

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO
PPROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

ISABELLA JORGE FARIA

**FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA, *POST MORTEM*, E OS EFEITOS
SUCESSÓRIOS: SUCESSÃO LEGÍTIMA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Belo Horizonte
2011

ISABELLA JORGE FARIA

**FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA, *POST MORTEM*, E OS EFEITOS
SUCESSÓRIOS: SUCESSÃO LEGÍTIMA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Manuel Cândido Rodrigues.

Belo Horizonte
2011

À Deus, o autor da vida.

Os meus amados pais que, sendo instrumentos Dele, me conceberam a graça de viver, dignamente. À minha querida irmã, com quem compartilho essa bênção.

Ao Meu Bem, que comigo inicia um novo caminho – eterno!

Ao Professor Doutor Salomão de Araujo Cateb, cujo apoio e incentivo foram determinantes à realização deste trabalho. Aos professores da Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, especialmente, meu orientador, Professor Doutor Manuel Cândido Rodrigues, e à Professora Silma Mendes Berti, pelas importantes e inesquecíveis lições.

ISABELLA JORGE FARIA

**FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA, *POST MORTEM*, E OS EFEITOS
SUCESSÓRIOS: SUCESSÃO LEGÍTIMA E PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Dissertação apresentada e aprovada junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Minas Gerais, visando à obtenção do título de Mestre em Direito

Belo Horizonte, 10 de junho de 2008

Componentes da banca examinadora:

Professor Doutor Manuel Cândido Rodrigues (Orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais.

Professora Doutora Silma Mendes Berti
Universidade Federal de Minas Gerais.

Professor Doutor Salomão de Araujo Cateb

RESUMO

O assunto tratado nesta dissertação atentará ao direito de herança dos filhos gerados a partir das técnicas de fecundação artificial, realizadas após a morte do genitor, especificamente, quanto à sucessão legítima. Excluir-se-á a apreciação das questões decorrentes das técnicas heterólogas, uma vez que abrem outras inúmeras discussões, que devem ser enfrentadas em pesquisa específica. Parte-se dos pressupostos fundamentais do Direito das Sucessões, tratando-se da sucessão mortis causa, legítima e testamentária, quanto ao momento da transmissão da herança e a capacidade para suceder. Aborda-se às normas pertinentes ao tema, combinando, principalmente, a diretriz do artigo 1.597, inc. III, e 1.798, ambos do Código Civil de 2002. Considera-se necessária a interpretação sistemática e a aplicação, ao Direito Civil, de princípios e normas constitucionais. Leva-se, em consideração, principalmente, o princípio da igualdade em confronto com o princípio da segurança jurídica, no processo sucessório.

PALAVRAS-CHAVE: fecundação artificial homóloga. *Post mortem*. Direito à herança. Princípio da igualdade.

ABSTRACT

The subject of this study considers the right inheritance of the children generated from the techniques of artificial fertilization, conducted after the death of the parent, specifically in a Brazilian Civil Law Order. Delete will be the assessment of technical issues arising from the heterologous, since numerous other open discussions, which must be addressed in specific research. It starts with the fundamental presuppositions of the Descent Law, in the case of inheritance, legitimate and testamentary, as to the time of transmission of inheritance and the ability to succeed. This study considers pertinent law to the subject, especially, article 1.597, inc. III, and 1.798, both the Brazilian Civil Code of 2002. It is considered necessary the systematic interpretation and application principles and constitutional norms to the civil law. It takes in consideration, especially the principle of equality and the principle of legal certainty in the process of Descent Law.

KEY WORDS: homologous artificial fertilization. Post mortem. Descent Law. Principle of equality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	06
2 SUCESSÃO <i>MORTIS CAUSA</i>	09
2.1 Sucessão legítima	11
2.1.1 Transmissão da herança	11
2.1.2 Capacidade para suceder	15
2.1.3 Ordem de vocação hereditária	24
2.2 Sucessão testamentária	26
2.2.1 Transmissão da herança	28
2.2.2 Capacidade para suceder por testamento	28
3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA	31
3.1 Técnicas de reprodução assistida	32
3.2 Ética, bioética e biodireito	38
3.3 Bioética e a reprodução humana assistida	43
3.3.1 Legislação aplicável	44
4 DIREITO CIVIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL	53
4.1 Atual papel da legislação civil.	54
4.1.1 O papel da Constituição no Direito Civil	65
4.1.2 O Código Civil de 2002	72
5 FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E OS EFEITOS SUCESSÓRIOS	77
5.1 Artigo 1.597, III, do Código Civil	77
5.1.1 Presunção da paternidade	79
5.1.2 Utilização de material biológico da esposa falecida	82
5.1.3 Reconhecimento da paternidade (maternidade) e seus efeitos sucessórios	85
5.2 Capacidade sucessória passiva de filhos havidos por fecundação artificial homóloga <i>post mortem</i>	86
5.2.1 Segurança Jurídica.	88

5.2.2 legitimidade sucessória. Princípio da igualdade	92
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS	100
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	103

1 INTRODUÇÃO

O homem, como ser gregário, tem, em regra, no seio de sua família, a primeira e mais profunda experiência social. É na família que ao homem é dado aprender a necessidade do convívio com outras pessoas e o limite à vontade individual, imprescindível a essa convivência. Mesmo que, em certa fase da vida, por alguns instantes, a autonomia e a independência parecem ser as palavras-chave, pelo matrimônio ou em outros moldes, as pessoas retomam laços de comunhão e compartilhamento de interesses, no guiar de um caminho comum.

Como fruto dessa união, os filhos representam o sucesso de um projeto de vida a dois. Os descendentes significam a perpetuação da vida dos genitores. Ainda que seja apenas no aspecto biológico, eles carregam as sementes plantadas por seus pais, que almejam a perpetuação dessas origens, na vida de netos, bisnetos e, assim, sucessivamente. Em consonância, já expressam as palavras Bíblicas, considerando os filhos benções do Senhor¹. Em muitas passagens, os descendentes são símbolos de cumprimento de promessas divinas².

Entretanto, para muitos e, principalmente, na sociedade atual, o sonho da maternidade/paternidade encontra obstáculo na infertilidade. As exigências da vida moderna, o ingresso da mulher no trabalho, dentre outros fatores, adiam o desejo da maternidade, para além da idade mais fértil. Diante, pois, dessa realidade, a ciência moderna busca o desenvolvimento de técnicas que, substituindo parte do processo natural de procriação humana, ultrapassam as barreiras da infertilidade e concedem, aos casais deficientes, a oportunidade de gerarem filhos.

As técnicas de procriação assistida podem ser agrupadas no gênero Fecundação Artificial, que admitem as espécies Inseminação Artificial (que consiste na introdução do sêmen no aparelho reprodutor feminino) e Fecundação *In Vitro* (fertilização do óvulo pelo espermatozoide, em laboratório, para posterior transferência ao útero). Cada espécie desdobra vários tipos de procedimentos que visam possibilitar a concepção, gestação e nascimento de novo ser, seja utilizando material biológico do casal que se submete ao tratamento (Fecundação Artificial Homóloga), seja com a utilização de material de terceiro (Fecundação Artificial Heteróloga).

Ainda em remissão as histórias bíblicas, as mulheres que eram impossibilitadas de dar ao marido o privilégio da paternidade, para livrar-se desta vergonha e fardo, “davam” suas

¹ SALMOS 127:3. In: *Bíblia Sagrada*: tradução de Padre Antônio de Figueredo. Edição Ecumênica. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

² GÊNESIS 15:1-5, 18:1-14. In: *Bíblia Sagrada*: tradução de Padre Antônio de Figueredo. Edição Ecumênica. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

servas a conhecerem seu esposo, possibilitando a geração de filhos, remetendo ao leitor moderno a lembrar-se das atuais técnicas de fecundação artificial heteróloga³. Diante das novas possibilidades, outros caminhos poderiam ser trilhados pelos personagens bíblicos.

Na sociedade moderna, as técnicas de procriação assistidas foram recebidas e é crescente o número de pessoas que as utiliza. Entretanto, o panorama atual da humanidade não apenas vivencia o desenvolvimento das ciências biomédicas, e sim, também, os avanços das ciências sociais aplicadas, nas quais se inclui o Direito, como regulador da vida social. Assim, todo esse progresso científico encontra respaldo e efeitos nos sistemas jurídicos que estruturam e regem o homem contemporâneo.

No Ordenamento Jurídico brasileiro, a família é alvo de tutela específica. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece que a família é a base da sociedade, determinando ao Estado o dever de atribuir-lhe tratamento especial. Garante, ainda, o livre planejamento familiar, “*fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*” e atribui aos filhos igualdade de tratamento, proibindo “*quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*” (artigos 226 e 227)⁴. Ao tutelar a família, o Estado protege o indivíduo. Elevar a entidade familiar ao patamar constitucional foi o instrumento utilizado para garantir a proteção ao ser humano, voltando a ordem jurídica a valorização das pessoas, ainda que em detrimento do patrimônio⁵.

As técnicas de procriação assistida, ao possibilitarem o nascimento de novo ser, deve respeitar, em todo o procedimento, além das proteções destinadas à vida humana e sua dignidade efetiva, todo o arcabouço de garantias à família que, através desse processo, estará crescendo ou sendo resultante. Os aspectos pertinentes a filiação e seus efeitos, principalmente sucessórios, são, em regra, os problemas enfrentados pelo Direito, quanto às conseqüências civis do nascimento, a partir da procriação assistida.

O tema do presente trabalho atentará ao direito de herança dos filhos gerados a partir dessas técnicas, após a morte do genitor, especificamente, quanto à concorrência na sucessão legítima. Excluir-se-á a apreciação das questões decorrentes das técnicas heterólogas, uma vez que abrem outras inúmeras discussões, que devem ser enfrentadas em pesquisa específica.

O artigo 1.597, inc. III, do Código Civil de 2002, ao determinar, por ficção jurídica, o momento da concepção do filho havido por fecundação artificial homóloga *post mortem*, gera

³ GÊNESIS 16:1-4. In: *Bíblia Sagrada*: tradução de Padre Antônio de Figueredo. Edição Ecumênica. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Código Civil. Constituição Federal e Legislação Complementar. 17. ed. 2011.

⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

reflexo direto na aplicação do artigo 1.798, também do Código Civil, que trata da capacidade sucessória passiva, na sucessão legítima, suscitando questionamentos pertinentes à aplicabilidade de presunção para determinar a capacidade sucessória, ao direito constitucional à herança e à igualdade entre os filhos, determinada pela Constituição da República Federativa do Brasil, dentre outros.

Para refletir sobre esses apontamentos será necessário tratar, inicialmente, sobre os tipos de sucessão, transmissão da herança, capacidade sucessória passiva, a ordem de vocação hereditária, demonstrando os requisitos exigidos pela lei para que uma pessoa seja apta a receber a herança. Além das considerações à sucessão legítima, a sucessão testamentária também será abordada, tratando-se de apontamentos gerais e, especificamente, sobre a capacidade para suceder.

Em seguida, tratar-se-á da reprodução assistida, abordando-se sobre as técnicas utilizadas, conceitos e tipos, bem como os aspectos que envolvem temas de ética, bioética e biodireito. A legislação brasileira, acerca do tema, também, será abordada.

Posteriormente, com intuito de formar e instruir a hermenêutica do tema enfrentado, ponderar-se-á sobre a aplicação dos princípios constitucionais na interpretação da legislação civil, bem como sua utilização nas soluções dos problemas enfrentados na ordem privada.

Por fim, a capacidade sucessória de filhos havidos por fecundação artificial homóloga *post mortem*, na sucessão legítima, será o tema desenvolvido, utilizando-se as premissas anteriormente expostas. Após análise do princípio da igualdade e o da segurança jurídica, propor-se-á solução conciliadora entre as diversas posições doutrinárias a respeito dos dilemas neste campo.

2 SUCESSÃO MORTIS CAUSA

Sucessão, do latim *successio*, designa “uma sequencia de fato ou de coisas, define o que se segue, o que vem para colocar-se em lugar de qualquer outra coisa, ou o que vem em certa ordem ou em certo tempo”⁶. Nas lições clássicas de Clovis Bevilacqua⁷ “sucessão, em sentido geral e vulgar, é a sequencia de phenomenos ou factos, que apparecem uns após outros, ora vinculados por uma relação de causa, ora conjuntos por outras relações”.

No sentido jurídico, exprime a ideia de continuidade ou sequência, mas, designando, substituição. Bevilacqua define o termo como transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa a outra⁸. Para o jurista argentino Pérez Lasala “*succedere no indica el traspaso de un derecho, sino la entrada en una relación jurídica o en un conjunto de relaciones jurídicas*”⁹.

A sucessão jurídica pode ocorrer, entre pessoas vivas (sucessão, *inter vivos*) ou por ocasião de morte (sucessão, *mortis causa* ou hereditária)¹⁰. “Naquela, a causa da transmissão é a vontade humana, emitida de acordo com a lei; nesta, é o fenômeno mesmo da morte, nas hipóteses legais previstas”¹¹.

O Direito das Sucessões emprega a terminologia para designar a sucessão, em razão da morte, definida por Bevilacqua como a “transmissão dos direitos e obrigações de uma pessoa morta a outra sobreviva, em virtude da lei ou da vontade expressa do transmissor”¹². Para Caio Mário da Silva Pereira, “sucessão é o direito por cuja força a transmissão se dá”¹³.

Galvão Telles, propôs, no anteprojeto do Código Civil Português, o conceito de sucessão, por morte, da seguinte forma: “quando alguém falece, todos os seus direitos e obrigações, que não sejam intransmissível por morte, se transferem a uma ou mais pessoas, nos termos adiante declarados”¹⁴. Entretanto, foi severamente criticado sob o argumento de que, na prática, não se poderia obter uma definição de sucessão perfeitamente rigorosa, sob pena de, fazendo-o, consagrar na lei um conceito maculado em erro. Outra definição foi proposta por Pires de Lima, nos seguintes termos: “dá-se sucessão quando uma ou mais pessoas vivas são

⁶ SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, 2003. p. 1339.

⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 15.

⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 15.

⁹ LASALA, José Luis Pérez. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 2010. p. 1.

¹⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 15.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 1.

¹² BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 15.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 3.

¹⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*. vol. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra. 1993. p. 17.

chamadas à titularidade das relações jurídico-patrimoniais de uma pessoa morta.”¹⁵ A redação sugerida, atualmente, é constante no Código Civil Português de 1966, observadas pequenas alterações (artigo 2024º).

Capelo de Sousa¹⁶ destaca a diferença entre os conceitos acima apontados. O primeiro remete à noção de transmissão, assim como à definição dada por Bevilacqua ao vocábulo genérico, enquanto que, o segundo, subjaz a ideia de substituição, como o fez o conceito dado por Pérez Lasala, também se referindo ao sentido amplo.

Em sua obra “Direito das Sucessões”, por sua vez, após afirmar ser a palavra sucessão, no sentido amplo, sinônimo de transmissão, Galvão Telles¹⁷ conceitua o vocábulo da seguinte forma:

(...) dá-se sucessão ou transmissão quando uma pessoa fica investida num direito ou numa obrigação ou num conjunto de direitos e obrigações que antes pertenciam a outra pessoa, sendo o direito e obrigações do novo sujeito considerados os mesmos do sujeito anterior e tratados como tais.

No Código Civil brasileiro de 1916 e no reformulado de 2002 não há definição do termo sucessão. A Consolidação das Leis Civis de 1858, elaborada por Augusto Teixeira de Freitas, já legava ao Ordenamento Civil brasileiro a omissão do conceito legal desse termo.

Segundo Capelo de Sousa¹⁸ a conceituação legal é importante para a identificação da evolução do fenômeno jurídico, mas, por outro lado, pode trazer problemas. Como exemplo, critica a definição portuguesa, que ignora a existência de sucessão *inter vivos*, descrevendo, somente, a *mortis causa*, como conceito de sucessão e, além disso, reduz o instituto, apenas, à ordem de vocação e a transferência de bens.

O legislador brasileiro, apesar de não ter utilizado, no artigo 1.784 do Código Civil de 2002¹⁹, a expressão “*mortis causa*”, não exclui a existência da sucessão *inter vivos*, ao abordar apenas aquela. Como salientado, não há, na legislação civil brasileira, um conceito para o termo sucessão, em razão de morte. Assim, por determinar a transmissão da herança aos

¹⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*. vol. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra.1993. p. 17.

¹⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*. vol. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra.1993. p. 17.

¹⁷ TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões*. Noções Fundamentais. 6. ed. (reempresão). Coimbra: Coimbra.1996. p. 25.

¹⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*. vol. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra.1993. p. 17.

¹⁹ Artigo 1.784. “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

herdeiros, no momento da abertura da sucessão, o artigo 1.784 informa que aborda a sucessão “*mortis causa*”, sem cometer o equívoco de defini-la, como conceito de sucessão.

Conforme preceitua o artigo 1.786 do Código Civil pátrio, de 2002, a sucessão *mortis causa* pode dar-se em virtude da lei (sucessão legítima) ou da vontade do autor da herança (sucessão testamentária); aquele que, antes da morte, era titular de bens, direitos e obrigações a serem transmitidos.

A sucessão *ab intestato*, obedece às determinações legais, na transferência do conjunto de bens, direitos e obrigações, deixados pelo falecido. Nas palavras de Salomão de Araujo Cateb, a sucessão legítima “*é uma complementação natural, com a transferência do patrimônio adquirido em vida a certas e determinadas pessoas, nomeadas pela lei, sem qualquer interferência da vontade de seu titular*”²⁰.

A sucessão testamentária, por sua vez, opera-se por determinação da vontade do testador, que distribui seus bens, independentemente do chamamento legal, obrigando-se a observar restrições e formas impostas pelo legislador.

Uma forma de sucessão não exclui a outra; podem coexistir em decorrência de uma mesma morte, como se depreende da redação do artigo 1788, a saber: “*morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo*”.

2.1 Sucessão legítima

Para a sucessão legítima, pela qual se opera a transmissão da herança, por força de lei, às pessoas elencadas no ordenamento civil (herdeiros legítimos), o legislador estabelece critério para se determinar o chamamento dos herdeiros, o momento, o lugar da abertura, dentre outras diretrizes. Adiante, destacar-se-ão alguns preceitos, necessários ao desenvolvimento do tema em estudo.

2.1.1 Transmissão da herança

Consoante o artigo 1.784 do Código Civil de 2002, a herança se transmite, no momento da abertura da sucessão, que se verifica no exato acontecimento da morte, sem a

²⁰ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

necessidade de qualquer ato judicial ou vontade de terceiro²¹. “Diz-se (...) que a sucessão está aberta, como querendo significar que o patrimônio reclama novo proprietário em substituição do primeiro”²².

Explica Salomão de Araujo Cateb que a “abertura da sucessão pressupõe a existência de dois fatos; a morte do autor da herança, sucedido, ou de cujus, e a sobrevivência de seu sucessor, ou herdeiro, quer seja legítimo ou testamentário”²³. Corroborando, Carlos Maximiliano afirma que a transmissão se efetua na ocorrência da morte, “por efeito da lei, ainda mesmo que o sucessor ignore o fato e o seu direito do mesmo decorrente”²⁴.

Preocupou-se, o legislador brasileiro, em definir o momento da transmissão da herança, por influência do princípio francês, denominado, *saisine* - palavra que significa “agarrar, prender, apoderar-se”²⁵.

Essa diretriz autoriza os herdeiros a entrarem na posse do patrimônio deixado, sem a necessidade de requerê-la²⁶, tornando-se legitimados, para utilizar os interditos possessórios, caso seja necessário. Não era assim, no Direito Romano, em que prescindia da apreensão pessoal dos bens pelos sucessores²⁷. Segundo Clóvis Bevilacqua “a doutrina romana (...) recebeu profunda alteração, no direito pátrio, com o alvará de 9 de novembro de 1.754”, confirmado pelo assento 16 de fevereiro de 1.776, pelo qual a posse, na sucessão *mortis causa*, transmite-se diretamente aos herdeiros, desde a morte do falecido²⁸. O Código Civil brasileiro de 1916, bem como o de 2002, mantiveram esse comando.

Assim, em decorrência do princípio da *saisine*, os herdeiros não necessitam de autorização judicial, para imissão na posse dos bens a eles deixados. Para Maria Berenice Dias, ainda restam outras vantagens: “evita o estado de acefalia do patrimônio, a jazer sem titular; dispensa a ficção jurídica de emprestar personalidade jurídica ao espólio; propicia a qualquer herdeiro o manejo das ações possessórias”.

É importante observar que, com a transferência da posse, no momento da morte do autor da herança, os herdeiros não poderão apreender os bens, pois só receberão a posse direta na

²¹ NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 21.

²² BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 19.

²³ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.

²⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942. p. 59.

²⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 101.

²⁶ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 16.

²⁷ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942. p. 59.

²⁸ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 28.

partilha. Antes da homologação da divisão dos bens, os herdeiros são condôminos da universalidade do acervo sucessório (bens, direitos e obrigações) que constitui a herança²⁹.

Cabe citar julgado do Superior Tribunal de Justiça, demonstrando a aplicação e importância desta disposição legal:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. GANHO DE CAPITAL DECORRENTE DA TRANSFERÊNCIA DE BENS E DIREITOS POR SUCESSÃO HEREDITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 23 DA LEI 9.532/97. 1. O art. 81, II, da Lei 9.532/97, fixou o início da vigência do art. 23 da mesma lei a partir de 1º de janeiro de 1998. O Tribunal de origem, em face do que dispõe o art. 1.572 do Código Civil de 1916, decidiu pela inaplicabilidade, ao presente caso, da Lei 9.532/97, que foi editada em data posterior à abertura da sucessão, conforme entendimento assim ementado: "1. A solução da controvérsia trazida à colação está em fixar o momento da transmissão da herança e, partindo deste, em aplicar o princípio da irretroatividade da lei tributária. 2. **O artigo 1.572 do antigo Código Civil, em vigor ao tempo do falecimento do autor da herança, transmitiam-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, no que encontra correspondência no artigo 1.784 do novo Código Civil.** 3. **Adotou-se o princípio originário do droit de saisine, que dá à sentença de partilha caráter meramente declaratório, haja vista que a transmissão dos bens aos herdeiros e legatários se dá no momento do óbito do transmitente.** 4. As regras a serem observadas na transmissão da herança serão aquelas em vigor ao tempo do óbito do de cujus que, no caso em tela, e no que tange à incidência do Imposto de Renda, encontravam-se na Lei 7.713/88. 5. Dispunha o citado diploma legal, no inciso XIV, do artigo 6º, e no inciso III, do artigo 22, que o valor dos bens adquiridos por herança serão isentos do imposto de renda e que as transferências causa mortis serão excluídas do ganho de capital dos herdeiros e legatários. 6. A tese defendida pela recorrida, de que o fato gerador do imposto na espécie, a ensejar o recolhimento do imposto, é o acréscimo patrimonial decorrente da reavaliação patrimonial dos bens constantes da última declaração do de cujus, há de ser refutada, haja vista que faz incidir ao caso em comento sistemática criada por lei posterior à transmissão dos bens deixados pelo transmitente, que se deu sob a égide da Lei 7.713/1988, com conseqüente violação do princípio da irretroatividade das leis tributárias." 2. Em assim decidindo, a Turma Regional não contrariou o art. 23 da Lei 9.532/97; ao contrário, deu-lhe interpretação consentânea com a lei civil, observando, ainda, o disposto nos arts. 104, 105 e 116 do Código Tributário Nacional. 3. Recurso especial desprovido. (Destacou-se)³⁰

Caso o autor da herança não tenha herdeiros, pela ordem legal, no momento de sua morte (herdeiros legítimos), nem instituído sucessores em testamento, a transmissão da posse ocorrerá diferentemente. Quando não há sucessores, o Estado recebe o patrimônio deixado pelo

²⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 101/102.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 805806/RJ. Recurso Especial 2005/0206435-0. Rel. Ministra Denise Arruda. Publicado em 18 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+805806&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>> Acesso em: 26 ago 2010.

de cujus, mas só terá a posse, com a sentença de vacância, que é constitutiva (Código Civil de 2002, artigo 1.819)³¹.

Segundo as lições de Clovis Bevilacqua³², que instruem acerca da origem da transmissão hereditária, não havia transmissão de bens, *mortis causa*, quando o patrimônio da família era comum aos seus membros. Falecendo o membro administrador, nada se alterava em relação ao patrimônio; apenas, outro familiar assumia o encargo.

Esse modelo de organização familiar impregnou o pensamento humano de tal forma que, surgindo a transmissão de bens e direitos, em razão da morte, concebeu-se, em primeiro momento, a transferência universal de direitos e deveres aos herdeiros, ainda que fossem prejudicados, por exemplo, pela dívidas deixadas pelo falecido (*heredes necessari*, no Direito romano). Posteriormente, a sucessão foi repensada, criando-se meios de preservar o patrimônio particular do herdeiro, evitando que ele respondesse pelas dívidas do *de cujus* (benefício de separação e de abstenção, do direito pretoriano).

No Direito pátrio, o chamado benefício de inventário impede que os herdeiros respondam, com os bens que já possuíam, antes da abertura da sucessão, pelas dívidas deixadas pelo falecido. O Código Civil de 1916 já trazia essa disposição (art. 1.587), seguindo o bem legado das Ordenações Filipinas. O Código Civil atual manteve o mesmo texto do anterior, com pequena alteração, *in verbis*: “art. 1.792. O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”. “Estabeleceu-se que a responsabilidade do herdeiro será, sempre, *intra vires hereditatis*, ao contrário da primeira no Direito romano, *ultra vires hereditatis*”³³.

De igual modo, a herança não responde pelas dívidas dos herdeiros, pendente a partilha judicial. O Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais confirma este entendimento:

(...) o Espólio responde apenas pelas dívidas contraídas pelo *de cujus*. A dívida particular dos sucessores não se confunde com a do Espólio, mostrando-se inviável, assim, a habilitação de crédito decorrente de multa por inadimplemento de contrato de compra e venda de imóvel entabulado diretamente pelos herdeiros³⁴.

³¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 103.

³² BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 25/27.

³³ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 36.

³⁴ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: 1.0024.07.768205-2/001(1) . Rel. Desembargador Armando Freire. Publicado em 14 novembro de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0064&ano=07&txt_processo=000440&dv=9&complemento=001&acordaoEmenta=acordao>

2.1.2 Capacidade para suceder

A abertura da sucessão verifica-se, no momento da morte do autor da herança, e determina, em consequência, a imediata transferência do acervo àqueles capacitados para recebê-lo, segundo a determinação legal, vigente na data do falecimento³⁵. Salomão de Araujo Cateb explica que o Direito brasileiro não atribui força jurídica ao pacto sucessório³⁶, por isso, antes da morte, não se pode falar em herança ou determinar os sucessores chamados a recebê-la³⁷.

Em complemento, Caio Mário da Silva Pereira³⁸ afirma que o herdeiro não perderá sua capacidade de receber a herança por alteração legal ocorrida, em momento anterior ou posterior à morte do autor a herança, se legitimado, no exato momento do óbito. Pode vir a não suceder, nos bens deixados, recusando-se, pela renúncia, ou perdendo seu direito pela indignidade ou deserdação³⁹. “*Não pode a lei nova disciplinar sucessão aberta na vigência da lei anterior.*”⁴⁰

A lei, ao tempo do óbito, estabelecerá, pois, os requisitos para o alcance da capacidade, bem como a ordem de chamamento dos possíveis herdeiros, por critérios escolhidos pelo legislador, respeitados os direitos e garantias fundamentais, elencados na Lei Maior. Vale trazer à baila julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, aplicando o preceito acima, reconheceu a legitimidade passiva do cônjuge supérstite:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO DE INVENTÁRIO. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL. LEI VIGENTE AO TEMPO DO ÓBITO. CÓDIGO CIVIL DE 1916. HERDEIRO. CÔNJUGE. A sucessão é regulada pela lei vigente ao tempo de sua abertura. Segundo estabelece o art. 1.611 do

&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=98018&pesquisar=Pesquisar> Acesso em: 26 ago 2010.

³⁵ Artigo 1.787. “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela” (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

³⁶ Artigo 426. “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva” (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

³⁷ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 14.

³⁸ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 24/25.

³⁹ Segundo Salomão de Araujo Cateb, “*indignidade* [artigo 1.814 e seguintes, do Código Civil de 2002] é a privação do direito hereditário cominada por lei, a quem cometeu certos atos ofensivos a pessoa ou aos interesses do hereditando. (...) A indignidade difere da deserdação [artigo 1.961 e seguintes, do Código Civil de 2002]; naquela, qualquer legatário, herdeiro legítimo ou testamentário, poderá ser afastado do processo sucessório, por iniciativa de qualquer interessado; nesta somente os herdeiros necessários, por vontade do testador. Em ambos os casos impõe-se uma decretação judicial, sendo, portanto, relativa a alegação de justa causa pelos interessados ou pelo testador” (CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 58).

⁴⁰ MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 6: direito das sucessões. 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 18.

Código Civil de 1916, é deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade conjugal. Dá-se provimento ao recurso.(Recurso provido)⁴¹.

Nas lições de Caio Mário da Silva Pereira, os critérios definidores da capacidade sucessória passiva sofreram, ao longo do tempo, grande simplificação, sendo retirados da lei brasileira impedimentos preconceituosos, quanto aos estrangeiros, clérigos, “pagãos”, dentre outros.⁴²

É importante destacar que a condição de herdeiro não se confunde com a capacidade para a prática dos atos da vida civil, em geral. “*Deve entender-se em acepção estrita de aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido*”⁴³.

O Código Civil brasileiro de 2002, no artigo 1.798, estabelece os critérios para o alcance da capacidade passiva, ou legitimidade, nas palavras do legislador, *in verbis*: “*legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Estabelece, também, o Código Civil, a ordem do chamamento, da vocação hereditária, artigo 1.829 e seguintes. O Código Civil português determina iguais critérios, para a capacidade sucessória, no artigo 2033º, com exceção da referência feita ao Estado: “*têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei*”.

Pode-se afirmar, em síntese, que dois eventos são necessários para a verificação da capacidade sucessória: existência (estar vivo ou concebido, no momento da morte) e chamamento pela vocação hereditária (por força de lei)⁴⁴.

Observa-se que não constava, no Código Civil de 1916, dispositivo semelhante ao artigo 1.798. Admitia-se, todavia, como capacitados para suceder as pessoas nascidas e vivas, e

⁴¹ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: 1.0064.07.000440-9/001(1) . Rel. Desembargador Almeida Melo. Publicado em 22 janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0064&ano=07&txt_processo=000440&dv=9&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=65377&pesquisar=Pesquisar> Acesso em: 26 ago 2010.

⁴² PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 24

⁴³ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 24.

⁴⁴ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 25/30.

apenas as concebidas, até cento e oitenta dias depois do casamento, e trezentos após a morte do autor da herança⁴⁵.

Mesmo com essa garantia ao nascituro, analisando os dispositivos do Código Civil de 1916, ensinava Carlos Maximiliano que, para uma pessoa ter a capacidade de receber a herança de outra, “*não basta que no momento da morte do de cujus o sucessor já viva; é indispensável, também, que ainda viva. Continua de pé a mesma regra – da coexistência necessária do hereditando e do herdeiro; deve este sobreviver àquele.*”⁴⁶ Afirmava, este autor, que ao embrião pertencia um direito em potencial, e este não herdaria os bens deixados pelo falecido, caso viesse a nascer, sem vida, ainda que no prazo legal. Clovis Bevilacqua defendia a capacidade sucessória do nascituro, tendo como única condição seu nascimento com vida, apesar de defender, à época, a presunção dos prazos legais⁴⁷.

Quanto ao requisito da coexistência de sucedido e sucessor, curiosas são as observações de Caio Mário da Silva Pereira: “*caso especial é o da morte da mãe no trabalho de parto, ou quando o filho é retirado das entranhas da genitora falecida em consequência de acidente ou colapso. Não se nega ao filho legitimação para suceder, embora não haja coexistido com a sua mãe*”⁴⁸.

Atualmente, as questões jurídicas que permeiam o nascituro não deixaram de ser controversas. O avanço científico possibilitou maior certeza, quanto o reconhecimento da paternidade, pelo exame de DNA, mas, por outro lado, acirrou discussões e embate, como por exemplo, os provocados pelas técnicas de fecundação artificial.

No tocante à capacidade sucessória, Maria Berenice Dias, afirmando, nos termos da legislação civil vigente, ter o nascituro capacidade sucessória, condicionada ao nascimento com vida, levanta o questionamento sobre o conceito de nascituro, face às técnicas de reprodução humana assistida. Pergunta a jurista se, na fecundação *in vitro*, é necessária a implantação do embrião, no útero materno, para reconhecê-lo, juridicamente, nascituro⁴⁹. A partir deste pensamento pode-se, também, inquirir se tal procedimento faz-se necessário, para a condição de herdeiro do ser formado na fecundação, chamado zigoto.

As feridas profundas, deixadas pela história na humanidade, há muito, despertam o ser humano para a proteção da vida e dos direitos inerentes à pessoa. A Declaração Universal dos

⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942. p. 131.

⁴⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Direito das Sucessões*. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942. p. 133.

⁴⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 77/79.

⁴⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 25/26.

⁴⁹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 115.

Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já proclamava essas proteções ao homem, desde seu nascimento, com vida, antes mesmo de ter, a humanidade, sentido os horrores das Guerras Mundiais e do Holocausto. Nos dias atuais, corroborando com as proclamações universais, os ordenamentos jurídicos dos países garantem, em sua maioria, os direitos humanos, decorrentes de sua condição de pessoa humana, desde o nascimento com vida. Entretanto, não há um amparo certo e preciso para os direitos do homem, em sua vida intra-uterina, ou seja, antes de seu nascimento; quando recebe, pela ciência, a denominação embrião, feto ou nascituro.

O artigo 2º do Código Civil brasileiro de 2002 estabelece que *“a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”*. A partir deste dispositivo, a doutrina pátria considera, o nascimento (com vida), marco do início da personalidade, espelhando-se, ainda, no direito romano, pelo qual *“o feto, nas entranhas maternas, era uma parte da mãe, “portio mulieres vel viscerum”, e não uma pessoa, um ente ou um corpo”*⁵⁰.

Ainda que Teixeira de Freitas⁵¹, Nabuco de Araújo, Felipe dos Santos e Clóvis Bevilacqua⁵² tenha sustentado a atribuição de personalidade jurídica ao nascituro, não foi esta a tese que restou positivado no revogado (Código Civil de 1916) e vigente Código Civil⁵³. *“Por ocasião em que se discutiu o projeto Beviláqua, foi a matéria ventilada, e repelida aquela doutrina, recolhendo as preferências a concepção romana”*⁵⁴.

Entretanto, novas teses, em relação à personalidade jurídica do nascituro, foram formuladas, no intuito de repensar a compreensão romana. Francisco Amaral, afirmando que a maioria dos autores civilistas não reconhece a personalidade jurídica do nascituro, externa interpretação diversa. Para este doutrinador, o ordenamento civil reconhece o nascituro como

⁵⁰ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 183.

⁵¹ Na Consolidação das Leis Civis, Teixeira de Freitas considerava nascidos, os seres humanos em formação, no ventre materno, *verbis*: “Art. 1. As pessoas considerão-se como nascidas, apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”. (FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol 1. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 1).

⁵² Clóvis Bevilacqua, em seu projeto, defendia a personalidade jurídica à pessoa, desde a concepção: *“A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”*. Amaral, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 223.

⁵³ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 184.

⁵⁴ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 185.

sujeito de relações jurídicas (artigos 1609, 542, 1.779), o que impõe sua personalidade, haja vista que somente os dotados de personalidade jurídica podem ser sujeitos de direitos⁵⁵.

Ademais, o desenvolvimento tecnológico possibilita vislumbrar, cada vez melhor, o mistério da formação do homem, no ventre materno, o que deixa de justificar a visão do embrião ou feto, como parte da mãe. Cientificamente, é possível afirmar que o nascituro é uma pessoa, diferente de sua genitora. “*A ciência contemporânea não nega que o reconhecimento da vida se opera a partir da concepção. Com a fecundação, o ser humano já existe biologicamente, sendo capaz de sensações, sentimentos, de respostas intuitivas a estímulos sensoriais externos etc.*”⁵⁶.

Neste âmbito faz-se necessária a análise da evolução do conceito de pessoa, na tentativa de responder aos questionamentos relativos à personalidade jurídica do nascituro, pois o pensamento jurídico, político e filosófico dos últimos tempos esvaziaram o conteúdo semântico da noção de pessoa, a ponto de nada dizerem, quando afirmam que o homem é pessoa⁵⁷.

A origem etimológica da palavra *pessoa* encontra-se no termo grego *prosôpon* que, longe de possuir um sentido ontológico, referia-se à máscara que os atores utilizavam, em suas representações teatrais⁵⁸. Da máscara, o termo passou a designar a personagem representada e, depois, o humano na *polis* grega, sem lhe precisar um conteúdo ôntico. Diogo Costa Gonçalves salienta que há autores que apontam a origem de pessoa para *Phersu*, uma divindade da mitologia greco-etrusca sem, no entanto, desvendar a relação entre a figura e a denominação⁵⁹.

O pensamento antigo desenvolveu grandes reflexões acerca do homem, como em Sócrates, Platão e Aristóteles. Entretanto, não chegou a estruturar o conceito de pessoa, como categoria ontológica, que explicasse o que era o Homem⁶⁰. O conceito pessoa era utilizado, em oposição à humanidade, para distinguir o singular do plural, o particular do universal. Nada mais. Diogo Costa Gonçalves atribui esse paradoxo, na Antropologia Antiga, à dificuldade dos pensadores em lidar com o individual. “*Para o pensamento grego, mesmo em Aristóteles e Platão, a individualidade é um problema, uma imperfeição perante a unidade e a totalidade do*

⁵⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 223.

⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006. p 615.

⁵⁷ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

⁵⁸ BERTI, Silma Mendes. *A responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

⁵⁹ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

⁶⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina, 2008.

ser”⁶¹. O pensamento antigo não conseguiu dar ao termo pessoa um conceito metafísico; não ultrapassando a idéia monista, valorizando mais o coletivo que o individual⁶². Nesse período, afirma Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “*a dignidade da pessoa humana se vinculava à posição social do indivíduo e, portanto, o grau de reconhecimento de tal posição pelos demais integrantes da comunidade.*”⁶³

Foi necessária a leitura cristã, para dar à pessoa uma importância ontológica. O conceito de pessoa é uma construção da teologia cristã, que superou a visão monista da antiguidade, separando, filosoficamente, natureza (*physis*) e pessoa (*hypostasis*). Diogo Costa Gonçalves afirma que “*o homem, na visão cristã do mundo, era o único ser querido por Deus em si mesmo. A individualidade, portanto, não era um problema, uma dificuldade*”⁶⁴, mas a maneira de se relacionar o homem a Deus, na sua imagem e semelhança⁶⁵.

No pensamento moderno, várias foram as fontes filosóficas que influenciaram esse período. Em linhas gerais, pode-se dizer que a subjetividade do pensamento foi o fator predominante. Por isso, Diogo Costa Gonçalves denominou a visão do Homem, para essa época, como “*Antropologia da Subjetividade*”⁶⁶. Essa vertente mudou o objeto da filosofia que passa a focar o homem, não como ser, simplesmente, mas como um sujeito que conhece, cognoscente. Descartes ilustra essa ideia, na frase “*cogito ergo sum*”⁶⁷.

Essa mudança, no pensamento antropológico, gerou consequências diretas no conceito de pessoa, uma vez que os filósofos focavam, não mais a realidade, mas o sujeito. Assim, o termo pessoa foi esvaziado do seu conteúdo ontológico, atribuído pela teologia cristã, e passou a designar uma realidade psíquica⁶⁸. Entretanto, Henrique Vaz⁶⁹ alerta que, sem qualquer

⁶¹ GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008, p. 22.

⁶² GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008, p. 24.

⁶³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 130.

⁶⁴ GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008, p. 28/29.

⁶⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 130.

⁶⁶ GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008, p. 29.

⁶⁷ GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008.

⁶⁸ GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008.

⁶⁹ VAZ, Henrique *apud* GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008, p. 34.

conteúdo ôntico, o conceito de pessoa na modernidade abarca muitos conteúdos semânticos, a ponto de nada explicar. *Pessoa* que, na visão cristã, era a resposta para a pergunta “o que é o Homem?”, na modernidade, torna-se um termo vago, uma interrogação.

Em decorrência, a antropologia contemporânea inicia a base de seu pensamento, com a *pessoa* esvaziada de seu conteúdo ôntico, entretanto, é o cenário da maior centralização da pessoa como elemento fundamental na discussão de diversas áreas do conhecimento. Diogo Costa Gonçalves comenta, quanto ao personalismo contemporâneo: “*a noção de pessoa acaba por ganhar uma dimensão valorativa, tornando-se um conceito-valor, que ninguém sabe o que é, mas o qual todos recorrem para fazer derivar as mais variadas quanto contraditórias conclusões*”⁷⁰.

Todavia, para equilibrar o subjetivismo extremo da modernidade, a antropologia contemporânea agregou ao conceito de pessoa a ideia de existência e, além disso, traz como elementos essenciais a alteridade e a abertura relacional (homem como unidade no pluralismo da sua realidade); e, como axioma fundamental, a liberdade⁷¹.

Na antropologia contemporânea, a ideia de pessoa não nasce do subjetivismo, mas do intersubjetivismo, que não desconsidera o individual, ante o coletivo, como no pensamento clássico, mas considera o homem, nas suas relações com o outro. “*No século XX, a fenomenologia criou um conceito mais dinâmico de pessoa, tendo como ideia central a relação. O ser humano não é uma essência definida desde o início, mas ele se caracteriza como ser relacional*”⁷².

Como foi dito acima, na contemporaneidade, em que o discurso sobre a pessoa nunca esteve tão presente, em diversas áreas, como a política, a filosofia, a religião, a jurídica e outros, e, tendo em vista a herança da modernidade que lhe retirou o conteúdo ôntico, “*não há personalismo, há antes personalismos*”⁷³.

Portanto, o desafio de empregar um conteúdo preciso e real ao conceito de pessoa permanece, justificando, quiçá, a mora do legislador brasileiro, em atribuir, com clareza, personalidade jurídica ao nascituro.

⁷⁰ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008. p. 35.

⁷¹ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008.

⁷² PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 68.

⁷³ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008.p. 37.

Faz-se necessário citar a brilhante indagação suscitada por Silma Mendes Berti, a saber:

Pessoa é para o jurista o termo mais precioso do vocabulário jurídico. E por quê? Porque, em princípio não há pessoa que não seja ser humano: ser humano único e igual em direito e em dignidade. A condição de pessoa confere a cada ser humano uma elevada dignidade que se manifesta por meio de diversas perfeições.

Assim, ainda que pelo direito positivo, reafirmado pela doutrina pátria, não seja atribuída personalidade jurídica ao nascituro, certo é que a ele é conferido, por lei, o direito a concorrer à herança, na sucessão de eventual parente falecido.

Cabe lembrar que, na sucessão legítima somente podem ser herdeiros as pessoas naturais. Destaca Maria Berenice dias que os seres inanimados ou irracionais como os animais, não podem suceder, na sucessão *mortis causa*, pelo direito brasileiro, por lhes faltar personalidade jurídica.⁷⁴ Corroborando, com a afirmativa, Caio Mário da Silva Pereira destaca que “*somente o homem pode adquirir causa mortis, e as pessoas jurídicas por causa dos homens (hominum causa). Não há, pois, falar em sucessão de qualquer espécie, em favor de coisa inanimada, ou de um irracional. As coisas não podem ser sujeito de direito*”. Explica o doutrinador que não representa exceção a esta regra o legado com encargo para proteção de coisa ou animal, pois o sucessor instituído é a pessoa pela qual os incapacitados receberão os cuidados.⁷⁵

O Estado (poder Público) não participa da sucessão legítima, como herdeiro. Na falta de sucessores, herdeiros legítimos e testamentários ou legatários, ele é chamado a recolher os bens deixados pelo falecido, sem ter os benefícios reservado pela lei aos herdeiros, como por exemplo, ter a posse mediata dos bens, na abertura da sucessão⁷⁶. “*É necessária uma demanda judicial que, reconhecendo a herança como jacente, primeiro declara os bens vagos. Só depois a titularidade é atribuída ao ente público*”. Semelhante disposição é encontrada no Código civil argentino de 1969, *in verbis*:

⁷⁴ DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 118.

⁷⁵ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 30.

⁷⁶ Caio Mário da Silva Pereira, corroborando com este entendimento, ensina: “*O estado não é um herdeiro (...). Não lhe é reconhecido o direito de saisine, em nosso e alheio direito. Nestas condições, não entra na propriedade e posse da herança pelo fato da abertura da sucessão. É necessária uma sentença de vacância, declarando os bens vagos e sua devolução à Fazenda Pública*” (PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 157).

Art. 3.545. Las sucesiones intestadas corresponden a los descendientes del difunto, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite, y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en este Código. No habiendo sucesores los bienes corresponden al Estado Nacional o Provincial.

Para melhor elucidação, justifica-se a observação do Ministro Massami Uyeda, descrita, na ementa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - CIVIL - SUCESSÃO – HERANÇA JACENTE - ESTADO/MUNICÍPIO - PRINCÍPIO DA SAISINE AO ENTE PÚBLICO - INAPLICABILIDADE - MOMENTO DA VACÂNCIA QUE NÃO SE CONFUNDE COM O DA ABERTURA DA SUCESSÃO OU DA MORTE DO DE CUJUS - DECLARAÇÃO DE VACÂNCIA APÓS A VIGÊNCIA DA LEI 8.049/90 - LEGITIMIDADE PARA SUCEDER DO MUNICÍPIO - RECURSO IMPROVIDO. 1. O agravante não trouxe qualquer subsídio capaz de afastar os fundamentos da decisão agravada. 2. Não se aplica o princípio da saisine ao ente público para a sucessão do bem jacente, pois o momento da vacância não se confunde com o da abertura da sucessão ou da morte do de cujus. 3. O Município é o sucessor dos bens jacentes, pois a declaração judicial da vacância ocorreu após a vigência da Lei 8.049/90. 4. Agravo regimental improvido⁷⁷.

No Código Civil brasileiro de 1916⁷⁸, o Estado era elencado como herdeiro, na ordem de vocação hereditária⁷⁹, como em Portugal⁸⁰ e na Espanha⁸¹. O Estado, na falta de ascendentes, descendentes, cônjuge e colaterais, também recolhe os bens da herança, mas na

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1099256 / RJ. Agravo Regimental no Recurso Especial. 2008/0230107-2. Rel. Ministro Massami Uyeda (1129). Publicado em 27 de março de 2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1099256&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2> > Acesso em: 28 ago 2010.

⁷⁸ Artigo 1.603. “A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes; II - aos ascendentes; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais; V - aos Municípios, ao Distrito Federal ou à União. (Redação dada pela Lei nº 8.049, de 20.6.1990)”. (BRASIL. Código Civil de 1916. Novo Código Civil Brasileiro. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002).

⁷⁹ Clovis Bevilacqua defendia esta posição do poder público: “(...) é justo conceder direito hereditário à sociedade política, se não existe a parental. A devolução hereditária, neste caso, não é uma simples persistência residual da colectividade primitiva, mas o reconhecimento da parte que, na criação e conservação da propriedade individual, tem o corpo social”. (BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 163).

⁸⁰ Artigo 2033º. “Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei” (PORTUGAL. Código Civil de 1966. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2005).

⁸¹ Artigo 956. “A falta de personas que tengan derecho a heredar conforme a lo dispuesto en las precedentes Secciones, heredará el Estado,” (...)

Artigo 958. “Para que el Estado pueda apoderarse de los bienes hereditarios habrá de preceder declaración judicial de heredero, adjudicándose los bienes por falta de herederos legítimos”. (ESPAÑA. Código Civil 1889. 33. Ed. España: Arazandi. 2008).

condição de herdeiro. Manuel Albaladejo explica e descreve as classes de herdeiros, no direito espanhol, encontrando-se, em última posição, o Estado, a saber:

En nuestro Código el llamamiento a la sucesión intestada se basa en el parentesco (...), en el matrimonio, y a falta de todo pariente o cónyuge, en el vínculo de nacionalidad, de forma que el Estado español es llamado a suceder a los españoles que, muertos sin testamento, carecen de aquéllos. Esos tres fundamentos del llamamiento a la sucesión intestada dan lugar a que haya tres *clases* de sucesores: parientes (de sangre, o adoptivos), cónyuge y Estado⁸².

2.1.3 Ordem de vocação hereditária

Vocação hereditária é “o chamamento de herdeiros ou legatários à titularidade das relações jurídicas, transmissíveis do falecido (...)”⁸³, em decorrência da abertura da sucessão. Conforme se esclareceu acima, o artigo 1.829⁸⁴ e seguinte do CPC estabelecem a ordem das pessoas chamadas a suceder, em decorrência do falecimento de outra. Elucidou-se, também, que o chamamento ou ordem é realizado pela vontade do autor da herança ou por força de lei. Por isso, há distinção, entre a sucessão legítima e testamentária, ainda que possam ocorrer, simultaneamente. O comando legal, acima citado, informa a sucessão legítima, determinando a distribuição dos bens, segundo os critérios do legislador.

A sistemática da vocação hereditária utiliza classes preferenciais, para a classificação dos herdeiros, bem como graus (distância, entre uma geração e outra)⁸⁵ e linhas (reta e colateral) de parentesco, como explica Salomão de Araujo Cateb: “para evitar que todos fossem chamados ao mesmo tempo, a lei estipulou a preferência de uma classe sobre a outra, denominando a essa figura de “ordem de vocação hereditária”, ditada pelo art. 1.829 do Código Civil. Igual método é utilizado em legislação de todos os países (...)”⁸⁶.

No direito brasileiro, a concorrência poderá existir, entre herdeiros, pertencentes à mesma classe, posicionados, no mesmo ou diferente grau de parentesco. No Direito português,

⁸² ALBALADEJO, Manuel. Curso de Derecho Civil. vol. 5. Barcelona: José Maria Bosch Editor, S. L. 1997, p. 399.

⁸³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*. vol. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra.1993. p. 205.

⁸⁴ Artigo 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” (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

⁸⁵ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 68

⁸⁶ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67

este método é utilizado, estabelecendo, o artigo 2133⁸⁷ as classes em que são distribuídos os herdeiros, e a preferência entre elas, o artigo 2134⁸⁸. No Direito argentino, por sua vez, o chamamento legal é realizado, observando-se a ordem como o legislador posicionou os herdeiros, semelhante ao que se chama de classe, admitindo a concorrência, entre elas. Também, utiliza-se o grau de parentesco, para restringir os parentes sucessíveis⁸⁹. Pérez Lasala aclara esse planejamento legal, *in verbis*:

Puede suceder que los designados en primer lugar no adquieran la herencia, en cuyo caso ésta va a los designados en segundo o ulterior lugar. En ese caso se presenta el problema de saber si estos últimos fueran llamados en el momento en que fallaron herederos designados en primer lugar o, al contrario, fueran llamados simultáneamente con ellos. En el primer caso se dice que hay vocaciones sucesivas, y en segundo que las vocaciones son simultáneas⁹⁰.

O sistema do Código Civil espanhol, igualmente, estabelece o uso dos graus e linhas de parentesco, em seus artigos 915 e 916⁹¹, descrevendo o método com detalhamento, nos artigos seguintes, assemelhando-se com as disposições do Código Civil Argentino. Os herdeiros são agrupados em *clases*, dentro delas em *ordenes*, e estas em *grados*. Vale descrever a explicação de Manuel Albaladejo:

Pero dentro de la clase *parientes* de sangre o adoptivos, pudiendo ser muchos, hay que clasificarlos en diversos grupos llamados *órdenes*, que son los de *descendientes*, *ascendientes* y *colaterales*. Por último, dentro de los *órdenes*, son llamados a suceder, no todas las personas que los componen, sino (...) la que esté (...) en más próximo *grado* de parentesco con el difunto (art. 921, §1º)⁹².

⁸⁷ Artigo 2133º. “1. A ordem por que são chamados os herdeiros, sem prejuízo do disposto no título da adopção, é a seguinte: a) cônjuge e descendentes; b) Cônjuge e ascendentes; c) Irmãos e seus descendentes; d) Outros colaterais até ao quarto grau; e) Estado. 2. O cônjuge sobrevivente integra a primeira classe de sucessíveis, salvo se o autor da sucessão falecer sem descendentes e deixar ascendentes, caso em que integra a segunda classe. 3. O cônjuge não é chamado à herança se à data da morte do autor da sucessão se encontrar divorciado ou separado judicialmente de pessoas e bens, por sentença que já tenha transitado ou venha a transitar em julgado, ou ainda se a sentença de divórcio ou separação vier a ser proferida posteriormente àquela data, nos termos do nº 3 do artigo 1785º. (Redacção do Dec.-Lei 496/77, de 25-11)”. (PORTUGAL. Código Civil de 1966. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2005).

⁸⁸ Artigo 2134º. “Os herdeiros de cada uma das classes de sucessíveis preferem aos das classes imediatas”. (PORTUGAL. Código Civil de 1966. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2005).

⁸⁹ Artigo 3546. “El pariente más cercano en grado, excluye al más remoto, salvo el derecho de representación” (ARGENTINA. Código Civil de La República Argentina de 1869. 36. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997).

⁹⁰ LASALA, José Luis Pérez. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 2010. p. 234.

⁹¹ Artigo 915. “La proximidad del parentesco se determina por el número de generaciones. Cada generación forma un grado”. Artigo 916. “La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral. Se llama directa la constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra. Y colateral la constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras, pero que proceden de un tronco común” (ESPAÑA. Código Civil 1889. 33. Ed. España: Arazandi. 2008).

⁹² ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. vol. V. Barcelona: José Maria Bosch Editor, S. L. 1997, p. 399.

Segundo a legislação civil brasileira vigente, os herdeiros estão presentes nas classes, da seguinte forma: primeira, descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, dependendo do regime que regia as relações patrimoniais do casamento; segunda, ascendentes, em concorrência com o cônjuge supérstite, independente do regime de bens; terceiro, cônjuge, casado com o falecido, também, sob qualquer regime; e, por fim, na terceira, os parentes colaterais, até o quarto grau.

Definida a classe que irá suceder, o legislador utilizou-se do grau de parentesco para selecionar herdeiros, dentro da mesma classe; os que estão em grau mais próximo, excluindo aqueles que estão no mais remoto: o pai exclui o neto, na sucessão do avô. As linhas também são utilizadas para definir se será observado o grau descendente ou ascendente. O Código Civil estabelece, então, regras de distribuição dos quinhões para os herdeiros elegidos (artigos 1829 a 1.844 do Código Civil de 2002).

Às pessoas que vivem, em união estável, foi outorgado, pelo Código Civil de 2002, o direito à sucessão do companheiro falecido, criando uma nova ordem de vocação hereditária, no art. 1.790, restando, de forma subsidiária, aquela prevista para cônjuge, no que couber. Maria Berenice Dias afirma que é absolutamente desarrazoada a diferença de tratamento que deu o Código Civil a cônjuges e companheiros, em relação à sucessão⁹³.

2.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária, em que prepondera “*o individualismo, a força da vontade humana, que se afirma e se eleva à categoria de lei - (uti legassit ita jus esto)*”⁹⁴, ocorrerá sempre que uma pessoa falecer, deixando testamento válido. Maria Berenice Dias afirma que a sucessão testamentária “é o direito que revela com maior amplitude a autonomia da vontade privada”⁹⁵.

Caio Mário da Silva Pereira ensina que a origem da sucessão testamentária aponta para os povos do ocidente, não havendo provas de que os povos primitivos orientais utilizavam de testamento para reger a distribuição dos bens após a morte⁹⁶. Conforme exposto acima, no

⁹³ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 174.

⁹⁴ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 173.

⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 316.

⁹⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 163.

pensamento antigo havia o predomínio da ideia do coletivo, sendo a propriedade privada considerada um mal. “*Não havendo patrimonio individual, não era possível o testamento, que pressupõe uma personalidade individual, autonoma, e um patrimonio transmissível, por acto da vontade, que vence o aniquilamento physico da morte*”⁹⁷. Destaca Bevilaqua que não havia testamento no Egito antigo, no direito mosaico (leis de Moisés, o grande legislador hebreu que nasceu no Egito, por volta de 1.500 a.C.⁹⁸), e hindu. Na Grécia houve registros de testamento, mas foi em Roma que ele surgiu com mais ênfase e se desenvolveu, sendo permitida, entretanto, a nomeação de um estranho para receber a herança, somente na falta de parentes sucessíveis, ainda que a Lei da XII Tábuas já garantisse a liberdade de testar, a princípio, de forma plena. Posteriormente, foi concedido aos romanos o direito à livre disposição testamentária⁹⁹.

Por testamento, o autor da herança destina seus bens aos herdeiros e legatários que institui. Herdeiro, instituído em testamento, é denominado herdeiro testamentário, e recebe a quota-parte a ele estipulada. Mas, quando o testador deixa bem singularizado a certa e determinada pessoa, esta é chamada de legatário. Em síntese: “ao herdeiro, o testador deixa a universalidade ou fração de seus bens, e ao legatário identifica os bens que lhe destina”¹⁰⁰.

Como observa Bevilaqua, não pode a autonomia da vontade, aqui traduzida pela liberdade de testar, tornar-se ilimitada. “*Intervém a lei para dar normas, limites e direcção ao movimento volicional humano, submettendo-o, cuidadosamente a preceitos que garantam a sua pureza, e assegurem, por outro lado, os interesses da família e da sociedade em geral*”¹⁰¹. É curioso notar que no texto proposto pelo ilustre jurista, no Projeto do Código Civil de 1916, ao testador era permitido dispor de somente 1/3 (um terço) de seu patrimônio, na existência de herdeiros necessários, isto é, aqueles a que a lei garante certa parcela da herança (chamada legítima), ainda que o falecido dispusesse de seus bens em ato de última vontade (à época os herdeiros necessários eram ascendentes e descendentes)¹⁰². Entretanto, prevaleceu, naquele Código, o limite de apenas 1/2 (metade), a saber: art. 1.721. *O testador que tiver descendente ou ascendente sucessível não poderá dispor de mais da metade de seus bens; a outra pertencerá de pleno direito ao descendente e, em sua falta, ao ascendente, dos quais constitui a legítima, segundo o disposto neste Código (arts. 1.603 a 1.619 e 1.723).*

⁹⁷ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 176.

⁹⁸ LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 85.

⁹⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 177/180.

¹⁰⁰ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. p. 317.

¹⁰¹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 174.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009. p. 169.

O Código Civil de 2002 manteve as disposições do código anterior, neste particular, em seu artigo 1.846; entretanto, acrescentou, no rol dos herdeiros necessários, o cônjuge¹⁰³.

Abordaremos, a seguir, características da sucessão testamentárias, pertinentes ao tema desenvolvido nesta dissertação.

2.2.1 Transmissão da herança

A transmissão da herança, na sucessão testamentária, também ocorre no momento da abertura da sucessão (artigo 1.784 do Código Civil de 2002), ainda que o testamento seja passível de aprovação judicial. A sentença terá efeitos *ex-tunc*, retroagindo à data do óbito do testador.

2.2.2 Capacidade para suceder por testamento

Para que uma pessoa seja capaz de suceder, na sucessão testamentária, também devem ser observadas as exigências feitas pelo Código Civil de 2002, no artigo 1.798, isto é, ser pessoa viva ou já concebida no momento da abertura da sucessão. Entretanto, o artigo, 1.799, do mesmo diploma legal, ainda autoriza o chamamento do filho, a ser concebido, de pessoa indicada pelo testador, desde que esta esteja viva, na data do óbito (inc. I) - chamado pelo Código Civil de 1.916 de prole eventual -; das pessoas jurídicas (inc. II); e de fundações a serem constituídas por determinação do falecido, com o patrimônio por ele deixado (inc. III).

Vale ressaltar que, também, na sucessão por ato de última vontade, “o *sujeito passivo, isto é, a pessoa que vai receber, é definida pela lei vigente na data da abertura da sucessão, e não pela lei da data do testamento*”¹⁰⁴. Assim, caso a lei civil brasileira se altere, redefinindo os legitimados a suceder por testamento, ou, hipoteticamente, excluindo algum inciso do artigo 1.799, supramencionado; tais modificações não desvirtuam o rol de capacitados, para óbitos ocorridos na vigência da lei atual. Entretanto, feito testamento sob a égide do Código Civil de 2002 e falecido seu autor após eventual modificação quanto à capacidade, restará prejudicada à disposição testamentária relativa à pessoa incapaz de suceder, pela nova diretriz legal.

¹⁰³ Artigo 1.845. “São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”.

Artigo 1.846. “Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima” (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

¹⁰⁴ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 184.

Segundo Salomão de Araujo Cateb, há uma exceção a esta regra: quando o testador deixa herança ou legado sob condição (artigo 1.897 do Código Civil), prevalecerá, para fins de capacidade, “a lei vigente na data do implemento dessa condição; a capacidade anterior do herdeiro ou legatário não lhe outorga direito adquirido, por força do art. 125 do Código Civil (...)”¹⁰⁵.

Diferentemente da sucessão legítima, o legislador pátrio, quanto à capacidade sucessória, elenca, em rol taxativo, aqueles incapazes de receber herança ou legado. São eles (artigo 1.801):

I - a pessoa que, a rogo, escreveu o testamento, nem o seu cônjuge ou companheiro, ou os seus ascendentes e irmãos; II - as testemunhas do testamento; III - o concubino do testador casado, salvo se este, sem culpa sua, estiver separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos; IV - o tabelião, civil ou militar, ou o comandante ou escrivão, perante quem se fizer, assim como o que fizer ou aprovar o testamento.

Caso o testador não atente a este impedimento legal, a disposição testamentária em benefício das pessoas incapazes ou não legitimadas será considerada nula (artigos 1.802¹⁰⁶ e 1.900¹⁰⁷ do código Civil de 2002).

É interessante observar que o Código Civil de 1.916 determinava a incapacidade absoluta testamentária passiva, de pessoa ainda não concebida até a data do falecimento do autor do testamento, excetuando a hipótese de prole eventual. O Código Civil atual manteve as mesmas disposições, sem, entretanto, utilizar a expressão “absolutamente incapaz”.

O presente relatório de pesquisa visa responder se o filho havido por fecundação artificial homóloga *post mortem* possui direito à sucessão legítima, em relação aos bens deixados por seu pai. Entretanto, deve-se também considerar a possibilidade de o autor da herança, ciente de que possui material genético congelado, preparado para possível fecundação, utilizando-se dos gametas de seu cônjuge, dispor, em testamento, parcela de sua herança, à sua própria prole eventual. Neste caso, deve-se entender pela legitimidade passiva deste descendente, na sucessão testamentária? Poder-se-ia considerar tal disposição como reconhecimento de paternidade, em disposição de última vontade?

¹⁰⁵ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 184.

¹⁰⁶ Artigo 1.802. “São nulas as disposições testamentárias em favor de pessoas não legitimadas a suceder, ainda quando simuladas sob a forma de contrato oneroso, ou feitas mediante interposta pessoa” (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011)..

¹⁰⁷ Artigo 1.900. “É nula a disposição: (...) V - que favoreça as pessoas a que se referem os arts. 1.801 e 1.802” (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

Em comentários aos dispositivos do Código Civil de 1.916, Juliane Fernandes Queiroz já defendia essas possibilidades, *in verbis*:

nada impede, portanto, que se apliquem os mesmos dispositivos legais ao reconhecimento de filhos gerados após a sua morte [testador], com seu material genético, então congelado, mediante sua autorização. Juntamente ao seu reconhecimento (que se faria também por outras vias) poder-se-ia estabelecer a capacidade para adquirir por testamento, essa prole eventual própria¹⁰⁸.

Na sistemática do Código Civil revogado não era possível instituir, como herdeiro(os), a prole eventual do próprio testador, uma vez que essa disposição testamentária era realizada, através da substituição fideicomissária¹⁰⁹. A pessoa viva, ascendente dos futuros herdeiros, como fiduciária, assumia a titularidade dos bens, até que os fideicomissários (prole eventual) fossem concebidos. Nascendo, com vida, a titularidade era, então, transferida aos herdeiros. Note-se que o legislador não estabeleceu um prazo para a concepção dos herdeiros esperados, por simples desnecessidade. O patrimônio pertenceria ao fiduciário, não nascendo sua prole.

O Código Civil atual regulou a deixa em favor dos filhos a serem concebidos de pessoas indicadas pelo testador, de forma diversa. O artigo 1800¹¹⁰ determina a nomeação de um curador, para confiar os bens pertencentes ao quinhão destinados aos eventuais herdeiros, fazendo desnecessária a figura do fiduciário. Estabeleceu, também, prazo de 2 (dois) anos, para a concepção, a contar da abertura da sucessão, sob pena de serem devolvidos os bens reservados aos herdeiros legítimos.

¹⁰⁸ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

¹⁰⁹ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 282.

¹¹⁰ Artigo 1800. “No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz” (BRASIL. Código Civil de 2002. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

§ 1º 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.

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A fertilidade sempre foi uma preocupação da humanidade. Desde as mais remotas épocas, os homens consideram a fecundidade um sinal da bênção de Deus, insígnia de felicidade e prosperidade. A infertilidade, por sua vez, era considerada símbolo de maldição e tristeza¹¹¹.

Na literatura bíblica é possível perceber este estigma. Sara, Raquel, Ana e Isabel são exemplo de mulheres, inicialmente estéreis, que, segunda a Bíblia, foram abençoadas por Deus, e geraram filhos. O salmista Davi, em vários versos, atribui graça e alegria à fertilidade, *verbis*: “eis que os filhos são herança do Senhor, e o fruto do ventre o seu galardão”¹¹².

O ser humano, comparado com outros mamíferos, possui baixa taxa de gravidez. A mulher sofre declínio de sua fertilidade dos 30 a 35 anos de idade, representando um marco, em regra, do fim da idade materna¹¹³. Atualmente, é nítida a tendência das mulheres de adiar a gravidez, pela transformação e modificação do seu papel, na sociedade, e sua crescente responsabilidade, na manutenção e sustento da família. “Em 1790, a idade materna média na época do nascimento do primeiro filho era menor de 20 anos, com um número médio de filhos de 8,4 filhos/mulheres. Cerca de 200 anos depois, essa média de idade se elevou e o número de filhos decresceu para 1,8 filhos/mulher”¹¹⁴. Além disso, fatores externos, característicos da vida moderna, como poluição, uso de fertilizantes e compostos nos alimentos, dentre outros, podem gerar a esterilidade.¹¹⁵

Assim, o interesse nas técnicas de reprodução humana assistida aumenta, na medida em que as mulheres priorizam outros interesses e deixam a maternidade para faixas etárias cada vez mais distantes do período fértil pleno.

¹¹¹ LEITE. Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 17.

¹¹² SALMOS 127:3. In: *Bíblia Sagrada*: tradução de Padre Antônio de Figueiredo. Edição Ecumênica. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1980.

¹¹³ “A raça humana apresenta baixa taxa de gravidez, em torno de 20% a 25% por ciclo em comparação com outros mamíferos, cuja taxa de concepção por ciclo reprodutivo chega a atingir 80%”. (CAMARGOS. Aroldo Fernando, e Outros. *Ginecologia Ambulatorial. Baseada em evidências científicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2008. p. 777).

¹¹⁴ CAMARGOS. Aroldo Fernando, e Outros. *Ginecologia Ambulatorial. Baseada em evidências científicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2008. p. 777.

¹¹⁵ Segundo Pessini e Barchifontaine, “entre os casais jovens é hoje mais elevada a taxa de infertilidade (da ordem dos 16%), provavelmente devido, por um lado, a fatores que decorrem dos diferentes papéis assumidos pela mulher e pelo homem na vida familiar e social e, por outro lado, de fatores ambientais como poluição, tabaco, stress, contraceptivos, práticas de aborto clandestinos, doenças sexualmente transmissíveis e fatores emocionais”. (PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 193/194).

A inseminação ou fecundação artificial, realizada, durante a vida dos genitores, ou *post mortem*, representam uma faculdade que a humanidade conquistou, com o avanço científico, ocorrido, no final do último século, principalmente, no campo da genética¹¹⁶. A legislação brasileira, ainda, caminha, com pequenos passos, para regulamentar as novas situações, criadas, a partir desse desenvolvimento científico e tecnológico. Há, pois, espaços ou lacunas a serem definidas pelo legislador. Entretanto, como ocorre na procriação humana assistida, existem áreas muito delicadas, que requerem atenção quanto à valorização e respeito à vida humana. Por isso, a necessidade de estudos jurídicos, atentos às premissas basilares dos novos recursos científicos, bem como suas finalidades que, de modo algum, podem se afastar de proporcionar o bem à vida humana. *“Por definição, a Ciência não tem limites nem alma – a descoberta da energia nuclear não é em si mesma moral ou imoral, mas a sua utilização já o pode ser – cabendo ao Direito impor comportamentos obrigatórios, fixar fronteiras”*¹¹⁷.

O presente trabalho apresentará conceitos e proposições básicas, acerca da reprodução humana assistida, bem como de outros termos conexos, como, genética, bioética, dentre outros que, a seguir, serão oportunamente analisados, formando os preceitos fundamentais ao tema ao final desenvolvido.

3.1 Técnicas de reprodução assistida

Inicia-se, pois, com a definição do termo genética que designa a *“ciência que estuda a hereditariedade e os mecanismos e leis da transmissão dos caracteres dos progenitores aos descendentes, bem como a formação e evolução das espécies animais e vegetais”*¹¹⁸. No desenvolver dessa ciência, o homem descobriu técnicas de reproduzir os seres vivos, utilizando os elementos essenciais da reprodução natural, intervindo e espelhando esse processo.

Ensina Stela Marcos de Almeida N. Barbas que o monge agostinho João Gregório Mendel, nascido em 1882, foi quem pela primeira vez estabeleceu os fundamentos científicos da hereditariedade, representando suas leis previsões verificáveis na experiência empírica¹¹⁹. A partir de então, vários estudiosos trabalham o assunto, noticiando novas descobertas, no estudo

¹¹⁶ “A Biomedicina evoluiu de maneira extraordinária principalmente no final do último século (em especial nas décadas de 80 e 90), pois contou com a ajuda do espantoso desenvolvimento tecnológico”. (SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 31).

¹¹⁷ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p.39.

¹¹⁸ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 17.

¹¹⁹ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 17/18.

da genética, melhorando e aprofundando as técnicas de reprodução assistida (sexuada e assexuada), em animais e humanos; algumas já noticiadas, antes mesmo das pesquisas realizadas por Mendel.

Neste ponto, faz-se necessário esclarecer que as técnicas de reprodução artificiais são classificadas em sexuadas e assexuadas. As técnicas de reprodução humana assistida sexuada permitem a fecundação e desenvolvimento de novo ser, gerado, a partir da união de gametas de seus genitores.

Stela Marcos de Almeida N. Barbas esclarece que as técnicas sexuadas podem ser divididas e classificadas, entre a inseminação artificial e a fecundação artificial¹²⁰.

Por inseminação artificial, a reprodução sexuada pode ser realizada, com sêmen fresco, “a) *Do marido no útero da esposa estável*. b) *Do marido em útero de mãe portadora*. c) *De um terceiro que não o marido no útero da esposa*”; ou com sêmen congelado e conservado, “a) *Do marido em útero da esposa*. b) *Do marido em útero da esposa, mas com esta já viúva*. c) *Inseminado em útero de mulher que não a esposa ou de companheira não estável*”¹²¹.

Por fecundação artificial, a reprodução ocorrerá, com gestação natural, de 9 meses, ou com gestação prolongada, por congelamento do embrião. Na gestação natural, as técnicas de reprodução consistem em implantação do zigoto, em útero de mãe legal, a) *Com óvulo de mãe legal e sêmen de pai legal*. b) *Com óvulo de mãe legal e sêmen de pai dador*. c) *Com óvulo de mãe dadora e sêmen de pai legal*. (...); ou implantação do zigoto em útero de mãe portadora, a) *Com óvulo de mãe legal e sêmen de pai legal*. b) *Com óvulo de mãe legal e sêmen de pai dador*. c) *Com óvulo de mãe dadora e sêmen de pai legal*¹²².

Por fim, na gestação prolongada, também pode haver a implantação em útero de mãe legal, com pai legal falecido, ou, com implantação em útero de mãe portadora, - a) *Com o pai e a mãe legal já mortos*. b) *Com a mãe legal já morta*. c) *Com o pai legal já morto*. d) *Por compra do embrião dadas as suas características de pedigree*¹²³.

A reprodução humana assistida assexuada, por sua vez, é uma técnica que permite a obtenção de clones humanos, procedimento censurado pelas “*legislações, doutrinas, relatórios, resoluções e recomendações de Organizações Internacionais e da União Européia*”¹²⁴. Corroborando, Eduardo Munaretto afirma que “*a clonagem humana é uma forma de reprodução assexuada, produzida artificialmente, com fulcro num único patrimônio genético. O clone*

¹²⁰ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 39/40.

¹²¹ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 39/40.

¹²² BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 39/40.

¹²³ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 39/40.

¹²⁴ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 40.

(indivíduo resultante do processo de clonagem) terá as mesmas características genéticas cromossômicas do indivíduo doador do núcleo (material genético) do óvulo”¹²⁵.

Vale citar a tabela elucidativa, em que Sgreccia arrola as várias técnicas que possibilitam a reprodução assistida sexuada, qual seja:

Tabela 1 – Possíveis intervenções de fecundação artificial (Modificada por J. Testart, *Le chaparnum des fécondations artificielles*, “Le Monde”, 3 de janeiro de 1990).¹²⁶

CIV	= cultura intravaginal
DIFI	= inseminação intrafolicular direta
FIVET	= fecundação in vitro com transferência embrional
GIFT	= transferência intratubária dos gametas
GIPT	= transferência intraperitonal dos gametas
GIUT	= transferência intra-uterina de ovócitos e de espermatozoides
IA	= inseminação artificial
ICI	= inseminação intracervical
IPI	= inseminação intraperitonal
ITI	= inseminação intratubária
IUI	= inseminação intra-uterina
LTOT	= transferência dos ovócitos para a trompa proximal
MESA	= aspiração dos espermatozoides do epidídimo e sucessiva TEST
OPT	= captura do ovócito e transferência intra-uterina
PRETT	= transferência intratubária do pré-embrião
PROST	= transferência intratubária para o estágio pronuclear
SUZI	= inseminação subzonal dos ovócitos
TC-GIFT	= GIFT transcervical
TC-TEST	= TEST transcervical
TEST	= transferência intratubária embrião
VITI	= transferência intratubária por via vaginal
ZIFT	= transferência intratubária do zigoto

Cláudia Maria Lima Scheidweiler, de forma mais simples, afirma que “a reprodução humana Medicamente Assistida, ou também mais conhecida como fecundação artificial, é todo o processo em que o gameta masculino encontra e perfura o gameta feminino por meios não naturais”¹²⁷. Para esta autora, Fecundação Artificial é gênero, que compreende a Inseminação artificial (ou inseminação intra-uterina, que “consiste em injetar dentro do útero

¹²⁵ MUNARETTO, Eduardo. *Clonagem Humana: realidade ou Utopia? Alguns aspectos técnicos, éticos e jurídicos*. In BARBOSA, Heloísa Helena; e Outros. Novos temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.2.

¹²⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p.403.

¹²⁷ SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. *A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. Biodireito em Discussão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 21.

*espermatozoides originados do sêmen previamente tratado em laboratório*¹²⁸⁾ e a Fecundação *in vitro* (“*técnica de reprodução assistida em que o óvulo é fertilizado pelo espermatozoide em laboratório*”¹²⁹⁾).

Cabe salientar a distinção, entre fecundação artificial (ou reprodução assistida) homóloga e heteróloga, citando a explicação feita por Elio Sgreccia, a saber:

A fecundação artificial homóloga designa as técnicas voltadas para a obtenção de uma concepção humana a partir dos gametas dos dois esposos unidos em matrimônio, e pode ser realizada com métodos de dois tipos: a fecundação *in vitro* homóloga com *embryo-transfer* (FIVET homóloga), na qual o encontro dos gametas se dá *in vitro* (fecundação extracorpórea), e a inseminação artificial homóloga (IAO) com o depósito nas vias genitais femininas do esperma do marido, anteriormente recolhido (fecundação intracorpórea).

A fecundação artificial heteróloga designa, ao contrário, as técnicas voltadas para a obtenção de uma concepção a partir dos gametas proveniente de ao menos um doador diferente dos esposos unidos em matrimônio¹³⁰.

Juliana Fernandes Queiroz, também, aclara essa questão, afirmando que “*sob o aspecto da paternidade, denomina-se inseminação artificial homóloga a técnica de reprodução que se utiliza do sêmen do marido para a fecundação*”¹³¹. Quanto à heteróloga, explica ser “*a técnica de reprodução que se utiliza do sêmen doador por um terceiro, que não o marido*”¹³².

Em síntese, “*quando o sêmen é do esposo, trata-se de inseminação homóloga, quando ocorre infertilidade também do esposo, a inseminação é feita com o sêmen de outro homem, e se chama heteróloga*”¹³³.

Maria Helena Diniz, entretanto, também considera homóloga, a fertilização com o sêmen do companheiro, isto é, quando o casal é unido pelos laços da união estável¹³⁴. Uma vez que a Constituição pátria reconhece a união estável, entre o homem e a mulher, como entidade

¹²⁸ CAMARGOS, Aroldo Fernando, e Outros. *Ginecologia Ambulatorial. Baseada em evidências científicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2008. p. 778.

¹²⁹ CAMARGOS, Aroldo Fernando, e Outros. *Ginecologia Ambulatorial. Baseada em evidências científicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2008. p. 781.

¹³⁰ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p.401.

¹³¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 77.

¹³² QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 81.

¹³³ SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. *A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 21/22.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva. 2006. p 556.

familiar, e o Código Civil, em regulamentação, impõe, como requisito caracterizador, o objetivo de constituição de família, não há como discordar da doutrina em referência.

A primeira intervenção artificial, no processo de reprodução humana, que se tenha registro, “verificou-se em 1785, quando Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, fecundou a sua mulher estéril com uma injeção intravaginal do seu esperma”¹³⁵. Em 1790, o médico John Hunter alcançou, na Inglaterra, o mesmo intento, provocando a gravidez, em uma mulher, aplicando o esperma de seu marido, diretamente, no canal vaginal. A primeira inseminação artificial extraconjugal, entretanto, foi realizada, nos estados Unidos da América, em 1884.¹³⁶ A partir de então, estudos empíricos atestavam que, na inseminação heteróloga, o sucesso, alcançado, pelos estados de gravidez, era maior do que na homóloga, pois solucionava possível esterilidade do marido¹³⁷.

As primeiras intervenções realizadas, a princípio, não foram bem recepcionadas. Ainda em 1884, a obra de Gérard sobre fecundação artificial foi queimada, na Academia de Ciências Francesa¹³⁸. No mesmo ano, foram negados honorários médicos, pela prática de inseminação artificial, pelo Tribunal de Primeira Instância de Burdeaux, por considerar tal método um perigo social¹³⁹. A Igreja Católica, com a finalidade de proteger o embrião, considerado pessoa, por Ela, desde a concepção, bem como para evitar a produção de seres humanos selecionados, ponderou ser a inseminação artificial uma prática ilícita, contrária a Lei de Deus¹⁴⁰. A Igreja Anglicana, Luterana de Paris e Protestante da Suécia, apesar de, à época, aceitarem como lícita a inseminação artificial homóloga, proibiram a heteróloga¹⁴¹.

Mesmo sob críticas, a inseminação artificial foi amplamente praticada. Na segunda Guerra Mundial, mais de 20.000 (vinte mil) nascimentos resultaram dessa técnica, nos Estados Unidos da América. Além da expansão de bancos de sêmen, muitos soldados enviaram

¹³⁵ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. *I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p.402.

¹³⁶ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 28.

¹³⁷ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. *I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p.403.

¹³⁸ A tese de Gérard era intitulada *Contribution à l'histoire de la fecundation artificielle*. BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 17.

¹³⁹ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 29.

¹⁴⁰ Allocutio ad participandibus conventus internationalis quarti medicorum catholicorum, Romae Coadunatis, in Acta Apostolicae Ledis, 1949, pags. 557-561, e Iis quae interfuerunt Conventui Unionis Catholicae Italicae inter Ostetres, Roma Habito, in Acta Apostolicae Ledis, 1951, pag. 850; Iis qui interfuerunt Conventui Universali de fucunditate ET sterilitate humana, Napoli Indicto, in Acta Apostolicae Ledis, 1956, pags. 467-474. In: BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 29/30.

¹⁴¹ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 30.

espermatozoides, para a inseminação de suas esposas. Semelhante procedimento verificou-se no exército inglês¹⁴².

Em 1965, o cientista R. G. Edwards publicou estudo que revelou a possibilidade de se alcançar óvulos humanos fertilizados e, a partir de então, desenvolvimento de embriões humanos, *in vitro*¹⁴³. Anos depois, em 25 de julho de 1978, na Inglaterra, ocorreu o nascimento do primeiro bebê de proveta, Louisa Brown. No Brasil, a pioneira, cujo nascimento, em 1984, tenha sido resultado da utilização da fecundação artificial, foi Anna Paula Caldeira. Em Portugal, o desígnio foi alcançado, em 1986, resultando o nascimento de Carlos Miguel¹⁴⁴.

Posteriormente, em 1978, a pesquisa de Randolph W. Seed e Richard W. Seed demonstrou ser possível o “*transplante de embrião do útero de uma mulher para outra, passando esta a ser designada como mãe de aluguel ou substituta*”¹⁴⁵. Em 1983, uma equipe australiana possibilitou o nascimento de Zoé, criança do sexo feminino, utilizando congelamento de óvulos, fertilização *in vitro* e implantação no útero materno¹⁴⁶. O intento ocorreu no Queen Victoria Hospital. Três, dos seis óvulos retirados da genitora, foram criopreservados;¹⁴⁷ e, após a fertilização, “*dois morreram e o restante deu origem à bebê Zoé, nascida prematura, mas em bom estado de saúde*”¹⁴⁸.

Explica Stela Marcos de Almeida N. Barbas que a criopreservação dissocia o tempo da união dos gametas - que ocorrerá na fecundação *in vitro* - do momento da implantação do óvulo fertilizado, no útero materno¹⁴⁹. “*É viável chegar a situações que contrariem toda a lógica e princípios das leis naturais, como seria o caso de manter congelados os embriões por mais de um século e só depois fazer sua implantação*”¹⁵⁰. Destaca a autora que a mesma técnica permite a existência de irmãos gêmeos, com idades diferentes, quando há a criopreservação de embriões¹⁵¹.

Nos dias atuais, portanto, são vários os recursos médicos e científicos para atender as pessoas estéreis ou infecundas, dando-lhes oportunidade de vencer essa limitação e de conceber descendentes. Por isso, muito envolve esta questão os preceitos éticos e a necessidade de uma

¹⁴² BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 31.

¹⁴³ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 32.

¹⁴⁴ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 33.

¹⁴⁵ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 33.

¹⁴⁶ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 33.

¹⁴⁷ Segundo Robson Luiz Santiago, a criogenia se constitui no processo de congelamento e preservação de embriões. SANTIAGO. Robson Luiz. *O estatuto do embrião frente à racionalidade humana*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 119.

¹⁴⁸ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 99.

¹⁴⁹ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 100.

¹⁵⁰ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 104.

¹⁵¹ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 104.

regulamentação jurídica, atenta aos direitos dos genitores e à proteção aos novos embriões gerados pelas técnicas de reprodução medicamente assistida. Neste sentido, opina Cláudia Maria Lima Scheidweiler, ao dispor:

Percebe-se facilmente os envolvimentos éticos e os riscos que estão presentes na utilização destas técnicas em face da ausência de uma legislação que organize, estabeleça critérios, e responsabilidades pelos desvios que podem, certamente ser provocados com a utilização desta técnica, sobre tudo no que diz respeito à vida e aos direitos da mulher, do homem e da criança nascida de tais intervenções.
Por mais se discuta a questão da técnica médica, não se pode fugir das questões ética e morais.¹⁵²

Atestando, ainda, a imprescindibilidade de regulamentação jurídica, citou-se acima o questionamento feito por Maria Berenice Dias (capítulo 1) quanto à possibilidade de se chamar, juridicamente, nascituro, o embrião, resultado de fecundação *in vitro*, ainda não implantado no útero materno. Neste sentido, Jussara Maria Leal de Meirelles indaga sobre a denominação jurídica do embrião crioconservado ou “*nascituro de laboratório*”, afirmando que, “*tradicionalmente, a doutrina afirma que o conceito de nascituro só existe quando há gravidez, ou seja, após a denominada nidação, que é a implantação do novo ser ao útero*”¹⁵³.

Entretanto, antes de se ater aos aspectos jurídicos, pertinentes à presente pesquisa, faz-se necessário discorrer sobre os aspectos éticos que permeiam o tema em questão.

3.2 Ética, bioética e biodireito

Os novos recursos tecnológicos alargaram os limites humanos, permitindo ao homem alcançar desejos que, agora, dependem unicamente de sua vontade. Stela Marcos de Almeida N. Barbas, em consonância, assevera que “*a nova Revolução Biotecnológica permite ao homem interferir, determinar o início, desenvolvimento e fim da vida humana, convertendo-se em Deus e Senhor do seu próprio destino*”¹⁵⁴.

A maturidade humana, segundo Passini e Barchifontaine, “*alcança-se sobretudo no estágio ético, isto é, na fase em que ele, autônomo e livre, age segundo valores adequados a seu*

¹⁵² SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. *A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 23.

¹⁵³ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional*. In BARBOSA, Heloísa Helena; e Outros. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

¹⁵⁴ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 45.

modo de existir”¹⁵⁵. O comportamento ético é aquele tomado pelo homem, na realização de si próprio, nas relações “*com e para os outros, no quadro de intenções justas*”. Para a autorrealização, necessária, pois, liberdade. Entretanto, esse “livre” exercício “*obriga a que nenhuma pessoa seja usada como meio ou instrumento, para qualquer finalidade*” (...) “*deve ser tratada como um fim em si mesma*”.¹⁵⁶

Na procriação humana assistida, o interesse médico é a possibilidade de ultrapassar as barreiras causadas pela infertilidade de homens e mulheres, corroborando para a concretização do desejo de criarem filhos. A questão ética, pois, parece se situar na seguinte pergunta, feita por Elio Sgreccia: “*até que ponto o ato médico, a intervenção do médico ou mesmo do biólogo tem um caráter de ajuda terapêutica ou se torna um ato substitutivo ou manipulatório?*”¹⁵⁷. O liame entre o lícito e o ilícito deve ser estabelecido pelos valores humanos, afirma o autor em referência.¹⁵⁸

Eduardo de Oliveira Leite, sustentando a necessidade de um exame ético para a questão em tela, afirma que as novas técnicas, ao dissociarem as fases do processo de reprodução humana, exigem a observância do interesse, de forma separada, dos pacientes e do novo ser gerado. Continua o autor indagando se o tratamento médico, nesses casos, pode ser considerado simples cura, uma vez que resultam no nascimento de uma criança. Pergunta, também, em consequência, se todos têm o direito de ter filhos e, mais: “*a criança assim criada não corre o risco de ser tratada como um meio e não como um fim em si mesmo?*”¹⁵⁹. Maria Helena Diniz, sugerindo a mesma análise, afirma que, na reprodução assistida, os sujeitos primários da preocupação parecem ser os pais ou casal estéril e, não, a o novo ser¹⁶⁰.

Vê-se, portanto, que “*a ética, interessada no conjunto do corpo social e, portanto, excedendo a moral individual, pode nos indicar o caminho correto de encarar as interrogações decorrentes da procriação artificial*”. Em análise das questões que envolvem a vida humana, no

¹⁵⁵ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 69/70.

¹⁵⁶ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 200.

¹⁵⁷ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 399.

¹⁵⁸ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p.401.

¹⁵⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 131/133.

¹⁶⁰ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva. 2006. p 553.

estudo dos avanços e desenvolvimento da ciência, em relação à pessoa¹⁶¹, a ética é denominada Bioética; termo criado pelo oncólogo Van Rensselaer Potter, para designar a associação do saber científico e do saber humanista¹⁶².

Potter, segundo Elio Sgreccia, sugeriu a união da ciência aos valores éticos, afirmando que a separação desses conhecimentos representa perigo para humanidade e todo o ecossistema. *“Em outros termos, a ética não deve se referir somente ao homem, mas deve estender o olhar para a biosfera em seu conjunto, ou melhor, para cada intervenção científica do homem sobre a vida em geral”*¹⁶³.

Explica Fernanda Schaefer que *“a Bioética não é apenas uma nova versão da ética médica profissional, pois não trata apenas de problemas deontológicos decorrentes da relação entre médicos e pacientes, mas de situações persistentes (...) e de situações emergentes (...) decorrentes do progresso biotecnológico”*¹⁶⁴. Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma que bioética é ramo do conhecimento ético que cuida da *“discussão, descoberta e aplicação dos valores morais de respeito e consideração à pessoa humana no campo das ciências da vida, procurando encontrar a moralidade da conduta humana, no campo da biotecnologia, incluindo nos seus resultados práticos”*¹⁶⁵.

No mesmo sentido, Elio Sgreccia comenta que a bioética está inserida no campo da ética normativa, *“que é a disciplina que estuda valores, princípios e normas de comportamento em relação ao que é lícito ou não lícito”*, como ética especial, *“que se ocupa da aplicação desses princípios, normas e valores”*, no âmbito da ciência da vida e saúde¹⁶⁶. O mesmo autor enuncia e explica alguns princípios da bioética, que auxiliam e guiam o comportamento ético, a saber: princípio de defesa da vida física, princípio de liberdade e de responsabilidade, o princípio de totalidade ou princípio terapêutico, o princípio de socialidade e de subsidiaridade, e os princípios de benefício, de autonomia e de justiça. Faz-se, pois, importante uma apreciação sintética sobre tais princípios:

¹⁶¹ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 67.

¹⁶² SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 23/24.

¹⁶³ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 24.

¹⁶⁴ SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 35.

¹⁶⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 37.

¹⁶⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 139.

O princípio de defesa e da vida física “*representa o primeiro imperativo ético do homem diante de si mesmo e diante dos outros*”. Dispõe sobre a necessidade do respeito, defesa e promoção da vida, que inclui o amparo à saúde do homem. Entretanto, alerta, esse princípio, ao mal trazido por atitudes hedonistas. O direito ao tratamento médico indispensável à saúde não é sinônimo de ausência de dor, sofrimento e morte, que fazem parte da vida¹⁶⁷.

O princípio da liberdade e da responsabilidade “*sanciona a obrigação moral do paciente em colaborar com os tratamentos ordinários e necessários para a salvaguarda da vida e da saúde própria e do outro*”. Do contrário, configurar-se-ia abuso de liberdade, pois o princípio de defesa da vida é axioma superior à liberdade¹⁶⁸.

Um dos pilares da ética médica é o princípio de totalidade ou princípio terapêutico. “*Fundamenta-se ele no fato de que a corporeidade humana é um todo unitário resultante de partes distintas e unificadas orgânica e hierarquicamente entre si pela existência única e pessoal*”. Dispõe, esse princípio, que o corpo humano deva ser “*considerado no conjunto do dom bem espiritual e moral da pessoa, não se restringindo apenas aos órgãos, funções ou tecidos, que necessitariam sofrer alguma intervenção da medicina*”¹⁶⁹. Assim, justifica as intervenções médicas que, ainda que agredam parte do corpo, são indispensáveis para salvar o todo, a própria vida. Entretanto, devem ser observadas as seguintes condições: a intervenção deve ser direcionada à parte doente ou à causa direta do mal; a cirurgia deve ser entendida como último recurso; que haja grande possibilidade de sucesso ou cura e; por fim, que o paciente consinta ou aceite se submeter ao tratamento¹⁷⁰.

O princípio de solidariedade e de subsidiaridade, dispõem que cada pessoa deve “*se realizar na participação da realização do bem dos próprios semelhantes*”. Na área da saúde, estes princípios informam que a vida de cada ser humano, além de ser um bem individual, deve ser considerada um bem social, obrigando a sociedade a “*promover o bem comum pela promoção do bem de cada um*”, ou seja, impõem a todos o dever de prover os recursos necessários ao tratamento dos doentes, ainda que custeados pelos sãos¹⁷¹.

¹⁶⁷ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. *I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 157/160.

¹⁶⁸ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. *I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 160/161.

¹⁶⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 128.

¹⁷⁰ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. *I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 161/162.

¹⁷¹ SGRECCIA, Elio. Manual de Bioética. *I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 164/165.

Por fim, os princípios de benefício, de autonomia e de justiça representam o paradigma ético, criado por T. L. Beauchamps e J. F. Childress, com a finalidade de orientar a relação médico-paciente, no campo da bioética. Mesmo, sob muitas críticas, os princípios salientados têm validade, se observados através de uma conexão hierárquica. O princípio de benefício, como referência última, “*implica sobretudo o imperativo de fazer ativamente o bem e até de prevenir o mal*”. Está além de somente abster-se de prejudicar. O princípio de autonomia, por sua vez, dispõe sobre o respeito ao próximo e baseia-se na máxima “*não faça aos outros aquilo que não queres que te façam*”. Este axioma é abrangido pelo princípio do benefício, pois está intimamente relacionado com o consentimento e confiança do paciente, nos tratamentos médicos. Por último, o princípio da justiça, expressa a necessidade da igualdade de tratamento e obriga o Poder Público “a justa distribuição das verbas para a saúde, para a pesquisa etc.”, valendo a ressalva de aplicar os devidos tratamentos, de forma diversa, pela variação das situações clínicas e sociais¹⁷².

Alerta Sgreccia que os princípios, aqui abordados, são importante para trazer à tona soluções à situação de conflito, mas não podem tornar-se pretextos de fuga do sentido moral que surge, no caso concreto. “*Os princípios fornecem indicações gerais de comportamento, mas é o valor ético do bem da pessoa como fim último a ser atingido que confere o sentido último da ação*”.¹⁷³

Adverte, todavia, o mesmo autor, que, em se tratando de fecundação (que, quanto ao homem, significa procriação), a intervenção médica não pode ser analisada, como qualquer outro ato cirúrgico ou tratamento, que reproduza o processo natural, como por exemplo, a diálise – por si só, não representa um problema ético.

Assim, não há como discordar da conclusão de Passini e Barchifontaine: sendo a pessoa o tema central da bioética, saber o que é “pessoa” sugere a solução de muitos problemas. Dependendo da definição atribuída ao termo, diversas são as respostas aos problemas que enfrentamos, a partir do desenvolvimento científico, voltado para o homem, principalmente, no nascimento e morte.¹⁷⁴

No primeiro capítulo, discorreu-se, brevemente, sobre a evolução do conceito de pessoa, do pensamento antigo, moderno, à antropologia contemporânea, em que o termo

¹⁷² SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 166/167.

¹⁷³ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 168.

¹⁷⁴ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 67.

caracteriza-se pela falta de conteúdo ôntico, aberto e desafiador de uma correta definição. Mas, o Direito, ciência que desafia as respostas para o que é lícito ilícito, deve enfrentar as questões do mundo atual, partindo, pois, da bioética, mas dela se destacando e ganhando autonomia. Esse ramo do Direito que dedica a regulamentar os temas pertinentes à vida humana atribuiu-se a denominação Biodireito¹⁷⁵.

3.3 Bioética e a reprodução humana assistida

A reprodução humana assistida, quando bem sucedida, resulta num novo ser humano. À primeira vista, tal afirmação apresenta-se óbvia. Entretanto, sua imediata implicação deveria ser, da mesma forma, clarividente, qual seja: aplicação dos valores humanos, em todo o processo, inclusive, respeito à vida e à dignidade humanas, em relação aos genitores e, principalmente, à nova vida a ser gerada.

Sgreccia informa que os valores humanos, envolvidos na fecundação artificial, possuem, ainda, grande abrangência cultural e social: *“entram em questão as relações de harmonia e de equilíbrio entre “amor” e “vida” no matrimônio, entre liberdade e responsabilidade na profissão médica, entre natureza e pessoa no âmbito da vida humana, entre a técnica e a moral na medicina, e na bioengenharia”*. Conclui, pois, o autor que, neste âmbito, deve-se, necessariamente, definir e distinguir o que é tecnicamente possível e útil, e o que é permitido ou lícito, moralmente¹⁷⁶. Alerta, o Bispo italiano, que a análise da licitude do ato não pode ser pautada pela moralidade da intenção. *“A intenção de tratar de uma esterilidade não justifica qualquer meio e qualquer processo para obter a concepção”*¹⁷⁷. Assim, os métodos usados e as técnicas empregadas também são preocupações de ordem ética.

As novas possibilidades trazidas pela reprodução assistida merecem, pois, limites éticos e jurídicos, garantidores dos direitos humanos e princípios fundamentais, aplicáveis à pessoa. Alerta Fernanda Schaefer que as respostas para as questões suscitadas, a partir do desenvolvimento biotecnológico, exigem a *“transdisciplinaridade”* - que, segunda a jurista, é reclamação dos tempos atuais. O Biodireito - ramo do Direito que visa regulamentar os efeitos

¹⁷⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 37 e 55.

¹⁷⁶ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 400.

¹⁷⁷ SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996. p. 401.

jurídicos da prática da Biotecnologia - diante da lacuna no ordenamento jurídico atual, tem-se apresentado como solução que toma como referência os princípios da bioética e harmoniza várias áreas do conhecimento, como filosofia, antropologia, sociologia e medicina ¹⁷⁸. O Biodireito, é a retomada da união do Direito à Moral¹⁷⁹, para solucionar os problemas relativos ao crescimento da tecnologia aplicada ao homem, principalmente, aos fenômenos da vida e da morte.

3.3.1 Legislação aplicável

Na legislação pátria, existiam, apenas, quanto à utilização das técnicas de reprodução assistida, as Resoluções n. 1.623 de 2001 e n. 1.358 de 1992, do Conselho Federal de Medicina, informadoras de princípios básicos, e a Lei n. 11.105/05, que regulamenta atividades que envolvam organismos geneticamente modificados¹⁸⁰. O novo Código de Ética Médica, aprovado em 2009, trouxe preceitos relativos à procriação medicamente assistida, mas não se afastou dos já presentes nas Resoluções mencionadas¹⁸¹ e manteve o referencial deontológico ao médico e ao paciente, apesar de tratar de tema que não se contém à relação médico-paciente, mas alcança à sociedade atual e à futura geração¹⁸².

Em 06 de janeiro de 2011 (durante a elaboração deste trabalho), o Conselho Federal de Medicina publicou a Resolução n. 1.957, aprovada na sessão plenária de 15 de dezembro de 2010, que estabelece a adoção de “Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução

¹⁷⁸ SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33 e 40.

¹⁷⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 41.

¹⁸⁰ SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 25/26.

¹⁸¹ Resolução n. 1931 de 24 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina. Art. 15. Descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou de tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética. § 1º No caso de procriação medicamente assistida, a fertilização não deve conduzir sistematicamente à ocorrência de embriões supranumerários. § 2º O médico não deve realizar a procriação medicamente assistida com nenhum dos seguintes objetivos: I – criar seres humanos geneticamente modificados; II – criar embriões para investigação; III – criar embriões com finalidades de escolha de sexo, eugenia ou para originar híbridos ou quimeras. § 3º Praticar procedimento de procriação medicamente assistida sem que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre o mesmo (BRASIL. Resolução n. 1931 de 24 de setembro de 2009, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>> . Acesso em: 27 maio 2011).

¹⁸² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 46.

Assistida”, “*como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos*”¹⁸³, revogando a Resolução n. 1.358/92.

A Resolução 1.358/92, assim como o Código de Ética Médica, atendia, em suas disposições, alguns princípios da bioética, supra-elencados. Dispunha, por exemplo, que as técnicas de reprodução assistida podem ser utilizadas, “*desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente*”¹⁸⁴. Garantia, pois, essa diretriz, o princípio de totalidade ou princípio terapêutico. Outro exemplo é a exigência do consentimento informado, tanto dos pacientes inférteis, como dos doadores. Assim, a Resolução afiançava o princípio da liberdade e da responsabilidade¹⁸⁵.

Entretanto, a Resolução 1.358/92 não impunha pena, para descumprimento de qualquer um de seus preceitos, tornando-se normas meramente indicativas. Não havia normas cogentes, sob pena de sanção. Induzia ao perigo apontado, acima, por Sgrécia, de reduzir-se a ética a simples formulários e protocolos, desviando-se da exigência do comportamento ético, na prática das técnicas de reprodução humana assistida.

Comprovando a assertiva acima, o Conselho Federal de Medicina autorizava, pela Resolução, em comento, a criopreservação de espermatozóides, óvulos, e dos chamados pré-embriões. Não estabelecia limite de óvulos a serem fecundados, facultando ao paciente a escolha de quantos deles seriam transferidos ou implantados (com limite máximo de quatro), restringindo, apenas, o descarte¹⁸⁶.

¹⁸³ Resolução n.1.957, de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. Art. 1º. Adotar as NORMAS ÉTICAS PARA A UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos (BRASIL. Resolução n.1.957, de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>> . Acesso em: 27 maio 2011).

¹⁸⁴ Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. I – PRINCÍPIOS GERAIS. 2 – As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente (BRASIL. Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 27 maio 2011).

¹⁸⁵ Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. I – PRINCÍPIOS GERAIS. 3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil (BRASIL. Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 27 maio 2011).

¹⁸⁶ Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. V – CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU PRÉ-EMBRIÕES. 1 - As clínicas, centros ou serviços podem criopreservar espermatozóides, óvulos e pré-embriões. 2 - O número total de pré-embriões produzidos em laboratório será comunicado aos pacientes, para que se decida quantos pré-embriões serão transferidos a fresco, devendo o excedente ser criopreservado, não podendo ser descartado ou destruído. 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos, e quando

Imagine-se, entretanto, se, para o êxito da fecundação artificial, resultou um excesso de 10 “pré-embriões”. O que fazer com os excedentes¹⁸⁷, caso a família os abandone, na clínica em que foi realizado o procedimento? Poderá a clínica descartá-los? A princípio não. Mas, quanto tempo a instituição deverá mantê-los? Há a efetiva fiscalização, pela autoridade sanitária nacional, conforme preceitua a Resolução 1.623/2001¹⁸⁸?

Assim, para dirimir essas e outras dúvidas sobre o tema, a Resolução n. 1.957/2010 foi elaborada no intuito de melhor atender as questões éticas que surgem da intervenção de técnicas médicas, no processo de reprodução humana. Em comentário às novas regras, o relator, Conselheiro José Hiran Gallo, avaliou: “apesar de a antiga resolução ter representado grande avanço, o CFM¹⁸⁹ sentiu a necessidade de se adaptar a evolução tecnológica e modificações de comportamento social”¹⁹⁰.

Entretanto, pode-se perceber que as mudanças realizadas foram tímidas. O Conselho Federal de Medicina aponta como destaque, na nova regulamentação, três alterações: limite ao número de embriões a serem transferidos para a receptora, ausência de restrição baseada no estado civil e na orientação sexual do paciente e a permissão para a reprodução assistida *post mortem*¹⁹¹.

Quanto à primeira, insta destacar que a norma anterior já trazia a limitação a transferência de embriões ao máximo de 4 (quatro). A novidade se refere à restrição em relação à idade da paciente, para melhor prevenir casos de gravidez múltipla, a saber: “a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres

desejam doá-los (BRASIL. Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 27 maio 2011).

¹⁸⁷ Informam Pessini e Barchifontaine, “que só na França existam atualmente 10.000 embriões excedentes congelados”. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 197.

¹⁸⁸ Resolução n. 1.623 de 25 de julho de 2001, do Conselho Federal de Medicina. Art. 5º - O cultivo das células e tecidos deve ser conduzido em instalações e em condições técnicas apropriadas, segundo normas que permitam a produção de materiais compatíveis e seguros para seu uso como transplantes ou implantes.

Parágrafo único - Cabe à autoridade sanitária nacional estabelecer e supervisionar o cumprimento das normas acima citadas (BRASIL. Resolução n. 1.623 de 25 de julho de 2001, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 27 maio 2011).

¹⁸⁹ CFM = Conselho Federal de Medicina.

¹⁹⁰ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Conselho Federal de Medicina estabelece novas normas para reprodução assistida. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21235:conselho-federal-estabelece-novas-normas-para-reproducao-assistida&catid=3>. Acesso em: 06 nov. 2011.

¹⁹¹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Conselho Federal de Medicina estabelece novas normas para reprodução assistida. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21235:conselho-federal-estabelece-novas-normas-para-reproducao-assistida&catid=3>. Acesso em: 06 nov. 2011.

com 40 anos ou mais: até quatro embriões¹⁹². Permanece a ausência de restrição ao número de óvulos fecundados (pré-embriões) - procedimento anterior a transferência -, necessária a impedir o excesso e a futura criopreservação.

Em relação à desconsideração do estado civil e orientação sexual das pessoas a serem submetidas às técnicas de reprodução assistida, o presidente do Conselho Federal de Medicina Roberto Luiz d'Avila afirmou que essas novas possibilidades são “*uma demanda da sociedade moderna. A medicina não tem preconceitos e deve respeitar a todos de maneira igual.*” Mas, como é sabido, a igualdade consiste em tratar igualmente os desiguais e desigualmente os iguais. As novas diretrizes da Resolução n. 1.957/10 podem trazer inúmeros consequências de ordem jurídica, ainda não amparadas pela legislação civil, que permanece adormecida frente aos avanços científicos, na seara em comento.

Note-se que foram suprimidas as disposições, anteriormente previstas pela Resolução revogada, quanto ao necessário consentimento do cônjuge ou companheiro, estando a mulher, usuária da técnica de reprodução assistida, casada ou vivendo sob o regime legal da união estável¹⁹³.

Por fim, em relação à permissão para a reprodução assistida *post mortem*, a nova Resolução apenas estabeleceu que sua realização não constitui ilícito ético, impedindo, no entanto, a utilização de material biológico criopreservado do falecido, sem sua autorização, deixada, especificamente¹⁹⁴. Permanecem, sem regulamentação, os efeitos cíveis, advindos desta técnica.

Como na regra revogada, prevê, a Resolução 1.957/10, a obrigatoriedade do consentimento informado, aos pacientes, mas, acrescenta, dentre os dados essenciais, os de caráter jurídico. Deve-se perguntar, entretanto, qual seria seu conteúdo, sem a regulamentação civil específica? Quanto ao mais, a Resolução 1.957/10 é cópia da antiga regra, com pequenas alterações na redação do texto.

¹⁹² BRASIL. Resolução n.1.957 de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 27 maio 2011.

¹⁹³ Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. II – USUÁRIOS DA TÉCNICA DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA. 2 - Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado. (BRASIL. Resolução n. 1.358 de 19 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 27 maio 2011).

¹⁹⁴ Resolução n.1.957 de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente (BRASIL. Resolução n.1.957 de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 27 maio 2011).

Deu-se, portanto, continuidade a falta de previsão de sanção específica, diante do descumprimento das normas que regulamentam a reprodução humana assistida. Ora, não há direito, sem coerção; “e, por isso, a necessidade de formulação do Biodireito como normatizador das questões bioéticas, pois, como ensina Kant: a coerção é condição de possibilidade de ter o direito como resultado”.¹⁹⁵

A Lei n. 11.105/05, revogando a Lei n. 8.974/95, autoriza, por sua vez, “para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento”, desde que sejam inviáveis ou sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, sendo, em qualquer caso, imprescindível, o consentimento dos genitores (artigo 5º).

Entretanto, não há estudos suficientes, para atestar a inviabilidade de um embrião crioconservado, tampouco, para determinar sua falência, a partir de 3 (três) anos de congelamento¹⁹⁶. É legítimo, pois, a positivação de um prazo de validade para o embrião crioconservado? Quais os critérios usados, pelo legislador, para estabelecer, em três anos, a vida de um embrião? Estar-se-ia “desumanizando” o embrião?

Vale aqui ressaltar o alerta feito por Stela Marcos de Almeida N. Barbas, *in verbis*:

Desde a concepção até a velhice é sempre o mesmo ser vivo que se desenvolve, amadurece e morre. As suas particularidades tornam-o único e insubstituível. Se quisermos descrever de modo sumário a formação do corpo humano constatamos que a vida começa na fecundação e prossegue até a morte. O nascimento é somente o início de uma nova fase. Outras se seguirão a esta como a puberdade, a idade adulta, a velhice. Não há uma diferença qualitativa entre a vida nascida e não nascida. Nenhum biólogo afirma que uma criança antes do parto é qualitativamente um ser diferente ou um “ainda não ser”¹⁹⁷.

Portanto, torna-se inadmissível que motivações utilitaristas¹⁹⁸ e econômicas, que não reconhecem a natureza humana do embrião, possam instituir e legitimar uma ciência irresponsável, falsamente ética. É preciso uma nova regulamentação, formadora de efetivo

¹⁹⁵ SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 41/42.

¹⁹⁶ SANTIAGO. Robson Luiz. *O estatuto do embrião frente à racionalidade humana*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 121.

¹⁹⁷ BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 73.

¹⁹⁸ Segundo Pessini e Barchifontaine, “o utilitarismo, defende a liberdade absoluta do cientista, cuja única obrigação é manter-se fiel ao esquema operatório da ciência, que consiste em formular hipóteses e verificá-las com o maior rigor possível”. Sustenta, o utilitarismo, “que a ciência tem o direito de fazer qualquer tipo de experiência e produzir tudo o que lhe é possível sem nenhuma força de limitação extracientífica”. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 73.

comportamento ético. “O Direito é ciência social que precisa de cada vez maiores aberturas; necessariamente sensíveis a qualquer modificação da realidade, entendida na sua mais ampla acepção”¹⁹⁹.

Cláudia Maria Lima Scheidweiler explica que “no Brasil, houve um descompasso entre a difusão da técnica e o processo de discussão sobre a sua aplicação, colocando a sociedade frente a questões extremamente delicadas, como o nascimento de quintuplos e a recorrência de gestações múltiplas, por exemplo”. Completa a autora, citando outros tipos de situações, de difícil solução, como novos tipos de parentesco e, em consequência, novas hipóteses de recebimento de herança, dentre outros²⁰⁰. Em consonância, Fernanda Schaefer afirma que “a Ética e o Direito não têm sido capazes de acompanhar as inovações biotecnológicas que colocam em discussão velhos dilemas, paradigmas e valores tradicionais, considerados absolutos e imutáveis como, por exemplo, vida e morte”²⁰¹. Robson Luiz Santiago, corroborando com as autoras citadas, alega que o rápido avanço científico e tecnológico deixa a sensação de que o ordenamento jurídico vigente é inábil a subsumir os novos fatos ao direito posto²⁰².

O estudo, feito para o desenvolvimento deste trabalho, revela e atesta a opinião descrita acima. As novas técnicas, ao possibilitarem o prolongamento da gestação ou atraso no período, entre a fecundação, nidação e o nascimento - que poderão ocorrer, até mesmo, depois da morte dos genitores - trouxeram novas ocorrências fáticas, de difícil análise e classificação, dentro da legislação brasileira vigente.

O Código Civil, quanto à matéria, apenas dispõe, no inciso III, do artigo 1.597, que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”. Entretanto, nada estabelece sobre os efeitos dessa presunção, principalmente, no que se refere ao direito de herança.

Todavia, mais importante que a classificação e análise dos efeitos, para fins de parentesco e herança, são os limites que uma legislação específica poderia impor, a fim de evitar abusos e excessos, protegendo o homem, independente do seu estágio de vida, consagrando

¹⁹⁹ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.1.

²⁰⁰ SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 28.

²⁰¹ SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 33.

²⁰² SANTIAGO, Robson Luiz. *O estatuto do embrião frente à racionalidade humana*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 119.

assim, o princípio da dignidade da pessoa humana, como norte a qualquer procedimento ou intervenção médica, autorizados ou não pelos genitores²⁰³. *“Enquanto não advier a legislação regulamentadora da reprodução humana assistida, prevaleceria, segundo alguns autores, o princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação (...)”*²⁰⁴.

A criação de um Biodireito *“capaz de limitar, mas não impedir, o desenvolvimento científico e a busca de novos conhecimentos”* tornou-se imprescindível. A este ramo do direito caberá a árdua tarefa de regulamentar as práticas geradas, a partir da biomedicina e engenharia genética, harmonizando diferentes opiniões e objetivos, resguardando, acima de tudo, os direitos humanos, a fim de promover *“o avanço de uma ciência eticamente livre para uma ciência eticamente responsável e que esteja a serviço do bem-estar humano”*.²⁰⁵ Ensina Pessini e Barchifontaine que *“a tradição simbólica dos valores não conflita com o saber científico; pelo contrário, uma completa o outro, esclarecem-se mutuamente, e ambos trazem mais luz a misteriosa complexidade do ser humano”*²⁰⁶.

Quanto à importância da consagração dos Direitos do homem, na regulamentação da biomedicina, destaca Fernanda Schaefer que várias manifestações internacionais surgiram com essa preocupação, sendo o documento de maior destaque a Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e Benefício da Humanidade, elaborado pela ONU, em 1975. Entretanto, a jurista afirma que ainda são poucas as manifestações que regulamentam as garantias à humanidade, nas práticas em comento, pois encontram obstáculos na instrumentalização dos direitos humanos, para que sejam armas poderosas, contra os interesses econômicos.²⁰⁷

Interessante apontar a diferenciação, apresentada por Canotilho, entre “direitos do homem” e “direitos fundamentais”. O constitucionalista ensina que *“direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente*

²⁰³ SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. Biodireito em Discussão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 28.

²⁰⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 615.

²⁰⁵ SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. Biodireito em Discussão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 42.

²⁰⁶ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. p. 70.

²⁰⁷ SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. Biodireito em Discussão. Curitiba: Juruá, 2008. p. 44/46.

garantidos e limitados espaço temporalmente”. Os direitos do homem, que derivam de sua própria natureza, são invioláveis, intemporais e universais; os direitos fundamentais seriam aqueles positivados, num ordenamento jurídico vigente.²⁰⁸

Assim, os Direitos Fundamentais são resultados da incorporação, no ordenamento jurídico positivo, “*dos direitos considerados “naturais” e “inalienável” do indivíduo*”²⁰⁹. Têm, como função precípua, a defesa da pessoa humana, de sua dignidade, perante o Poder Público²¹⁰. Por isso, pode-se afirmar que os Direitos Fundamentais são pressupostos e consequências da ordem democrática²¹¹.

Canotilho salienta que qualquer positivação não basta, para se erigir valores e ideias, como direitos fundamentais. Faz-se necessário colocá-los “*no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais*”, sob pena de, não o fazendo, restarem os direitos do homem como meras aspirações, valores éticos, esperança ou retórica política. Do reconhecimento constitucional, nascem consequências jurídicas²¹².

Os fatos da natureza e os fatos dos homens são considerados relevantes, juridicamente, pela consideração que deles faz o ordenamento, ou seja, ainda que a valoração da norma possa colidir com os interesses científicos, o axioma sustentado pela norma deve ser observado, como escolha positivista, que defende o respeito ao ordenamento²¹³.

Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vários valores ou axiomas são elencados e positivados como “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II), “*garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade*”, nos termos previstos. Entretanto, para seu efetivo cumprimento, torna-se imperiosa sua observância, em normas fundamentais básicas, elaboradas pelo legislador ordinário; é a chamada “constitucionalização”. Nas palavras de Canotilho, “*a constitucionalização tem como consequência mais notória a proteção dos*

²⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 393.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 377.

²¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 407.

²¹¹ SCHAEFER, Fernanda. *Bioética, Biodireito e direitos humanos*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 47.

²¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 377.

²¹³ PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174.

*direitos fundamentais mediante o controlo jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores destes direitos”.*²¹⁴

A ciência do Direito, portanto, para realizar os Direitos Fundamentais, nas novas relações e práticas, derivadas da tecnologia na saúde, deve regulamentá-los, em leis ordinárias, criando instrumentos, para tornar possível sua aplicação e exigência. Somente, a positivação dessas proteções ao homem, na Constituição brasileira, não garante sua real efetivação.

Os princípios da Bioética, revelados e presentes, nos valores positivados, na ordem constitucional, podem e devem tornar-se operantes, meio de sua própria realização, nas leis infraconstitucionais, seja no próprio Código Civil, ou em lei específica.

²¹⁴ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 378.

4 DIREITO CIVIL SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

O tema do presente trabalho, embora diga respeito, a princípio, ao âmbito do direito privado – divisão permitida apenas para análise didática-, atrai a atenção aos Direitos Fundamentais, positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Os efeitos sucessórios da concepção *post mortem* podem significar a concessão ou supressão de direitos e garantias assegurados, como o próprio direito à herança, estampado no inciso XXX, do art. 5ª da Carta Magna. De igual modo, os vários temas tratados pelo Direito Civil, principalmente, os de ordem não patrimonial (em que o patrimônio não é o principal bem a ser tutelado) envolvem, direta ou indiretamente, a segurança dos Direitos Fundamentais.

Salientou-se, acima, que os Direitos Fundamentais atuam na proteção à pessoa frente ao Estado. A par da explicação introdutória supra, o cumprimento desses direitos será mais efetivo quando de sua inclusão – ainda que realizada por um processo hermenêutico - nas lei infraconstitucionais. Segundo doutrina recente, os Direitos Fundamentais também devem ser observados nas relações entre particulares²¹⁵ o que corrobora a necessidade dessas garantias estarem estampadas na legislação ordinária.

O Direito Civil, no âmbito do estado Democrático de Direito, deve observar, como consectário lógico, todas as garantias e proteção ao homem, arroladas na Lei Maior. É interessante observar que, ainda no Brasil Império, quando o Direito Civil brasileiro dava seus primeiros passos, já havia a remissão aos preceitos da Constituição de 1824, conforme se observa, no trecho a seguir, da obra de Augusto Teixeira de Freitas, na qual o jurista demonstra preocupação com a conformidade das leis civis ao texto constitucional, *in verbis*:

“quantas leis entre nós não incorrerão desde logo em virtual e necessária revogação, por se tornarem incompatíveis com as bases da Carta Constitucional? (...) A força do habito entretanto as tem perpetuado, e para muitos é sempre grande argumento a falta de disposições designadamente revogatórias”²¹⁶.

Entretanto, ainda que a supremacia da Constituição, na teoria da hierarquia das fontes, seja aceita, de forma unânime, “o certo é que o Direito civil brasileiro não soube

²¹⁵ Confira-se, a propósito, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

²¹⁶ FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol 1. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. XXXIII.

*incorporar o texto maior à sua práxis*²¹⁷. A incorporação dos Direitos Fundamentais no Direito Civil – chamada “constitucionalização” – alerta para a compreensão, interpretação e aplicação desses direitos como “*expressão do princípio de ordem pública*”²¹⁸, “*normas jurídicas viculativas e não como trechos ostentatórios ao jeito das grandes “declarações de direitos”*”²¹⁹.

Sobre esse movimento - ascendente, no Brasil, a partir da Carta Magna de 1988 - e seus reflexos, no Direito Civil, tratar-se-ão os tópicos seguintes. É impossível ao civilista, no presente momento, vislumbrar um direito civil ortodoxo, tendo como fonte o direito romano, estanque do Direito constitucional. A tendência de “miscigenação” é uma realidade. O compartilhamento de idéias faz-se sentir em diversos institutos, partindo dos direitos fundamentais, adentrando nos contratos, na propriedade, na família e nas sucessões.

Reconhece-se, contudo, que o Direito Civil permanece como ramo que “*funda-se na necessidade de assegurar um espaço em que o homem desenvolva livremente a sua personalidade*”, sem significar apoio a desvios individualistas, não pautados na ética²²⁰.

4.1 Atual papel da legislação civil.

Para se vislumbrar a necessidade de uma releitura hermenêutica das disposições civis, frente aos preceitos constitucionais, faz-se necessária uma análise da formação do Direito Civil pátrio, diretamente relacionado com o Código Civil e a história da codificação, no Brasil.

Inicia-se, contudo, em breve apontamento sobre o direito romano, que, segundo a doutrina, advém a idéia de sistematizar o Direito e compreender o Direito Civil em documento único²²¹. Sabe-se, também, que, desde a elaboração, pelos romanos, do primeiro ordenamento jurídico coerente, as normas civis aparecem como ponto de destaque, significando “*a ciência do direito em geral*”²²². Naquela civilização, o Direito Civil era o centro de todo o sistema jurídico,

²¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1.

²¹⁸ DE CICCIO, Maria Cristina. *Breves palavras sobre a constitucionalização do Direito Civil na perspectiva de Pietro Perlingieri* in PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

²¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 378.

²²⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral*.v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. p. 16/18.

²²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 82/83.

²²² NÓBREGA, Vandick L. da. *Compêndio de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1971. p. 71.

principalmente, a partir da obra atribuída a Justiniano, o *Corpus Iuris Civilis*.²²³ “A tradição romanista, pela qual o direito público nasceu somente depois do direito privado e em posição subordinada, colocou na base da relação interindividual antes de tudo a regra do privado”²²⁴.

Mesmo após a queda do Império - primeiro do Ocidente (ano de 476 a.c.), depois do Oriente (1.453 d.c.) –, o legado deixado pelo direito romano influenciou a formação jurídica de vários povos europeus, bem como os que deles derivaram, como ocorrido no direito pátrio. A retomada, pelo Ocidente, do estudo do *Corpus Iuris Civilis*, aproximadamente, no ano 1.100 d. c., fez com que o Direito Romano se tornasse a “base da ciência jurídica européia”, agregando-se a ele normas advindas de sistemas de outros povos, principalmente, os germânicos.²²⁵ O Direito Português, por exemplo, acompanhando o movimento da época, “começa a se definir como sistema com a criação da Universidade de Lisboa, fundada em 1290, por El-Rei D. Diniz (..)”²²⁶.

Entretanto, àquela época, ainda que amparados pela compilação de Justiniano, os juristas enfrentavam muitas dificuldades, nas resoluções das controvérsias. Giordano B. S. Roberto aponta que os problemas eram de três ordens: justaposição de ordens jurídicas (conflito entre o direito consuetudinário e aquele emanado do *Corpus Iuris Civilis*); complexidade (dificuldade em conhecer as regras aplicáveis); e inacessibilidade (o povo, ao qual o direito se aplicava, não conhecia as normas, nem tampouco, participava do processo de utilização e aplicação do direito)²²⁷.

A crescente intenção de romper as barreiras e obstáculos do sistema, aliada às idéias do Iluminismo - traduzidas para a Ciência Jurídica pelo Jusracionalismo²²⁸ -, motivou a busca por uma nova ordem, garantidora de segurança das relações que pretendesse gerir. Iniciou-se, pois, o processo das codificações, que, na lição de Pontes de Miranda, “indicam certa confiança,

²²³ A Codificação Justiniãnea foi elaborada por Tribonianus, advogado, nomeado pelo Imperador (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 83).

²²⁴ PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 139.

²²⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 6/11.

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 85.

²²⁷ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 16.

²²⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 22.

*certa seguridade no ditar a lei; politicamente, são sinais de força consciente de si mesma*²²⁹.

Nas palavras de Giordano B. S. Roberto:

para atingir esse objetivo, duas condições precisavam ser preenchidas. A primeira condição era material e consistia na “criação de um novo sistema jurídico baseado num novo corpo de fontes”. O direito natural ou, mais especificamente, o jusracionalismo se encarregou de preenchê-la. A segunda condição era formal e consistia na necessidade de se encontrar uma nova técnica que possibilitasse a aplicação prática desse novo direito. A codificação foi a resposta²³⁰.

A codificação pretendia estabelecer uma nova regulamentação, substituta de todas as leis já vigentes, com “*caráter de constituinte do direito privado*”²³¹. Um código deveria ser completo, claro, breve, rígido e acessível. As leis civis, no processo de codificação, mais uma vez, situaram-se no “centro” do sistema jurídico.

O Código Civil Francês de 1804, chamado *Code Civil* ou *Code Napoléon*, foi, nesse período, a obra de maior destaque e influência; instrumento que reformulou, de forma integral, a ordem jurídica. Sentindo necessidade de minorar as incertezas geradas pelo sistema jurídico, Napoleão Bonaparte “*decidiu dotar a França de códigos para as áreas mais importantes do direito*”, destacando-se, como dito acima, “seu” Código Civil²³².

Em seguida, o Código Civil alemão de 1896 também assumiu importante papel para o estabelecimento do “*movimento político-jurídico da codificação*”, trazendo respostas a problemas que ultrapassavam os limites da esfera civil. “*O Código constituía (...), por força do papel transcendente há muito reconhecido ao direito civil na definição dos direitos fundamentais do indivíduo, o diploma básico de toda a ordem jurídica*”²³³.

No Brasil, somente após a Independência, em 1822, o ordenamento jurídico seguiu rumos próprios. Enquanto colônia, mantinha-se nos moldes de Portugal²³⁴. Na Metrópole, apesar dos esforços de D. João I, a primeira compilação das leis foi realizada, no reinado de D. Afonso

²²⁹ MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 33.

²³⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 17/19.

²³¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 42.

²³² ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 31.

²³³ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 503.

²³⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 44/45.

V e, por isso, foi intitulada como Ordenações Afonsinas (1446). Assumido o trono por D. Manuel, este promoveu a substituição das Ordenações de D. Afonso, na tentativa de corrigir erros e suprir lacunas. As novas Ordenações, denominadas Manuelinas, foram publicadas em 11 de março de 1521. Entretanto, foram as Ordenações Filipinas (1603), publicada por Filipe III, Rei da Espanha e de Portugal, como Filipe II – os tronos foram reunidos em 1580 -, a obra legislativa que vigeu em Portugal até a aprovação do Código Civil de Conde de Seabra, em 1867, como também, no Brasil-Colônia e no Império brasileiro, até o Código Civil de Bevilacqua, em 1916²³⁵.

A urgência da promulgação de um Código Civil, no Brasil Império, surgiu, juntamente, com os problemas enfrentados pelo direito privado, após a independência - período em que vigiam as Ordenações Filipinas, conforme determinado pela Lei brasileira de 20 de outubro de 1823.²³⁶ Além da flagrante necessidade de atualização do direito, a variedade de textos normativo, criados em complementação às Ordenações, dificultavam o conhecimento do direito posto. A Constituição de 1824, no Título 8º, “*Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros*”, já determinava a organização, “*quanto antes*”, de um Código Civil e Criminal²³⁷. Entretanto, a Carta Constitucional preocupou-se mais com a organização do Estado que, independente, necessitava de nova regulamentação. “*O direito privado teria que esperar mais*”, ainda que a manutenção das Ordenações refletisse indesejada dependência à antiga Metrópole²³⁸.

Pode-se perceber que o Código Civil significaria muito mais que mera disciplina da vida privada. Desde a Independência, não havia, no Brasil, posição contrária à ideia de codificação. O Código traduzia a esperança de progresso, ordem e civilização²³⁹. Neste sentido

²³⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 86.

²³⁶ Após a Independência do Brasil, “no ano seguinte, a Lei de 20 de outubro de 1823 estatuiu que vigorassem no Império as Ordenações Filipinas, Leis e dos Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo código ou não fossem especialmente alterados”. (MIRANDA. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 66)

²³⁷ Art. 179. XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. (BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 26 abr. 2011).

²³⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 45/46.

²³⁹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 47.

expressou-se Caio Mário da Silva Pereira, *verbis*: “o Código Civil foi recebido, e com toda razão, como a grande esperança”²⁴⁰.

Pontes de Miranda denominou de “*evolução democrática*” o período posterior à Independência, em que várias leis foram promulgadas, substituindo, paulatinamente, às Ordenações, abolindo desigualdades, abrandando o despotismo e a violência das penas, criminais e civis, dentre outros avanços²⁴¹. Entretanto, ao Código Civil, que almejava completude, restou a função de desvincular, definitivamente, o direito brasileiro da legislação portuguesa.

Após a Consolidação das Leis Civis (1857) - elaborada por Teixeira de Freitas²⁴², no intuito de compilar e organizar a legislação vigente no Brasil Império – e a apresentação de vários projetos de um Código Civil, foi aprovado, em dezembro de 1915, sancionado e promulgado em 1916, o Código Civil, esboçado por Clóvis Bevilacqua²⁴³.

Teixeira de Freitas, depois de haver concluído a Consolidação, preparou esboço de um Código Civil, por solicitação datada de 10 de janeiro de 1859. Entretanto, “*em 1872, foi declarada a resolução do contrato de Teixeira de Freitas, que entendia dever corrigir o plano inicial e codificar todo o direito privado, e não só o civil*”. Posteriormente, no mesmo ano, a tarefa foi transferida a José Thomaz Nabuco de Araujo, cuja morte interrompeu seus trabalhos. Joaquim Felício dos Santos, em 1881, apresentou projeto ao governo, por ele denominado “Apontamentos”. Após análise e parecer contrário de comissão nomeada, Felício dos Santos realizou modificações e apresentou novo trabalho. Entretanto, com o advento da República (1889), caiu a Monarquia e a nova comissão formada para estudo do projeto foi desfeita. Em 1890, Antônio Coelho Rodrigues foi incumbido de apresentar ao governo republicano um projeto de Código Civil que, também, não logrou aprovação²⁴⁴. O Código Civil promulgado em 1916, originou-se de projeto confeccionado por Clóvis Bevilacqua, após trâmite de 16 anos no Congresso²⁴⁵. Quando escolhido para elaborar o projeto, Clóvis Bevilacqua recebeu várias críticas, principalmente de Rui Barbosa. Em defesa, o autor do primeiro Código Civil pátrio

²⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 91.

²⁴¹ MIRANDA. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 66.

²⁴² Caio Mário da Silva Pereira, em análise histórica, afirma que a obra de Teixeira de Freitas “*foi inegavelmente extraordinária*”. Salienta a flagrante genialidade, revelada na realização de ordenamento e sistema, diante de uma legislação caótica e desordenada (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 88).

²⁴³ MIRANDA. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 82.

²⁴⁴ MIRANDA. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981. p. 80/83.

²⁴⁵ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 59.

elevou o fenômeno da codificação, como “*formas definidas e sólidas por onde se traduzam a plenitude da consciência jurídica e a melhor disciplina dos interesses*”²⁴⁶.

O primeiro Código Civil brasileiro foi marcado pelo conservadorismo e pela negligência quanto aos aspectos sociais. O individualismo²⁴⁷ apresentou-se em vários setores da regulamentação, privilegiando a autonomia da vontade, presumindo a igualdade e liberdade perante a Lei²⁴⁸. Em consonância, Caio Mário da Silva Pereira salienta que o Código Civil de 1916 não soube desvencilhar-se do individualismo predominante no século XIX²⁴⁹.

Destaca-se que *completude* era a ideia de ordem na teoria da codificação. O “Código Civil de 1916 revogou expressamente toda a legislação anterior que regulava a matéria civil. Dizia, com esse gesto, que não admitia concorrência, que sua disciplina era apta a abranger todos os aspectos da vida civil”. O Código Civil se tornou a única fonte para a solução de questões que envolviam a vida privada, (“*estatuto único e monopolizador das relações privadas*”)²⁵⁰. Se não havia resposta no código para determinado dilema, significava ausência de fato jurídico e existência de mero fato social²⁵¹.

Entretanto, pensado e elaborado no Estado Liberal burgês e vigente no Estado Social, o Código Civil de 1916²⁵², logo apresentou necessidade de reforma. O Código “já nascera velho”²⁵³. As primeiras tentativas não obtiveram êxito, pois atentavam contra a ideia de um código único e abrangente. Mas, com o aumento da complexidade dos fatos sociais, várias leis foram editadas e passaram a existir, concomitantemente, ao sistema codificado. Primeiramente, tinham a função residual, regulamentando matérias não tratadas no Digesto Civil, mas, com o passar do tempo, algumas leis começaram a modificá-lo, em seu próprio texto²⁵⁴.

²⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 90.

²⁴⁷ Em consonância, salienta, Gustavo Tepedino, que “o código civil de 1916, bem se sabe, é fruto da doutrina individualista e voluntarista que, consagrada pelo Código de Napoleão e incorporada pelas legislações posteriores, inspiraram o legislador brasileiro quando, na virada do século, redigiu o nosso primeiro Código Civil. Aquela altura, o valor fundamental era o indivíduo”. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2).

²⁴⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 61/62.

²⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 91.

²⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 4. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 3.

²⁵¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 64.

²⁵² FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. p. 97.

²⁵³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 91.

²⁵⁴ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 76/78.

César Fiuza salienta que, no Brasil, o sistema civil passou a sofrer o processo de descodificação, logo após a concretização da codificação, revelando a falência da ideia de uma legislação civil exaustiva e completa, *in verbis*:

O Código Civil (...) teve que se abrir. Em outras palavras, sua harmonia interna foi quebrada, seja pela interpretação da doutrina e dos tribunais, seja pela vasta legislação especial, que o acompanhou desde seus alvares. Por outros termos, mal o sistema civilístico se codificou, teve início o processo de sua descodificação²⁵⁵.

Ensina o jurista acima citado que, não obstante coexistir legislação especial ao Código Civil, este continuou ser o centro do sistema, enquanto aquela passou a formar pequenos *microssistemas*, autônomos, “*em grande parte, interdisciplinares, inspirando-se em princípios não só do direito privado como também do direito público*”. Os chamados *microssistemas*, porém, reguladores de matérias de Direito Civil, demonstraram que o Código Civil não preservou a função centralizadora, tampouco unificadora do sistema, como idealizado pela teoria da codificação.

Orlando Gomes destaca que várias foram as razões que demonstraram a fragilidade da ideia de codificação e a erosão do Código Civil, dentre elas, em síntese: “1 - a impossibilidade de conservar o estilo dos códigos; 2 - o esvaziamento do código civil e a conseqüente perda de sua função; 3 – a maré montante das leis especiais”. Salienta, ainda que não mais poderia ser, o Código Civil, considerado o estatuto da vida privado, apto a fornecer todas as respostas às relações entre particulares²⁵⁶.

A *descodificação do direito*, nas primeiras décadas de vigência do Código Civil de 1916, era tendência em muitos países europeus. O direito privado foi “socializado”, à margem dos códigos civis. Essa socialização foi provocada, inicialmente, pelas consequências econômicas e sociais, geradas pela Primeira Guerra Mundial e pela reindustrialização, conforme relatado por João de Matos Antunes Varela, em texto publicado em 1984, a saber:

Um dos fenômenos mais interessantes e ricos de sugestões, no inquietante panorama da legislação contemporânea de alguns dos Estados europeus, é a chamada descodificação do direito. Trata-se de uma tendência geral, bastante significativa, da fase mais recente da evolução do direito, cujas raízes políticas

²⁵⁵ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. p. 97.

²⁵⁶ GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 29.

mergulham, em larga extensão, no rescaldo ideológico da última guerra. O movimento tem sido especialmente focado (...) pelos civilistas italianos (...)²⁵⁷.

Dentro do processo de “descodificação”, João de Matos Antunes Varela, também, aponta como elemento comum à evolução do direito privado, na Itália e em Portugal, a “*intensa e diversificada proliferação da legislação especial*”²⁵⁸. No Brasil, de igual modo – conforme a observação de César Fiuza - a legislação, criada à margem do Código, revelou que este estava perdendo sua influência. A promulgação do Código Civil de 2002 não afetou, substancialmente, o movimento da “descodificação”²⁵⁹.

Pietro Perlingieri, analisando a “descodificação” do Direito Italiano, observou: “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional.”²⁶⁰ João de Matos Antunes Varela, confirmando a opinião acima, afirma que, na Itália, principalmente, após a vigência da Constituição de 1947, “o Código Civil deixou de constituir o cento geométrico de toda a ordem jurídica constituída. O primado da legislação passou para a Constituição, ao lançar as bases de uma nova sociedade, ideologicamente comprometida”²⁶¹.

A Constituição Italiana de 1947, bem como as demais Constituições, que fundam Estados de Direito, além de estabelecerem normas que definem a organização estatal, passam a trazer princípios e valores acerca de temas que “*afetam profundamente algumas das instituições basilares da sociedade burguesa e liberal, como sejam a família, a propriedade, a liberdade contratual*”, dentre outros. Em Portugal, a Constituição de 1976 enunciou “*princípios*

²⁵⁷ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 499.

²⁵⁸ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 523.

²⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Neo Constitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 226/227.

²⁶⁰ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.6.

²⁶¹ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 508.

fundamentais da nova sociedade civil que o Estado de direito social pretende impor em lugar da sociedade burguesa do século XIX”.²⁶²

No Brasil, Orlando Gomes, já em 1983, aponta para os princípios concernentes ao direito privado, estampados na Constituição, como a causa para o esvaziamento do Código Civil, como estatuto da vida privada²⁶³. Como é sabido, o deslocamento de princípios e garantias fundamentais para o texto constitucional alcançou sua forma maior na Constituição da República de 1988, que elenca e proclama várias garantias, a serem observadas por todo o ordenamento jurídico, principalmente, no que concerne aos direitos da personalidade e de propriedade.

Ultrapassando a ideia que prevalecia, até meados do século XX, de que as constituições eram meras proclamações políticas e não normas jurídicas²⁶⁴, os textos magnos, criados, a partir do final daquele século, incorporaram mecanismos de jurisdição constitucional ou fortaleceram e ampliaram os já existentes²⁶⁵.

A descodificação desencadeou um movimento que “destrona” o Código Civil, retirando-lhe o papel de garantidor de direitos individuais, em *ultima ratio*. Vale citar as palavras de João de Matos Antunes Varela:

Nele [movimento da descodificação] se inscreve ainda, além de outras, a tendência para apear dos bancos carcomidos do Código Civil (a velha sede dos direitos e prerrogativas do *civis* perante o Estado) e entronizar no altar dourado das novas Constituições Políticas a definição dos princípios básicos de cada setor da vida social e a proclamação das regras fundamentais da ordem jurídica, comuns aos vários ramos do direito²⁶⁶.

²⁶² VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 508/509 e 520.

²⁶³ GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 30.

²⁶⁴ Daniel Sarmento aponta, como exceção, a Constituição norte-americana. (SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116). Luís Roberto Barroso afirma que “a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neo Constitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 219).

²⁶⁵ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 116/118.

²⁶⁶ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 501.

Partindo dessa visão, Pietro Perlingieri destaca o risco da manutenção da tradição civilista que, nos estudos para a solução de determinado problema, propõe resposta imediata, atendo-se no “setor” em que está situada a dificuldade. Preocupa-se, tradicionalmente, em tratar as questões jurídicas “em seus lugares”, sem conectar as várias áreas do Direito que permeiam o tema em análise²⁶⁷. A simples subsunção de uma controvérsia à norma específica que pretende resolvê-la não é mais suficiente. Os fatos devem ser submetidos a “*à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opção de base que o caracterizam*”²⁶⁸.

Nessa nova perspectiva, os preceitos constitucionais devem ser analisados, na resolução de problemas ou conflitos, regulados pela legislação civil, ainda que exista artigo de lei proposto a resolvê-lo. Maria Celina B. de Moraes afirma que, no contexto pós-positivista, o respeito das normas inferiores à Constituição deve ocorrer do ponto de vista formal e, também, “*em sua correspondência substancial aos valores (...) incorporados ao texto constitucional*”. Cabe ao aplicador do direito, na resolução de conflitos, tarefa maior que a simples aplicação de norma específica ao fato; deve, ainda, considerar e avaliar os “*diversos princípios jurídicos envolvidos*”²⁶⁹. Neste sentido dispõe, ainda, Pietro Perlingieri:

A hierarquia das fontes, não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional²⁷⁰.

A Constituição, como norma que assume a função de fundir e unificar o sistema legislativo, definirá o tipo de ordenamento, pelos valores e princípios nela arrolados, gerando reflexo direto, em toda a legislação vigente, inclusive, no Código e demais nas leis civis. Dessa forma, não importa se uma lei infraconstitucional foi formulada, em período anterior ao início de vigência de uma Constituição, instauradora de uma nova ordem jurídica. *A questão da*

²⁶⁷ PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 138.

²⁶⁸ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.5.

²⁶⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 435.

²⁷⁰ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.11.

*aplicabilidade simultânea de leis inspiradas em valores diversos (...) resolve-se somente tendo consciência de que o ordenamento jurídico é unitário*²⁷¹.

Para Pietro Perlingieri, as normas constitucionais, pelo seu papel no sistema, têm uma posição central, em um ordenamento jurídico que reconhece sua supremacia. “*De tal centralidade deve-se partir para a individuação dos princípios e dos valores sobre os quais construir o sistema*”²⁷². A este respeito, César Fiuza, em opinião acautelada, afiança que não se deve afirmar que a Constituição está no centro do sistema juscivilístico. Para o autor, o Código Civil permanece no núcleo, mas interpretado à luz da Constituição, da qual irradiam os princípios e valores a serem tutelados. Assim, segundo o jurista, não deve mais prevalecer a interpretação da Constituição de acordo com o Código Civil, como, tradicionalmente, era realizada.²⁷³ Ricardo Luis Lorenzetti sustenta teoria diversa. Para este autor, não há que se falar em sistemas formados por um centro. “*Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravidade que os mantém unidos*”²⁷⁴.

Essas ideias são traduzidas na expressão “constitucionalização” que propõe uma releitura do Direito, para a realização dos preceitos constitucionais, de forma mais efetiva e eficaz, principalmente, quanto aos direitos e garantias fundamentais, nas relações disciplinadas e regulamentadas pela legislação ordinária. Segundo Daniel Sarmiento, as consequências desse movimento no Direito Civil “*convergem para as idéias de personalização e despatrimonialização deste ramo da ciência jurídica*”; reconhece-se “*a partir dos valores e princípios constitucionais, a prioridade dos valores existenciais sobre os valores meramente patrimoniais no tráfico jurídico-privado*”²⁷⁵.

Conforme César Fiuza, “*por constitucionalização do Direito Civil deve-se entender que as normas de Direito Civil têm que ser lidas à luz dos princípios e valores consagrados na Constituição*”, haja vista ser a base hermenêutica do Estado Democrático de Direito²⁷⁶. O Código

²⁷¹ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.5.

²⁷² PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 217.

²⁷³ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. p. 97/99.

²⁷⁴ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 79.

²⁷⁵ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 135.

²⁷⁶ FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. p. 118.

Civil continuaria ser a fonte primária para as soluções de casos concretos, mas com normas embasadas em conteúdo constitucional.

Para Pietro Perlingieri, a “constitucionalização” vem romper com a tradição romana, pela qual o direito público é apenas garantidor do direito privado. *“Diante das novas exigências, o Estado vai se configurando como interventor, planejador e regulador. O direito civil muda de função”*.²⁷⁷

4.1.1 O papel da Constituição no Direito Civil

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, foi a Carta Magna brasileira que marca o deslocamento do primado da ordem jurídica para o texto constitucional. *“Do ponto de vista simbólico, ela quis representar a superação de um modelo autoritário e excludente de Estado e sociedade e selar um novo começo na trajetória político-institucional do país”*²⁷⁸.

Como na Constituição italiana de 1947 e na portuguesa de 1976, a Constituição pátria preocupou-se em constituir- antes mesmo de dispor sobre a organização do Estado e dos Poderes - princípios, direitos e garantias fundamentais, bem como direitos sociais e políticos. No primeiro artigo, inserido no Título I, dos Princípios Fundamentais, a Constituição estabelece, como alicerce do Estado brasileiro, a cidadania e a dignidade da pessoa humana, dentre outros. No Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, são assegurados o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, à intimidade, à honra, à imagem, à herança, e outros, diretamente relacionadas ao direito privado. No Título VIII, Da Ordem Social, o constituinte dispôs sobre temas como casamento, união estável, entidade familiar, adoção, igualdade entre os filhos; prerrogativa, cuja disciplina compete ao direito civil. Destaca-se que, recentemente, uma Emenda à Constituição suprimiu requisitos e prazos para a decretação do divórcio²⁷⁹.

²⁷⁷ PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 140.

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 123.

²⁷⁹ Art. 1º. O § 6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: “Art. 226.....

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”(NR) (BRASIL. Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010. Código Civil. Constituição Federal e Legislação Complementar. 17. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011).

Com as transformações dos textos constitucionais, ocorridas a partir da metade do século XX, houve uma expansão das tarefas das Constituições, que até então, apenas tratavam da estrutura do Estado e, raramente, elencavam direitos individuais do cidadão, como defesa ao poder estatal, a saber:

(...) a partir das Constituições do México de 1917, e de Weimar de 1919, este modelo vai se alterar. A maioria das constituições editadas posteriormente agregará ao seu temário vários outros assuntos, como economia, relação de trabalho, proteção à família, cultura, etc. Muitas delas vão também garantir, além dos clássicos direitos individuais, direitos sociais e econômicos, que demandam prestação positiva do Estado, viabilizadas através de políticas públicas onerosas: direitos à educação, à saúde, à previdência, à moradia, etc²⁸⁰.

Ultrapassado o modelo de Estado não intervencionista, pelas concepções de justiça e igualdade, perante a lei, as Constituições chamam para si outras funções: deve garantir a promoção do bem comum e a justiça social²⁸¹. Esses ditames são dispostos, na Constituição brasileira, como objetivos fundamentais da República (art. 3º). No decorrer do texto constitucional, surgem outros sinais dessa missão: proclama-se a função social da propriedade (art. 5, XXIII), como direito fundamental e como princípio da ordem econômica, juntamente, com livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades (art. 170); são garantidos direitos aos trabalhadores, urbanos e rurais (art. 7º); permite-se a intervenção do Estado, na ordem social e cultural, inclusive, responsabilizando-o, pela educação (art. 205), acesso às fontes culturais (art. 215), fomenta à prática de esportes (art. 217) e proteção à família (art. 226).

A Constituição brasileira de 1988 é, pois, dirigente, haja vista que regulamentou a estrutura do Estado e os direitos individuais e, *“foi além, estabelecendo objetivos e diretrizes para a comunidade política, correlacionando a um amplo e generoso projeto de transformação da sociedade brasileira, no sentido da promoção da justiça social, da liberdade real e da igualdade substantiva”*, através das chamadas normas programáticas²⁸².

²⁸⁰ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119.

²⁸¹ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 527.

²⁸² SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 214.

Giordano B. S. Roberto afirma que a Constituição pátria representou importante marco na história do direito privado: “*nela, os direitos da personalidade ganharam verdadeira cláusula geral, a de proteção da dignidade da pessoa humana. Consagrou-se o princípio da pluralidade de formas de família, o da igualdade jurídica dos cônjuges, o da igualdade jurídica de todos os filhos*”.

Segundo essas ponderações, seria, pois, a Constituição o diploma próprio para a positivação dos direitos do homem, inclusive, aqueles de ordem privada, tratados, precipuamente, no Código Civil? Pietro Perlingieri propõe esclarecer o significado da fórmula “*releitura do Código Civil e das leis especiais à Luz da Constituição da República*”, para evitar diversas e problemáticas interpretações²⁸³.

Segundo este autor, a utilização das normas constitucionais são explicitadas por quatro teorias: Teoria da Constituição, como limite, Teoria da relevância, somente interpretativa, Teoria da aplicabilidade indireta e Teoria da aplicabilidade direta (disposições constitucionais, como norma de comportamento)²⁸⁴.

Pela Teoria da Constituição, como limite, os ditames da Carta Magna representam, apenas, limite à lei ordinária. As normas infraconstitucionais são legítimas, quando seus preceitos não infringirem o texto constitucional, que, por este entendimento, atuariam somente de forma residual, “*sem incidir sobre a atividade interpretativa dos enunciados normativos ordinários*”²⁸⁵. Entretanto, adverte Pietro Perlingieri que as disposições da constituição não devem limitar-se a este papel. A noção de simples limite resume a função do jurista ao “*esquema lógico da subsunção*”, na interpretação e aplicação da lei ordinária, o que não se pode aceitar²⁸⁶.

A Teoria da relevância, somente interpretativa, por sua vez, reconhece à norma constitucional, além da função limitadora, “*uma expressão de princípios jurídicos gerais a serem utilizados somente em sede de interpretação de enunciados normativos ordinários*”. Mas, na opinião de Pietro Perlingieri essa proposta, outrossim, “*não utiliza plenamente as*

²⁸³ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10.

²⁸⁴ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10/12.

²⁸⁵ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10.

²⁸⁶ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10.

potencialidades das normas constitucionais”²⁸⁷. Falta o reconhecimento de sua aplicabilidade, para além da mera interpretação.

Para Pietro Perlingieri, a mesma crítica feita à Teoria da relevância, somente interpretativa, pode ser direcionada àquela que atribui ao texto constitucional aplicabilidade, apenas indireta. Segundo esta teoria, as normas constitucionais podem regular e disciplinar um comportamento, desde que aplicadas, concomitantemente, com uma norma infraconstitucional. Sem a regulamentação da lei ordinária, contudo, não seria possível aplicar, diretamente, o comando da Constituição²⁸⁸. Mas, sendo a Lei Maior legitimadora, formal e materialmente, de todas as leis de um sistema jurídico, a teoria, em análise, não deve prosperar, haja vista que privilegia a omissão do legislador ordinário, em detrimento da vontade expressa do legislador constituinte.

Para o autor italiano “*não existem, portanto, argumentos que contrastem a aplicação direta: a norma constitucional pode, também, sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a fattispecie em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de Direito Civil*”²⁸⁹. Em síntese, completa o jurista, “*o que importa não é tanto estabelecer se em um caso concreto se dê aplicação direta ou indireta (distinção não sempre fácil), mas sim, confirmar a eficácia (...) da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas*”, com ou sem aplicação de norma ordinária específica. Além de exercer função limitadora, interpretativa, como regra hermenêutica, a Constituição pode atuar como norma de comportamento²⁹⁰.

Daniel Sarmento corrobora com o entendimento acima, sustentando que a aplicação direta da constituição é procedimento que deve ser realizado, e que é indiscutível a interpretação das leis, feita à luz da Carta Magna, “*inclusive para repudiar exegeses mais obvias do enunciado normativo interpretado, quando estas o tornem incompatíveis com a Constituição*”²⁹¹. Mas, quanto à recepção da constitucionalização, pelo Direito brasileiro, faz um alerta. Para o jurista, este movimento possui duas facetas, e a Constituição pátria, por conter posituação de amplo rol

²⁸⁷ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.10/11.

²⁸⁸ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.11.

²⁸⁹ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.11.

²⁹⁰ PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.12.

²⁹¹ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 141.

de direitos fundamentais e excesso de detalhamento, favorece a ocorrência de ambas: o texto constitucional aborda temas, antes tratados apenas pelo legislador ordinário, e os direitos fundamentais passam a ser analisados por uma perspectiva, denominada “dimensão objetiva”: *são considerados também como valores dotados de uma força irradiante, que permitirá a eles penetrarem em relações jurídicas distintas daquelas para as quais foram inicialmente concebidos – inclusive em relações privadas (...)*²⁹².

A constitucionalização, para o autor, pode gerar efeitos não analisados pela doutrina brasileira que afiança o movimento. Apesar de concordar que a constitucionalização aperfeiçoa e aproxima o ordenamento jurídico aos “*ideais de justiça – igualdade, liberdade, solidariedade, etc. -*”, o jurista alerta para o risco de uma “*‘panconstitucionalização’ do Direito, ou mesmo uma constitucionalização metodologicamente descontrolada*”²⁹³.

O primeiro problema apontado, em síntese, diz respeito à inutilidade do legislador ordinário, representante do povo, frente à constitucionalização de todos os setores: “*se tudo estiver constitucionalizado, então o povo, pelos seus representantes, não poderá mais decidir coisa alguma*”. Para haver mudança, seria necessária uma emenda à Constituição, com observância aos limites materiais. Em segundo lugar, o autor preocupa-se com o que chama de “*filtragem constitucional*”, isto é, a utilização, pelos poder Judiciário, das normas constitucionais vagas e abstratas, “*sem critérios racionais e intersubjetivamente controláveis*”, podendo “*comprometer valores muito caros ao estado Democrático de Direito*”²⁹⁴.

A Constituição brasileira, entretanto, por mais prolixa e exaustiva, não regulamenta, de forma completa, qualquer setor do direito (com exceção de poucos institutos). A constitucionalização não retira do Código Civil a posição de sede da regulamentação dos direitos pertinentes à ordem privada²⁹⁵. Apenas, exige a consonância com os princípios e normas constitucionais, erigidos a proteger o homem, e que estejam, direta ou indiretamente,

²⁹² SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 119/127.

²⁹³ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 115/116.

²⁹⁴ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 115/116.

²⁹⁵ Vale citar as palavras de Pietro Perlingieri, a saber: “*A existência dos delineados pontos de confluência entre privado e público torna mais correto falar de direito civil ao invés de direito privado. Não é somente uma mudança de etiqueta. O direito civil se não apresenta em antítese ao direito público, mas é somente um ramo que se justifica por razões didáticas e de especialização profissional e que recolhe e evidencia os institutos atinentes à estrutura da sociedade, ao viver dos cidadãos enquanto titulares de direitos civis*”. (PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 147).

direcionados ao direito privado, garantindo que a dignidade da pessoa humana seja observada pelo legislador infraconstitucional. Altera o Direito Privado “*qualitativamente, potencializando-o e redimensionando-o, mediante a funcionalização de seus institutos e categorias à realização dos valores constitucionais*”²⁹⁶.

Ademais, o próprio jurista contra-argumenta, sustentando que as limitações constitucionais foram estabelecidas pelo povo, através de seus representantes, componentes da Assembleia Constituinte, como forma de preservar o futuro, contra propostas de mudanças “apaixonadas”, que poderiam comprometer as conquistas positivadas. O povo, outrossim, após a reformulação da ordem constitucional, acaba por deixar a “*condução dos assuntos públicos nas mãos da classe política*” o que justifica a atenção às limitação estabelecidas, por ele, na Constituição²⁹⁷.

Quanto à falta de critérios específicos para a utilização dos direitos fundamentais, deve-se considerar que sua aplicação pura e direta representa uma exceção, operando-se apenas em casos de lacunas do sistema. Em tais casos, e no exercício hermenêutico, caberá ao Poder Judiciário - a quem a própria Constituição confiou a análise de resolução de conflitos - estabelecê-los, como fundamento de suas decisões²⁹⁸. Há concordância, com Daniel Sarmento, quanto ao estabelecimento de “*balizas firmes para o Judiciário*”.

Analisando a constitucionalização, João de Matos Antunes Varela sustentou distinção entre direitos a serem descritos na Constituição e aqueles que, relacionados aos institutos privados, devem ser assegurados em estatuto fundamental, in verbis:

Inscrever a proclamação de direitos dessa natureza no texto da Constituição é dar a impressão – falsa ou exacta, de qualquer modo condenável – de que o estado pretende impor as suas ideias políticas, económicas ou sociais, na vida privada dos indivíduos ou de que tais direitos representam uma concessão do

²⁹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 310.

²⁹⁷ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 128/129.

²⁹⁸ Maria Celina Bodin de Moraes afirma a necessidade de fundamentação das decisões, nesse novo contexto, a saber: “*daí também a importância fundamental da motivação das decisões (...) revelando os princípios jurídicos envolvidos e as ponderações realizadas pelo magistrado ao julgar o caso concreto, de modo o permitir o debate em bases racionais e a determinação de critérios capazes de nortear novas decisões de maneira isonômica*” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 437).

Estado, assente na frágil e oscilante tábua axiológica que a este serve de apoio: a legalidade democrática.²⁹⁹

Todavia, conforme as lições de Canotilho, anteriormente citadas, os direitos do homem são invioláveis, intemporais e universais, por derivarem de sua própria natureza; não são tolhidos por sua própria positivação, que apenas os estabelecem, expressamente, num ordenamento jurídico vigente, no rol dos direitos fundamentais³⁰⁰.

Defender uma divisão, em que os princípios constitucionais sejam considerados de direito público, atenta contra a unidade do ordenamento, sustentando possível conflito, entre os princípios de um e outro ramo do Direito. *“Equivale a fundar o direito privado principalmente sobre o Código Civil, contribuindo a manter estranha às relações civilísticas a mais moderna experiência sócio-política. A unidade do ordenamento exige a aplicação dos direitos fundamentais também às relações civis”*³⁰¹. Na análise dos preceitos do Código Civil e das leis que regulamentam a atividade privada, não cabe a ultrapassada diferenciação, entre direito público e direito privado ou interesse /liberdade do privado e interesse/autoridade do Poder Público. O aumento de núcleos criados em defesa dos interesses coletivos, vistos como intermediários, e a sujeição do Estado, cada vez maior, às regras previstas para o particular, dificultam, ainda mais, essa falida distinção³⁰².

Pietro Perlingieri salienta que os princípios constitucionais e as leis ordinárias se relacionam como *“componentes do unitário ordenamento jurídico, ao qual o intérprete deve se sentir vinculado. Não se trata de uma complementaridade entre sistemas singulares, mas de uma coessencialidade estrutural que se resolve em uma integração completa (...)”*³⁰³. O que demonstra a nova postura assumida pela Constituição é que ela é a norma legitimadora de todo o sistema, com a função de dar unidade³⁰⁴ e coerência a todo o ordenamento, inclusive, as

²⁹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984, p. 527.

³⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 393.

³⁰¹ PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 141.

³⁰² PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 144.

³⁰³ PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 209.

³⁰⁴ Corroborando, Daniel Sarmiento dispõe: *“se existe unidade na ordem jurídica e a Constituição, concebida como autêntica norma, localiza-se no vértice superior, desfrutando de supremacia em relação a todo o direito infraconstitucional, não há como negar a forte influência que ela exerce”* (SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A

disposições de Direito Civil, estando ou não no âmbito dos códigos. As características atribuídas aos códigos pela Teoria da Codificação são, agora, pertencentes aos textos constitucionais, sem significar, contudo, que não há espaço para o legislador ordinário, a quem é atribuída a tarefa precípua de regulamentar a vida social.

Luís Roberto Barroso sustenta que a constitucionalização repercute na atuação dos agentes do sistema jurídico. Quanto ao Poder Legislativo e à Administração Pública, esse movimento limita a discricionariedade e impõe dever de atuação, para a realização de metas e programas constitucionais. Fornece, ainda, ao Poder Público, a possibilidade de aplicação direta e imediata de preceitos constitucionais, mesmo diante da inércia do legislador ordinário. Em relação ao Poder Judiciário, representa parâmetro para o controle de constitucionalidade e estabelece observância obrigatória do texto constitucional, na interpretação das leis. E, para os particulares, limita a autonomia da vontade³⁰⁵.

A constitucionalização, portanto, fortalece e sustenta os valores erigidos na Constituição pela soberania popular. Mas é preciso atentar-se à prudente ponderação de Daniel Sarmiento: *“é preciso evitar as respostas extremas – tanto às que se opõe à filtragem constitucional, como as que sustentam que tudo ou quase tudo já está constitucionalmente definido, cumprindo apenas ao legislador o papel de executar decisões contidas explícita ou implicitamente na Lei Maior”*³⁰⁶.

4.1.2 O Código Civil de 2002

O período de redemocratização do Brasil e a promulgação da Constituição da República de 1988 provocaram profundas mudanças, no sistema jurídico brasileiro, principalmente, no Direito Privado. Após mais de uma década de vigência da Carta Magna, o

constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 139).

³⁰⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Neo Constitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 218.

³⁰⁶ SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 139.

advento do Código Civil de 2002 “*impôs a reflexão acerca dos paradigmas axiológicos que devem nortear o intérprete na reconstrução dos institutos de direito privado*”³⁰⁷.

Tradicionalmente, o Direito Civil, no Brasil, desempenhou “*o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil e, só mais recentemente adquiriu autonomia didática*”³⁰⁸. Como afirmado acima, o Direito Civil foi perdendo sua influência, à medida que a Carta Magna foi se afirmando como norma fundamental, também, de conteúdo axiológico e material. O “*(...) Direito Civil assistiu ao deslocamento de seus princípios fundamentais do Código Civil para a Constituição*”³⁰⁹.

Diante do esvaziamento do Código Civil de 1916, Orlando Gomes sustentou que o digesto funcionaria, apenas, como direito residual, para regular matérias não dispostas em leis especiais,³¹⁰ e questionou a ideia de recodificação, referindo-se ao projeto de novo Código. Afirmou que o Código havia “*perdido sua função de direito comum, de núcleo da legislação privada e de sede das disciplinas das relações entre particulares*”³¹¹.

Para Caio Mário da Silva Pereira, na hermenêutica do Código Civil de 2002 “*destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interpretadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do Direito Privado*”³¹².

Os institutos do Direito Civil (propriedade, contratos, famílias, dentre outros) foram funcionalizados para atender aos valores constitucionais. Essa nova postura revela profunda

³⁰⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 310.

³⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Neo Constitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 226.

³⁰⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 310.

³¹⁰ À propósito, para Orlando Gomes as novas leis, que surgiram à margem do Código, nada têm de especiais ou extravagantes. Para o autor, constituem “*distintos universos legislativos*” (GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 47).

³¹¹ GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. p. 29-46/47.

³¹² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. XIV e XV.

transformação dogmática, uma vez que provoca a releitura da ordem privado, a partir de valores não patrimoniais³¹³.

Entretanto, parte da doutrina sustenta que mesmo na vigência da Constituição da República de 1988, o legislador “aprovou um texto normativo que apresenta em diversos dispositivos algum perfil de inconstitucionalidade”, além de “conceder, aparentemente, maior força àqueles juristas que, desde sempre, tentaram privilegiar as situações patrimoniais em detrimento das situações existenciais”³¹⁴. “No cenário de pluralidade de fontes normativas”,³¹⁵ e frente a um Código, supostamente, constitucionalizado, sustenta-se a imposição aos operadores do Direito, da árdua tarefa de interpretar, adequando às normas ordinárias os ditames constitucionais³¹⁶, sem, contudo, alterar seu sentido, para satisfação de interesses pessoais (na compreensão da norma é “oportuno individualizar não aquilo que se quer que exista no ordenamento, mas sim aquilo que, seguindo um correto procedimento hermenêutico, efetivamente é possível identificar”)³¹⁷.

Todavia, pela nova codificação, havida em 2002, alguns setores, segundo Gustavo Tepedino, insistem na desnecessidade do esforço hermenêutico para a compatibilização da legislação à Constituição, reafirmando a posição do Código, como o estatuto orgânico das relações patrimoniais.³¹⁸

A transposição dos princípios que regem a ordem privada, para o Texto Constitucional, representa muito mais que mero formalismo. Significa a intensa presença dos axiomas erigidos pela Carta Magna, em todo o ordenamento, inclusive, no âmbito privado. Demonstra, também, a superada divisão ente direito público e direito privado, o que exige constante processo hermenêutico de harmonização das fontes normativas. Quanto a este aspecto,

³¹³ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 310.

³¹⁴ DE CICCIO, Maria Cristina. *Breves palavras sobre a constitucionalização do Direito Civil na perspectiva de Pietro Perlingieri* in PERLINGIERI, PIETRO. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 312.

³¹⁶ Afirma Maria Celina Bodin de Moraes que, diante do Código Civil de 2002, “será preciso persistir no esforço de conferir aos institutos civilísticos a interpretação condizente com a tábua axiológica prevista na Constituição”. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 438).

³¹⁷ PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10.

³¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 319.

destaca Gustavo Tepedino, in verbis: “as novas tecnologias rompem com o compartimento do direito público e do direito privado, na medida em que não se enquadram comodamente em nenhuma destas categorias, a demonstrar seu anacronismo, invocando regulação a um só tempo de natureza privada e de natureza pública”³¹⁹.

É notório que um dos grandes desafios do Direito Civil brasileiro é a intensa evolução social, que repta problemas para os quais o direito parece não ter respostas. Segundo Giordano B. S. Roberto, o Código Civil de 2002, para a elucidação de tais dilemas, poderia ter elencados princípios informadores, mas não o fez: “um código para os nossos dias, justamente porque não pode ter mais a ilusão de tudo prever, deveria ser menos regulamentar e mais principiológico”³²⁰.

Alguns juristas brasileiros sustentam que o Código Civil de 2002, quando de sua promulgação, apenas fez constar, em seu texto, cópia das conquistas estampadas na Carta Magna. A Constituição brasileira de 1988 alargou os “umbrais de acesso ao direito civil” quando, modificando as disposições liberais do Código Civil de 1916, ampliou direitos, como por exemplo, estabeleceu mudanças no regime jurídico concernente à propriedade (função social) e à família (união estável). O Digesto de 2002, “no máximo, consolidou, em sede legislativa, alguns avanços já realizados por outras leis, exhaustivamente estudados pela doutrina e aplicados pela jurisprudência mais atenta”³²¹. Como o Código de Beviláqua, o Digesto vigente foi pensado em um modelo para regular a sociedade de outro: projetado no Estado Social e promulgado no Democrático de Direito, inaugurado pela Constituição da República de 1988³²².

Deve-se, entretanto, minorar tal posicionamento, observando-se: apesar dos apontamentos acima, o Código Civil de 2002, ao estabelecer o progresso alcançado pela ciência jurídica, positivando essas conquistas, elevou à ordem normativa as teorias aplicadas ao privado que, ainda pendiam de regulamentação legal. Este assentamento legalístico, também, contribuiu para o crescimento do Direito, uma vez que impediu o desenvolvimento teórico e argumentativo, no âmbito dos tribunais, que tendiam contra os direitos e garantias reconhecidos pelo judiciário e

³¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 319/320.

³²⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 74/76.

³²¹ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 81/87

³²² FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008. p. 97 e segs.

pela doutrina, a partir dos preceitos constitucionais, mas ainda não regulamentados pela legislação civil.

Certamente, o jurista atual, diante dos problemas jurídicos, de ordem privada, não poderá obter respostas somente da análise do Código Civil. Sua atuação se tornou mais complexa. Além de buscar por legislação especial, tratados internacionais, portarias ou resoluções, deverá conferir a conformidade com a tábua axiologia constitucional. *“O Direito Civil brasileiro tem passado por um processo constante de atualizações. E se alguém quiser indicar um marco legislativo nesse processo, deverá voltar os olhos para a Constituição de 1988 e não para o Código Civil de 2002”*³²³.

Todavia, o Código Civil permanece como um grande instrumento para a realização do direito, que em muito contribuiu e, ainda contribuirá, para a ordem jurídica, na busca da proteção ao ser humano. Afinal, o Direito Civil representa a parcela do ordenamento jurídico que regulamenta a vida do homem, desde sua concepção, até os reflexos pós-morte de sua existência.

³²³ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. p. 87

5 A FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E OS EFEITOS SUCESSÓRIOS

O grande desenvolvimento tecnológico dos últimos tempos possibilitou à humanidade o alcance de conquistas, antes inimagináveis. Desde a exploração da lua, planetas, e dos mistérios da própria Terra, o homem avança e alarga seus limites, barreiras impostas pela natureza. Seu maior desafio, a morte e a vida, aos poucos, vai sendo desmistificado. Pela ciência moderna, ao homem é dado o poder de prolongar e retardar os fenômenos que marcam o início e o fim de sua própria existência.

As técnicas de procriação humana assistida representam aspectos desse progresso científico, que atribuiu à humanidade o poder de intervir, de forma mais expressiva, no processo de reprodução, dito natural. A procriação, medicamente assistida, *post mortem*, que possibilita o nascimento de pessoa, após a morte de seu(s) genitor(es), concretiza hipótese que desafia a ordem natural. Essas novas possibilidades, no entanto, passam quase despercebidas pelo direito pátrio.

Os apontamentos legislativos brasileiros, analisados no item 3, deste trabalho, são insuficientes para dirimir dúvidas e trazer respostas às situações que tal procedimento desafia, principalmente quanto ao aspecto sucessório. A doutrina, por sua vez, tem-se contido em breves notas quanto à legalidade ou não da concepção *post mortem*, sem assumir qualquer possibilidade de efeitos sucessórios, não previstos, expressamente, na legislação civil.

Assim, este trabalho propõe-se analisar os desdobramentos sucessórios, a partir da concepção artificial homóloga, *post mortem*, ou seja, aquela realizada com material genético do cônjuge ou companheiro falecido, ou com embrião crioconsevado, que dele tenha-se formado. Exclui-se, para a ponderação proposta, a reprodução medicamente assistida heteróloga, uma vez que sugere amplo rol de especificidades.

5.1 Artigo 1.597, III, do Código Civil

A Resolução n. 1.957/10, publicada em 06 de janeiro de 2011, do Conselho Federal de Medicina, estabeleceu que a realização da reprodução assistida *post mortem* não constitui ilícito ético, quando há autorização específica do falecido, para a utilização do material biológico por ele deixado. Entretanto, não há, na legislação civil brasileira, qualquer regulamentação desta prática, seja quanto ao procedimento, em si, seja quanto aos seus efeitos. Consta, apenas, no

artigo 1.597, III, do Código Civil de 2002, presunção de paternidade para os casos de fecundação artificial homóloga, realizada, após a morte do marido, *in verbis*: “*presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido*”. Muitos outros aspectos, entretanto, deveriam ser considerados.

Conforme se especificou neste trabalho, o procedimento de reprodução medicamente assistida (também, chamado de fecundação artificial) contempla várias técnicas que podem ser agrupadas no tipo inseminação artificial (que consiste na introdução do sêmen, no aparelho reprodutor feminino) e fecundação *in vitro* (fertilização do óvulo pelo espermatozóide, em laboratório, para posterior transferência para o útero). Pela redação do artigo, em comento, o ordenamento brasileiro parece referir-se ao gênero fecundação artificial (admitindo os tipos inseminação artificial e fecundação *in vitro*); e, para os fins do dispositivo legal, exclui a modalidade heteróloga – utilização de material biológico de pessoa estranha ao casal. Observa-se que o Enunciado n. 105, com texto reproduzido pelo enunciado n. 126, como proposta de modificação do Código Civil de 2002, ambos aprovados na I Jornada de Direito Civil do STJ, estabelece que a expressão “fecundação artificial”, constante no inc. III, do artigo 1.597, deve ser entendida como “técnica de reprodução assistida”³²⁴.

Deve-se atentar, ainda, que ao dispor sobre a presunção de paternidade, o art. 1.597, inc. III, refere-se, apenas, a hipótese de falecimento e utilização de material biológico do marido, ou seja, afastou as hipóteses advindas da utilização de gametas da esposa falecida, apesar de não haver, quanto ao procedimento, proibição expressa. Outra observação a ser feita refere-se ao fato de não haver as mesmas disposições, quanto ao companheiro, nos casos de famílias formadas pelo vínculo da união estável.

Antes da publicação da Lei portuguesa n. 32/2006, que regulamentou a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida, Carlos Pamplona Corte-Real, ao analisar os efeitos jurídicos dessa prática, frente ao ordenamento jurídico português (e deparando-se, com lacuna legislativa, que chamou “*intencional*”), propôs que as questões conexas ao tema deveriam ser respondidas com base nos “*princípios fundamentais – materiais ou formais – a nível axiológico, inspiradores e sustentáculos do sistema jurídico português*”(...), reafirmando a idéia de plenitude do ordenamento³²⁵. Para o Direito pátrio, diante da permanente inércia legislativa, o jurista, frente aos problemas relativos ao tema, em comento, deve pautar-se, outrossim - conforme se

³²⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV. Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

³²⁵ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina. 2005. p. 99.

sustentou no 4º capítulo desta pesquisa -, nos ditames fundamentais e garantias estampados na Carta Constitucional, como lei maior e legitimadora de todo o sistema jurídico.

5.1.1 Presunção da paternidade

O artigo 1.597, III, do Código Civil de 2002, por presunção, atribui ao cônjuge varão, ainda que falecido, a paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga. Caio Mário da Silva Pereira critica essa disposição, afirmando tratar-se de verdadeira ficção jurídica, e não presunção, uma vez que “*não há que se presumir sua contemporaneidade com um casamento sabidamente dissolvido por aquele óbito anterior*”³²⁶. O enunciado exclui sua aplicação à união estável, pois, além de utilizar termo “casamento” e, no inciso, “marido” - vocábulo usado, tecnicamente, para denominar o homem que se uniu a uma mulher pelo matrimônio – a disposição é complementar à presunção legal de paternidade dos filhos gerados no casamento.

É interessante observar que a antiga Resolução do Conselho Federal de Medicina (n. 1.358/92), mesmo que nada dispunha sobre a reprodução assistida, *post mortem*, admitia a utilização das técnicas de procriação artificial, por mulheres que constituíram famílias, regidas pelo regime jurídico da união estável, exigindo apenas a aprovação do companheiro – como, também, o exigia do marido, em relação às casadas. A nova Resolução (n. 1.957/10) admite como paciente toda e qualquer pessoa capaz, independente do estado civil ou orientação sexual, e excluiu a exigência do consentimento de eventual cônjuge ou companheiro.

Pela redação do artigo, em comente, caso a esposa venha a submeter-se às técnicas de fecundação artificial e engravidar, utilizando material biológico já armazenado pelo marido, a ele será atribuída a paternidade, ainda que não tenha autorizado ou consentido o procedimento. A Constituição da República garante, no § 7º, do artigo 226, o livre planejamento familiar, “*fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável*”, atribuindo as decisões ao casal, e não apenas a um dos cônjuges³²⁷. Escolhendo o casal deixar armazenado material biológico, para futura decisão de geração de filhos, não parece razoável

³²⁶ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 27.

³²⁷ Art. 226, §7º- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Código Civil. Constituição Federal e Legislação Complementar. 17. ed. 2011).

deixar somente à mulher a livre escolha do momento da fecundação. Cabe notar que, caso haja a concepção, sem autorização, representará, no mínimo, causa para rompimento do matrimônio, por violação, pela esposa, do dever de respeito e consideração mútuos (artigo 1.566, V, do Código Civil de 2002).

Já para a realização da reprodução assistida homóloga, *post mortem*, deve-se observar que a Resolução n. 1.957/10 informa que o médico deve exigir autorização deixada pelo falecido. Para a presunção de paternidade, no entanto, o Código Civil mantém a desnecessidade de consentimento. Contrariamente, entendeu o STJ, aprovando, na I Jornada de Direito Civil, o enunciado n. 106, que estabelece, como condição de reconhecimento da paternidade do falecido marido, que a mulher, cônjuge supérstite, esteja na condição de viúva, e que haja autorização escrita, deixada pelo *de cujus*³²⁸.

É importante ponderar, no entanto, que, caso ocorra nascimento de criança, fruto de procriação assistida homóloga, ocorrida, com ou sem autorização do marido, seja em vida ou *post mortem*, a declaração da paternidade parece impor-se, conforme estabelece o artigo 1.597, III, do Código Civil, uma vez que o filho não pode responder por eventual má-fé e conflitos de interesses entre os genitores. O risco deve ser assumido pelos cônjuges que escolheram estabelecer família, vivendo sob o laço do matrimônio, regido pelo respectivo regime jurídico, e optaram por deixar armazenados materiais biológicos. Sustenta, no mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama segundo o qual, a filiação deverá ser declarada pelo fundamento da verdade biológica e do pressuposto do risco³²⁹.

Quanto aos companheiros, adotou o Código postura conservadora. Apesar de a Constituição da República reconhecer a união estável, como forma de constituição de família³³⁰, preferiu o legislador não estabelecer a mesma presunção ao companheiro, do mesmo modo que o fez ao cônjuge, no artigo em comento. Foi transferido, pois, ao filho, o ônus de ingressar com ação de reconhecimento de paternidade. O casamento, instituído, a partir de uma celebração formal e solene, estabelece, conforme já se afirmou, a presunção de paternidade, quanto aos filhos gerados na constância do matrimônio, alicerçada no dever legal dos cônjuges de fidelidade recíproca (artigo 1.566, I, do Código Civil). Para a união estável, não pode haver as mesmas

³²⁸ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV. Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

³²⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.732.

³³⁰ Art. 226, § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Código Civil. Constituição Federal e Legislação Complementar. 17. ed. 2011).

consequências, quanto à filiação, uma vez que não é negócio jurídico, formal e solene, e caracteriza-se pela informalidade na sua constituição e término³³¹. Apesar de o artigo 1.724 do Código Civil estabelecer que a relação pessoal, entre os companheiros, deva obedecer ao dever de lealdade, isso, por si só, não pode ter o condão de estabelecer a presunção de paternidade, conforme explica Jorge Duarte Pinheiro. Segundo o autor, “a previsão da regra funda-se no seu elevado grau de probabilidade com a verdade”³³². Ademais, ao cônjuge a que se atribuiu a paternidade pela presunção, é permitido impugná-la, em ação imprescritível (artigo 1.601 do Código Civil). Ao companheiro não é dado esse direito e, para tanto, valer-se-ia, apenas, do prazo prescricional relativo aos vícios de vontade.

Em Portugal, a inseminação *post mortem*, homologa, é proibida, mesmo havendo anuência deixada pelo cônjuge ou companheiro falecido, conforme dispõe a Lei n. 32 de 26 de julho de 2006. O legislador determina a destruição do sêmen recolhido. Permite, entretanto, a transferência de embrião, após a morte do varão, se este estabeleceu, por escrito, um projeto parental. Mas, caso haja violação à lei, com realização da inseminação, após a morte do marido ou companheiro, “a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido”, exceto se a mulher iniciou novo casamento ou, “união de facto”, há pelo menos dois anos³³³. Essas disposições legais mereceram críticas por Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira. Para esses autores, não parece razoável a inexistência de qualquer consequência sancionatória à mulher que violar a lei, além de ser curiosa a determinação da filiação, mesmo sem consentimento do falecido. Entretanto, admitem os autores ser correta a atribuição de filiação aos filhos, nascidos *post mortem*, pela não discriminação a nível filial³³⁴.

³³¹ PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 2007, p. 130.

³³² PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família Contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2010, p. 170.

³³³ Lei n. 32 de 26 de julho de 2006. Artigo 22º. Inseminação *post mortem*. 1—Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, não é lícito à mulher ser inseminada com sêmen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação. 2—O sêmen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sêmen. 3—É, porém, lícita a transferência *post mortem* de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão. Artigo 23º. Paternidade 1—Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido. 2—Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.o, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no n.o 3 do artigo 1839.o do Código Civil (PORTUGAL. Lei n. 32 de 26 de julho de 2006. Disponível em: < <http://www.ers.pt> >. Acesso em: 27 de maio de 2011).

³³⁴ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL. 2008. p. 139/140.

Na Alemanha³³⁵ e na Suécia é vedada a inseminação *post mortem* e, na França³³⁶, somente é autorizada, obedecendo-se condições legais. Na Inglaterra, é permitido o procedimento, mas apenas será resguardado o direito à herança, caso haja documento, que assim autorize, expressamente³³⁷. Na Espanha, a filiação é atribuída ao filho póstumo se, além da autorização expressa, deixada pelo falecido, a concepção e o nascimento venham a ocorrer, dentro de prazo estabelecido pela lei³³⁸.

5.1.2 Utilização de material biológico da esposa falecida

Conforme observado acima, o artigo 1.597, III, do Código Civil de 2002 refere-se apenas, à utilização do material biológico do marido, ou seja, nada estabelece quanto ao uso de óvulo ou de pré-embriões, deixados pela varoa falecida.

Pela Resolução n. 1.957/10, é autorizada a realização de reprodução assistida homóloga, *post mortem*, utilizando-se material biológico de falecida esposa, uma vez que não obsta a chamada gestação de substituição. Estabelecem as disposições do Conselho Federal de Medicina que mulheres, parentes da doadora genética, até o segundo grau, ou demais, desde que haja autorização daquela entidade, podem ser doadoras temporárias de útero.

Apesar de não haver disposição cível expressa, a referida regulamentação conclui pela atribuição da maternidade à doadora genética³³⁹. O Código Penal brasileiro, por sua vez, reputa crime “*dar parto alheio como próprio*” (art. 242)³⁴⁰.

³³⁵ Lei alemã n. 745/1990 (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p.132).

³³⁶ Artigo 311-20 do Código Civil Francês (FRANÇA. Code Civil. 28ª. ed. Paris: LexisNexis Litec. 2009) e Lei n. 94-654 de 29 de julho de 1994 (BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p.132).

³³⁷ DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 3.ed. aum. E atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 559.

³³⁸ MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra editora. 2010. p. 69.

³³⁹ Resolução n.1.957 de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética. 1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. 2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial (BRASIL. Resolução n.1.957 de 15 de dezembro de 2010, do Conselho Federal de Medicina. Disponível em: <<http://portal.cfm.org.br/>> . Acesso em: 27 maio 2011).

³⁴⁰ Decreto-Lei n. 2.848, DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940. Art. 242 - Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - reclusão, de dois a seis anos. (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

O Enunciado n. 103, aprovado na I Jornada de Direito Civil do STJ, apesar de reconhecer o vínculo de filiação, nos casos de utilização das técnicas de fecundação artificial heteróloga, nada dispõe quanto ao filho, gerados por técnica homóloga, mas concebido pela maternidade de substituição. Já o enunciado 129, também, da Jornada I, propõe a inclusão do artigo 1.597-A, com a seguinte redação³⁴¹:

“Art. 1.597-A . A maternidade será presumida pela gestação.
Parágrafo único: Nos casos de utilização das técnicas de reprodução assistida, a maternidade será estabelecida em favor daquela que forneceu o material genético, ou que, tendo planejado a gestação, valeu-se da técnica de reprodução assistida heteróloga”.

Quanto à maternidade *post mortem*, o enunciado n. 257, aprovado na III Jornada de Direito Civil, estabelece, entretanto, interpretação restritiva ao artigo 1.597, inc. III, do Código Civil, excluindo as hipóteses de “*óvulos doados e a gestação de substituição*”³⁴².

É interessante observar que, em Portugal, a “maternidade de substituição” é vedada pelo ordenamento jurídico. A Lei n. 32/2006 define por maternidade de substituição “*qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade*”. Dispõe, ainda, que, caso ocorra tal procedimento, a maternidade será atribuída à mulher que se propôs a engravidar-se³⁴³. Carlos Pamplona Corte-Real e José Silva Pereira criticam a posição tomada pelo legislador, afirmando que a “*solução legal é particularmente infeliz*”³⁴⁴.

Parágrafo único - Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza: (Redação dada pela Lei nº 6.898, de 1981)

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.

(BRASIL. Código Penal de 1940. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 6. ed. São Paulo: Saraiva).

³⁴¹ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV. Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

³⁴² CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV. Enunciados Aprovados. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 18 abr. 2011.

³⁴³ Lei nº. 32, de 26 de Julho de 2006. Artigo 8º. Maternidade de substituição. 1—São nulos os negócios jurídicos, gratuitos ou onerosos, de maternidade de substituição. 2—Entende-se por «maternidade de substituição» qualquer situação em que a mulher se disponha a suportar uma gravidez por conta de outrem e a entregar a criança após o parto, renunciando aos poderes e deveres próprios da maternidade. 3—A mulher que suportar uma gravidez de substituição de outrem é havida, para todos os efeitos legais, como a mãe da criança que vier a nascer (PORTUGAL. Lei n. 32 de 26 de julho de 2006. Disponível em: <<http://www.ers.pt>>. Acesso em: 27 de maio de 2011).

³⁴⁴ CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL. 2008. p. 142/143.

Na Espanha, a Lei n. 14, de 27 de maio de 2006, também, proíbe a maternidade de substituição. Esta é a tendência dos ordenamentos jurídicos, isto é, de tornar defesa a maternidade de substituição, tamanha a complexidade que envolve o tema³⁴⁵.

A partir dessa técnica, a maternidade não está necessariamente vinculada ao parto e permite o surgimento de dúvidas, antes atinentes, apenas, à paternidade. Note-se o art. 1.597 do Código Civil, ao dispor sobre a presunção de concepção, na constância do casamento, refere-se, tão somente, à paternidade, uma vez que impensável situação, na qual, quando do nascimento de uma criança, pudesse haver dúvidas, quanto à identificação da mãe, àquela a quem deu à luz. O Código Penal, outrossim, ao tipificar a conduta descrita no art. 242 pressupõe, necessariamente, que a mãe é aquela que suportou o parto. A “mãe jurídica” sempre foi àquela determinada pelo fato do nascimento³⁴⁶.

Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, se permitida a maternidade de substituição - ou, ainda que ilegítima, vier a ocorrer - deve-se separar a maternidade da gravidez e do parto, atribuindo-a a mãe biológica, *in verbis*: “ (...) verificando que a conjunção carnal foi substituída pela vontade vinculada a determinados outros pressupostos, como o projeto parental, é fundamental reconhecer que, para o Direito, apenas será mãe a mulher que desejou procriar e não a mulher que engravidou”³⁴⁷. Explica que as questões de filiação devem ser definidas no momento da concepção, figurando a vontade como principal critério, existente naquele momento. Assim, mesmo que a mãe de substituição desenvolva, durante a gravidez, a vontade de permanecer com a criança a nascer, deve prevalecer a vontade, primeiramente, manifestada, isto é, a vontade da mãe biológica - que, movida por um projeto parental, desejou procriar.

Apesar das manifestações doutrinárias, permanecem, juridicamente, desafiadoras, as manifestações de vontade das mulheres envolvidas, em tal situação, principalmente, quanto à exigibilidade da entrega do bebê, após o parto, à doadora biológica³⁴⁸. Além desses aspectos, a possível violação à igualdade, quando da proibição desse tratamento às mulheres que possuem

³⁴⁵ MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra editora. 2010. p. 48/49.

³⁴⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994, p.111.

³⁴⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.748/749.

³⁴⁸ MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra editora. 2010. p. 47/49. Também dispõe neste sentido: BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p.143/159.

problemas de infertilidade, relacionados ao útero, e não à ovulação, continua a incomodar o “sono dos justos”³⁴⁹.

5.1.3 Reconhecimento da paternidade (maternidade) e seus efeitos sucessórios

Segundo o ordenamento jurídico brasileiro, estabelecida a relação de filiação, em toda e qualquer hipótese – seja prole natural, advinda ou não da relação matrimonial, ou havida por adoção –, são atribuídos a pais e filhos, direitos e deveres. O dever de sustento, por exemplo, é atribuído aos pais, na vigência e em virtude do poder familiar, uma vez presumida a necessidade da prestação. Cessado esse exercício, os alimentos, a partir de então, chamados obrigação alimentar, são direitos atribuídos a ascendente e descendente, desde que comprovada a necessidade (artigo 1.694 e seguintes, do Código Civil).³⁵⁰

Outro direito que decorre dessa relação de parentesco é a garantia à herança, estabelecida pela Constituição da República de 1988, no rol dos direitos e garantias fundamentais (artigo 5º, inc. XXX). Conforme se discorreu no capítulo 2, o Código Civil atribui aos filhos, descendentes de primeiro grau, na linha reta, o direito à herança de seus ascendentes, concorrendo, apenas, em algumas hipóteses, com o cônjuge sobrevivente, na sucessão legítima (art. 1.829, I).

A posição dos descendentes, em primeiro lugar na linha sucessória, já é verificada na Codificação de Justiniano, que estabeleceu, na Novella 117, a primeira ordem sucessória³⁵¹. Seguindo a tradição romana, no Brasil, os descendentes sempre ocuparam a primeira classe, desde a Consolidação das Leis Civis, que assim determinava no artigo 959, §1º³⁵². O Código Civil de 1916 manteve semelhante disposição, no art. 1.603, I. O Código Civil de 2002, por sua vez, permaneceu, com os descentes, na primeira classe sucessória, entretanto, acrescentou a 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*

³⁴⁹ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina. 2005. p. 105.

³⁵⁰ Yussef Said Cahali, em sua obra “Dos Alimentos”, explicita essa distinção. Segundo o ilustre doutrinador, o dever de sustento “*diz respeito ao filho menor e, vincula-se ao poder familiar (pátrio poder)*”. Destaca, em seguida que “*cessando o poder familiar, pela maioridade ou pela emancipação, cessa conseqüentemente, aquele dever; termina, por tanto, quando começa a obrigação alimentar*”, que se vincula à relação de parentesco. (CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 454/455).

³⁵¹ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 5.

³⁵² FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol 2. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 554/556.

se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares”, observando-se o disposto no artigo 1.830 e seguintes.

Aos descendentes, a lei, também, reserva outra garantia, de origem romana. Os descendentes são considerados herdeiros necessários, ou seja, “constituem um freio na liberdade de testar do autor da herança”, pois a eles pertence metade dos bens deixados³⁵³.

5.2 Capacidade sucessória passiva de filhos havidos por fecundação artificial homóloga, *post mortem*

Presumida a paternidade pelo artigo 1.597, inc. III, do Código Civil, e apontada a maternidade, pela Resolução n. 1957/10 (ou determinada, por ação de investigação), à doadora biológica, do filho havido por fecundação artificial, *post mortem*, cabe questionar o direito dessa prole à sucessão de seu ascendente falecido.

Explicitou-se, no 2º capítulo deste trabalho, que na sucessão legítima ou testamentária, para ser herdeiro, deve-se possuir capacidade sucessória ou legitimação para suceder. O art. 1.798, do Código Civil de 2002, dispõe que possuem capacidade passiva as pessoas nascidas, ou já concebidas, no momento da abertura da sucessão. Na sucessão testamentária são, também, admitidos “filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”; as pessoas jurídicas existente; ou aquelas “cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação” (artigo 1.799).

Partindo, somente, destes enunciados, o filho gerado, após a morte de seu genitor, apenas poderia concorrer à herança, na sucessão legítima, caso fosse fruto da técnica de fertilização *in vitro*, realizada, durante a vida do genitor, ou seja, o embrião crioconsevado, obtido pela união dos gametas, por meio artificial, como já concebido, em vida, seria herdeiro, mesmo transferido e gerado, após a morte, se nascido com vida³⁵⁴. Mas, se empregadas outras técnicas de procriação medicamente assistida, utilizando-se o as células sexuais deixadas para, após a morte de um dos genitores, obter a concepção de novo ser, este, sendo gerado e nascido com vida, não seria herdeiro, do ascendente falecido, pois, para tanto, deveria existir (nascido ou concebido), no momento da abertura, isto é, do óbito.

³⁵³ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 144.

³⁵⁴ Neste mesmo sentido sustenta Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “(...) a concepção não pode ser confundida com o início da gravidez, sendo fato reconhecido juridicamente para o fim de não apenas estabelecer a paternidade, mas também para conferir direitos sucessórios à criança a nascer”. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 734.

Na sucessão testamentária, conforme explicitado, no primeiro capítulo desta pesquisa (item 2.2.2, *in fine*), não poderia o genitor testar à sua própria prole eventual, pois, claramente, este não foi o intuito do legislador, ao determinar que a pessoa indicada deva estar viva, no abrir da sucessão, para configurar a hipótese legal. Este, também, é o entendimento expresso por Carlos Pamplona Corte-Real, quando da análise de dispositivo semelhante, na legislação civil portuguesa (artigo 2033, n. 2, al. “a”, do Código Civil)³⁵⁵. Poderia, sim, testar à prole eventual de seu cônjuge supérstite, mas não haveria garantia de serem seus filhos, gerados, a partir de seu material biológico, exceto se assim dispusesse, especificamente, utilizando-se da idéia de que “o testamento é um ato de soberania da vontade, do ser humano”³⁵⁶. Mas, na sucessão legítima, com concepção após a morte, parece não haver saída.

Entretanto, sendo o genitor falecido o pai, a leitura do artigo 1.798 do Código Civil de 2002, combinado com o artigo 1.597, III, do mesmo diploma legal, pode levar a outro resultado. Se, pela presunção ou ficção legal, o filho for considerado concebido, na constância do casamento, ou seja, antes da morte de seu genitor, “estaria aparentemente preenchido o requisito para a sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e não mero concepturo), plenamente equiparado ao que, já concebido por processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão”³⁵⁷.

Há, contudo, doutrinadores que apontam empecilho a essa legitimação sucessória, com argumentos puramente de ordem prática, conforme alerta Caio Mário Pereira da Silva. Para este jurista, no Brasil, esta questão torna-se complexa, pela igualdade, entre os filhos, estabelecida na Constituição da República.³⁵⁸ Ocorrido o óbito do pai e posterior concepção - ou, mesmo sendo a mãe, a genitora falecida, que atuou, como doadora biológica (se a ela é atribuída à maternidade) -, seria razoável negar ao filho o direito de concorrer à herança legítima?

Aos que privilegiam a segurança jurídica, não se deve admitir a capacidade sucessória, *post mortem*, na sucessão legítima, sob pena de nunca ser “praticamente possível a fixação dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse estaria indefinidamente sujeita a ser alterada”.³⁵⁹

³⁵⁵ CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.). *Estudos de Direito da Bioética*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 107.

³⁵⁶ CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 155.

³⁵⁷ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 27.

³⁵⁸ PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 27.

³⁵⁹ ASCENÇÃO. José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 328, p.69-80, out/dez, 1994, p. 78.

Jussara Maria Leal de Meirelles, endossando as palavras, acima transcritas, de José de Oliveira Ascensão, defende, outrossim, a não concessão do direito à herança, até mesmo nos casos de fertilização *in vitro*, com transferência de embrião, após a morte do genitor, considerando “*impensável a aceitação legal da eventualidade de um sucessor cuja existência dependesse de ato de terceiro (médico e mulher receptora)*”.³⁶⁰ Esta, também, é a posição sustentada por Juliane Fernandes Queiroz: “*não tendo capacidade para a sucessão legítima, a questão é solucionada de forma injusta para o filho concebido após a morte do pai. Apesar de a filiação restar devidamente atribuída, o filho de quem tinha patrimônio será deixado ao desamparo*”³⁶¹. Para Maria Helena Diniz “filho” póstumo não possui legitimação sucessória, mas admite a possibilidade de ser contemplado por testamento, como prole eventual do próprio testador³⁶². Eduardo de Oliveira Leite e Silmara Chinelato, ao menos, consideram legitimados para suceder os filhos, cuja concepção *in vitro* deu-se, antes da morte, com transferência posterior³⁶³. Note-se que, neste caso, não há dúvida quanto à legitimação sucessória, uma vez que atende ao disposto no artigo 1.798 do Código Civil.

Considerando, pois, os apontamentos doutrinários que sustentam a segurança jurídica, no processo sucessório, muitas vezes, em detrimento de direitos, como o próprio direito à herança, em se tratando de fecundação artificial *post mortem*, faz-se imprescindível a análise deste princípio à conclusão deste trabalho.

5.2.1 Segurança jurídica

A aplicação de normas gerais e abstratas, em casos concretos, pode levar a situações em que o cumprimento do preceito normativo compromete a segurança, atribuída pelo ordenamento jurídico. Esta é a impressão que decorre da leitura do artigo 1.798 do Código Civil de 2002, combinado com o artigo 1.597, III, do mesmo diploma legal.

³⁶⁰ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional*. In BARBOSA, Heloísa Helena; e Outros. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 89/90.

³⁶¹ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 80.

³⁶² DINIZ, Maria Helena. *O Estado atual do biodireito*. 3.ed. aum. E atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2006. P. 558.

³⁶³ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões*. Art. 1.784 a 2.027. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. XXI. p.109; e, CHINELATO, Silmara Juny. *Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro*, In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. v.6. São Paulo: Método, 2007. p. 76.

Essa segurança, entendida como previsibilidade de que dispõem as pessoas regidas por determinado ordenamento, em relação ao resultado da aplicação de normas jurídicas, é característica e princípio natural de qualquer sistema que pretende regular as relações, ações e comportamento em determinada sociedade³⁶⁴.

Entretanto, a segurança jurídica, como outro princípio de Direito, não pode ser entendido como valor absoluto. Em várias situações, para se garantir direitos, no caso concreto, torna-se impossível a manutenção da segurança jurídica, em detrimento de demais princípios e garantias. O aplicador das normas jurídicas pode deparar-se com a possibilidade de manter a coerência do sistema jurídico, ou assegurar as garantias atribuídas por este sistema, em prejuízo de sua rigidez.

Para refletir sobre esses apontamentos, atentar-se-á para a teoria desenvolvida pelo jurista Herbert Lionel Adolphus Hart, em sua obra “O Conceito de Direito”, na qual o autor questiona a possibilidade de se privilegiar os direitos e as garantias trazidas nas normas, em prejuízo da segurança jurídica, típica do ordenamento, bem como se a quebra da segurança do sistema implica, necessariamente, em rompimento dele próprio.

As normas gerais são um dos instrumentos mais utilizados pelos sistemas jurídicos para definirem padrões de comportamento à vida social. Segundo Hart, “*em qualquer grupo numeroso, as normas gerais, os padrões de conduta e os princípios (...) constituem necessariamente o principal instrumento de controle social*”.³⁶⁵

Para este autor, o Direito trabalha, com regulamentações gerais, que estabelecem padrões gerais de conduta e que, para esse fim, utiliza duas estratégias principais: a legislação e os precedentes. Exemplifica da seguinte maneira: “*antes de ir à igreja, um pai diz ao filho: “Ao entrar na igreja, todos os homens e meninos devem tirar o chapéu”. Outro pai, descobrindo a cabeça ao entrar na igreja, diz, “Esta é a maneira certa de se comportar em ocasiões como esta*”³⁶⁶.

³⁶⁴ Segundo José Joaquim Gomes Canotilho, “*a economia capitalista necessita de segurança jurídica e a segurança jurídica não estava garantida no Estado Absoluto, dadas as freqüentes intervenções do príncipe na esfera jurídico-patrimonial dos súditos e o direito discricionário do mesmo príncipe quanto à alteração e revogação das leis. Ora, toda a construção constitucional liberal tem em vista a certeza do direito. O laço que liga ou vincula às leis gerais as funções estaduais protege o sistema da liberdade codificada do direito privado burguês e a economia do mercado*” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003, p. 109).

³⁶⁵ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 161.

³⁶⁶ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 161/162.

Os precedentes são, pois, ensino de conduta por meio de exemplo, e são utilizados, pelo Direito, em muitos países, como na Inglaterra e nos Estados Unidos da América. Alerta, entretanto, Hart, que esse instrumento pode causar dúvidas sobre qual o comportamento demonstrado no exemplo deve ser o seguido pelo sujeito, cuja conduta pretende-se regular (“*até que ponto o comportamento deve ser imitado? Fará diferença se, para tirar o chapéu eu usar a mão esquerda em vez da direita? Que a ação seja executada lentamente ou com rapidez? (...)*”)³⁶⁷

Informa o autor que, diante dessa imprecisão, o uso das normas (legislação) gerais para a transmissão de padrões - como é feito no Direito brasileiro - parece claro, confiável e seguro, bastando o uso de “*uma conclusão silogística simples*”, *in verbis*:

Diante do caráter impreciso dos exemplos, a transmissão de padrões gerais de conduta por meio de fórmulas gerais explícitas (“*Todos os homens devem tirar o chapéu ao entrar na igreja*”) parece clara confiável e segura. Os aspectos que devem ser entendidos como orientações gerais de comportamento são então identificados por meio de palavras; são distinguidos e separados verbalmente, e não deixado mesclados com outros num exemplo concreto.³⁶⁸

Entretanto, o uso das normas gerais também pode gerar dúvidas, na sua aplicação, pois, existe na linguagem geral uma limitação “*não apenas no terreno da norma, mas em todos os campos da existência*”. Se não fossem os casos familiares e corriqueiros, que se repetem, sem provocar dúvidas sobre a aplicação da norma, o uso das normas gerais, como instrumento de regulamentação, seria inútil. Essa imprecisão, na regulamentação, Hart denomina de *textura aberta*³⁶⁹.

Assim, nos casos não triviais, o uso da norma geral não se resumirá no silogismo kelseniano, de simples subsunção do fato à norma, a fim de se chegar a correta solução. “*Em vez disso, a linguagem da norma agora parece apenas assinalar um exemplo vinculante, isto é, aquele constituído pelo caso evidente*”. O aplicador da norma não tem “*alternativa senão a de*

³⁶⁷ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 162.

³⁶⁸ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 163.

³⁶⁹ Destaca Hart que “*os cânones de “interpretação” não podem eliminar essas incertezas, embora possam minorá-las, pois esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso de linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretações*” (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 164).

examinar (como quando se utiliza um precedente) se o caso presente se assemelha “suficientemente” ao caso simples sob os aspectos “pertinentes”.³⁷⁰

O autor conclui que a imprecisão é típica da condição humana e, portanto, da linguagem. Mas, mesmo diante desse resultado, não se deve buscar confeccionar normas muito detalhadas a ponto de evitar dúvidas; primeiro, *“pela nossa relativa ignorância dos fatos”*, segundo, pela *“relativa imprecisão de nossos objetivos”*, quando da regulamentação:

Se o mundo no qual vivemos tivesse apenas um número finito de característica, e estas, juntamente com todas as formas sob as quais podem se combinar, fossem conhecidas por nós, poderíamos então prever de antemão todas as possibilidades. Poderíamos criar normas cuja aplicação a casos particulares nunca exigiria uma escolha adicional (...). Esse seria um mundo adequado a uma jurisprudência “mecânica”. Esse não é evidente o nosso mundo; os legisladores humanos não podem ter o conhecimento de todas as combinações possíveis de circunstâncias que o futuro pode trazer³⁷¹.

Diante dessas considerações, torna-se imprescindível a análise do formalismo jurídico que, diante da norma posta, tenta negar ou minimizar qualquer necessidade de escolha, pelo aplicador. Segundo Hart, essa corrente doutrinária congela o sentido da norma para que tenha a mesma aplicação, em todos os casos. *“Isso, assegura alguma certeza ou previsibilidade, ainda que à custa de prejudicar cegamente o que fazer numa gama de casos futuros, cuja natureza ignoramos”*³⁷²

Para Hart, normas de aplicação, sem nova orientação oficial, e sem considerar questões sociais, e normas que possibilitam a aplicação em consideração ao caso concreto são, ambas, necessidades sociais, que devem ser conciliadas pelo ordenamento jurídico³⁷³. Depreende-se, portanto, que a discricionariedade dada pela norma ao operador do direito não

³⁷⁰ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 165.

³⁷¹ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 166/167.

³⁷² HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 168.

³⁷³ HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 168.

compromete o sistema jurídico. Pelo contrário, deve integrá-lo, como condição necessária à sua existência³⁷⁴.

Corroborando com este entendimento Francisco Amaral salienta que “*a segurança jurídica, significando a estabilidade nas relações e a garantia de sua permanência, justifica o formalismo no direito e encontra no positivismo o seu principal fundamento teórico*”. Entretanto, ressalta que “*hoje em dia nota-se uma perda crescente da importância da segurança jurídica, em prol da realização da justiça e do bem comum*”³⁷⁵.

A segurança jurídica é um princípio essencial ao Estado de Direito, pois proporciona às pessoas certeza em relação ao Direito, ao qual se submetem, e previsibilidade, quanto ao resultado esperado na aplicação das normas. Entretanto, é também garantia aos cidadãos a discricionariedade dada pelo sistema jurídico ao aplicador do direito, na consideração das peculiaridades de um caso concreto não ordinário, corriqueiro ou trivial.

Não se pode, na sustentação de um formalismo exacerbado, desconsiderar a necessidade de escolha na decisão de determinados casos, diante da *textura aberta* da norma. Os direitos e garantias trazidos pelo sistema jurídico não podem ser “esmagados”, à custa da forma e rigidez.

5.2.2 Legitimidade sucessória. Princípio da igualdade

Diante das considerações propostas, a concessão do direito à herança dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, *post mortem*, merece resposta mais atenta à dinamicidade da realidade social e não deve ser tolhida pela simples observância da segurança jurídica. Neste sentido, afirma Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho:

No nosso modo de sentir não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso,

³⁷⁴ Hart afirma que “os tribunais desempenham uma função normativa que os órgãos administrativos também desempenham nuclearmente, ao elaborar padrões variáveis”. Ele critica os Tribunais Ingleses que, na opinião do autor, “frequentemente desmentem essa função criadora e insistem em que a função adequada da interpretação jurídica e do uso do precedente são, respectivamente, buscar a “intenção do legislador” e fazer referência ao direito já existente” (HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 176).

³⁷⁵ AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Ver., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 18/19.

não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório³⁷⁶

Maria Berenice Dias, em consonância, afirma ser inaceitável a supressão do direito de herança, na fecundação *post mortem*, *in verbis*: “*determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (CC 1.784), mesmo que não nascidos (CC 1.798) e até a pessoa ainda não concebida (CC 1.799), nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido post mortem*”.³⁷⁷

Deve considerar, também, que o fundamento levantado, que aponta para a não concessão da herança, na sucessão legítima, fica abalado, quando a situação, em comento, é comparada, com filhos gerados, em vida, mas reconhecidos, passados muitos anos da morte de seu genitor, por intermédio da ação de investigação de paternidade. A ação de investigação de paternidade pode ser intentada, a qualquer tempo, mesmo após a morte do interessado, nas hipóteses trazidas no art. 1.606 do Código Civil. Reconhecida a paternidade, o filho (ou seus herdeiros) terá direito à herança do genitor falecido.

Os filhos reconhecidos, por ação de investigação de paternidade, intentada em momento posterior à morte de seu pai, podem provocar a reabertura da partilha, sendo-lhe garantido o direito à herança. Destaca-se que, nesse caso, o processo de inventário é realizado, sem a expectativa de existência de outro herdeiro, que não os arrolados naquele feito. Muitas vezes, nem o próprio falecido, durante sua vida, sabia da existência do filho, tardiamente reconhecido. Ainda que passados muitos anos da partilha, porém, o herdeiros reconhecido poderá pleitear a herança, sem levantar qualquer dúvida quanto ao seu direito ou legitimidade sucessória.

Albuquerque Filho, ratificando o entendimento supra, afirmou: “*(...) havendo ação de investigação de paternidade post mortem julgada procedente, (...) modificaria substancialmente a vocação hereditária, donde se conclui que a segurança jurídica no procedimento sucessório é sempre relativa*”³⁷⁸.

A existência, após a morte do genitor, de um filho havido por fecundação artificial homóloga, pode ser considerada mais planejada ou, ao menos, mais esperada, que a manifestação

³⁷⁶ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB/Thomson, p. 169-191, 2006, p. 173/174.

³⁷⁷ DIAS, Maria Berenice. *Manual da Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

³⁷⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB/Thomson, p. 169-191, 2006, p. 174.

de um filho, gerado em vida, ainda não reconhecido. No primeiro caso, para o nascimento, foi necessário o armazenamento de material biológico, destinado a futura fecundação e geração de novo ser e, a partir da nova Resolução do Conselho Federal de Medicina, autorização expressa. No segundo caso, nem mesmo o falecido poderia esperar um filho, fruto de relacionamento, às vezes, curto e descompromissado.

Ademais, conforme sustentou-se, o princípio constitucional da igualdade, estampado nos artigos 5º, *caput*, e 226, §6º, da Constituição da República, impede o cerceamento do direito à herança, no caso em questão. Não há, entre os filhos, nascidos por meio natural ou artificial, qualquer motivo que autorize desigualá-los, para fins de tratamento jurídico diferenciado, na legislação vigente.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em análise a esse princípio, afirma que o preceito da igualdade pode voltar-se, tanto para o legislador, quanto para o aplicador do Direito: à lei é defeso privilegiar ou perseguir e, em fazendo-a cumprir, não se pode dar tratamento diverso àqueles abrangidos por ela. Reconhece, entretanto, o autor, a possibilidade de fazer-se distinções, para o alcance da igualdade, obedecendo-se a máxima de Aristóteles, segundo o qual a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. A partir de então, faz o seguinte questionamento: “*o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais?*”.³⁷⁹ No caso em tela, poderíamos diferir, sem ferir o princípio da igualdade, os filhos gerados por procriação medicamente assistida, *post mortem*, dos filhos que já nascidos ou concebidos, em vida, para fins sucessórios?

Afirma, Celso Antônio Bandeira de Mello que, para identificar se um critério legal, escolhido para diferenciar e proporcionar aplicação de regimes jurídicos diversos, ofende a igualdade, deve-se considerar, cumulativamente: o fator tomado para desigualar, se há lógica na diferenciação e se essa justificativa racional está, concretamente, em consonância com o ordenamento jurídico constitucional. Exige-se “*uma correlação lógico abstrata entre o fator diferencial e a diferenciação conseqüente (...) e uma correlação lógico concreta, ou seja, aferida em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional*”.³⁸⁰

Quanto ao critério, explica Celso Antônio Bandeira de Mello que o regime diferenciado deve ser resultado da tomada de um fator diferenciador inerente às pessoas a que se destina; critério que as torne efetivamente distintas. Nunca um elemento externo. Para o autor, as

³⁷⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 9/11.

³⁸⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17.

pessoas podem e devem ser “*legalmente desequiparadas em razão da raça, ou do sexo, ou da convicção religiosa (art. 5º. caput da Carta Constitucional)*”. O problema não está no critério, mas em sua relação lógica, com o tratamento diferenciado, aplicado em sua razão. O fator diferenciador deve guardar uma correlação lógica, com o regime jurídico diferenciado que dele resulta. E esse vínculo lógico, entre o critério do *discrimen* e a diferenciação, deve ser compatível com os preceitos constitucionais. O que a Carta Magna impede é a utilização, *per se*, dos traços diferenciadores, elencados no artigo 5º, *caput*, para aplicação de tratamento àqueles sujeitos à norma jurídica.³⁸¹

No caso em comento, o critério de “desequiparação”, eleito, por muitos juristas, para negar o direito à herança ao filho gerado por fecundação artificial homóloga, *post mortem*, não é inerente às pessoas a quem se pretende diferenciar. A segurança jurídica, aclamada para impedir o direito à herança dos filhos havidos, *post mortem*, não é critério legítimo para aplicar a estes descendentes, regime jurídico desuniforme. Ademais, o critério, segurança jurídica, não guarda relação lógica com a discriminação, nem resulta solução compatível com os preceitos constitucionais, que garantem tratamento igualitário, entre os filhos. Vale citar as lições de José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual “*se determinada regulação está em contradição intrínseca com a concepção global do sistema jurídico, isso pode ser um forte indício da violação do princípio da igualdade*”³⁸². Negar direitos decorrentes da filiação, ao filho concebido, após a morte de seu genitor, confronta todo o sistema legal de tratamento isonômico aos filhos (artigo 227, §6º, da Constituição da República, e artigo 1.596 do Código Civil de 2002).

Quanto à questão da existência ou não dos filhos, antes da morte – uma vez que, para legitimação sucessória, deveriam existir antes da abertura da sucessão -, vale, também, fazer referência às lições de Celso Antônio Bandeira de Mello. Segundo o Autor, quando a lei determina sua aplicação a partir de um termo temporal específico, “*não está, em rigor de verdade, erigindo o “tempo”, per se, como critério qualificador, como elemento diferencial*”, uma vez que o tempo é fator neutro, “*um condicionante lógico dos seres humanos*”³⁸³. No Direito Sucessório, a capacidade para herdar é dada às pessoas nascidas ou já concebidas, excluindo, a lei, as que ainda existirão, não por acolher um critério temporal, simplesmente (art.

³⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 17/22.

³⁸² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008, p. 1.296.

³⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 30/32.

1.798, do Código Civil de 2002). O legislador preocupou-se em tornar possível o fim da partilha dos bens deixados pelo falecido, pois, de contrário, esta sempre estaria sujeita a modificações. Não é o tempo, por ele mesmo, o critério usado para diferenciar, sob pena de, fazendo-o a lei, infringir o princípio da igualdade.

A possibilidade de findar-se a partilha, em período não muito extenso é, inclusive, o argumento que apontou-se para negar o direito à herança aos filhos gerados, após a morte do autor da herança. Mas, como o critério diferenciador não é o tempo, propriamente dito, o legislador criou exceções, como é o caso da prole eventual e dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, conforme estabeleceu o artigo 1.597, III, do Código Civil de 2002. Note-se que, para a prole eventual, a lei fixou prazo para concepção, em 2 anos, mas facultou ao autor da herança alterá-lo, por testamento (art. 1.800, §4º).

Os artigos 1.798 e 1.597, inc. III, do Código Civil, fazem presumir a concepção do filho havido, por fecundação artificial homóloga, na constância do casamento, em momento anterior à morte do genitor, mesmo que, efetivamente, tenha ocorrido após o falecimento. Esse dispositivo legal atende à proposta do legislador que, utilizando-se de um critério para diferenciar, criou exceções, para garantir a isonomia, entre iguais. O transtorno criado, para reabertura da partilha, seria o mesmo causado num caso de uma paternidade, reconhecida *post mortem*, ou quando da concepção e nascimento de pessoa beneficiada em testamento, como prole eventual.

Caso o genitor falecido seja a varoa, seus filhos, gerados, após a morte, por maternidade de substituição, também, deveriam ser contemplados na sucessão legítima, pelos mesmos argumentos acima apontados, mesmo não havendo presunção jurídica, fixando a concepção em vida. Ainda que não haja determinação legal expressa - o art. 1.597, inc. III, do Código Civil, refere-se apenas, à morte do marido – os filhos concebidos *post mortem* devem suceder nos bens deixados pela mãe, em igualdade aos demais herdeiros, já existentes ao tempo da abertura da sucessão, obedecendo ao ditame constitucional da igualdade.

Quanto aos companheiros, a ausência de presunção de filiação não ilide o direito de seu reconhecimento pelo vínculo biológico, por ação própria. Comprovada a filiação, a criança gerada, também, deverá ter a legitimidade sucessória de seu genitor falecido, nos mesmos fundamentos acima³⁸⁴.

³⁸⁴ Neste sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, afirma que, não se admitindo a presunção de filiação também a união estável, o filho póstumo deverá propor ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, para concorrer à herança. ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post*

Seria, pois, legítima, a fixação de prazo, para que a concepção, *post mortem*, ocorra. Stela Marcos de Almeida Neves Barbas afirma ser “*imperioso fixar os limites temporais dentro dos quais se poderá realizar, bem como proceder à correlativa modificação das normas do direito das sucessões*”³⁸⁵. Eduardo de Oliveira Leite propõe que o prazo para a concepção seja o mesmo inicialmente estabelecido para as disposições à prole eventual, ou seja, 2 anos. Sugere, o autor, que a redação do artigo 1.798 do Código Civil passe a constar a seguinte modificação: “*Legitima-se a suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após a abertura da sucessão*”³⁸⁶. Ressalvando os aspectos de grafia e a impropriedade no termo “concepção artificial”, a proposta do prazo parece uma solução que concilia as posições doutrinárias, a respeito da legitimação sucessória. Defende, também, a fixação de igual prazo, Carlos Cavalcante Albuquerque Filho.³⁸⁷ Maria Berenice Dias, entretanto, afirma que não há justificativa para essa limitação, fazendo lembrar não existe limite “*para o reconhecimento da filiação por meio de investigação de paternidade, e somente o direito de pleitear a herança prescreve no prazo de 10 anos (cc 205)*”³⁸⁸.

Como afirmado acima, o tempo, propriamente dito, não pode ser critério para diferenciar as pessoas, perante a lei, mas os fatos e acontecimento separados por um marco temporal. Se a lei entendeu, como razoável, o prazo de 10 anos, para possível reabertura da partilha, ou seja, se o legislador consentiu em privilegiar o direito à herança, em detrimento da segurança jurídica, pelo prazo de 10 anos, não há razão para determinar menor período, para a realização de concepção, *post mortem*. Resguardada essa isonomia, a fixação de prazo é legítima, e não afronta os ditames Constitucionais, principalmente, considerando-se que nenhum princípio é absoluto.

Quanto ao consentimento deixado pelo falecido, conforme sustentado, sua ausência não poderia impedir o direito da criança gerada ao reconhecimento da filiação, até mesmo pela falta de exigência legal. Reconhecida, então, a paternidade/maternidade, o direito sucessório se impõe. Qualquer disposição deixada, em instrumento público ou particular, para suprir o direito

mortem e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB/Thomson, p. 169-191, 2006, p. 186.

³⁸⁵ BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 17/18.

³⁸⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*, v.6: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 71.

³⁸⁷ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. *Fecundação artificial post mortem* e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB/Thomson, p. 169-191, 2006, p. 188.

³⁸⁸ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 124.

de filhos póstumos à legítima deve ser considerada como não escrita, sob pena de admitir-se uma nova hipótese para a deserdação. Se o testador, por lei, não pode limitar, restringir ou gravar, com ônus, a legítima, quanto mais excluir um herdeiro!

Deve ser válida e aconselhável a determinação da destruição de sêmen ou óvulo armazenado (células sexuais), como o é exigido pelo Direito Português. Mas, realizada essa disposição, e caso não haja dela observância, realizando-se a concepção *post mortem*, ainda assim, não deve a criança ser penalizada. Os herdeiros prejudicados, com eventual reabertura da partilha, poderiam pleitear ação de reparação contra o médico (que, pela Resolução n. 1.957/10, deveria possuir documento deixado pelo falecido, autorizando o procedimento) e contra o genitor que requereu a feitura do procedimento. Mais: poderia a legislação civil estabelecer a esse genitor penalidades semelhantes às previstas no parágrafo único do artigo 1.816 do Código Civil de 2002, ou seja, eventuais bens herdados pela criança concebida, após a morte daquele que não autorizou a procriação medicamente assistida, e determinou, expressamente, a destruição de seu material biológico armazenado, não poderiam ser objeto de usufruto e administração pelo outro genitor, ou, ao menos, sucedidos futuramente por esse.

É interessante observar que Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *contrario sensu*, admite o reconhecimento da filiação, para os filhos gerados *post mortem*, mas não para fins de direitos sucessórios. Segundo o autor, a criança apenas poderia propor ação de reparação “*dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar (...), com fundamento na responsabilidade civil*”³⁸⁹. Vê-se, entretanto, que a melhor solução para as questões decorrentes da utilização das técnicas de reprodução assistida, em vida ou *post mortem*, não pode indicar caminho que prejudique a criança a nascer. O ser humano gerado pelas novas possibilidades decorrentes da inovação tecnológica, no campo da Ciência da vida, não pode ser visto como meio. Cabe ao Direito, assegurar-lhe sua dignidade, como pessoa. Nas palavras do próprio Guilherme Calmon Nogueira da Gama, é “*(...) imperioso harmonizar a dignidade da pessoa humana ao progresso científico e tecnológico, porquanto este deve tender sempre a primorar e melhorar as condições e a qualidade de vida das pessoas humanas e não o inverso*”.³⁹⁰ Assim, também, observou Ednês Maria Sormani Garcia, analisando o princípio da

³⁸⁹ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 733.

³⁹⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 131.

dignidade humana, aplicado à família. Segundo a autora, o ordenamento, à luz desse princípio, privilegia os valores existenciais, principalmente em relação aos filhos, *verbis*:

Observa-se que o constituinte, ao eleger a dignidade da pessoa humana como fundamento da república e subordinar as relações jurídicas patrimoniais a valores existenciais, consegue despatrimonializar tais relações também no que tange à filiação, passando o extenso conjunto de preceitos reguladores do regime patrimonial a ser informado pela prioridade absoluta da pessoa do filho³⁹¹.

Para a resposta apresentada, nesta pesquisa, a dignidade da pessoa humana, como qualidade inerente a todo ser humano, fazendo-o merecedor da proteção e ação, por parte do Estado e da sociedade, na efetivação de direitos e deveres fundamentais, não permite a conclusão que supre do filho póstumo os direitos decorrentes da filiação, privilegiando-se direito patrimoniais dos demais e ferindo o direito constitucional da igualdade. O valor da pessoa do filho gerado, *post mortem*, é suficiente para assegurar-lhe o direito a concorrer na sucessão legítima de seu genitor. Mesmo não sendo a dignidade da pessoa humana um direito absoluto - e sim, passível de relativização - há um núcleo intangível que impede a coisificação do ser humano, garantindo-lhe ser sempre fim e não meio³⁹².

³⁹¹ GARCIA, Ednês Maria Sormani. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a leitura do Novo Código Civil em relação a família*. In: Hironaka. Giselda Maria Fernandes Novaes (coord. E co-autora). Novo Código Civil. Interfaces no Ordenamento jurídico brasileiro. p. 267.

³⁹² SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: livreria de Advogado, 2001, p.60 e 138.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As técnicas de procriação assistida representam uma conquista da sociedade moderna. Como quase todos os outros intentos humanos, interessam ao sistema jurídico, tanto em relação ao processo, quanto aos efeitos. Ao possibilitar o nascimento de uma nova vida, a Fecundação Artificial tem tomado espaço no cenário jurídico, na tentativa de estabelecimento de parâmetros que impeçam qualquer desrespeito às garantias e direitos fundamentais das pessoas envolvidas no procedimento, especialmente, àquela ser gerada.

Entretanto, a regulamentação jurídica dessa matéria não é tarefa fácil. Diante do afastamento do ato sexual da procriação, o Direito perdeu a solidez de seus fundamentos, quanto ao estabelecimento da filiação e dos efeitos sucessório, provocando a releitura de estruturas basilares e redefinição de premissas fundamentais. O alargamento das formas de família, reconhecidas, em sede constitucional, também, abrem caminho para novas possibilidades, agravando as fendas nas bases da legislação cível.

Não obstante as dificuldades enfrentadas, na resolução destes novos desafios, em análise do Direito Civil, à luz dos ditames constitucionais, é de concluir-se, que o Direito, deve criar soluções que, de modo algum, prejudiquem ou inibam direitos da criança, fruto da utilização das técnicas, seja durante a vida dos genitores ou após a sua morte. Todos os direitos reservados aos filhos, havidos ou não na constância do casamento, naturais ou adotivos, devem ser assegurados aos gerados por meios de procriação medicamente assistida, ocorrida em vida, ou após a morte de um dos genitores. No rol desses direitos, está a garantia à herança.

Mesmo diante da incômoda possibilidade de reabertura da partilha, a criança gerada, após a morte de um dos genitores, através de técnicas de procriação assistida homóloga, deve ter preservados seus direitos sucessórios, a partir do reconhecimento da filiação, preterindo-se a igualdade dos filhos à segurança jurídica.

Se fruto de um planejamento, criado a partir relação matrimonial, mesmo que os vínculos do casamento estejam dissolvidos pela morte (e desde que o cônjuge supérstite não haja estabelecido novo relacionamento), pela ficção jurídica estabelecida pelo artigo 1.597, III, do Código Civil, estabelecer-se-á a filiação - o que exige o deferimento ao descendente póstumo do direito a concorrer na sucessão legítima do genitor falecido. Ainda que o artigo em comento se refira a hipótese de falecimento do homem, presumindo, então, a paternidade, caso haja o falecimento da genitora e, ocorrida a maternidade de substituição – não defesa pelo

ordenamento-, o efeito aplicado ao filho gerado deve ser o mesmo, respeitando-se o princípio da igualdade.

Para a união estável, como não há a presunção de filiação dos filhos gerados no período de sua vigência, não se pode admitir a aplicação do art. 1.597, III, no caso de utilização de material biológico de um dos companheiros falecidos. Reconhecida, porém, a paternidade/maternidade, por ação própria, imperiosa é a atribuição dos mesmos direitos que possuem os filhos, já reconhecidos - dentre eles, o direito à sucessão legítima.

Destaca-se que, nas técnicas em que a fecundação ocorre antes da morte - e, apenas a transferência dar-se, após a morte de um dos genitores - a capacidade sucessória é cristalina e encontra respaldo no art. 1.798 do Código Civil.

Para a sucessão testamentária, não poderia o genitor haver estabelecido, em testamento, quinhão específico ao filho a ser gerado, uma vez que a deixa, em favor da prole eventual, exige que esta seja fruto de pessoa indicada pelo testador, desde que viva, na abertura da sucessão. Para beneficiar este filho póstumo, todavia, pode o genitor deixar-lhe porção da herança, identificando-o, em testamento, como filho ainda não concebido de seu cônjuge supérstite. O prazo para a validade dessa disposição deve obedecer ao limite estabelecido pelo §4º, do artigo 1.800 do Código Civil de 2002 (2 anos), caso não haja o testador estabelecido de modo diverso.

Entretanto, não se nega que ficar a partilha dos bens deixados por uma pessoa em possibilidades de reabertura infinita, não atende à segurança que se espera ser atribuída pelo Direito, em todos os procedimentos que regula. A segurança, contudo, não pode representar fator que autorize a desigualdade, entre filhos, ferindo princípio e garantia constitucionais. Assim, para concorrer na sucessão legítima, a concepção do filho póstumo e o pedido de reivindicação da herança, deve atender ao prazo máximo de 10 anos - o mesmo que possuem filhos concebidos, em vida, para ajuizarem ação de petição de herança. Como ordenamento jurídico brasileiro considera esse prazo razoável, para provocar a reabertura da partilha, atendendo ao direito dos filhos preteridos, o mesmo prazo deve ser respeitado à concepção e requerimento do filho póstumo.

Deve-se observar, ainda, que qualquer disposição testamentária que queira suprimir dos filhos havidos, após a morte, direito a concorrer na sucessão legítima, deve ser entendida como não escrita, uma vez que ultrapassa os poderes conferidos pela lei ao testador. Seria possível (e aconselhável) que aquele que deixou armazenado material biológico e não quer que este seja utilizado, depois de sua morte, estabelece, em testamento, proibição expressa e

determinação de destruição dos gametas. Entretanto, caso isso não ocorra e sua vontade seja desrespeitada pelo cônjuge supérstite e pelos profissionais que, porventura, vieram realizar técnicas de procriação, não poderá a criança gerada ser embaraçada em seus direitos. Caberia aos demais herdeiros, prejudicados com a concepção do filho póstumo, pleitear Ação de reparação civil, em desfavor dos responsáveis pela realização do procedimento. Em regulamentação específica, poderia a lei prever, na ocorrência dessa hipótese, penalidade ao cônjuge supérstite, semelhante às previstas no parágrafo único do artigo 1.816 do Código Civil, tornando defeso ao genitor que infringiu a vontade do testador usufruto ou administração dos bens herdados pelo filho concebido e a sucessão eventual desses bens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL. Francisco. *Direito civil: introdução*. 5. ed. Ver., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 659p.

ARGENTINA. Código Civil de La República Argentina de 1869. 36. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. 1997.

ASCENSÃO. José de Oliveira. *Direito Civil. Teoria Geral*.v.I. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. 399p.

ASCENSÃO. José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 328, p.69-80, out/dez, 1994.

ALBALADEJO, Manuel. *Curso de Derecho Civil*. vol. 5. Barcelona: José Maria Bosch Editor, S. L. 1997, 420p.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de. Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família*. Família e Dignidade Humana. São Paulo: IOB/Thomnon, p. 169-191, 2006.

BARBAS. Stela Marcos de Almeida Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998, 328p.

BARROSO, Luís Roberto. *Neo Constitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional do Brasil)*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 203-269p.

BERTI. Sima Mendes. *A responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey. 2008, 251p.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Sucessões*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938, 440p.

BRASIL. Código Civil de 1916. Novo Código Civil Brasileiro. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Estudo Comparativo com o Código Civil de 1916. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

BRASIL. Código Penal de 1940. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 6. ed. São Paulo: Saraiva

BRASIL. Constituição (1988). Códigos Civil, Constituição Federal e Legislação Complementar. 17. ed. 2011.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil de 1824. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>> Acesso em: 26 abr. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1099256 / RJ. Agravo Regimental no Recurso Especial. 2008/0230107-2. Rel. Ministro Massami Uyeda (1129). Publicado em 27 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1099256&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>> Acesso em: 28 ago 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 805806/RJ. Recurso Especial 2005/0206435-0. Rel. Ministra Denise Arruda. Publicado em 18 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=REsp+805806&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=3>> Acesso em: 26 ago 2010.

CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 832p.

CAMARGOS. Aroldo Fernando, e Outros. *Ginecologia Ambulatorial. Baseada em evidências científicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Coopmed, 2008. 1.018p.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008. 1.522p.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath. *Lições de Direito das Sucessões*. vol. 1. 3. ed. Coimbra: Coimbra.1993, 371p.

CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2008, 461p.

CATEB. Salomão de Araujo. *Direito das Sucessões*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011, 469p.

CHINELATO, Silmara Juny. *Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro*, In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (coords.). *Novo Código Civil: questões controvertidas*. v.6. São Paulo: Método, 2007.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Conselho Federal de Medicina estabelece novas normas para reprodução assistida. Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21235:conselho-federal-estabelece-novas-normas-para-reproducao-assistida&catid=3>. Acesso em: 06 nov. 2011.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Jornadas de Direito Civil I, III, IV. Enunciados Aprovados. Disponível em:

<<http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>>. Acesso em: 18 abr. 2011

CORTE-REAL, Carlos Pamplona. *Os efeitos familiares e sucessórios da procriação medicamente assistida*. In: ASCENÇÃO, José de Oliveira (coord.). Estudos de Direito da Bioética. Coimbra: Almedina. 2005. 328p.

CORTE-REAL, Carlos Pamplona; PEREIRA, José Silva. *Direito da Família. Tópicos para uma reflexão crítica*. Lisboa: AAFDL. 2008. 186p.

DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, 656p.

DIAS, Maria Berenice. *Manual da Sucessões*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. 688p.

DE CICCIO, Maria Cristina. *Breves palavras sobre a constitucionalização do Direito Civil na perspectiva de Pietro Perlingieri* in PERLINGIERI, PIETRO. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. aum. e atual. conforme o novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002) e a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva. 2006. 966p.

ESPANHA. Código Civil 1889. 33. Ed. España: Arazandi. 2008.

FIUZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 11. ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.

FRANÇA. Code Civil. 28^a. ed. Paris: LexisNexis Litec. 2009.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol 1. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, CCXXI e 522p.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das Leis Civis*. vol 2. Prefácio de Ruy Rosado de Aguiar. Ed. fac. sim. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, 523/774p.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da paternidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 1050p.

GARCIA, Ednês Maria Sormani. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a leitura do Novo Código Civil em relação a família*. In: Hironaka. Giselda Maria Fernandes Novaes (coord. E co-autora). Novo Código Civil. Interfaces no Ordenamento jurídico brasileiro. 520p.

GOMES, Orlando. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983. 346p.

GONÇALVES. Diogo Costa. *Pessoa e Direitos de Personalidade*. Fundamentação Ontológica da Tutela. Coimbra: Almedina. 2008. 108p.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Pós-escrito organizado por Penélope A. Bulloch e Joseph Raz; tradução de Antônio de Oliveira Sette-Câmara; revisão da tradução Marcelo Brandão Cipolla: Editora WMF Martins Fontes, 2009. 000 p

LASALA, José Luis Pérez. *Derecho de Sucesiones*. Tomo I. Parte General. Buenos Aires: Depalma, 2010, 853p.

LEITE. Eduardo de Oliveira. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões*. Art. 1.784 a 2.027. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. V. XXI.

LEITE. Eduardo de Oliveira. *Direito Civil Aplicado*, v.6: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 397p.

LEITE. Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. 480p.

LEITE. Eduardo de Oliveira. *Temas de Direito de Família*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1994, 000.

LIMA, João Batista de Souza. *As mais antigas normas de direito*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1983.

LORENZETTI. Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998. p. 79

MAGALHÃES, Sandra Marques. *Aspectos Sucessórios da Procriação Medicamente Assistida Homóloga Post Mortem*. Coimbra: Coimbra editora. 2010. 196p.

MAXIMILIANO. Carlos. *Direito das Sucessões*. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1942, 567p.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Os embriões humanos mantidos em laboratório e a proteção da pessoa: o novo código civil brasileiro e o texto constitucional*. In BARBOSA, Heloísa Helena; e Outros. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 257p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 48p.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: 1.0024.07.768205-2/001(1) . Rel. Desembargador Armando Freire. Publicado em 14 novembro de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0064&ano=07&txt_processo=000440&dv=9&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=98018&pesquisar=Pesquisar> Acesso em: 26 ago 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: 1.0064.07.000440-9/001(1) . Rel. Desembargador Almeida Melo. Publicado em 22 janeiro de 2009. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/juris_resultado.jsp?numeroCNJ=&dvCNJ=&anoCNJ=&origemCNJ=&tipoTribunal=1&comrCodigo=0064&ano=07&txt_processo=000440&dv=9&complemento=001&acordaoEmenta=acordao&palavrasConsulta=&tipoFiltro=and&orderByData=0&orgaoJulgador=&relator=&dataInicial=&dataFinal=30%2F05%2F2011&resultPagina=10&dataAcordaoInicial=&dataAcordaoFinal=&captcha_text=65377&pesquisar=Pesquisar> Acesso em: 26 ago 2010.

MIRANDA. Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, v. 6: direito das sucessões. 37. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 340p.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. *A Constitucionalização do Direito Civil e seus Efeitos sobre a Responsabilidade Civil*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 435-453p.

MUNARETTO, Eduardo. *Clonagem Humana: realidade ou Utopia? Alguns aspectos técnicos, éticos e jurídicos*. In BARBOSA, Heloísa Helena; e Outros. *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, 257p.

NADER. Paulo. *Curso de Direito Civil*. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Forense, 2009, 532p.

NÓBREGA, Vandick L. da. *Compêndio de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1971. 471p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito Civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 322p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito de Família. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, 413p.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Direito das Sucessões. vol. VI. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. 413p.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola. 2000. 527p.

PERLINGIERI, PIETRO. *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. 1161p.

PERLINGIERI, PIETRO. *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Tradução: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.359p.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família Contemporâneo*. 3. ed. Lisboa: AAFDL, 2010, 786p.

PINHEIRO, Jorge Duarte. *Direito da Família e das Sucessões*, vol. I, Lisboa: AAFDL, 2007.

PORTUGAL. Código Civil de 1966. 3. ed. Coimbra: Almedina. 2005.

PORTUGAL. Lei n. 32 de 26 de julho de 2006. Disponível em: <<http://www.ers.pt>>. Acesso em: 27 de maio de 2011.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade: aspectos jurídicos e técnicas de inseminação artificial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, 348p.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2008. 110p.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro, 2003, 2259p.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 309-320p.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.598p.

TJMG. Proc n. 1.0064.07.000440-9/001(1). Rel.: Des. Almeida Melo. Data do julg.:15/01/2009. Data da pub.:22/01/2009.

TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das Sucessões*. Noções Fundamentais. 6. ed. (reempresão). Coimbra: Coimbra.1996. 340p.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: livraria de Advogado, 2001, 164p.

SARMENTO, Daniel. *Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda*. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 113-148p.

SCHEIDWEILER, Cláudia Maria Lima. *A reprodução humana medicamente assistida, sua função social e a necessidade de uma legislação específica*. In MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; e Outros. *Biodireito em Discussão*. Curitiba: Juruá, 2008, 177p.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Edições Loyola. 1996, 686p.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito*. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 1009p.

VARELA, João de Matos Antunes. O Movimento de Descodificação do Direito Civil. In: BARROS, Hamilton de Moraes e. [et al.]. *Estudos jurídicos em homenagem ao professor Caio Mário da Silva Pereira*. Rio de Janeiro: Ed Forense, 1984.