com que não houvesse um prazo em regra para situações que envolvam essas circunstâncias. (GONÇALVES a, 2014)

Nessas condições ou situações é possível que ocorra casos de insegurança jurídica para os herdeiros que já tenham recebido sua quota parte, que precisar devolver o proporcional para novo herdeiro quando esse ficar conhecido e requerer sua parte na herança.

## **8. PROJETOS PARA ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS**

Tendo em vista o cenário atual da legislação existente em matéria de reprodução assistida, que é inteiramente abstrata no que se refere aos regramentos para a utilização da técnica após a morte de um ou dos dois doadores do material genético criopreservado, sendo regulado tão-somente por resolução do Conselho Federal de Medicina - CFM, para de certa forma uma insegurança jurídica para os resultados e projeções decorrentes da prática de tais procedimentos.

Não obstante a falta de regulamentação legal para a utilização da técnica de reprodução assistida após a morte de algum dos doadores, também não existe lei regulatória de seus efeitos no que concerne à legitimidade para suceder ao *de cujus* quando efetivada, pelo filho nascido por meio do emprego da referida técnica.

Na perspectiva de regulamentar e preencher tais lacunas legislativas existem, em tramitação na Câmara dos Deputados, alguns projetos de leis que buscam resolver as controversas provenientes do emprego das técnicas de fecundação após a morte do autor da herança.

Atualmente, há cinco projetos de lei em tramitação que de alguma forma tratam do assunto, são eles: PL 7.7012 de 2010; PL 4892 de 2012; PL 115 de 2015; PL 7591 de 2017 e PL Nº 9403 de 2017.

O projeto de lei 4892/2012 cujo autor foi o Ex-Deputado Federal Eleuses Paiva, foi reapresentado *ipsis literis* no projeto de lei 115/2015 (CÂMARA, 2015), pelo então Deputado Jucelino Resende Filho. Tais projetos versão sobre a criação de um “Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais” (CÂMARA, 2012).

Dentre outras regulamentações como a da utilização da técnica de reprodução humana assistida, em seu Capítulo VI, o até então projeto de lei, busca regular os direitos patrimoniais e pessoais das pessoas nascidas pelo emprego das técnicas de reprodução assistida, consagrando em seu artigo 58, o princípio da igualdade jurídica entre os filhos, proclamado no §6º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, vedando qualquer distinção entre filhos concebidos naturalmente e filhos concebidos pela utilização de técnicas de reprodução assistida.

Apesar disso, a inovação mais expressiva merecendo destaque é a contida no artigo 59 e seus parágrafos, que dispõe sobre a garantia ao direito sucessório do filho obtido por meio de fecundação *post mortem*, caso a gravidez ocorra em um prazo de até três anos após a abertura da sucessão, desde que tenha o genitor autorizado expressamente a utilização de seu gameta ou embrião criopreservado.

Segue disciplinando em seus parágrafos como se dará a abertura da sucessão que, em tais casos, segundo as disposições do projeto de lei será aberta sucessão provisória ou condicional e só após o transcurso do prazo de três anos previsto no caput do referido artigo é que a sucessão passará a ser definitiva.

Acredita-se, que tais disposições poderiam dar um norte para os dilemas sofridos com as incertezas e insegurança jurídica geradas no desenrolar do processo sucessório, pelas

possíveis ações de petição de herança podendo ser manejada pelo herdeiro preterido no momento da abertura da sucessão.

Contudo, mesmo tendo regulado e estipulado um espaço temporal para a realização do procedimento de reprodução assistida após a morte, o legislador manteve no § 4º do art. 59 do projeto de lei, a possibilidade desse filho de manejar a ação de petição de herança mesmo depois de passados o prazo estabelecido na para ocorrer o fato gerador dos direitos sucessórios, o prazo de três anos do *caput* do artigo 59 para a ocorrência da gravidez.

No entanto, este é apenas um dos projetos de leis que propõem alterar as disposições referentes aos direitos sucessórios do fecundado *post mortem*. Outros projetos de leis como o PL 7.591 de 2017 (CÂMARA, 2017) da lavra do Deputado Federal Carlos Bezerra, propõe incluir o parágrafo único no artigo 1798 do CCB que ficaria da seguinte forma: “Parágrafo único. Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida”. Em tal hipótese garantir-se-ia o direito de suceder ao concebido por meio das técnicas de reprodução assistida após aberta a sucessão, contudo, não se estipula um prazo para que ocorra o dito procedimento podendo, assim, a luz desse dispositivo ser realizado a qualquer tempo.

Nessa acepção tem-se ainda o projeto de lei 9.403 de 2017 (CÂMARA, 2017) de elaboração do Deputado Federal Vitor Valim, que por seu turno procura dar nova redação a todo o artigo 1798 do CCB que passaria a ter com a seguinte escrita:

*Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:*

*I – os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos embriões, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:*

*a) Testamento público; ou*

*b) Testamento particular; ou*

*c) Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médicos hospitalares, todos devidamente*

*cadastrados e pelo Conselho Federal de Medicina ou Conselhos Regionais de Medicina.*

*II – nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial.*

Apesar do novel dispositivo tentar regulamentar a utilização do método de inseminação artificial, garantindo direitos sucessórios ao filho advindo dessa técnica por meio de condições para que essa possibilidade possa ocorrer é somente isso que o faz, deixando mais uma vez em aberto a possibilidade de o procedimento ser feito a qualquer tempo o que provocaria insegurança jurídica ao processo sucessório dos demais herdeiros.

O auxílio para as incertezas quanto ao espaço temporal para a utilização da técnica de fecundação *post mortem* para conceber um filho e garantir a esse os plenos direitos sucessórios sem gerar insegurança jurídica ao processo de sucessão e/ou aos demais herdeiros pode vir de outro projeto de Lei elaborado pela Deputada Federal Dalva Figueiredo, é o PL 7.701 de 2010 (CÂMARA, 2010) pelo qual, o Código Civil passaria a vigorar acrescido do artigo 1597-A com a seguinte redação:

*Art. 1.597-A. A utilização de sêmen, depositado em banco de esperma, para a inseminação artificial após a morte do marido ou companheiro falecido, somente poderá ser feita pela viúva ou ex-companheira com a expressa anuência do marido ou companheiro quando em vida, e até trezentos dias após o óbito.*

A redação da proposta do artigo se encontra em concordância com o já disposto no artigo 1597 do CCB (BRASIL, 2002) no que concerne ao reconhecimento da filiação pelo princípio *pater is est* ao filho obtido por inseminação artificial homologa, mas, disciplinando ainda condicionantes para a possibilidade de utilização da técnica, bem como, a estipulação de um prazo para fazer o uso do procedimento.

Percebe-se em tal proposta de alteração legislativa o respeito aos princípios constitucionais do planejamento familiar a cargo da entidade familiar, da paternidade responsável, da igualdade jurídica entre os filhos e da autonomia da vontade do *de cujus*. Contudo, nada

dispõe sobre quais seriam seus efeitos na sucessão legítima, deixando em aberto como se daria a possibilidade desse filho em suceder ao pré-morto.

Verifica-se assim que, em todos os projetos de leis apresentados e em tramitação, existem pontos mais ou menos regulatórios sobre a questão da reprodução artificial *post mortem* e sobre os direitos sucessórios do filho advindo por meio da utilização dessa técnica, contudo, nenhuma delas exauriu o tema, deixando em aberto pontos que poderiam ser complementados umas pelas outras, para, quem sabe, dar mais segurança jurídica e garantia de direitos aos sujeitos envolvidos em um processo sucessório.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho científico buscou demonstrar os resultados e as implicações jurídicas que podem ocasionar a fecundação artificial *post mortem* na sucessão legítima através da legislação vigente, quebrando o viés histórico-cultural e mesmo legal das legislações anteriores em que o filho que não advinha da relação conjugal, tido como “ilegítimo”, era desprovido de qualquer direito em relação ao seu genitor, para, com a vigência da Constituição da República em vigor, ter garantidos iguais direitos a esses filhos sem qualquer distinção, que por ventura pudesse existir.

Contudo, nova temática se põe em debate, qual seja a possibilidade de se garantir os direitos sucessórios ao filho advindo do procedimento médico da fecundação artificial *post mortem* à luz do que consta no Código Civil Brasileiro, que não prevê tal possibilidade, limitando os direitos sucessórios à legítima aos herdeiros vivos ou já concebidos no instante da abertura da sucessão.

Nota-se, contudo, que o procedimento da fecundação artificial, assegurado constitucionalmente como método científico apto a promover o planejamento familiar consciente, não goza de mesma presunção quando se trata do seu emprego após o falecimento de um dos cônjuges, pois, não há na legislação atual dispositivo permissivo para tal procedimento.

Outrossim, na doutrina, há grande controvérsia sobre a utilização da técnica e os direitos sucessórios do filho tido por meio do emprego da técnica de fecundação artificial *post mortem*, o que demonstra a real necessidade de regulamentação da técnica e dos seus efeitos sucessórios.

Acredita-se, assim, ter sido possível alcançar os objetivos almejados para este trabalho, restando evidenciado que a ausência de legislação regulamentando os ditames do procedimento de fecundação artificial *post mortem*, gera dissabores na vida civil e insegurança jurídica para os jurisdicionados, o que pode ser abrandado pelas propostas de leis em andamento.

Nesse contexto, nossa concepção sobre a temática é que há a necessidade real e urgente de se regulamentar o tema, pois, apesar de já ser possível o procedimento da fecundação artificial, não é regulamentada a prática após o falecimento do doador do material genético, como também não é garantido direitos sucessórios a um possível filho advindo de tal procedimento *post mortem* do doador do material criopreservado. Nesse ínterim, apesar de existirem sugestões de alterações legislativas, mesmo que aprovadas ou em uma melhor elaboração dos pontos em discussão para aprovação, o que realmente será um grande avanço, note-se, contudo, que mesmo com tais alterações, ainda seria possível ao filho advindo por tal técnica de utilizar-se do instrumento da petição de herança para garantir direitos hereditários, o que continuaria a gerar insegurança jurídica aos herdeiros do *de cuius*.

Assim, recomendam-se novas pesquisas no futuro a fim de dirimir as questões que podem surgir pela aprovação dos projetos de leis que se encontram em tramitação para buscar o referencial que possa, enfim, fechar um ciclo de oportunidades e aberturas que geram insegurança jurídica relacionada à temática, eis que não deve ficar em aberto no espaço temporal, disposição que a qualquer tempo se possa ferir ou pôr em dúvida direitos legalmente garantidos.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante de. **Fecundação artificial *post mortem* e o Direito Sucessório**. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/ img/congressos/anais/8.pdf](http://www.ibdfam.org.br/img/congressos/anais/8.pdf)>.

Acesso em: 17 fev.2017.

BRASIL. Lei 9.263 de 12 de Janeiro de 1996, **regulamenta o §7º do art. 226 da Constituição Federal**, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9263.htm)>. Acesso em: 23 fev. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de lei número 4.892 de 2012**, Eleuses Paiva. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>,

Acesso em: 17 fev. 2018

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de lei número 115 de 2015**, Juscelino Resende Filho.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=94550>>Acesso em 17 fev. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de lei número 7.591 de 2017**, Carlos Bezerra. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2136486>>.

Acesso em: 21 fev. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de lei número 9.403 de 2017**, Vitor Valim. Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166809>>.

Acesso em 21 fev. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS, **Projeto de lei número 7.701 de 2010**, Dalva Figueiredo.

Disponível em:

<<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=484251>>.

Acesso em: 21 fev. 2018.

CNJ - PROVIMENTO Nº 63 de 14 nov. 2017. **Dispõe sobre o modelo único de certidão de nascimento, casamento e óbito, e dá outros provimentos**. Disponível em:

<<http://www.cnj.ius.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

CFM - RESOLUÇÃO nº 2.121/2015, **dispõe sobre a adoção de normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. Como dispositivo deontológico a se seguido pelos médicos**. Disponível em:

---

<[http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121\\_2015.pdf](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2015/2121_2015.pdf)>. Acesso em: 23 fev. 2018

CJF/STJ. ENUNCIADO 267 DA III JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Dispõe sobre a extensão das regras da petição de herança aos embriões formados pela técnica de reprodução assistida.** Disponível em:

<<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/III%20JORNADA%20DE%20DIREITO%20CIVIL%202013%20ENUNCIADOS%20APROVADOS%20DE%20NS.%20138%20A%20271.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

DIAS, Maria Berenice, **Manual de Direito das Famílias. 8ª Ed. Rev. e atual.** – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIS, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito, 9ª. Ed. Ver. Aum. E atual.** De acordo com o Código de Ética Médica – São Paulo: Saraiva, 2014.

CJF/STJ. ENUNCIADO 106 CJF DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Dispõe sobre a obrigatoriedade de autorização prévia e por escrito do ex-cônjuge, ou do morto para a utilização de seu material genético.** Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 23 fev.2018.

CJF/STJ. ENUNCIADO 107 CJF DA I JORNADA DE DIREITO CIVIL. **Dispõe sobre a obrigatoriedade de autorização prévia e por escrito do ex-cônjuge, ou do morto para a utilização de seu material genético.** Disponível em:

<<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/738>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto, b. **Direito Civil Brasileiro, Volume 7: Direito das Sucessões.** 8ª Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto, a. **Direito Civil Esquemático, Volume 3,** Coordenador Pedro Lenza. – São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **O Enfrentamento do Biodireito pela Constituição.** Disponível em: < <http://revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/signon?sp=SES-2> >. Acesso em: 19 fev.2018.

PORTO, Mario Moacyr. **Ações de Investigação de Paternidade Ilegítima e Petição de Herança,** Revista dos Tribunais, 1989. Disponível em: Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo. Acesso em: 06 Abr. 2018.

STF - ADI 3.510 Ministro Relator Ayres Brito, **dispõe sobre a constitucionalidade do art. 5º, da Lei de Biossegurança, Lei 11.105/2005.** Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 11 mar. 2018.

STJ. INFORMATIVO DE JURISPRUDENCIA 583, 26 mai.2017. **Dispõe sobre o início do prazo prescricional da ação de petição de herança após julgamento de ação de reconhecimento de paternidade.** Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270583%27>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

VILAS BOAS, Renata Malta. **Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica.** Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9928](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9928)>. Acesso em: 17 fev. 2018.