

## O Direito Sucessório dos Inseminados *Post Mortem* em Face dos Princípios Constitucionais

SILVA, Diego Rodrigues

### RESUMO

O presente artigo tem por objetivo o estudo do direito sucessório do filho concebido com a utilização da técnica de inseminação artificial *post mortem*, por meio de uma análise crítica e reflexiva acerca das correntes doutrinárias existentes e com base nas legislações vigentes. Aborda primeiramente os princípios constitucionais e o direito de filiação com destaque, a força dos princípios constitucionais, princípio da supremacia da constituição, princípio constitucional da isonomia, princípio constitucional da isonomia entre filhos, além do princípio do melhor interesse da criança. Aborda ainda o direito de filiação e a presunção de paternidade, bem como era o tratamento dado com relação a igualdade dos filhos antes do atual Código Civil. Faz-se um estudo destacado do princípio da isonomia, consagrado constitucionalmente, por meio do artigo 227, § 6º, o qual versa que a igualdade entre os filhos, independentemente da situação jurídica dos pais, sendo que assim, deve-se não admitir legislação infraconstitucional restritiva ao direito de paternidade do concebido por meio de inseminação *post mortem*. Conclui-se que enquanto não for corrigida a omissão da legislação com relação vocação hereditária, melhor regulando os direitos sucessórios dos inseminados *post mortem*, faz-se necessário que a interpretação aplicada seja aquela que não venha a ferir o princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 226, § 6º, o qual determina que “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.”

**Palavras-chave:** Inseminados *post mortem*. Princípio da isonomia. Direito sucessório.

## 1 INTRODUÇÃO

O rápido progresso da medicina na área da reprodução artificial, trouxe uma excelente oportunidade a mais aos casais de terem seus filhos, mas ao mesmo tempo em virtude das legislações não terem acompanhando tal avanço, criou-se uma lacuna no ordenamento jurídico diante das novas técnicas científicas.

O tema em pauta é controverso, pois coloca de encontro o direito fundamental de herança, garantido pelo artigo 5º, XXX da Constituição Federal e outros princípios constitucionais como o da isonomia, pois mesmo estando o direito a herança prevista na carta magna, quando se está diante da sucessão de pessoa concebida por inseminação *post mortem*, trava-se um grande embate jurídico doutrinário.

Com base no disposto do artigo 1.597, inciso III do Código Civil, o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, será filho deste. Entretanto apesar de reconhecida a condição de filho, este direito não o faz legítimo absoluto para a sucessão, pois não se pode chegar a uma solução de simples interpretação quando se trata de colisão de direitos fundamentais, uma vez que a mesma legislação que reconhece a possibilidade dos filhos concebidos *post mortem* é omissa na regulamentação quanto aos direitos sucessórios destes.

Diante desta situação, deve-se levar em consideração não somente a verificação de existência ou não do herdeiro, mas também a ponderação dos valores colididos, no que diz respeito à sucessão do inseminado *post mortem* e a igualdade entre filhos, para que não sejam geradas discriminações.

A legislação brasileira consagra constitucionalmente, por meio do artigo 227, § 6º a igualdade entre os filhos, independentemente da situação jurídica dos pais. Sendo assim, deve-se não admitir legislação infraconstitucional restritiva ao direito de paternidade do concebido por meio de inseminação *post mortem*.

A Constituição Federal não prevê exceção ao princípio da igualdade entre os filhos, sejam estes concebidos com os genitores ainda vivos ou inseminados *post mortem*. Deste modo se estiver prevista em qualquer legislação infraconstitucional, está irá de encontro ao que preceitua a Constituição brasileira, de modo que a restrição em desfavor do filho concebido *post mortem* redundaria em prática atentatória à igualdade com os demais filhos.

O planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável e consagrado no artigo 226, § 7º da Constituição Federal, versa que este deverá ser de livre decisão do casal, sendo que a reprodução medicamente assistida é apenas mais uma opção a perpetuação da família. Portanto, conforme será melhor abordado no presente trabalho não pode o Estado cercear este direito à descendência com a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Poderá ser melhor visualizado nos capítulos que seguem, que quando o embrião já está em pleno desenvolvimento no ventre materno, no momento do falecimento do *de cuius*, a doutrina e a jurisprudência não deixam dúvidas quando a possibilidade de sucessão, uma vez que a legislação é clara quanto a possibilidade desta, desde que o nascituro venha ao mundo com vida.

Por outro lado também poderá ser verificado a seguir, que quando se está diante do nascimento por inseminação, no que diz respeito especificamente ao direito de filiação, mesmo que falecido o marido ou companheiro, tem direito o filho à presunção de filiação, como concebida na constância do casamento.

Também em virtude da carência de regulamentação acerca da inseminação *post mortem*, tema ainda novo para o direito, ocorre um choque entre a determinação da presunção de paternidade, dos filhos concebidos a qualquer tempo, e da legislação que prevê a abertura da sucessão com a morte, na qual os herdeiros já devem estar nascidos ou concebidos.

Neste sentido, desenvolveu-se o presente estudo, no qual procurar-se-á verificar o direito sucessório do embrião concebido após a morte do pai, sendo realizada uma análise crítica e reflexiva acerca das correntes doutrinárias existentes e com base no histórico das legislações e nas legislações vigentes.

## 2 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E O DIREITO A FILIAÇÃO

O advento da Constituição brasileira de 1988, proporcionou uma grande mudança no sistema jurídico vigente no país, até então voltado a organização do próprio Estado, pois a partir desta, deu-se mais atenção ao indivíduo e a sociedade, vindo a abranger direitos individuais, coletivos e difusos.

A constituição de 1988 inaugurou um sistema de novos princípios para avaliar as relações familiares, como fundamento hermenêutico para afastar, inclusive, normas da legislação ordinária que destoam dessa nova orientação. (MACHADO, 2004, p. 7)

Nas Constituições tidas como modernas, a exemplo da Constituição brasileira, encontram-se resguardados os princípios do direito de família, demonstrando o interesse do Estado em proteger a família como base da sociedade, e garantir a esta especial proteção.

[...] destaca-se o princípio da isonomia (art. 5, I), que provocou inúmeras conseqüências jurídicas e deu nova postura às relações entre cônjuges. Pode-se, portanto, dizer que é na Constituição Federal que se encontram, hoje apoiados os novos paradigmas do Direito de família. (MACHADO, 2004, p. 7)

Neste sentido, faz-se necessário olhar o direito de família a partir da Constituição e dos princípios contidos nesta, sendo estas normas chave de todo o sistema jurídico, e sendo assim dotados de força normativa.

### 2.1 A Força Normativa dos Princípios

A expressão princípio, aparentemente vem demonstrar o começo ou início de algo, entretanto, para o Direito tem sentido mais amplo, pois serve como base do sistema jurídico, muitas vezes garantindo a sua aplicabilidade.

Conforme ensina Bester (apud BANDEIRA DE MELLO, 2005, p. 264), os princípios constituem, “por definição, o mandamento nuclear de um sistema”, os quais exprimem verdades jurídicas universais para um dado ordenamento jurídico.

Já *princípio constitucional* pode ser entendido como a noção genérica de um princípio jurídico dada por Celso Antônio: é o alicerce de um sistema, a “disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a exata compreensão e inteligência” delas, “exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.” (BESTER, 2005, p. 265)

São inúmeros os conceitos de princípios encontrados na doutrina jurídica, bem como as classificações e funções. Dentre os diversos conceitos, destaca-se a metafórica conceituação abaixo:

Os princípios são as idéias de um sistema, ao qual dão sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se. Tomando como exemplo de sistema certa guarnição militar, composta de soldados, suboficiais e oficiais, com facilidade descobrimos a idéia geral que explica seu funcionamento: os subordinados devem cumprir as determinações dos superiores. Sem captar essa idéia, é totalmente impossível entender o que se passa dentro da guarnição, a maneira como funciona. (ARAUJO; NUNES JUNIOR, 2009, p. 46)

Quanto ao conteúdo os princípios estão mais próximos da idéia de valor e de direito, e, formam uma exigência da justiça, equidade e moralidade, sendo que a partir do conteúdo decorre a validade destes.

Para inúmeros estudiosos do Direito os princípios são universais, absolutos, permanentes, além de cumprirem função explicadora e justificadora em relação às regras. Neste sentido, entende-se que a principal função dos princípios constitucionais é a de servir de vetor para a interpretação das leis, vindo a reforçar a aplicabilidade dos mandamentos constitucionais. Alinhado com este raciocínio ensina Luis Roberto Barroso:

Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos. (BARROSO, 2009, p. 157)

Segundo Bonavides (apud ESSER, 2001, p. 243), “o principio atua normativamente; é parte jurídica dogmática do sistema de normas, é ponto de partida que se abre ao desdobramento judicial de um problema.”

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao principio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...] (BARROSO, *apud* MELLO, 2009, p. 157)

Uma vez colocados os princípios constitucionais no ponto mais alto da escala normativa, sendo estes mesmos normas, tornam-se as normas supremas do ordenamento, isto é, se convertem na norma das normas, ou seja, em normas chave de todo o sistema jurídico.

Partindo-se da função interpretativa e integrativa dos princípios – cristalizada no conceito de sua fecundidade – é possível chegar, numa escala de densidade normativa, ao grau mais alto a que eles já subiram na própria esfera do Direito Positivo: o grau constitucional.

Mas a constitucionalização dos princípios compreende duas fases distintas: a fase programática e a fase não programática, de concreção e objetividade.

Na primeira, a normatividade constitucional dos princípios é mínima; na segunda, máxima. Ali pairam ainda numa região abstrata e têm aplicabilidade diferida; aqui ocupam um espaço onde revela de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata. (BONAVIDES, 2001, p. 246)

A partir do entendimento que os princípios constitucionais estão localizados no ponto mais alto da escala entre todas as normas do ordenamento jurídico, pode-se afirmar que o não reconhecimento sua da força normativa na aplicação no caso concreto, trata-se de uma inversão de valores, e o não reconhecimento a supremacia da norma constitucional a todas as demais que vem abaixo desta.

## **2.2 O Princípio da Supremacia da Constituição**

O princípio da supremacia da Constituição, versa acerca da superioridade desta norma, em relação a qualquer outra norma jurídica em um dado ordenamento, e por força da superioridade constitucional, nenhum ato jurídico, nenhuma manifestação de vontade pode subsistir validamente se for incompatível com a Lei Fundamental.

Partindo-se da idéia de que o Direito é composto por comandos emanados do Estado para organizar a vida em sociedade, o *princípio da supremacia da Constituição* faz com que ela esteja no ápice das leis, conforme construção escalonada do ordenamento jurídico do jurista austríaco Hans Kelsen, cuja teoria, desenvolvida na década de 1920, prevê que cada comando normativo encontra respaldo naquele que é superior e lhe deve obediência, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade da espécie normativa e conseqüentemente retirada do ordenamento jurídico, uma vez que a Constituição está no topo da pirâmide e é justamente esta verticalidade que confere validade a todo o sistema normativo infraconstitucional. (BARROSO, 2005, p. 68)

O princípio da supremacia constitucional vem posicionar a Constituição em destaque e como vetor para toda a estrutura jurídica do Estado, desta forma, podendo até mesmo invalidar todas as normas que lhe forem contrárias. Desta maneira, toda norma vigente no ordenamento jurídico que se encontre abaixo da carta magna lhe deve obediência.

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado a Constituição Federal. Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente *conformidade com as normas constitucionais*, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e conseqüente retirada do ordenamento jurídico. (MORAES, 1999, p. 43)

Conforme, ensina-se ainda nas primeiras fases dos cursos de Direito, cada comando normativo encontra respaldo naquele lhe é superior, no qual deve obediência, sendo que a não observância a lei superior, deve ser corrigida pelo legislador. Neste sentido, a não observância dos preceitos constitucionais pode ocasionar a retirada do ordenamento jurídico da norma que esta em desacordo, uma vez que a Constituição está no topo da pirâmide, pois é justamente esta verticalidade que confere validade a todo o sistema normativo infraconstitucional.

Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regula tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como conseqüência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela. É por força da supremacia da Constituição que o intérprete pode deixar de aplicar uma norma infraconstitucional a um caso concreto que lhe caiba apreciar – controle *incidental* de constitucionalidade – ou o Supremo Tribunal Federal pode analisar a eficácia, com caráter *erga omnes*, de uma norma incompatível com o sistema constitucional (controle *principal* ou por ação direta). (BARROSO, 2009, p. 372)

Sendo assim, encontrando-se a Constituição na mais alta hierarquia das leis, faz-se necessário que seus princípios sejam respeitados, não vindo a ser recepcionadas normas infraconstitucionais que venham de encontro a estes, sendo que entre os princípios, destacam-se além do direito ao reconhecimento de filiação, o princípio da isonomia ou da igualdade de filiação, que na revogada codificação civil, encontrava-se em desacordo com os preceitos constitucionais.

### 2.3 Direito ao reconhecimento da filiação

É possível entender em sentido estrito, filiação como a relação jurídica que liga o filho a seus pais, sendo considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado dos pais. Sendo esta relação encarada do lado inverso, ou seja, dos pais para os filhos, denomina-se o vínculo, paternidade e maternidade.

Entende-se por filiação a relação de parentesco genético, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àquelas que a geraram, ou a conceberam, como se tivessem gerado.

Sob perspectiva ampla, a filiação compreende todas as relações, e respectivamente sua constituição, modificação e extinção, que têm como sujeitos os pais com relação aos filhos. Portanto, sob este prisma, o direito de filiação abrange também o pátrio poder, atualmente denominado poder familiar, que os pais exercem em relação aos filhos menores, bem como os direitos protetivos e assistenciais em geral. (VENOSA, 2005, p. 243)

Dispõe o artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente a garantia do reconhecimento do estado de filiação como “direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado por qualquer pessoa, contra pais ou seus herdeiros, sem restrição.” Neste sentido, não se pode cercear de uma pessoa, mesmo que adotada ou tenha relação consangüínea, de ter reconhecido o seu estado de filiação.

É direito personalíssimo, direito indisponível e direito imprescritível são três as normas essenciais do estado de filiação.

É direito personalíssimo porque inerente ao estado de filho. Não comporta sub-rogados, nem se trata de direito suscetível de ser exercitado por outrem (p. ex., por um dos netos), ou mesmo um espólio.

Só se admite a representação, em caso de procedimento judicial, se o filho, que pede seu reconhecimento, for civilmente incapaz (CC, art. 84).

É direito indisponível, não comportando, assim, nenhuma negociação, inclusive transação (CC 1916, art. 1035; CC 2002, art. 841).

E é igualmente imprescritível. Enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar de reconhecimento de *status familiae*, assim como ao genitor o dever de responder pelo seu dever.

Essa imprescritibilidade descansa na conexão existente entre o interesse do indivíduo e o do Estado. Além disso, o *status familiae* implica coincidência de direitos e deveres, que impede que alguém se isente de seus deveres, despojando-se dos direitos que por ventura lhe assistam. Nesse sentido a Súmula 149 do STF. (CURY, *apud* MONTEIRO, 2006, p. 128)

A partir da Constituição federal de 1988, da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente e do novo Código Civil de 2002, o estado de filiação deixou de ter a origem biológica e as conseqüências deste antigo entendimento.

Desta forma a legitimidade da filiação passou a assumir maior abrangência que aquela somente biológica e qualquer outra origem.

Neste sentido, o estado de filiação, torna-se gênero do qual são espécies a filiação biológica, estando nesta as provenientes de reprodução assistida e a filiação não biológica.

Diante do avanço das técnicas da medicina de reprodução assistida e do princípio da isonomia positivado na Constituição Federal, faz-se necessário a uniformização da jurisprudência acerca da filiação, pois a luz da Constituição, não deve haver nenhum fundamento jurídico para tal desvio hermenêutico restritivo, pois estabelece esta o contrário, resguardado o estado de filiação de qualquer natureza, sem anteposição de um sobre outro.

## 2.4 O Princípio Constitucional da Isonomia

O princípio da Isonomia, tem-se mostrado fundamental diante das mudanças sofridas no Direito Constitucional brasileiro, desde o regime ditatorial até os dias atuais, sendo previsto no artigo 5º da Constituição Federal brasileira, que versa a igualdade entre todos os indivíduos da nação brasileira e os estrangeiros residentes no Brasil, sendo vedada também qualquer discriminação por meio do artigo 3º, IV.

Como primeiro direito fundamental podemos referir o direito à igualdade (isonomia). A Constituição prevê que todos são iguais perante a lei e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. O princípio da isonomia deve ser considerado de duplo aspecto: o da igualdade na lei e o da igualdade perante a lei. Igualdade na lei constitui exigência destinada ao legislador, que na elaboração da lei, não poderá fazer nenhuma discriminação. Aliás, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI). A igualdade perante a lei pressupõe que esta já esteja elaborada e se traduz na exigência de que os Poderes Executivo e Judiciário, na aplicação da lei não façam qualquer discriminação. (CHIMENTI; CAPEZ; ROSA; SANTOS, 2004, p. 60)

Segundo Bonavides (1997, p. 341), “de todos os direitos fundamentais a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado Social”.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma

constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema proclama. (MORAES, 1998, p. 92)

O princípio da isonomia ou da igualdade vem garantir que as leis infraconstitucionais não tragam privilégios ou desigualdades, mas sirvam como uma ferramenta reguladora da vida em sociedade, onde todos os cidadãos devem ser tratados de forma paritária.

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social. (MORAES, 1999, p. 62)

A partir do princípio da isonomia não poderá a autoridade pública, aplicar as leis e atos normativos aos casos concretos, de forma que venha a criar ou aumentar desigualdades arbitrárias. Neste sentido, também deverá o poder judiciário, no que diz respeito ao exercício da sua função jurisdicional de aplicar o Direito ao caso concreto, utilizar as previsões constitucionais no sentido de garantir uma interpretação única e igualitária às normas jurídicas.

É preciso, pois, mudar a interpretação deste princípio.

Sem dúvida, só poderá haver igualdade verdadeira, se os indivíduos estiverem no mesmo patamar econômico-social, apresentarem as mesmas condições materiais e possuírem as mesmas vias de acesso a Justiça e ao Poder.

A igualdade puramente formal é uma peça literária.

Não podemos admitir que todos sejam iguais perante a lei, quando a lei não é obedecida. (SARAIVA, 1995, p. 44)

O tratamento isonômico a todos os brasileiros que buscou o legislador com o advento da Constituição de 1988, apresentou-se como uma importantíssima ferramenta na busca da correção de muitas das discriminações e cerceamento de direitos, admitidos por legislações anteriores.

A previsão constitucional da igualdade, sendo este princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, também causou grande avanço no direito de família, colocando em igualdade maridos e esposas, além dos filhos, sejam estes havidos na constância do casamento ou não. Neste sentido, ao serem verificados casos específicos, como o polêmico direito sucessório do filho inseminado *post mortem*, onde a própria legislação infraconstitucional ainda não reconhece tal direito como

legítimo, reflete a necessidade da busca pela promoção da igualdade não somente na letra da lei, mas em todos os níveis.

Para que realmente seja alcançada a igualdade entre todos preceituada no artigo 5º da Constituição, necessita-se que o Estado atue de forma que não seja recepcionada norma dissonante de tão importante princípio.

## **2.5 O Princípio Constitucional da Isonomia e o Direito de Filiação**

Antes do atual Código Civil que em consonância com a Constituição Federal brasileira estabeleceu a igualdade entre todos os filhos, a classificação dos filhos era dividida da seguinte forma:

a) Filhos legítimos: Os classificados como filhos legítimos, eram aqueles nascidos de pais casados, entretanto para tal classificação era necessário que este matrimônio estivesse constituído ao tempo da concepção. Outra possibilidade do reconhecimento dos filhos como legítimos, era a possibilidade dos nascidos de casal ligado pelo matrimônio e que posteriormente esta relação conjugal veio a ser anulada, independente da boa-fé dos cônjuges.

b) Filhos legitimados: Eram classificados como filhos legitimados, aqueles que após o seu nascimento, houve o casamento dos seus genitores.

c) Filhos ilegítimos: A classificação de filhos ilegítimos, dizia respeito aqueles nascidos de pais impedidos de constituir matrimônio, ou ainda aqueles nascidos de pais que não eram casados, mas que não tinham nenhum empecilho ao matrimônio, ou seja, não eram impedidos de casar.

Com o advento do Código Civil de 2002 o legislador consagrou o princípio da isonomia entre filhos e corrigiu uma disparidade com a carta Constitucional de 1988, também vindo a desaparecer a vinculação entre casamento e a legitimidade da filiação, que conseqüentemente extinguiu as antigas categorias da filiação mencionadas acima.

Atualmente todos são apenas filhos, havidos na constância do casamento ou fora dele, conforme dispõe o artigo 1.596 do Código Civil:

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Na Constituição Federal o princípio da igualdade, isonomia ou ainda igualdade com relação à filiação, está positivado no artigo 227, § 6º, o qual prevê que os filhos terão os mesmos direitos e qualificações, vedando qualquer designação discriminatória relativa a filiação.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 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.

Diante do texto constitucional do § 6º do artigo 227, não se pode negar que a isonomia recebeu atenção especial na carta magna brasileira, que ao instaurar o regime democrático, demonstrou grande interesse em banir discriminações de qualquer ordem, neste caso em especial com relação a filiação.

A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, ao proibir qualquer designação discriminatória com relação aos filhos havidos ou não de relação de casamento ou por adoção. Em boa hora o constituinte acabou com a abominável hipocrisia que rotulava a prole em relação aos pais. A postura do genitor que descumpria o dever de fidelidade e cometia adultério era premiada, pois não lhe gerava obrigações ao filho assim concebido. (DIAS, 2005, p. 44)

Em consonância com o princípio constitucional, previsto no artigo 227, § 6º, o Estatuto da Criança e do Adolescente em seus artigos 20, 26 e 27, busca garantir o direito a filiação e igualdade entre filhos.

Art. 20. 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.

Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Com o objetivo de garantir a aplicabilidade imediata do princípio da isonomia com relação a filiação, faz-se necessário que as normas infraconstitucionais que versam acerca desta matéria, sejam interpretadas restritivamente, pois havendo diversas interpretações a uma norma

infraconstitucional, necessita-se para a garantia dos direitos fundamentais relacionados a filiação, preferência àquela interpretação que reconheça a constitucionalidade da norma, e que melhor represente os fins constitucionais.

Por serem os nascituros ou crianças desprotegidos, e ainda não tendo a formação intelectual para buscar a garantia de seus direitos, pode-se dizer que o legislador também buscou garantir o melhor interesse destes ao vedar qualquer discriminação entre filhos, além de proteger o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além da proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

## **2.6 O Princípio do melhor interesse da criança**

A partir do ano de 1990 quando foi ratificada pelo Brasil, por meio do Decreto 99.710/90 a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, inseriu-se no ordenamento jurídico brasileiro o princípio do melhor interesse da criança, o qual está previsto na citada convenção no seu artigo 3, 1, vindo a regular que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.”

A Convenção acolhe a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direito, a exigir proteção especial e absoluta prioridade. (PIOVESAN, 2009, p. 282)

Em consonância com o princípio do melhor interesse da criança, deve o aplicador do Direito, buscar a proteção daqueles que se encontram em situação de fragilidade, como é o caso das crianças e adolescentes. Neste sentido, faz-se necessário que naquelas situações onde estejam envolvidos os interesses das crianças e adolescentes, sejam verificados os preceitos previstos na carta constitucional, mas precisamente nos artigos 5º e 227.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco

na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2008, p. 80)

A partir da inserção do melhor interesse da criança no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos concernentes a criança e adolescente passaram ser tratados como direitos fundamentais. Neste sentido, apresenta-se como importante ferramenta ao aplicador do direito, para buscar a garantia da formação das crianças e adolescentes como cidadãos, além de impedir qualquer restrição aos direitos que estes possuam.

No que diz respeito aos inseminados *post mortem*, enquanto crianças no ventre materno ou após o nascimento, com base no princípio do melhor interesse da criança, não deve ser admitido no ordenamento jurídico brasileiro qualquer medida restritiva de direitos, como por exemplo no que acontece quando se fala no direito sucessório destes, onde ainda não é pacífica a concessão de tal direito em igualdade aos demais filhos, o que será melhor abordado adiante.

### 3 O RECONHECIMENTO DE FILIAÇÃO E OS INSEMINADOS *POST MORTEM*

Quando se fala em filiação, comumente, associa-se esta ao parentesco consangüíneo, ou seja, aquela em primeiro grau e em linha reta, onde estão ligados genitores e concebidos.

Ainda é possível definir a filiação, conforme explica, Gonçalves (2009, p. 285):

Em sentido estrito, filiação é a relação jurídica que liga o filho a seus pais. É considerada filiação propriamente dita quando visualizada pelo lado do filho. Encarada em sentido inverso, ou seja, pelo lado dos genitores em relação ao filho, o vínculo se denomina paternidade ou maternidade. Em linguagem jurídica, todavia, às vezes se designa por paternidade propriamente dita como a maternidade.

No entanto nem sempre o critério do parentesco consangüíneo, bastou para o reconhecimento da relação de filiação, pois o revogado Código Civil de 1916 em seu texto original, por exemplo não autorizava o reconhecimento de filiação dos filhos adulterinos

Após muitas reformas na legislação voltada ao direito de família, entrada em vigor da Constituição de 1988, e mais recentemente o Código Civil de 2002, não há mais diferenciação entre filhos, sendo vedada qualquer discriminação.

A Constituição de 1988 (art. 227, § 6º) estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, não admitindo mais a retrograda distinção entre filiação legítima e ilegítima, segundo os pais fossem casados ou não, e adotiva, que existia no Código de 1916. (GONÇALVES, 2009, p. 285)

No entanto mesmo com o avanço significativo da legislação brasileira na área do direito de família e das sucessões, ainda há uma lacuna jurídica quando estão em debate os direitos dos concebidos por inseminação *post mortem*. Sendo assim, merece melhor estudo este polêmico assunto que será elucidado mais adiante.

### 3.1 Filhos legítimos e ilegítimos no Código Civil de 1916

O antigo Código Civil brasileiro, de 1916 admitia a distinção entre filhos, sendo estes classificados por legítimos e ilegítimos, segundo os pais fossem casados ou não.

Os filhos classificados como legítimos eram aqueles concebidos de pais que já houvessem precedido justas núpcias. Já os filhos ilegítimos, ou seja, aqueles concebidos de pais não casados tinham a sua classificação dividida em naturais e espúrios. Eram classificados filhos ilegítimos naturais, aqueles concebidos entre pais que não tivessem qualquer impedimento para o casamento, diferentemente dos espúrios que a lei proibia a união conjugal dos pais. Os filhos ilegítimos espúrios poderiam ser adulterinos, no caso do impedimento do casamento dos genitores se dar em virtude de um deles já ser casado, além da possibilidade deste ser proveniente de uma relação incestuosa, como por exemplo, o nascimento de um filho gerado da relação entre pai e filha ou ainda, entre irmão e irmã.

Pelo Código Civil de 1916 havia grande privilégio dos legítimos, pois o pai enquanto estivesse casado não poderia reconhecer os filhos ilegítimos, sendo este reconhecimento ainda mais dificultado por ser o vínculo do casamento indissolúvel.

As possibilidades de amparo do pai para com o ilegítimo se limitava ao reconhecimento em testamento ou quando ficasse viúvo.

O privilégio dos legítimos era tamanho que sob a égide do Código de Beviláqua, o pai, enquanto estivesse casado, não poderia reconhecer filhos ilegítimos. Mesmo que quisesse, estava proibido. Como o vínculo do casamento era indissolúvel, só enviuvando ele podia ver o ato de perfilhação produzir efeitos. A outra alternativa de que dispunha para amparar, de algum modo, o ilegítimo era reconhecê-lo em testamento. Do lado do filho, apenas o ilegítimo natural tinha o direito à ação de reconhecimento de paternidade. (COELHO, 2006, p. 145)

No ano de 1942, por meio do Decreto-Lei nº 4737, que derogou os artigos 358 e 363 do Código Civil de 1916, passaram os filhos ilegítimos a serem reconhecidos, sendo que, nos termos do artigo 1º desta Lei, permitiu-se o reconhecimento do filho havido pelo cônjuge fora do matrimônio ou ainda a declaração de sua filiação, entretanto após o desquite do genitor.

Quando a lei, em 1942, passou a não mais proibir o reconhecimento dos adulterinos pelo pai desquitado isso representou um enorme avanço para a época. Outro salto deu-se em 1949, com a permissão legal para o filho

adulterino propor, desde que o demandado não estivesse mais casado, a ação de reconhecimento de paternidade. (COELHO, 2006, p. 145)

A Lei 883/49 ainda trouxe no artigo 2º mais alguns avanços que contribuíram para corrigir a desigualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, pois por meio deste foi garantida ao filho adulterino reconhecido, para efeitos econômicos o direito, a título de amparo social, à metade da herança que viesse a receber o filho legítimo ou legitimado. Outra mudança significativa veio por meio do artigo 4º da mesma lei, pois ampliou a regra contida do artigo 405 do Código Civil, o qual permitia a filiação ilegítima para o efeito da prestação de alimentos. Com a ampliação proporcionada pelo citado artigo o filho não dependia mais da boa vontade do seu pai em reconhecê-lo, pois para efeito da prestação de alimentos, o filho ilegítimo poderia acionar o pai em segredo de justiça, ressalvado ao interessado o direito à certidão de todos os termos do respectivo processo.

Anos mais tarde, mais precisamente em 1977 a Lei do Divórcio, sob número 6515/77, adicionou um parágrafo único ao artigo 4º da Lei 883/49, onde neste estava previsto que “dissolvida a sociedade conjugal do que foi condenado a prestar alimentos, quem os obteve não precisa propor ação de investigação para ser reconhecido, cabendo, porém, aos interessados o direito de impugnar a filiação.”

A Lei 6515/77 foi mais além no que diz respeito aos avanços no direito de família brasileiro, pois ao alterar o artigo 2º, da Lei 883/49, por meio do seu artigo 51, possibilitou a garantia do direito de herança em igualdade de condições, em qualquer natureza de filiação, possibilitando desta forma a igualdade em relação a herança paterna dos filhos legítimos e ilegítimos.

Outra alteração significativa ao direito de família foi trazida pela Lei nº 7250/84, a qual introduziu na Lei nº 883/49 a possibilidade do filho havido fora do matrimônio poder ser reconhecido pelo cônjuge separado de fato a mais de cinco anos contínuos.

As normas citadas em correção ao Código Civil de 1916, com relação a filiação, demonstram uma reação do legislador contra um cenário normativo até então discriminatório, o qual somente teve total mudança jurídica com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, onde no seu artigo 227, § 6º estabeleceu absoluta igualdade entre todos os filhos, desta forma não mais admitindo a distinção entre filiação legítima e ilegítima.

Atualmente a Lei 10.406, Código Civil brasileiro, versa que os filhos, sejam ou não concebidos durante sociedade conjugal, ou ainda adotivos, terão os mesmos direitos e qualificações, sendo vedada qualquer discriminação relativa à filiação. No entanto mesmo não havendo mais no ordenamento jurídico brasileiro a distinção entre filiação legítima e ilegítima, foram enumeradas pelo legislador na atual Lei civil em seu artigo 1.597 as hipóteses onde, presumem-se os filhos concebidos na constância do casamento, conforme será estudado no tópico seguinte.

### 3.2 Presunção de paternidade

No sistema jurídico brasileiro onde está consagrada constitucionalmente, por meio do artigo 227, § 6º a igualdade entre os filhos, independentemente da situação jurídica dos pais, não se poderia admitir legislação infraconstitucional restritiva ao direito de paternidade do concebido por meio de inseminação *post mortem*.

A legislação constitucional não prevê exceção ao princípio da igualdade entre os filhos, sejam estes concebidos com os genitores ainda vivos ou inseminados *post mortem*. Sendo assim estando tal exceção positivada em qualquer legislação infraconstitucional, irá de encontro ao que preceitua a carta magna brasileira, de modo que a restrição em desfavor do filho concebido *post mortem* redundaria em prática atentatória à igualdade com os demais filhos.

O Código Civil Brasileiro no art. 1.597, prevê em seus incisos III, IV e V, três hipóteses de presunção de paternidade dos filhos concebidos na constância do casamento, sendo estas vinculadas à reprodução assistida. Embora tal orientação legal não tenha mais interesse no que diz respeito a configuração da filiação legítima, mostra-se importante para a incidência da presunção legal de paternidade.

Essa presunção, que vigora quando o filho é concebido na Constância do casamento, é conhecida, como já dito, pelo adágio romano *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, segundo o qual é presumida a paternidade do marido no caso de filho gerado por mulher casada. Comumente, no entanto, é referida de modo abreviado: presunção *pater is est*. (GONÇALVES, 2009, p. 287)

De acordo com parte da doutrina contrária a inseminação *post mortem*, o filho concebido por este meio não teria uma vida normal, tão pouco um lar com o amparo dos pais, pois o fato deste ter sido concebido após a morte do genitor, poderia gerar prejuízo para sua personalidade e integração social. Deste modo o legislador a partir do Código Civil de 2002, corrigiu a restrição ao direito de paternidade, e, tratou como presumido na constância do casamento o filho concebido por meio de inseminação artificial homóloga (técnica onde é inseminado na mulher o sêmen do próprio marido), mesmo que o marido doador já tenha falecido.

Diante dessa polemica o novo Código Civil, art. 1.597, III, para solucioná-la, passou a presumir concebido na constância do casamento filho oriundo de inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido doador do sêmen já tenha falecido, mas entendemos que isso só seria possível se houver anuência do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento como requer a legislação espanhola. (DINIZ, 2009, p. 550)

Assim sendo, a criança concebida por meio do procedimento de inseminação artificial, mesmo após o falecimento do marido, de acordo com o artigo 1.597, III, do Código Civil, terá presumida a sua filiação, como concebida na constância do casamento por fecundação artificial homóloga. Sendo esta concepção *pós mortem* autorizada pelo marido, ainda em vida, registrada em cartório por escritura pública, escritura particular, ou ainda por meio de testamento, poder-se-ia dizer que mesmo antes da concepção do futuro filho, o *de cujus* estaria cumprindo requisito legal para o reconhecimento de filiação, sendo este assunto melhor elucidado no tópico seguinte.

### **3.3 Reconhecimento voluntário**

São reconhecidos voluntariamente, regra geral os filhos havidos fora do casamento, pois aqueles nascidos na constância do casamento, presume-se (presunção *pater is est*) que o pai é o cônjuge.

O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento, teve sua regulamentação a partir da Lei 8.560/92, tendo esta derogado os artigos 355 e 357 do Código de 1916, os quais dispunham respectivamente, sobre o reconhecimento dos filhos ilegítimos pelos pais conjunta ou separadamente, e que o reconhecimento

voluntário poderia ser feito no próprio termo do nascimento, por escritura pública e por testamento.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, mais popularmente conhecido pela sigla ECA, dispõe no artigo 26 que “os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”. Entretanto este dispositivo foi parcialmente revogado pelo artigo 1º da Lei 8.560/92. Sendo assim a citada Lei e artigo dispõe:

Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro de nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

O legislador no Código Civil de 2002 no artigo 1.609, manteve integralmente o teor do artigo 1º da Lei 8.560/92, desta forma regulando o reconhecimento voluntário dos filhos.

Quanto a legitimidade para o reconhecimento de paternidade é ato personalíssimo dos pais ou de somente um deles, ou seja, nenhuma outra pessoa possui capacidade para este. Entretanto o ato de reconhecimento de paternidade poderá ser formalizado por procurador com poderes especiais.

É, realmente, ato pessoal dos genitores, não podendo ser feito por avô ou tutor, sucessores do pai ou herdeiros do filho; todavia, será válido se efetuado por procurador, munido de poderes especiais e expressos, porque nesse caso a declaração de vontade já está contida na própria outorga de poderes, de maneira que o mandatário apenas se limita a formalizar o reconhecimento. (DINIZ, 2007, p. 450)

No caso do reconhecimento do filho maior, o artigo 1.614 do Código Civil, condiciona a sua eficácia ao consentimento do filho, ou seja, para a constituição da filiação não será suficiente apenas a declaração de vontade do genitor ou genitora.

O filho maior ainda poderá dentro dos quatro anos que se seguirem à maioridade ou a emancipação, impugnar o ato de reconhecimento, sendo este o prazo decadencial para o filho propor ação na busca da desconstituição do mesmo.

O fato de a vontade do reconhecido interferir na perfeição do ato não tira seu caráter unilateral, uma vez que a anuência do filho maior ou a permissão para o menor impugnar tempestivamente, o ato que o reconheceu são medidas protetoras ante o fato de o reconhecimento envolver efeitos relevantes, de ordem moral e patrimonial, que não podem ser provocados, arbitrariamente, por uma só pessoa. (DINIZ, 2007, p. 451)

Estatui o atual Código Civil brasileiro em seus artigos 1.609 e 1610 que uma vez declarada a vontade do ato de reconhecer, passa este a ser irrevogável, mesmo quando feito em testamento, pelo motivo de implicar uma confissão de paternidade ou maternidade, sendo que este somente admite a possibilidade de desconstituição mediante prova de que se deu mediante erro, dolo ou coação, sendo estes vícios aptos a anular os atos jurídicos em geral.

É irrevogável o ato de reconhecimento de filho, ainda que arrependido o pai ou mãe que o praticou. Mesmo no caso de revogação do testamento, a cláusula de reconhecimento de filho continuará a produzir seus efeitos (CC, art. 1.610). Claro que, a qualquer momento, sendo demonstrado em juízo que a declaração voluntária não superou a discrepância entre o registro da filiação e sua verdade biológica, ou até mesmo a ocasionou, poderá o juiz decretar a desconstituição de seus efeitos, que não se confunde com a revogação, ato unilateral de vontade do declarante. Além de irrevogável, o ato de reconhecimento não pode ficar sujeito a condição ou termo. Será ineficaz a cláusula da declaração de paternidade ou maternidade que a condicionar, por exemplo, à gratidão do filho ou a limitar temporalmente. Ou seja, o reconhecimento vale e é eficaz, mas a condição ou termo não produz efeito nenhum. (COELHO, 2006, p.173)

Será admitida a ação anulatória de reconhecimento, sempre que se verificar vício que demonstre desconformidade com a verdadeira filiação biológica, sendo assim, provado o vício que remeterá ao falso registro de reconhecimento de paternidade, poderá ser ratificado o conteúdo do mesmo, conforme disposto no artigo 1.604 do Código Civil, *in verbis*: “Ninguém pode reivindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro”. Entretanto, não há de se falar em desconformidade com a verdadeira filiação biológica, quando se esta diante da inseminação homóloga *post mortem*, pois o sêmen utilizado é do próprio marido, e com prévia autorização deste, não obstante a possibilidade do *de cuius* deixar expresso em testamento o reconhecimento do filho havido após a sua morte, conforme versa o inciso III do artigo 1.597 do Código Civil, e garantir ao seu futuro herdeiro os direitos previstos pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme melhor estudado no tópico seguinte.

### 3.4 Direito dos filhos concebidos *post mortem* no direito de família

Está consagrado no artigo 226, § 7º da CF/88 que fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, sendo que em virtude dos avanços científicos, apresenta-se a reprodução assistida, como forma de garantir aos casais uma opção a perpetuação da família.

Neste sentido, por ser garantida constitucionalmente a livre decisão do casal quanto ao planejamento familiar, não pode o Estado cercear este direito à descendência com a utilização das técnicas de reprodução assistida.

Com base na carta magna brasileira na qual estão expressos princípios como o da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e da igualdade, se for considerado que o inseminado e concebido *post mortem*, por exemplo não tem direito ao direito constitucional a herança, poder-se-ia dizer também que esta seria uma violação ao direito da igualdade entre filhos, pois mesmo o filho sendo legítimo e de entendimento como concebido na constância do casamento, conforme o artigo 1.597, III do Código Civil brasileiro, não teria tratamento igual aos demais filhos.

Diante da problemática apresentada, posiciona-se a doutrinadora do Direito Maria Berenice Dias no seguinte sentido:

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercar este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. (DIAS, 2008, p. 117)

Diante dos ensinamentos da doutrinadora do Direito citada acima, pode-se dizer que os filhos concebidos por inseminação artificial homóloga, *post mortem*, terão por ficção jurídica um lar que possibilitará a sua integração familiar e social, sendo que a família monoparental é protegida constitucionalmente, bem como a igualdade de filiação.

Ainda na esfera constitucional é garantido a todos o direito a Dignidade da Pessoa Humana, sendo este, primeiramente previsto na Declaração Universal dos

Direitos Humanos no ano de 1948, e, um ano mais tarde consagrado na Constituição alemã. Desde então passou a ser utilizado em todas as constituições democráticas como a Constituição brasileira, que tem este previsto no seu artigo 1º, inciso III, sendo importante princípio e um dos elementos fundantes do ordenamento jurídico brasileiro.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Este importante princípio constitucional, apresenta-se como peça chave a outros princípios e direitos muitas vezes vistos como superiores, pois em conjunto com a cidadania, legitima o ordenamento jurídico brasileiro e confere a este suporte axiológico necessário para que tenha coerência e harmonia.

O direito a dignidade a pessoa humana está garantido a todos os cidadãos desde a concepção, seja esta obtida por meio natural ou reprodução assistida, além de alcançar as mais variadas dimensões do ser humano, as quais possam ser corpóreas, psíquicas e morais.

Em face da semelhança entre os embriões humanos e as pessoas já nascidas, não há como afastá-los da valorização personalista que emerge do texto constitucional. O respeito à dignidade e à vida da pessoa humana a eles se estende, fazendo-se concluir que toda atividade abusiva que venha atingir seres embrionários conflitará com o respeito à vida e à dignidade humanas assegurado constitucionalmente. (MEIRELLES, 2003, p. 94)

Ao se considerar os embriões, sejam estes provenientes de inseminação artificial ou não, como seres vivos, e neste caso pessoas humanas, poder-se-ia aplicar aos mesmos o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo que toda e qualquer manifestação que vise atingir este direito irá de encontro a este princípio previsto na carta magna.

Além do princípio da dignidade da pessoa humana, no caso do inseminado *post mortem*, destaca-se também o princípio do melhor interesse da criança, o qual ingressou no ordenamento jurídico brasileiro por meio da lei 6.697/79, mais conhecida como Código do Menores em seu artigo 5º.

“Art. 5º Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.”

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988, tal princípio apareceu por meio do artigo 227, ainda que não tenha aparecido de forma expressa, veio assegurar as crianças e adolescentes, “com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente representa importante mudança de eixo nas relações paterno-materno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era relegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito. (GAMA, 2008, p. 80)

Além da previsão constitucional ao melhor interesse da criança, dispõe o artigo 3º da lei 8.069/90, popularmente conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Neste sentido, o princípio do melhor interesse da criança, apresenta-se como garantidor do bem estar, inserido no mesmo patamar dos direitos fundamentais da pessoa humana, além de ser um norteador das ações relativas à criança.

Outro direito constitucional garantido a todos os cidadãos brasileiros é o relacionado ao princípio da igualdade, previsto no artigo 5º, caput, o qual versa que “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.”

Com o aludido artigo são vedadas pela carta constitucional diferenciações arbitrárias, discriminações absurdas, pois para igualar determinados grupos e pessoas pode ser necessário tratar desigual os desiguais.

A igualdade se configura como uma eficácia transcendente, de modo que toda situação de desigualdade persistente à entrada em vigor da norma constitucional deve ser considerada não recepcionada, se não demonstrar

compatibilidade com os valores que a Constituição, como norma suprema, proclama. (MORAES, 2006, p. 32)

Com o intuito de abranger todos os seres humanos, o princípio da igualdade necessita ser aplicado tanto para os já nascidos, ou para os apenas concebidos. Neste sentido, com base no princípio da igualdade o embrião possui total proteção contra toda e qualquer restrição que o coloque em desigualdade em relação aos demais integrantes da família ou qualquer cidadão brasileiro.

O valor da pessoa humana que informa todo o ordenamento estende-se, pelo caminho da similitude, a todos os seres humanos, sejam nascidos, ou desenvolvendo-se no útero, ou mantidos em laboratório, e o reconhecimento desse valor dita os limites jurídicos para as atividades biomédicas. A maior ou menor viabilidade em se caracterizarem uns e outros como sujeitos de direitos não implica diversificá-los na vida que representam e na dignidade que lhes é essencial. (MEIRELLES, 2003, p.94)

Deste modo, partindo-se de que a vida tem seu início com a concepção, poderão ter os embriões havidos por meio de inseminação artificial homóloga os mesmos direitos das pessoas já nascidas. Neste sentido, reconhecendo-se os direitos dos inseminados *post mortem*, assim como a sua capacidade e legitimação para suceder, será garantida a isonomia entre os filhos, conforme será melhor estudado no capítulo a seguir.

#### 4 CAPACIDADE E LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER

Antes de se falar em capacidade para suceder, faz-se necessário falar em personalidade civil, pois vem esta antes, tendo o seu início, conforme regula o artigo 2º do Código Civil, a partir do nascimento com vida, sendo que lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Apesar da Lei Civil remeter o início da personalidade civil a teoria natalista, a qual será elucidada a seguir, o texto desta demonstra contradição, ao colocar a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. Neste sentido, não é pacífica a doutrina jurídica quanto ao início da personalidade civil, dividindo-se, em três correntes, as quais são: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista.

A teoria natalista, defendida pela corrente majoritária de doutrinadores do Direito, agasalhada pelo artigo 2º do Código Civil, defende que a personalidade civil do nascituro tem seu início a partir do nascimento com vida. Segundo a corrente doutrinária que defende a teoria natalista, não é o nascituro pessoa, condição que somente terá com o nascimento com vida, sendo que desta maneira tem desde a sua concepção mera expectativa de direito.

Ora, adotada a teoria natalista, segundo a qual a aquisição da personalidade opera-se a partir do nascimento com vida, é razoável o entendimento no sentido de que não sendo pessoa, o nascituro possui mera expectativa de direito. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 83)

Também para a teoria natalista, o nascituro é parte das vísceras da mãe, faltando a este personalidade jurídica, além de capacidade de direito, pois somente serão protegidos pela lei apenas os direitos que este vier a ter a partir do nascimento com vida.

Já para os defensores da teoria da personalidade condicional o início da personalidade civil tem seu início a partir da concepção, mas sob condição suspensiva do nascimento com vida.

Por sua vez, a corrente denominada da personalidade condicional, defende o início da personalidade do nascituro, desde a sua concepção, mas com a condição de nascer com vida.

Seguindo esse pensamento, diz Washington de Barros Monteiro que se discute “*se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem in spem.* [...]” Para o autor, o nascituro é pessoa condicional. A aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. (MACHADO, 2006, p.80)

Por sua vez a corrente doutrinária adepta a teoria concepcionista, sustenta que a personalidade civil tem seu início a partir da concepção. Baseia-se esta corrente doutrinária, que o nascituro ao possuir os direitos legalmente assegurados, pode ser considerado pessoa, e como tal sujeito de direito e detentor de personalidade jurídica.

Em contrapartida, sustenta a *corrente concepcionista ou verdadeiramente concepcionista* o início da personalidade do nascituro, a partir da sua concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e “status” do nascituro, reconhecidos no Código Civil brasileiro, não dependem de seu nascimento com vida. (MACHADO, 2006, p. 80)

Defendem os seguidores da teoria concepcionista, que não há justificativa para explicar que a lei coloque a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, sem que o mesmo seja pessoa. Reforça a tese dos seguidores desta corrente doutrinária, o fato do legislador ter previsto no Código Penal o crime de aborto na parte que versa acerca dos “crimes contra pessoa”.

Eugênio Carlos Callioli considera o embrião como pessoa pelas seguintes verdades científicas fundamentais constatadas: desde o momento da fusão do espermatozóide com o óvulo existe um novo organismo com todas as características que fazem dele um indivíduo único, distinto do organismo da mãe; desde a concepção até a morte, trata-se sempre do mesmo ser humano, cujo desenvolvimento realiza-se de modo perfeitamente continuado, não tendo, em momento algum, qualquer modificação fundamental que atinja o *status* de ser humano; a natureza do embrião é sempre a mesma, quer sua concepção tenha sido realizada no interior ou no exterior do organismo da mãe. Para o citado autor, diante destas três premissas cientificamente certas, somente a ignorância de elementares leis biológicas, pode negar-se que o embrião é um ser humano. (apud MACAHO, 2006, p. 81)

Portanto, faz-se necessário o reconhecimento dos direitos do nascituro desde a concepção, pois sendo este sujeito de direito e detentor de personalidade jurídica deve contar com toda a proteção do ordenamento jurídico.

A despeito de toda essa profunda controvérsia doutrinária, o fato é que, nos termos da legislação em vigor, inclusive no Novo Código Civil, o nascituro, embora não seja considerado pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção.

Nesse sentido, pode-se apresentar o seguinte quadro esquemático:

- a) o nascituro é titular dos direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à proteção pré-natal etc.);
- b) pode receber doação, sem prejuízo do recolhimento do imposto de transmissão *inter vivos*;
- c) pode ser beneficiado por legado e herança;
- d) pode ser-lhe nomeado curador para a defesa de seus interesses (arts 877 e 878 do CPC);
- e) o Código Penal tipifica o crime de aborto;

f) como decorrência da proteção conferida pelos direitos da personalidade, o nascituro tem direito à realização do exame de DNA, para efeito de aferição de paternidade. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2006, p. 85)

Consagrado na Constituição Federal, o direito da vida é tido como um bem fundamental, o qual serve como alicerce aos demais direitos conferidos ao homem, cabendo ao Estado a garantia destes. E com base na teoria concepcionista, por ser o embrião um ser humano, deve o Estado reprimir qualquer medida que venha a cercear direito deste, como por exemplo, o direito a herança, desta forma vindo a garantir a igualdade entre filhos prevista no ordenamento jurídico.

Além do embate jurídico doutrinário quanto ao início da vida, também não é pacífico o entendimento acerca da legitimidade e da capacidade sucessória dos concebidos por meio de inseminação homóloga, dividindo-se basicamente a doutrina em duas correntes, a qual merece melhor estudo, conforme tópicos seguintes do presente capítulo.

#### **4.1 As pessoas capacitadas para suceder**

Antes de falar na capacidade para suceder, é importante fazer a distinção desta, da capacidade civil e capacidade para ter direito a sucessão, pois não se confundem.

Entende-se por capacidade civil a aptidão de uma pessoa para praticar por si, atos da vida civil. Por sua vez a capacidade sucessória não exige capacidade civil, entretanto, caracteriza-se por ser a aptidão específica da pessoa de receber os bens deixados pelo *de cuius*. Já a capacidade para suceder, caracteriza-se por ser aquela que versa acerca da qualidade para herdar do sucessível, não disciplinando as condições de que depende a situação de herdeiro relacionada a herança do *de cuius*, como também aquelas relacionadas a extensão dos direitos sucessórios.

A ordem hereditária é regulada pelo artigo 1.829 do Código Civil, enquanto os artigos 1.798 e 1.799 versam acerca da capacidade de receber na sucessão por vocação hereditária, como também no testamento aos concebidos até a morte do testador.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Regra geral dispõe o art. 1.798 do Código Civil, que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Entretanto o artigo 1.799, inciso I, prevê a possibilidade de sucessão aos não concebidos, de modo que são três as hipóteses previstas, sendo estas:

- Nascidos: Artigo 1.798 do Código Civil;
- Nascituro: Artigos 1.798 e 1.800, § 3º do Código Civil;
- Não concebidos – Prole eventual: Artigo 1.799, I do Código Civil.

a) Nascido – Herda desde o momento da abertura da sucessão.

b) Nascituro – Herda a partir do momento do nascimento.

c) Não concebido – A curatela caberá “à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775” (Art. 1.800, § 1º). Para evitar a indefinição vitalícia gerada pela herança dos não concebidos, o legislador estabeleceu o prazo de 2 anos, da data da abertura da sucessão, a partir do qual, os bens reservados retornam aos herdeiros legítimos (Art. 1.800, § 4º).” (LEITE, 2004, p. 69)

Com relação a capacidade sucessória do nascituro, mostra-se como um caso a parte na vocação hereditária, pois apesar do Código Civil colocar a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, é a partir do nascimento com vida que se terá direito sucessório e possibilidade de transferência.

A capacidade sucessória do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquire, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade jurídica material (CC, art. 2º), nomeia-lhe um curador ao ventre, se, p. ex., a gestante enviudar e não tiver condições de exercer o poder familiar (CC, art. 1.779. CPC, art. 878, parágrafo único). Se nascer vivo, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deusa, a partir do falecimento do autor da herança (CC, art. 1.800, § 3º).

Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo a sucessão será ineficaz. Se nascer com vida, ainda que sua mãe tenha falecido no trabalho de parto ou acidente ou colapso, terá capacidade para suceder, embora não tenha com ela coexistido. (DINIZ, 2009, p. 47)

No que diz respeito aos herdeiros não concebidos, onde se encaixam aqueles provenientes de inseminação artificial e fertilização assistida em geral, deverá o juiz nomear curador, sendo os bens confiados a este. No entanto conforme disposto no artigo 1.800, § 4º do Código Civil, decorridos dois anos após a abertura da sucessão se não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

## 4.2 Na sucessão legítima

A partir do falecimento de alguém, verificar-se-á, se o *de cuius* como último ato de vontade deixou testamento, dispondo quanto aos bens em favor de terceiro, para valer após a sua morte. Não havendo testamento, se este tiver caducado, considerado ineficaz ou nulo, ou ainda se havia herdeiro necessário obrigando à redução da disposição testamentária para respeitar a quota reservatória, dar-se-á a sucessão legítima.

A sucessão legítima se dará em virtude de lei, a qual estabelece a ordem de vocação hereditária. Conforme ensina Diniz (apud RODRIGUES, 2009, p. 104) “a ordem de vocação hereditária é uma relação preferencial, estabelecida pela lei, das pessoas que são chamadas a suceder ao finado”. Neste sentido, tal ordem vem estabelecida no artigo 1.829 do Código Civil:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III - ao cônjuge sobrevivente;
- IV - aos colaterais.

Esta vocação hereditária apresentada pelo artigo 1.829 do Código Civil dar-se-á por classes, sendo cinco classes sucessíveis as quais são: descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente, colaterais e Estado.

Conforme a regra geral estabelecida no ordenamento jurídico, os herdeiros com parentesco mais próximo excluem os mais remotos, ou seja, somente serão chamados para a sucessão os herdeiros de uma classe quando faltarem herdeiros de uma classe precedente. Neste sentido, com a morte e abertura da sucessão legítima serão beneficiados os membros da família tidos como necessários, os quais não podem ser afastados totalmente da sucessão.

Nota-se também que o legislador estabeleceu como concorrente a herança entre o cônjuge, descendentes e ascendentes, sendo estes os herdeiros necessários.

Havendo herdeiros necessários, não poderá o autor da herança dispor de mais de cinquenta por cento dos bens em testamento, ficando assegurada a estes metade dos bens na abertura da sucessão.

Há herdeiros ditos como necessários: os que não podem ser afastados totalmente da sucessão. São, na lei de 1916, os descendentes e ascendentes (art. 1.721). No Código de 2002, atendendo aos reclamos sociais, o cônjuge também está colocado como herdeiro necessário, quando herdeiro for considerado (art. 1.845). Havendo essas classes de herdeiros, fica-lhes assegurada, ao menos, metade dos bens da herança. É o que se denomina *legítima* dos herdeiros necessários. A outra metade fica livre para o testador dispor como lhe aprouver. (VENOSA, 2004, p. 94)

Atualmente e a partir da entrada em vigor do Código Civil de 2002 os descendentes do mesmo grau herdam em iguais condições, independente se estes foram concebidos na constância do casamento, diferentemente do que preceituava o antigo Código Civil. Entretanto, ainda antes da entrada em vigor do novo Código Civil, a não aceitação da categorização dos filhos, deu-se com a Constituição de 1988 no seu artigo 227, § 6º, que proibiu qualquer designação discriminatória relativa à filiação. Neste sentido, todos os filhos estão em igualdade de situação, pois poderão herdar em igualdade de condições.

Quando os herdeiros descendentes estão no mesmo grau de parentesco do *de cuius*, dar-se-á a sucessão por cabeça. Assim sendo, se o *de cuius* deixou quatro filhos, todos herdam por cabeça, sendo a herança dividida em quatro partes iguais. Também será dividida a herança igualmente por cabeça no caso do *de cuius* ter deixado somente netos, pelo fato de todos os filhos já terem falecido.

Assim, se os descendentes do *auctor successionis* estão todos no mesmo grau, a sucessão será por direito próprio e por cabeça, recebendo cada um uma quota calculada pela divisão do monte-mor pelo número de herdeiros individualmente considerados, ou seja, quando a herança é dividida em tantas partes iguais quantos são os herdeiros que concorrem a ela, em igualdade de grau de parentesco, desde o momento da abertura da

sucessão (CC, art. 1.834). P.ex., se deixou dois filhos, a herança será dividida em partes iguais, ficando uma com cada filho; se tem apenas três netos, por haverem seus filhos anteriormente falecido, o acervo hereditário será dividido pelo número de netos, recebendo cada um quota idêntica, já que se encontram no mesmo grau. (DINIZ, 2009, p.110)

No entanto entre os descendentes, também poderá ocorrer a sucessão por estirpe no caso de existirem herdeiros em graus diferentes de parentesco com o *de cuius*. Deste modo se o *de cuius* tinha um filho e cinco netos de um filho pré morto, dar-se-á a sucessão por estirpe, onde o montante da herança será dividido em duas partes iguais, ou seja, metade para o filho vivo e a outra metade para os netos, descendentes do filho pré-morto. Assim sendo, os quinhões dos herdeiros serão calculados com a divisão do montante da herança pelo número de linhagens do *de cuius*.

Entretanto, se à herança concorrerem descendentes de graus diversos, a sucessão processar-se-á por cabeça ou por estirpe (CC, art. 1.853). Nesse último caso os quinhões dos herdeiros se calculam dividindo-se o montante pelo número de linhagens do *de cuius*. P. ex., se o finado tinha dois filhos vivos e três netos, filhos do filho pré-morto, a herança dividir-se-á em três partes. As duas primeiras partes cabem aos filhos vivos do *de cuius* que herdaram por cabeça, e a terceira pertence aos três netos, que dividem o quinhão entre si e sucedem representando o pai falecido, dado que os filhos são parentes em primeiro grau e os netos, em segundo. (DINIZ, 2009, p. 111)

Também descrito como herdeiro necessário no artigo 1.829 do Código Civil, o cônjuge terá direito ao patrimônio deixado pelo *de cuius*, sendo que na falta de descendentes ou ascendentes, caberá em favor do cônjuge sobrevivente a sucessão de todo o montante do patrimônio, independente do regime matrimonial de bens, sendo neste caso o herdeiro necessário, único e universal, desde que estejam preenchidos todos os requisitos previstos no artigo 1.830. Entretanto o legislador na segunda parte do artigo 1.829, abriu três exceções, com relação a sucessão por parte do cônjuge, sendo todas decorrentes dos regime de bens.

A primeira exceção diz respeito ao regime de comunhão universal, pois sendo o cônjuge meeiro, ou seja, já possui metade do patrimônio, não tem motivo para este ser herdeiro, pois se for ganhará duas vezes.

A segunda exceção relacionada a sucessão por parte do cônjuge, versa sobre o regime de separação obrigatória de bens, pois neste não há patrimônio comum. Nesta modalidade de casamento o cônjuge sobrevivente não tem direito a meação do *de cuius*, pois conforme a Súmula 377 do STF no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento. Sendo

assim, o entendimento do artigo 1829, I, do Código Civil, deve ser de que o cônjuge não deverá dividir a herança com os descendentes, no regime da separação obrigatória.

A terceira exceção a sucessão por parte do cônjuge está relacionada ao regime de comunhão parcial de bens, mais especificamente se o *de cuius* não houver deixado bens particulares. Neste caso o legislador cria duas hipóteses, sendo a primeira que o cônjuge sobrevivente não concorrerá com os demais descendentes, pelo motivo de já ser meeiro quando o autor da herança não tiver deixado bens particulares. Já na segunda hipótese se o *de cuius* tiver deixado bens particulares, poderá o cônjuge sobrevivente concorrer com os descendentes.

Como em qualquer outra sociedade, os bens comuns, isto é, pertencentes às duas pessoas que foram casadas, devem ser divididos. A meação é avaliada de acordo com o regime de bens que regulava o casamento. Na comunhão de universal, todo o patrimônio é dividido ao meio. Na comunhão de aquestos, dividir-se-ão pela metade os bens adquiridos na constância do casamento. Se há pacto antenupcial, a meação será encontrada de acordo com o estabelecido nessa escritura. Portanto, ao se examinar a herança no falecimento de pessoa casada, há de separar do patrimônio comum (portanto, um condomínio) o que pertence ao cônjuge sobrevivente, não porque seu esposo morreu, mas porque aquela porção ideal do patrimônio já lhe pertencia. O que se inserirá na porção ideal da meação segue as regras da partilha. Excluída a meação, o que não for patrimônio do viúvo ou da viúva compõe a herança, para ser dividida entre os descendentes ou ascendentes, ou cônjuge, conforme o caso. (VENOSA, 2004, p.108)

Não havendo herdeiros na classe dos descendentes, serão chamados os herdeiros das classes seguintes para a sucessão do *de cuius*, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, sendo neste caso também aplicada a regra da proximidade, onde o parente mais próximo exclui o de grau mais remoto.

Na ausência de descendentes, ascendentes, convivente e cônjuge sobrevivente, serão chamados para a sucessão os parentes colaterais até o quarto grau, sendo estes: irmãos, tios, sobrinhos, primos, tio-avô e sobrinho neto.

O Código Civil, além da sucessão legítima, traz em seu texto a hipótese da sucessão testamentária, conforme será verificado a seguir.

### **4.3 Na sucessão testamentária**

Diferente da sucessão legítima em que não está presente a vontade do *de cuius*, tem-se na sucessão testamentária a transmissão dos bens por meio de um

ato unilateral de última vontade, solene, sendo utilizado para este como instrumento o testamento, o qual é passível de revogação.

Tem-se, com a sucessão testamentária, um ato unilateral de vontade, dispondo especialmente quanto aos bens em favor de terceiro, para valer após a morte daquele que dispõe com a possibilidade de revogação. (RIZZARDO, 2006, p. 228)

Por meio do testamento, abre-se a possibilidade que se estenda a vontade de alguém, especialmente com relação aos seus bens, para depois de sua morte, sendo este inválido enquanto estiver vivo o testador, pois nos termos do artigo 426 do Código Civil, “não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.”

O testamento caracteriza-se como um ato de vontade, jurídico personalíssimo, unilateral, gratuito, solene, revogável e *mortis causa*. É ato personalíssimo pelo fato da declaração de vontade ser emitida pelo próprio testador. Diz-se que é unilateral porque se dá com uma única declaração de vontade. É gratuito, pois não há pagamento de qualquer contraprestação, ou seja, os beneficiários recebem o bem sem ônus correspondente. A solenidade do testamento, conforme as formalidades prescritas em lei, apresenta-se como uma forma de garantir a vontade do testador, cuja desobediência acarretará em nulidade insanável. A revogabilidade do testamento está relacionada a sua possibilidade de modificação por parte do testador, a qualquer tempo até a sua morte, o que não se confunde com a possibilidade de impugnação deste instrumento, conforme previsto no artigo 1.859 do Código Civil, que prevê a determinação do prazo de cinco anos o direito de impugnar a validade do testamento, contado o prazo da data do seu registro. Já no que diz respeito a produção de efeitos do testamento, somente após a morte do testador, será conferida a este instrumento a característica de um negócio jurídico *mortis causa*.

No que se refere a capacidade testamentária passiva, ou seja, a capacidade para adquirir por testamento, regula o Código Civil por meio dos artigos 1.798 e 1.799 que podem ser herdeiros todas as pessoas naturais e jurídicas existentes ao tempo da morte do testador, além dos filhos ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

A capacidade testamentária passiva é regulada pela lei vigente no momento da abertura da sucessão, assim sendo, basta que o herdeiro seja capaz

ao tempo do óbito do testador, mas diferentemente da sucessão legítima onde a ordem de sucessão hereditária decorre de lei, neste caso decorre do testamento.

Na execução de disposição testamentária feita por testador capaz, é preciso, portanto, verificar se as pessoas nela contempladas preenchem as condições de capacidade testamentária passiva, exigidas pelo Código Civil, para que possam ser beneficiadas. Para tanto, é preciso ater-se aos seguintes princípios:

1º) Todas as pessoas, naturais ou jurídicas, podem receber por testamento, exceto nos casos em que a lei expressamente proíbe.

2º) O beneficiado deve existir ou sobreviver ao testador, ao abrir-se a sucessão.

3º) A capacidade para suceder regula-se pela lei vigente no momento da abertura da sucessão e não ao tempo em que se fez o testamento; assim, basta que o herdeiro instituído ou legatário sejam capazes ao tempo do óbito do *auctor successionis*. Entretanto, na instituição condicional de herdeiro ou legatário, a capacidade testamentária passiva rege-se pela lei em vigor ao tempo do implemento da condição imposta pelo testador. Logo, se o beneficiado era incapaz ao tempo da facção testamentária, mas se tornou capaz por ocasião do implemento da condição, a disposição testamentária produzirá todos os efeitos. (DINIZ, 2009, p. 197)

Conforme mencionado acima, o Código Civil por meio do artigo 1.799, ressalva a possibilidade de chamar para a sucessão os filhos não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que estas estejam vivas ao ser aberta a sucessão. Deste modo poderá o nascituro receber por testamento a participação ou quinhão que lhe caber na herança que no futuro se abrir. Trata-se este de um direito eventual do nascituro, que se materializará em direito pleno a partir do nascimento com vida do mesmo, ou seja, quando o nascituro nasce com vida, dá-se o seu direito sucessório no momento da abertura da sucessão. Já se nascer morto a parte que cabe a este deverá ser destinada aos herdeiros legítimos ou ao substituto testamentário, de modo a retroagir a devolução a data da abertura da sucessão.

Pelo fato da necessidade de ter que se esperar o nascimento com vida do nascituro para conferir ao mesmo o direito a herança testamentária, ao ser aberta a sucessão, deve ser nomeado um curador com o intuito de administrar os bens e destes cuidar. Preceitua o artigo 1.800, § 1º do Código Civil que “salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.”

Estabelece também o § 4º do mesmo artigo o prazo de dois anos para a concepção do herdeiro esperado, deste modo não obrigando a espera indefinida do nascimento da prole eventual. Neste sentido se não for concebido o herdeiro esperado no prazo por lei estipulado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

Em vista do período de dois anos reservado para ser concebido o filho ou os filhos das pessoas designadas no testamento, resta evidente que a quota ou legado destinado deve ficar sobrestado até o decurso do prazo, devendo ser entregue a administrador ou curador, a quem compete preservar os bens e prestar contas dos frutos e rendimentos. (RIZZARDO, 2006, p. 255)

Ainda há a ineficácia do testamento em virtude de algum evento, como morte ou esterilidade daquele que iria gerar filho, e que deste modo impeça o nascimento daquele para quem o testador manifestou vontade de deixar os bens.

No caso acima citado, salvo disposição contrária, transferem-se os bens que iriam para o filho de pessoa indicada, para os demais herdeiros.

A legislação parece clara quanto aos efeitos jurídicos da sucessão, seja esta legítima ou testamentária, salvo quando se está diante dos inseminados *post mortem* em virtude da carência de regulamentação de tão importante matéria, conforme será melhor elucidado a seguir.

#### **4.4 Efeitos jurídicos da realização da inseminação *post mortem* em relação à sucessão**

Acerca do embrião que já está em pleno desenvolvimento no ventre materno, no momento do falecimento do *de cuius*, a doutrina e a jurisprudência não deixam dúvidas quando a possibilidade de sucessão, uma vez que a legislação é clara, desde que o nascituro venha ao mundo com vida.

Quando se está diante de nascimento por inseminação, no que diz respeito especificamente ao direito de filiação, versa o artigo 1.597 do Código Civil, III, IV e V que a criança gerada por meio deste método, mesmo que falecido o marido ou companheiro, tem direito à presunção de filiação, como concebida na constância do casamento.

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes da concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

No entanto em virtude da carência de regulamentação acerca da inseminação *post mortem*, tema ainda novo para o direito, ocorre um choque entre a

determinação da presunção de paternidade, dos filhos concebidos a qualquer tempo, e da legislação que prevê a abertura da sucessão com a morte, na qual os herdeiros já devem estar nascidos ou concebidos. Neste sentido, com relação ao nascituro que já está em pleno desenvolvimento embrionário no ventre materno no momento do falecimento do pai, não há dúvidas sucessórias, desde que este nasça com vida. Já no caso dos embriões concebidos *post mortem*, tanto a legislação quanto a doutrina são omissas e não há unanimidade quanto ao tema.

A omissão da legislação brasileira com relação aos nascituros concebidos por meio de inseminação *post mortem*, reflete na já citada divergência da doutrina jurídica, que basicamente se divide em duas correntes.

A primeira corrente jurídica doutrinária defende que o embrião não terá direito a sucessão, pois serão herdeiros apenas aqueles vivos ou concebidos até a morte do *de cuius*. Por outro lado a segunda corrente jurídica doutrinária defende que o embrião poderá herdar, mesmo que a inseminação tenha ocorrido *post mortem*, fundamentando-se esta corrente doutrinária na Constituição Federal que veda a desigualdade entre filhos, além do artigo 1.799, I do Código Civil, o qual versa que “na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.”

Diante da controvérsia na doutrina, verifica-se que o tema em questão deve enfrentar muitos questionamentos e barreiras, não só de caráter jurídico, como de caráter ético e social.

Mesmo antes do questionamento do direito ou não a sucessão, questiona-se acerca da autorização expressa em testamento para utilização do sêmen por parte da mulher, para inseminação, após a morte do marido, ou ainda, se não houver esta autorização do marido enquanto vivo e a mulher realizar a inseminação, poder-se-ia esta violar o direito ao desejo da paternidade do marido morto. Questões estas que ainda se encontram sem resposta clara da legislação e doutrina jurídica.

A favor da igualdade da proteção jurídica ao embrião fora do ventre materno, e com relação aquele já em desenvolvimento, estabelece a Constituição Federal por meio do artigo 226, § 7º, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, o livre planejamento familiar como decisão do casal, não condicionando a concepção do herdeiro por meio natural ou artificial. Sendo assim, a utilização das

técnicas de reprodução assistida mesmo com o pai morto, possibilitam que casais onde, por exemplo, na situação em que o pai ainda em vida estava acometido por grave doença, possam realizar o desejo de ter um herdeiro e dar continuidade a família.

O uso das técnicas de reprodução assistida é um direito fundamental, consequência do direito ao planejamento familiar que decorre do princípio da liberdade. Impensável cercar este direito pelo advento da morte de quem manifestou a vontade de ter filhos ao se submeter às técnicas de reprodução assistida. Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. (DIAS, 2008, p. 117)

A garantia do livre planejamento familiar trazida pelo artigo 226, § 7º da Constituição Federal, apresenta-se como um dos princípios norteadores do Direito de Família, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, sendo vedada qualquer coerção por parte de instituições estatais ou privadas. Sendo a reprodução assistida decorrência do avanço científico, o Estado não pode cercear o direito à descendência, pois estaria interferindo na esfera familiar, desta forma não recebendo a instituição familiar a proteção no qual faz jus.

A Constituição Federal (art. 226, § 7º) estabelece que, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, “o planejamento familiar é livre decisão do casal”, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Não apenas do casal, mas de qualquer dos pais, uma vez que a entidade monoparental é constituída por apenas um dos pais e seus filhos. A responsabilidade e os deveres dos pais derivam dos direitos dos filhos à igualdade. (LÔBO, 2008, p. 194)

Entretanto, mesmo com a proteção constitucional para o livre planejamento familiar e da família monoparental, ainda há o entendimento por parte da doutrina jurídica que o concebido por inseminação *post mortem*, poderá ter afetado o seu pleno desenvolvimento intelectual, pelo fato deste já nascer órfão de pai e não desfrutar de uma estrutura familiar com pai e mãe.

Quando se está diante da possibilidade do direito sucessório do filho proveniente de inseminação homóloga *post mortem*, poder-se-ia presumir que o simples fato de este ser filho, estaria garantido este direito constitucional. No entanto, a colisão dos direitos fundamentais de sucessão e da segurança jurídica quanto a herança dos demais filhos, não torna simples o direito sucessório do filho inseminado *post mortem*, pois para os demais herdeiros, enquanto houver embrião

oriundo do *de cuius* permaneceria a incerteza de alterações na partilha dos bens, fato que influenciará na disposição destes, desta forma contrariando a segurança jurídica.

[...] há questões importantes, relacionadas à validade, à eficácia e a revogação dos testamentos em geral que tornam bastante frágil a proteção que o ordenamento jurídico poderia conferir à criança a nascer. (GAMA, 2008, p. 369)

Esta suposta fragilidade a segurança jurídica a que ficariam expostos os demais herdeiros, com a possibilidade do nascimento de um novo filho do *de cuius* por meio de inseminação, também serve se justificativa para a corrente doutrinária que é contra o direito a sucessão do inseminado *post mortem*. Também gera posicionamentos radicais da doutrina, até mesmo com a indicação de ação de reparação de danos materiais em favor dos demais filhos supostamente prejudicados, no caso de concedida a herança ao concebido *post mortem*.

Assim, ao menos no estágio atual da matéria do Direito brasileiro, não há como se admitir o acesso da ex-esposa ou da ex-companheira, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, às técnicas de reprodução assistida homólogas, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos. A despeito da proibição no Direito brasileiro, se, eventualmente, tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e no processamento do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se sêmem de cônjuge ou companheiro já falecido. (GAMA, 2008, p. 369)

A concepção do inseminado *post mortem* dentro do prazo legal previsto, aparece como um ponto fundamental para o direito sucessório do nascituro e também um dos pontos divergentes da doutrina.

Na forma em que se encontra estruturada atualmente a relação sucessória, não é possível permitir, na sucessão legítima, a filiação surgida *post mortem* decorrido o prazo legalmente previsto. Diante da impossibilidade sucessória do nascido do esperma ou embrião criopreservado depois da morte do progenitor, a fixação da filiação tem um significado limitado, não constituindo um vínculo familiar que tenha como conteúdo o poder paterno. (MACHADO, 2006, p.107)

O Código Civil também apresenta como garantia dos direitos sucessórios ao inseminado *post mortem*, por meio do artigo 1.799, I a possibilidade da previsão testamentária.

No caso de herdeiros ainda não concebidos, os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz (art. 1800). Se após dois anos contados da abertura da sucessão, não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, salvo disposição em sentido diverso feita pelo testador (art. 1800, § 4º). Nesse caso, resolve-se a disposição testamentária. Essa questão prende-se

diretamente às inseminações artificiais e fertilização assistida em geral, quando seres humanos podem ser gerados após a morte dos pais. Se não houver previsão testamentária para esses filhos, pelo princípio atual não serão herdeiros. (VENOSA, 2004, p. 76)

Já para uma parte da doutrina não resta dúvida da possibilidade de que o embrião inseminado *post mortem* seja herdeiro, não condicionando a herança a previsão testamentária por parte do *de cujus*. Neste sentido o embrião que se encontra fora do ventre materno e que é resultado das técnicas de fertilização, ainda que não se enquadre no conceito de nascituro, deve possuir a mesma proteção jurídica que este recebe.

Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até a pessoas ainda não concebidas (CC 1.799 I), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebidos *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor (DIAS, 2008, p. 117).

Dias (2007, p. 331), ainda ensina que:

Ainda que não tenha sido concebido ao tempo da morte do genitor, terá direito sucessório na hipótese de ter o proprietário do sêmen expressamente manifestado seu consentimento para que a fertilização possa ocorrer depois da sua morte. De qualquer sorte, há a possibilidade de ser contemplado mediante testamento o filho fruto de uma reprodução assistida, quer homóloga, quer heteróloga, mesmo não concebido (CC 1.799, I), contanto que nasça até dois anos após a abertura da sucessão (CC 1.800).

Com base no disposto do artigo 1.597, inciso III do Código Civil, o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, será filho deste. Neste sentido, ensina Canziani (2004, p. 168) que “o direito sucessório, portanto decorre da filiação e, a partir da determinação do vínculo de paternidade, será resolvido. Destaca-se que o consentimento em vida é essencial para se determinarem os direitos do nascituro e para formação do vínculo de filiação.” O mesmo doutrinador do Direito ainda destaca que:

Não há dúvidas de que o filho de uma pessoa, nascido por meio de qualquer das técnicas de reprodução assistida, terá os mesmos direitos e deveres dos demais filhos da mesma. Para que possa herdar, basta que tenha sido concebido ao tempo da abertura da sucessão, que venha a nascer com vida e que seja filho do *de cujus*. (CANZIANI, 2004, p.167)

Sob risco de ferir o direito constitucional a herança e com base no princípio da supremacia da constituição, não há de se permitir que seja cerceado tal direito ao inseminado *post mortem*.

Com referencia aos direitos sucessórios, é mister atentar aos princípios que regem a transmissão da herança (CC 1.784 e 1.787). A capacidade para

suceder é regulada pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. O filho concebido tem direito a sucessão (CC 1.798), não podendo afastar-se tal direito em se tratando de concepção decorrente de inseminação artificial. (DIAS, 2007, p. 330)

Diante dos princípios constitucionais, deve ter o filho proveniente de inseminação artificial *post mortem* tratamento jurídico igualitário aos demais filhos biológicos, concebidos e nascidos durante a vida do pai, sendo que no que se refere aos direitos sucessórios, faz-se necessário observar as garantias constitucionais que vedam a discriminação e consagram o princípio da isonomia entre os filhos.

#### **4.5 A sucessão do concebido *post mortem* com base no princípio da Isonomia**

Os métodos de inseminação artificial apresentam-se como opção aos casais com problemas de fertilidade, e uma esperança a estes de garantir o nascimento de seus descendentes.

A inseminação artificial *post mortem*, que é a possibilidade de fecundação de filhos com o gameta do cônjuge ou pessoa morta que tenha deixado sêmen ou óvulo congelado em vida, é, com certeza, uma das situações mais polêmicas originadas na área de fertilização artificial, tanto no meio ético como no jurídico. Possibilita preservar a fertilidade de um homem que corre sério risco de tornar-se estéril. Geralmente é para isso que as pessoas recorrem a um banco de sêmen. (MACHADO, 2004, p. 106-107).

No entanto mesmo sendo a reprodução medicamente assistida autorizada no ordenamento jurídico brasileiro, previsto neste que o nascituro tem a salvo seus direitos desde a concepção, além da consagração constitucional do princípio da isonomia, conforme já citado anteriormente é grande o debate doutrinário acerca dos direitos sucessórios dos inseminados *post mortem*.

É preciso lembrar que embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob ótica oposta, os seres humanos já nascidos foram, também embriões, na sua etapa inicial de desenvolvimento (e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões humanos concebidos e mantidos *in vitro* como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, pela via da similitude, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental relativo à dignidade humana e a proteção ao direito à vida. Inadmissível dissociá-los desses que são os fundamentos basilares de amparo aos indivíduos nascidos, seus semelhantes. (MEIRELLES, 2003, p. 93)

Com a atual estrutura que regula o direito sucessório no Brasil, fica prejudicada a sucessão legítima do inseminado *post mortem*. Deste modo, resta

apenas aos filhos não concebidos até o momento abertura da sucessão, valerem-se da sucessão testamentária, solução esta que fere o direito constitucional da igualdade entre filhos, o qual não prevê nenhuma exceção.

A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários (DIAS, 2008, p. 117).

O atual Código Civil, cujo a formulação teve início no final da década de sessenta, no que diz respeito a reprodução assistida e os efeitos jurídicos desta, já nasceu ultrapassado, pois a época do início de sua elaboração ainda eram escassas as informações acerca dos métodos de reprodução assistida. Neste sentido ao elaborar a regra contida no artigo 1.798 do atual Código, referindo-se somente as pessoas já concebidas, manteve a mesma idéia do artigo 1.718 do revogado e ultrapassado Código Civil de 1916.

Não se pode negar que Código Civil de 2002 atendeu ao princípio constitucional da igualdade entre filhos, corrigindo a discriminatória classificação entre filhos legítimos e ilegítimos, mas em virtude dos avanços científicos e de não regular a possibilidade do nascimento de um novo herdeiro, proveniente de inseminação, mesmo que já tenha falecido o marido, deixa o nascituro inseminado em desigualdade com os demais filhos.

Cabe lembrar que a legislação não proíbe a inseminação *post mortem* e a Constituição consagra a igualdade entre filhos. Não se pode, portanto admitir legislação infraconstitucional restritiva do direito do filho assim concebido (DIAS, 2007, p. 331)

O atual ordenamento jurídico brasileiro em virtude do princípio constitucional da isonomia entre filhos, consagrado no artigo 227, § 6º da carta magna, não comporta mais discriminações de qualquer natureza, sendo todos os apenas filhos. Entretanto o Código Civil ao não apresentar uma solução precisa com relação a capacidade sucessória do inseminado *post mortem* vai de encontro ao citado princípio constitucional, e aos princípios do direito de família, mais especificamente aqueles que versam sobre a isonomia ou igualdade entre filhos, afetividade e dignidade da pessoa humana.

Na esfera do direito de família, mais especificamente no âmbito das sucessões, faz-se necessário uma nova interpretação do artigo 1.798 que regulamenta a vocação hereditária, a qual deve levar em consideração a inobservância por parte do legislador, da possibilidade de um homem que já morreu

ter um filho com a utilização do sêmen previamente recolhido e criopreservado. A partir desta nova interpretação, e não havendo vedação legal para a utilização das técnicas de reprodução assistida, mesmo que falecido o marido ou companheiro, mas com autorização expressa deste ainda em vida, faz-se necessário uma compatibilização deste novo entendimento com os princípios constitucionais da isonomia e do livre planejamento familiar.

Passo importante em busca da isonomia entre o direito sucessório do filho inseminado *post mortem* e do filho concebido e nascido antes da morte do pai, deu-se na terceira jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça, que aprovou o enunciado 267, o qual segue:

267– Art. 1.798: A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

O enunciado aprovado pelo Conselho Federal de Justiça não transforma os inseminados *post mortem* em herdeiros legítimos, mas traz uma opção a mais além da testamentária, objetivando garantir o direito a herança a estes, conforme ensina Tartuce:

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do novo Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranquilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*. (TARTUCE (apud GAMA, 2004), Comentários à prova de segunda fase do MP/SP - 2005. Disponível em: <<http://www.flaviotartuce.adv.br/index2.php?sec=questoes&id=54>>. Acesso em: 12 de outubro 2011.)

Não obstante aos avanços doutrinários e do referido enunciado do Conselho Federal, enquanto o legislador se omitir na busca pela igualdade dos

direitos sucessórios dos inseminados *post mortem*, permanecerá a incerteza e o não atendimento ao princípio da igualdade entre filhos.

Diante da inércia do legislador acerca da matéria em questão, objetivando-se a igualdade entre filhos no direito sucessório, faz-se necessário o entendimento de que realizada a inseminação artificial homóloga *post mortem*, ter-se-á a presunção de paternidade prevista no artigo 1.597, III do Código Civil, e que a criança deste modo concebida, tenha os mesmos direitos sucessórios aos demais filhos, os quais herdeiros da mesma classe e grau de parentesco com o *de cujus* e cônjuge sobrevivente.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo apresentando, entende-se que seja necessário uma interpretação constitucional dos artigos do Código Civil que versam acerca da vocação hereditária, não obstante a necessidade de uma melhor regulamentação da matéria, no que diz respeito aos inseminados *post mortem*.

Parece evidente na atual conjuntura jurídica a colisão de direitos fundamentais, bem como a discriminatória restrição ao direito da igualdade entre filhos, quando se está diante do direito sucessório do concebido por meio de inseminação artificial *post mortem*.

A Constituição Federal, estabelece por meio do artigo 226, § 7º, como livre o planejamento familiar, desta forma podendo o casal decidir-se, quanto a ter ou não filhos, e se decidir por tê-los quando será. O referido artigo constitucional, também não faz referência ao tipo de concepção, ou seja, não condiciona a concepção do herdeiro ao meio natural ou assistido. Neste sentido, entende-se que ao efetuar o congelamento de sêmen e autorizar o uso do mesmo após a sua morte, o companheiro em conjunto com a esposa iniciou o planejamento familiar ainda em vida, fato que legitima não somente a filiação, mas também a sucessão.

Enquanto não for corrigida a omissão da legislação com relação vocação hereditária, melhor regulando os direitos sucessórios dos inseminados *post mortem*, faz-se necessário que a interpretação aplicada seja aquela que não venha a ferir o princípio constitucional da isonomia, previsto no artigo 226, § 6º, o qual determina que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.”

O não reconhecimento da igualdade do direito sucessório do inseminado *post mortem*, além de ferir o princípio da isonomia, vem de encontro ao livre planejamento familiar, pois se pune a vontade que o *de cuius* manifestou ainda em vida de ter um filho. Não pode ter o filho restringido direito garantido constitucionalmente, pelo fato da morte de seu pai, que ainda em vida manifestou vontade de tê-lo.

Por serem os princípios os mandamentos nucleares de um sistema, faz-se necessário que os aplicadores do direito ao aplicarem as leis aos casos

concretos, tenham atenção aos mesmos, pois a desatenção ao um princípio vem ofender não somente um mandamento nuclear, mas a todo um sistema, vindo a ocasionar grave violação aos valores fundamentais intrínsecos no sistema normativo.

Entende-se também que em virtude dos princípios constitucionais servirem como vetor a aplicação das leis, no caso concreto do direito sucessório do inseminado *post mortem*, deve-se buscar uma interpretação restritiva e constitucional, pois conforme já afirmado anteriormente, havendo diversas interpretações a uma norma infraconstitucional, necessita-se para a garantia dos direitos fundamentais relacionados a filiação, que tenha preferência àquela interpretação que reconheça a constitucionalidade da norma, e que melhor represente os fins constitucionais.

Ademais, a partir de uma visão constitucional e de acordo com o princípio da isonomia entre os filhos, necessita-se o entendimento por parte do aplicador do direito que realizada a inseminação artificial homóloga *post mortem*, ter-se-á a presunção de paternidade prevista no artigo 1.597, III do Código Civil, e que a criança deste modo concebida, tenha os mesmos direitos sucessórios aos demais filhos, os quais herdeiros da mesma classe e grau de parentesco com o *de cujus* e cônjuge sobrevivente.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BAHENA, Marcos. **Direito de família vade-mécum**: à luz do novo código civil brasileiro – 10 de janeiro de 2002: comentado artigo por artigo: prática processual. São Paulo: CL Edijur, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional**: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CHIMENTI, Ricardo da Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Marcio Fernando Elias, SANTOS, Marisa Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2004.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. volume 5. São Paulo: Saraiva, 2006.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Comentários Jurídicos e Sociais. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre família, sucessões e o novo Código Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das famílias**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. 17. ed. rev. e atual. de acordo com o Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002). São Paulo: Saraiva 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro, 5º volume: direito de família**. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Civil Brasileiro. 6. Direito das Sucessões**. 23. ed. ref. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Estado atual do biodireito**. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das sucessões: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume I: parte geral**. 8. ed. ver., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas. 2008.

\_\_\_\_\_. **Princípios Constitucionais de Direito de Família: guarda compartilhada à luz da Lei 11.698/08, família, criança, adolescente e idoso**. 1º ed. São Paulo: Atlas. 2008.

GIORGIS, José Carlos Teixeira. **A inseminação póstuma**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=302>>. Acesso em: 06 de outubro 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume VI: direito de família**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

KAUSS, Omar Gama Bem. **Manual de direito de família e das sucessões**. 5. ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões**. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Manual de direito constitucional**. São Paulo: LTr, 2005

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. São Paulo: Saraiva: 2008.

LUZ, Valdemar P. da. **Manual de direito de família**. 1. ed. Barueri, SP: Manole, 2009.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil, direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

QUEROZ, Juliane Fernandes. **Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial**. Doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução Humana Assistida: Aspectos Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Os Embriões Humanos Mantidos em Laboratórios e a Proteção da Pessoa: O Novo Código Civil Brasileiro e o Texto Constitucional. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara M. L.; BARRETTO, Vicente de Paulo. (org.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2747>>. Acesso em: 6 out. 2011.

ORSELLI, Helena de Azeredo. A reprodução humana medicamente assistida e seus reflexos jurídicos na filiação. **Revista Jurídica**, Blumenau: EDIFURB, v. 7, n. 13, p. 67-87, jan./jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Questões controvertidas na filiação decorrentes da reprodução assistida. **Revista Jurídica**, Blumenau: EDIFURB, v. 10, n. 19, p. 185-200, jan./jun. 2006.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas na sucessão legítima e testamentária**. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

QUEIROGA, Antônio Elias de. **Curso de direito civil, direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: direito das sucessões. V. 7. 26 ed. rev. e atual. Por Zeno Veloso; de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

ROQUE, Sebastião José. **Direito das Sucessões**. 2. ed. ver. e ampl. São Paulo: Ícone, 2003.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de Direito Constitucional**: a Constituição deles não é a nossa. São Paulo: Editora Acadêmica, 1995.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional de família**. 2. ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SILVA, Flávia Ayres de Moraes e. **Direitos sucessórios dos inseminados "post mortem" versus direito à igualdade e à segurança jurídica**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1982, 4 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12042>>. Acesso em: 5 out. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 26. ed. São Paulo: 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Direito de Família. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: Direito de Família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito civil**: direito das sucessões. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.