

DIREITO SUCESSÓRIO DA PROLE EVENTUAL EM FACE DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Larissa Lavínia Ferreira Lima Souza da Silva¹

Jamil Musse Netto²

Daiane Zappe Viana Veronese³

RESUMO

O presente artigo trata sobre o direito sucessório da prole eventual em face da sucessão testamentária, trazendo informações de que forma a ausência do direito sucessório da prole eventual viola o princípio da isonomia. Sendo que o direito sucessório em seus princípios basilares, tem como requisito, que o sucessor esteja vivo para que possa herdar o patrimônio deixado pelo espólio. No entanto existe a chamada prole eventual, o filho que ainda não nasceu, mas que possui direitos resguardados, com igualdade de direitos como o filho que já está em vida. Onde os filhos “vivos”, não possuem distinção em relação aos filhos que ainda não foram concebidos. Segundo a doutrina o direito partilhar a herança é concedido igualmente para com os filhos do espólio, sob a justificativa do princípio da isonomia, que é considerada como cláusula pétrea, onde todos são iguais perante a constituição e o código civil, de acordo interpretação legislativa. Tendo todos os filhos sem distinção o direito de suceder de forma igualitária.

Palavras-chave: direito de herdar; herdeiro; prole; violação; filhos vivos.

1 INTRODUÇÃO

A ausência do direito sucessório da prole eventual viola de forma direta o princípio da isonomia relacionados aos filhos legítimos, no que diz respeito a uma expectativa de direito que ainda não foi concebida.

¹ Graduanda do curso de direito do Centro Universitário Nobre de Feira de Santana - UNIFAN, e-mail: Larissalavinia1@outlook.com.

² Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Formado no Centro Universitário Estácio de Ribeirão Preto, e-mail: Jamil.musse@hotmail.com.

³ Professora orientadora da disciplina Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) II do Centro Universitário Nobre (UNIFAN), e-mail: advogadadaiane@hotmail.com.

Este estudo foi realizado com o objetivo de analisar a ausência do direito sucessório da prole eventual, analisando os pontos controvertidos estabelecidos na constituição sobre a não distinção entre os filhos legítimos e ilegítimos, mensurando os posicionamentos dos doutrinadores, verificando também no código sobre a sucessão testamentária da prole eventual concebida por fecundação artificial e ainda apontando os direitos perdidos do princípio da isonomia e a forma como a mesma viola o filhos legítimos.

Mostrando também que em contrapartida, de forma fortuitamente não existe uma legislação específica que venha assistir o direito do futuro filho, que poderá vir a nascer. Contudo, o seu progenitor não poderá estar em vida para ajudar a genitora a cuidar da família, conforme preceitua e encontra-se amparada no princípio da dignidade da pessoa humana e dentre outros princípios que serão mencionados no decorrer do trabalho.

A constituição por sua vez, não aborda de forma específica os pontos do direito da prole eventual como herdeiro, em virtude de ser um tema novo para o direito no qual ainda não foi aderido ao código civil no ramo do direito sucessório. Desse modo é possível vislumbrar que a legislação não traz uma separação dos filhos legítimos e ilegítimos, nem um amparo para sucessão do filho que ainda não foi concebido.

Os doutrinadores por outro lado, trazem vários posicionamentos sobre o respectivo tema, comparando a legislação já existente do código civil, na constituição federal, realizando entendimentos sobre o futuro filho e estabelecendo estudos para formação e criação de leis mais específicas sobre a respectiva problemática (RIBEIRO, 2018).

Apesar de não ter uma pacificação a respeito do tema citado anteriormente, o tema e os constantes debates entre ele, não deixa de ter relevância na sociedade. Pois se trata de uma situação que antes era uma perspectiva, mas que se tornou uma realidade, tendo a necessidade de ser analisada. Visto que o direito não consiste apenas em uma análise estática, o magistrado utiliza a interpretação para além do que está consolidado.

Em virtude de ser tratar de vidas humanas, nas quais estão em constantes mudanças necessitam de amparo de forma legal e interpretação, pois com o passar do tempo a sociedade evolui e com ela o direito solicita isso dos magistrados. Assim o magistrado em suas análises levantará o questionamento para solução de

prerrogativa buscando responder que o filho ainda gerado é “menos importante” do que filhos que já se encontram vivos, ou não, baseando-se no código civil no regimento da ordem sucessória para interpretação (BERNARDO, 2018). De modo que há uma necessidade para com o direito de sucessão, da prole eventual ser assistida, mesmo que ainda esteja em uma expectativa de espera, mas que faz parte do cenário atual, já que o filho ainda não gerado, deve ser amparado para com o testador que tencione deixar parte da herança destinada para seu futuro filho, no intuito de não deixar sua família desamparada, mas sim de forma assistida, com fruto do seu labor e do que construiu. De forma que mesmo sem o testamento, verificando-se a necessidade do direito à herança para a prole eventual a mesma possa usufruir da titularidade do patrimônio do espólio para si, respeitando a constituição federal, amparada em respeito aos princípios legais que tem por direito e serão mencionados.

Como forma metodológica foram coletados dados por meio de pesquisas em sites acadêmicos, biografia de autores, entre outras formalizações para obter informações plausíveis a fim de trazer um estudo contributivo para a população como um todo, sobre o respectivo assunto.

2 O CÓDIGO CIVIL EM FACE DO DIREITO SUCESSÓRIO

Apesar do fim da existência do indivíduo, o seu patrimônio continua existindo e precisa ganhar uma destinação na sociedade.

Quando se fala, na ciência jurídica, em direito das sucessões, está-se tratando de um campo específico do direito civil: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte. É o direito hereditário, que se distingue do sentido lato a palavra sucessão, que se aplica também a sucessão entre vivos. (VENOSA, 2007, p. 73)

O direito civil na sua formação tem como uma de suas ramificações o direito das sucessões. Esse por sua vez é iniciado, com a morte do indivíduo, que deixa além de memórias o seu patrimônio que constituiu durante toda vida e labor.

Segundo Lôbo (2020), para que haja a sucessão hereditária são necessários dois requisitos: primeiro, o falecimento da pessoa física (*de cujos*); segundo, a sobrevivência do beneficiário, herdeiro ou legatário, respaldado pelo Princípio da Coexistência, contido no Código Civil, Art.1798.

Esse bem, após a morte do indivíduo, chamado então *de cuius*, passará a integrar o patrimônio de outrem. De modo que, quem irá receber essa herança não será qualquer pessoa, mas sim os seus sucessores. Esses herdeiros, podem ser classificados como legítimos ou testamentários. Tal distinção será analisada em sua particularidade conforme os preceitos do código civil. Sendo assim, o direito sucessório, trata-se de um conjunto de normas que procura regulamentar a titularidade do patrimônio do falecido para com seus sucessores.

As formas de sucessão, adotadas pelo ordenamento jurídico brasileiro são chamadas de sucessão legítima e testamentária (BARRADO, 2014). A primeira encontra-se positivada na norma jurídica, nas quais as regras são abordadas no código civil e trazem consigo alguns preceitos, por meios dos quais são usados para dar formalidade ao negócio jurídico e ao mesmo produza eficácia no âmbito jurídico. A segunda forma de sucessão citada, consiste na testamentária, que é quando ocorre a sucessão do bem de acordo com o ato de última vontade do falecido. De modo que o *de cuius* é transferido em parte ou total do seu bem. Sendo assim, a sucessão legítima ocorre independente de ter deixado ou não testamento, visto que se há espólio, há um herdeiro, e na hipótese de existir no testamento herança, a metade da herança (do patrimônio) será para os necessários e a outra parte para os herdeiros do respectivo testamento deixado.

A base do direito das sucessões encontra-se amparada nos artigos 1.784 a 2.027 do Código Civil, assim como na constituição federal de 1988. Assegura no seu artigo 5º o direito de herança. Regulamentando todo o regimento da referida sucessão desde o falecimento do espólio para troca de titularidade do herdeiro, seja sob a forma legítima ou testamentária (CARDIN, 2015).

O artigo 1.788 do código civil preceitua que morrendo a pessoa sem testamento, é transmitida 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.

É comum que na sucessão, a transferência da propriedade, ocorra para com os herdeiros legítimos. Esse por sua vez consiste em um exemplo de herdeiro necessário, no qual o descendente, é filho legítimo tendo direito da continuidade do patrimônio, amparado no artigo 1.846 do código civil, onde versa que pertence aos herdeiros necessários, o pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a

legítima (FARIAS; ROSENVALD, 2016). De modo que sem interrupção receberá a propriedade do falecido, através do inventário de partilha.

Esse processo será estabelecido de forma legal, sendo possível de duas formas: a extrajudicial e a judicial.

Na primeira, de acordo Yassue (2019) sua tramitação ocorre em cartório de notas e é utilizada perante a família como opção de sucessão quando não tenha nenhum tipo impedimento, onde todos os herdeiros concordam com a divisão dos bens estabelecida.

Já a segunda forma do inventário consiste na judicial, e é constituída em alguma dessas situações, tais como: algum impedimento como herdeiro incapaz ou menor; quando o *de cujus* deixou testamento; assim como quando existir um processo em litígio, ou mesmo que ainda estejam todos os requisitos e de comum acordo com todos os herdeiros, eles poderão dar entrada via judicial, sendo então opção facultativa para a família (YASSUE, 2019).

No entanto é importante salientar que se torna um ponto controvertido sob a ótica da prole eventual, no qual o indivíduo que ainda não nasceu ou até mesmo não foi concebido, não seria considerado como herdeiro, de acordo com o que preceitua o princípio da Coexistência, contido no Código Civil, Art.1798.

Vale frisar que o próprio artigo 227 da Constituição Federal trata de forma igual os filhos legítimos e ilegítimos, sendo eles concebidos na constância do casamento, ou antes, desse. Sendo assim o artigo descreve:

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

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010) (BRASIL, 2018).

É de referir que a legislação não traz a recepção quanto a distinção dos filhos legítimos ou ilegítimos. Apesar disso, quando se refere a prole eventual, o direito de herdar do indivíduo que ainda não nasceu não se encontra assistida de forma específica.

Situação essa que apesar da evolução do direito e evolução da sociedade como um todo, como consequência também das evoluções de família e de suas necessidades, foi possível até mesmo que o material genético (sêmen) do homem

fosse congelado e posteriormente, em momento oportuno, a mulher tenha a possibilidade de utilizá-lo para gerar seu filho, embora o pai, que agora é *de cujus*, não estivesse em vida (YASSUE, 2019).

Então o que antes era uma perspectiva para algumas famílias, com o desenvolvimento da engenharia genética, virou uma realidade na sociedade para as famílias que desejavam não ter filhos naquele momento, mas no futuro ou até mesmo por alguma dificuldade na saúde, esteja amparado por essa evolução.

No entanto apesar dessa evolução, o direito para com a herança da prole eventual, ainda não foi assistido com previsão específica do tema, que possa amparar a reprodução do filho do *de cujos*, tal como do doador do material genético.

2.1 DIREITO DE HERDAR

Com a morte do indivíduo, toda a sua rotina, planos, deveres e obrigações que são atribuídos a ele chegam ao fim, e nasci com a sua morte o direito de herdar dos seus sucessores (herdeiros legítimos ou testamentários).

O espólio deixa além de memórias e valores que não são materiais para com amigos e familiares, o seu patrimônio físico que é resguardado de plenos direitos. E através da sua ausência, o seu patrimônio é destinado a uma nova titularidade (YASSUE, 2019).

O direito brasileiro não tolera que com a morte os bens do falecido fiquem sem proprietário. Assim, conforme o disposto no artigo 1.784 do Código Civil, com a morte ocorre a transferência instantânea da titularidade dos direitos, visto que os bens são passíveis de sucessão aos seus sucessores de modo universal e unitário (GONÇALVES, 2017).

Visando amparar o legado que o *de cujos* deixou, assim como ajudar as pessoas que dependiam financeiramente dele, entre outras situações que cada família dispõe, a Constituição Federal de 1988, traz o direito aos herdeiros do espólio de herdar o patrimônio deixado (YASSUE, 2019). Esses recebem a herança de forma partilhada, ou seja, a sua cota é repartida, caso exista mais herdeiros do patrimônio do falecido.

Direito à herança não se confunde com direito a suceder alguém, porque antes da morte não há qualquer direito a suceder. Nessa errônea incorreu a doutrina tradicional, a exemplo de Carlos Maximiliano (1958, v. I, p.19). Antes da morte, há mera expectativa do direito, mas não direito constituído ou direito expectativa, porque sucessão não ocorreu, sendo apenas

eventual. Se a lei, antes da abertura da sucessão, restringir a ordem de vocação hereditária, ou se um provável herdeiro morrer antes do *de cujos*, quem poderia ser herdeiro deixa de o ser (LÔBO, Paulo. Volume 6. Pag. 42)

Amparada na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, é garantido o direito de herança de todo indivíduo. Sendo que a violação no artigo mencionado enseja reparação por dano moral e material, segundo a redação do mesmo artigo subscreve no seu inciso.

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

No entanto a constituição não delimita quem será o herdeiro. A mesma trata que o autor da herança como indivíduo possuía relações familiares ou de parentesco, inclusive os designados pelo testador, mas cabe por sua vez ao magistrado, analisar a ordem sucessória respeitando a constituição federal perante sua qualificação dos respectivos herdeiros, sendo ele amparado quanto ao direito de herdar que lhe é devido (YASSUE, 2019).

De acordo com Lôbo (2020) são legitimados para suceder, no direito brasileiro:

- a) As pessoas físicas;
- b) Os nascituros;
- c) As pessoas físicas ainda não concebidas, prole eventual de determinadas pessoas, contempladas em testamento. São os ainda *nondum concepti*, entes humanos futuros ou prole eventual, destinatários de sucessão testamentária (Código Civil, art. 1.799, I), ou de outros negócios jurídicos unilaterais, ou de estipulações em favor de terceiros.
- d) As pessoas jurídicas, designadas em testamento;
- e) As entidades não personificadas, porém existentes, como as sociedades em comum ou as sociedades em conta de participação, designadas em testamento;
- f) As pessoas jurídicas futuras, que serão constituídas com legados deixados pelo testador, só a forma de fundações.

2.2 SUCESSÕES LEGÍTIMA E TESTAMENTÁRIA

A sucessão legítima consiste na transmissão de titularidade do patrimônio deixado pelo falecido, para os herdeiros do mesmo, que na ausência de um testamento, se dá conforme as pessoas indicadas pela legislação civil dos beneficiários da herança. Há possibilidade de o testamento ser de forma parcial, visto que não tem a obrigatoriedade de ser total, sobre questão pessoal, e pode também ter caráter nulo ou anulável. Sendo assim a titularidade do patrimônio do falecido é transferida aos herdeiros necessários ou facultativos.

A sucessão legítima necessária, também denominada sucessão legitimária, provém da concepção, primitiva e antiga, de ter o patrimônio de ficar, primacialmente, no círculo estreito da comunidade doméstica. Com o advento do código civil de 2002, passaram a ser considerados herdeiros necessários os descendentes, ascendentes, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro sobrevivente. Na legislação anterior, o cônjuge sobrevivente não se incluía como herdeiros necessários. (LÔBO, 2020 p. 80)

A legitimidade para suceder, consiste em uma capacidade do direito das sucessões com os herdeiros, atribuída no artigo 1.798 do Código Civil, no qual se legitima a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Sendo assim, os herdeiros legítimos são definidos em lei e esses acompanham a ordem da vocação hereditária, conforme preceitua o artigo 1.829 do código civil. Por um tempo considerável a legislação brasileira tratou de forma desigual os filhos, frutos da constância do casamento e os que eram do antigo matrimônio. Podendo ser observado tal modificação no artigo 227 da Constituição Federal:

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

§ 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (BRASIL, 2018).

É notório que, com a modificação do texto constitucional, não implica em nenhuma discriminação entre os filhos, como antes ocorria. Trazendo, por conseguinte a igualdade para o reconhecimento dos filhos como herdeiros legítimos para a sucessão.

A sucessão legítima divide-se em sucessão necessária e sucessão legítima em sentido amplo. Os beneficiários da sucessão são os herdeiros definidos em lei, denominados legítimos, que se distinguem dos herdeiros testamentários, estes dependentes de nomeação pelo testador nos limites legais (LÔBO, 2020, p. 76)

Na sucessão testamentária, ocorre a manifestação da última vontade por parte do *de cujus*, o testamento. O momento da sucessão, ou seja, o momento em que o indivíduo falece, a titularidade do seu patrimônio passa a incorporar o patrimônio de seus sucessores. Consiste por sua vez, em um registro de como a pessoa vai gerir os seus patrimônios após sua morte, através da última manifestação de vontade. Esse é um negócio jurídico solene, personalíssimo, irrevogável, revogável. E que possui um prazo de validade de até cinco anos, sendo o direito de impugnar a validade do testamento. Encontra-se amparado no artigo 1.862 e 1.886 ambos do Código Civil.

Assim como o testador pode destinar seu patrimônio para os filhos vivos e legítimos, o mesmo poderá também para a prole eventual. Entendimento pacificado no artigo 1.799 do Código Civil, que atribui capacidade aos filhos que ainda não foram concebidos.

2.3 FECUNDAÇÃO ARTIFICIAL

Algumas mulheres e homens possuem alguma dificuldade para procriar, seja por não possuírem uma fertilidade boa para alcançar a fecundação, pela função da diminuição da reserva ovariana, ou algum impedimento que o casal detém e não consegue procriar, dentre outros motivos. Tendo como resultado a impossibilidade ou deficiência para gerar de um de ambos os cônjuges.

Não existe apenas a dificuldade do casal, para não procriar em um dado momento, mas também o desejo de procurar o método da fecundação artificial, por optarem por um planejamento futuro. Visto que muitas vezes para o casal não é economicamente viável naquele momento ou por outro motivo comum do casal e assim escolhem congelar os espermatozoides para utilizar quando for propício para o casal (CARDIN, 2015).

Com o advento da tecnologia, foi possível que a engenharia genética se desenvolvesse e viesse possibilitar as famílias que dispõem dessa dificuldade, ou pretende a admissibilidade para procriar através da fecundação artificial e gerar a sua prole posteriormente. Sendo possível então que o indivíduo congele o material genético e utilize quando desejar ou até mesmo que realize a doação para um terceiro.

O método da fecundação artificial, consiste no congelamento do sêmen e óvulo, no qual de forma manipulada é colocado uma amostra de sêmen, que foi previamente preparado em laboratório, na parede da uterina aumentando a possibilidade de fecundação dos espermatozoides (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2017).

2.4 FECUNDAÇÃO HOMÓLOGA E HETERÓLOGA

Existem dois tipos de fecundação artificial, a chamada: fecundação homóloga e a fecundação heteróloga. A primeira é utilizada o material genético dos indivíduos envolvidos, de forma que a fertilização realizada *in vitro*, no qual o sêmen utilizado, é do próprio cônjuge ou convivente. E o segundo tipo é do material utilizado por um terceiro. A inseminação artificial homóloga é a que manipula gametas da mulher (óvulo) e do marido (sêmen). A manipulação que permite a fecundação substitui a concepção natural, havida da cópula (LÔBO, 2020).

O direito é uma ciência social transformista que lida com vidas humanas e determinadas situações tem grande implicância na vida das pessoas, e é sob essa justificativa que deve ser analisada na sua particularidade. E o código civil de 2022 restringi a interpretação no que tange a prole eventual.

2.5 PROLE EVENTUAL

Pensando na vontade do casal de procriar e gerar uma família, surgiu o método da fecundação artificial como evidenciado no item 2.3, surge então a “prole eventual” que consiste justamente naquele filho (a) que ainda não nasceu, mas que pode vim a nascer mesmo com o falecimento do de *cujus*, pois a mulher utilizará o seu material genético utilizado (BEVILAQUA, 1956).

A prole eventual consiste em uma autorização por parte do doador do material genético a ter um novo filho, seu, mesmo que esse esteja morto. E como todo filho é “filho”, possui direitos emanados pela constituição, direitos sucessórios de parentesco e personalidade consagradas por ele (DOS SANTOS, 2018).

Existem três correntes que tratam do respectivo tema. A primeira corrente é clássica, descreve que qualquer indivíduo que venha nascer após a herança não é herdeiro, porque para o direito das sucessões a teoria clássica é a de *saisine*, no

qual só pode chamar para herdar, uma herança em que o herdeiro esteja vivo no momento da morte.

O princípio de *saisine* determina em qual ocorrendo a morte do indivíduo e seus bens, automaticamente são transferidos aos seus sucessões, sendo eles legítimos e testamentários (DA SILVA, 2012).

O STJ descreve que:

Em observância ao Princípio da *Saisine*, corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite-se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta, conforme se demonstrará, ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo de cujus ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Recurso Especial nº 1.125.510 - RS (2009/0131588-0), 3ª Turma, relator Ministro Massami Uyeda, DJe: 19/10/2011.

Sendo assim quando o autor da herança morre, irá abrir uma espécie de leque para saber quais são os descendentes, ascendentes, cônjuge ou os colaterais. Então a teoria clássica, procura analisar as pessoas que estão vivas e tem direito a herdar. De modo que o filho que nasce depois, de acordo esta teoria, que o indivíduo não existe mais e não tendo como esse novo ser humano sucessório ter vínculo de parentesco.

A segunda corrente afirma que é possível ter um vínculo de parentesco, no entanto, o impasse acontece com a sucessão. Onde o então indivíduo que nasce após a morte pode até ser considerado parente do de *cujus*, para fins de parentesco e personalidade, mas para fins de herança o mesmo não irá participar como herdeiro. Os herdeiros que estão vivos, para a segunda teoria, como se trata de uma “prole” e nasceu depois, terá uma participação através de direito a uma indenização (DA SILVA, 2012).

Já a terceira e majoritária corrente, traz que a prole eventual nasceu do indivíduo através de uma autorização por escrito, então o mesmo é considerado como herdeiro do *de cujus*, e a herança deve ser dividida para todos os herdeiros, tanto para os que estão vivos quanto para os que excepcionalmente pode ser eventual (DOS SANTOS, 2018).

3 PONTOS CONTROVERTIDOS DO DIREITO SUCESSÓRIO

O grande impasse que ocorre no direito das sucessões com o direito de herdar da prole eventual, se dá pelo que a Constituição Federal de 1988 ampara o direito de herdar do filho, assim como no Código Civil que assiste os herdeiros do *de cuius*, sejam eles em vida ou os que ainda não nasceram (BRASIL, 2016).

Embora apresente no corpo da Constituição Federal e do código civil aspectos do direito à herança, esta redação vai de encontro ao Princípio da Coexistência, ao Princípio Basilar e também do direito sucessório que é o *saisine*. No entanto ainda assim não possui uma legislação específica, quanto ao direito de herdar da fecundação artificial heteróloga.

Então o legislador deve analisar parte do código, tornando possível o direito de herdar da prole eventual quando o *de cuius* ao deixar em testamento sua vontade, para com o futuro filho, dando o direito ao mesmo de herdar sua herança, apesar de não ter contemplado ainda o seu nascimento (FARIAS; ROSENVALD, 2016). Essa parte, como supracitado confronta diretamente o artigo 1.798 do código civil, no qual descreve o seu texto que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. (BRASIL, 2016).

De acordo o código civil no seu artigo 1.798, coloca esta interpretação como se apenas estivesse garantido o direito à herança, filhos que estão em vida, e contemplaram em vida o espólio (seu pai antes da sua morte) (BRASIL, 2016). Ocorre que, o filho que nasceu a partir da fecundação artificial, não estando em vida quando aberto o inventário, mas não considera o futuro filho a nascer estar desprovido de direitos sucessórios sobre o patrimônio que será partilhado.

Segundo Ribeiro (2016) a doutrina majoritária o nascimento de um futuro filho, possui direitos sobre a herança do falecido, sendo possível que ingressado posteriormente em juízo, através de petição de herança, no intuito de alcançar o seu quinhão hereditário deixado pelo falecido, sob a justificativa também contida no artigo 1.597 do código civil. Presume-se por sua vez concebidos na constância do casamento os filhos, inciso III, havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido.

Porém surge uma grande discussão no poder judiciário, visto que, quando essa ação citada anteriormente vier ocorrer, da petição de herança, a partilha do patrimônio do *de cuius* já terá ocorrido. Pois segundo o princípio *saisine*, um dos princípios basilares do direito sucessório, a transferência ocorre de forma imediata da herança aos seus sucessores (DA SILVA, 2012).

Há também suma segunda discussão sobre o tema, não menos importante relacionado ao parentesco. Ocorrendo de acordo com a origem da sua filiação, são eles os descendentes, ascendentes relacionados com o regimento do código civil, das pessoas as quais irão suceder o patrimônio do *de cuius* (FERNANDES, 2017). Além dos aspectos listados acima, tem também o novo conceito de família, e o advento da sociedade, onde a família que tem como o laço o “afeto”. Esse novo conceito de família, tornou possível reconhecer a filiação dos filhos adotivos e concebidos através do avanço da sociedade e a medicina como um todo.

Segundo a autora Diniz (2004):

A filiação é o vínculo existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram vida, podendo ainda ser uma relação sócio afetiva entre pai adotivo e filho adotado ou advindo de inseminação artificial (DINIZ, 2004, p. 503 – 504)

Na própria Constituição Federal, sobre a igualdade, trata no Art. 5º que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
XXX - é garantido o direito de herança (BRASIL, 2016).

No que é relacionado a interpretação do parágrafo anterior que descreve o artigo 5º no seu inciso XXX, é assistido pela constituição o direito igualdade de todos os filhos, o direito herança (FERREIRA; TEIXEIRA; RANGEL, 2018). Onde a redação do artigo trata que o legislador não mencionou quaisquer impedimentos ou diferença quanto aos filhos. Logo “todos” são iguais e possuem direito a herdar o patrimônio deixado pelo falecido.

3.1 VIOLAÇÃO AO PRINCIPIO DA ISONOMIA

Para tornar compressão do tema de uma forma melhor, o conceito do princípio da isonomia está ligado a qualidade ou estado de igual.

Uma citação muito conhecida e importante é do Ruy Barbosa, na lição aristotélica que descreve sobre a verdade:

Não consiste senão em tratar desigualmente os desiguais na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcional e desigualdade natural, é que se acha verdadeira lei da igualdade. Os mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade os iguais, ou os desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da

criação, pretendendo, não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir os mesmos a todos, como se todos se equivalessem (BULOS, 2009, p. 420).

Consiste por sua vez, em um princípio muito importante, nada mais nada menos que o pilar da sustentação de qualquer estado democrático de direito. E sendo um Brasil um país com esse perfil, é algo de extrema relevância para a sociedade.

A prova disso é que, esse respectivo princípio é *clausula pétrea*, na qual deve ser respeitado e honrado verdadeiramente. Sendo assim uma diretriz para os demais princípios e leis, onde o legislador a utiliza como critério arbitrário no direito (GOMINHO; NUNES, 2017).

É importante ressaltar que de acordo com os artigos do código civil sobre sucessão definida, o artigo 1.800 do código civil, em seus 3º e 4º parágrafos, estabelecem que:

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação e partilha, a curador nomeado pelo juiz (...)

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixo, a partir da morte do testador (BRASIL, 2016).

De acordo com a doutrina minoritária os direitos sucessórios não são devido ao filho concebido após a morte do *de cuius*, por que vai de encontro com os preceitos do artigo 1.798 do código civil. A doutrina majoritária entende que, de acordo com os fundamentos do artigo 1.799 do código civil, em seu inciso I, é possível o direito à herança dos filhos com concepção *post mortem* do espólio (GONÇALVES, 2017).

3.2 DIVERGENCIA DOUTRINARIA DO CODIGO CIVIL E A PROLE EVENTUAL

Com o advento do Código Civil brasileiro após a morte do indivíduo, sob os fundamentos do ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral descreve que os herdeiros irão suceder os bens, seja de forma legítima ou ilegítimos, obedecendo os princípios constitucionais, com intuito de estabelecer igualdade entre os filhos.

No entanto, apesar da evolução e adesão as normas no direito das sucessões para igualar as posições hierárquicas dos filhos, o código no artigo no artigo 1.799 do Código Civil, quando se refere aos filhos “não concebidos”, trata da prole

eventual, trazendo dúvidas quando o assunto é origem da filiação (BARRADO, 2014). O artigo tenta equiparar os filhos como herdeiros, tanto os que foram concebidos antes da morte do espólio, quanto àqueles que ainda não nasceram. No entanto como citado no parágrafo anterior, quando concerne sobre a origem da filiação, ao ser interpretado, pode-se verificar que somente os descendentes consanguíneos possuem a posição tendo direito a herdar, ou seja, é classificado como herdeiro (ROBEIRO, 2016).

Apesar da evolução da constituição do Código Civil, no ramo do direito das sucessões, existem discussões sobre a possibilidade desse herdeiro ser fruto de uma filiação civil. Havendo uma divergência do artigo com a interpretação literal do dispositivo sobre a proteção da filiação.

Verifica-se na redação do artigo 1.799 do código civil:

Sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; II – as pessoas jurídicas; III – as pessoas jurídicas pelo testador sob a forma de fundação (BRASIL, 2016).

Ao colocar os filhos não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, o mesmo não faz menção sobre a origem da filiação, consiste em apenas filhos biológicos, proveniente de uma adoção. Mas apenas como filho, fruto do indivíduo que veio a falecer configurando cumprindo o requisito do artigo.

De acordo Pereira (2007) a adoção é um o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe a outra como filho, independente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim. Nota-se que o os filhos legítimos e filhos adotados nunca tiveram de fato uma igualdade perante a legislação. Visto que, após o processo da adoção e encerrada a sentença em julgado, o adotado passa a ser filho perante a lei. Assim a Constituição Federal de 1988, para sanar essa dúvida perante os legisladores com o artigo 227, §6, afirma que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Outro marco importante a se destacar é que no âmbito das controvérsias do Código Civil perante o direito das sucessões é que existe ou não transferência de propriedade para um material genético. Onde alguns autores acreditam que não existe testamento genético do indivíduo que ainda não possui vida. E caso ocorresse essa expectativa de direito do indivíduo que ainda não se encontra vivo, não seriam

atribuídos a herança, visto que o material do doador não teria filiação de fato com indivíduo que venha a nascer (BERNARDO, 2018).

No entanto, a resolução de 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina e a posição doutrinária vai totalmente de encontro com a reprodução assistida para efeitos do registro de testamento, a seguir:

Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido para o uso do material biológico crio preservado, de acordo com a legislação vigente (BRASIL, 2018).

Partindo da interpretação de que o testamento pode conter disposições não materiais, não restam dúvidas de que pode ocorrer o testamento do material genético, já que não existe nenhum impedimento a respeito, para que ocorra a referida autorização por parte do testamento. Mas apesar do código civil assistir o filho que ainda não foi concebido, no seu artigo 1.799 do código civil, e amparar ainda sim, este nascido em todos os direitos que tem por direito, a doutrina de forma majoritária entende que o filho que foi fruto da reprodução assistida, não possui legitimidade.

Segundo o Código Civil, no artigo 1.798 na qual se legitimam a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Somente pode suceder por meio de sucessão legítima quem possuir "personalidade jurídica material" ao tempo da morte e que essa espécie, diferente da testamentária, além do nascituro, "não comporta exceções" (TARTUCE, 2010, p. 46).

Relacionado ao princípio da Coexistência, Lobo (2020) trata que:

O princípio da coexistência dos nomeados e do testador – são legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas na data da abertura da sucessão – apenas se aplica, no direito brasileiro atual, a sucessão legítima. Para a sucessão pode ser legitimado a suceder, desde que seja concebido na data da abertura da sucessão pode ser legitimado a suceder, desde que seja concebido ou nasça até dois anos após essa data. Ao sujeito ainda não concebido, o Código Civil de 2002 atribuiu-lhe curador nomeado pelo juiz, a quem são confiados os bens, após a liquidação ou a partilha (art.1.800) (LOBO, 2020, p. 217).

Uma vez amparada pelo próprio código civil o direito à herança dos filhos não concebidos, é possível observar que existe uma exceção ao princípio da contemporaneidade da morte. Tendo em vista que o testador escolherá alguma pessoa para que seja criada e personificada (RIBEIRO, 2018).

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência já pacificaram o entendimento da sucessão por parte do nascituro suceder como sucessor legítimo desde que venha nascer com vida.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível compreender que a legislação brasileira, garante o direito de herdar do indivíduo, que através do testamento pode autorizar o material genético seja congelado inicialmente ou posteriormente para uso de reprodução assistida *post mortem*.

O Código Civil é uma parte majoritária da doutrina e entende que a herança da prole eventual, através do congelamento genético, vai de encontro com o princípio da coexistência e de *saisine*, por meio dos quais se entendem que os filhos concebidos por reprodução assistida *post mortem* não possuem direitos a suceder o patrimônio do espólio.

De acordo com esses princípios, o nascido *post mortem* ao espólio, não se “encaixam” nas condições prévias para alcançar o direito de suceder o patrimônio do espólio. Sobre os fundamentos, de que conforme o acordo com Código Civil, os herdeiros precisam estar em vida ou ter sido concebido no momento que foi aberta a sucessão. E segundo a maior parte da doutrina, isso caracterizar-se-ia não legitimidade por parte dos herdeiros, e conseqüentemente a ausência do direito sucessório sobre tal patrimônio a ser partilhado, por parte dos herdeiros que ainda não foram concebidos.

No entanto, além do princípio da coexistência e de *saisine*, foi analisado também, a interpretação constitucional, que traz a possibilidade de considerar e destaca a existência de dois princípios importantes ao questionamento de tal interpretação jurídica, o princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia perante os filhos.

Sendo assim, apesar de não ser posto como individualidade e especialidade na qual deveria, à medida que a sociedade evolui é dever do magistrado acompanhar e reinventar-se com a interpretação jurídica que possa atender a necessidade do cenário atual. Sendo importante não rechaçar a sucessão para com os filhos já concebidos e em vida para com os não concebidos. Visto que é notório a exclusão dos que ainda não estão em vida, incube em total desabono por parte da interpretação jurídica. Assim a explanação jurídica é comprometida com os valores da pessoa humana e dos princípios constitucionais, devendo amparar e dar atenção

para com todos, sobre os fundamentos do princípio da isonomia, considerado como clausula pétrea no direito brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARRADO, Italo. **Direito das Sucessões**. 2014. Disponível em: <<https://italobarrado.jusbrasil.com.br/artigos/153450197/direitodassucessoes>>. Acesso em: 01 de julho de 2022.

BERNARDO, Renata Barros. **O conceito de família à luz da constituição de 1988 e a necessidade de regulamentação das relações concubinárias**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63694/o-conceito-de-familia-a-luz-da-constituicao-de-1988-e-anecessidade-de-regulamentacao-das-relacoes-concubinarias>>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

BEVILAQUA, Clóvis. **CÓDIGO CIVIL COMENTADO**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, v.1, 1956.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

BRASIL. Constituição Federal. **Vade Mecum**. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Reprodução humana assistida e parentalidade responsável: conflitos e convergências entre os direitos brasileiros e portugueses**. Birigui: Boreal Editora, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 3 ed. Saraiva: São Paulo, p. 420, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Reprodução assistida: CFM anuncia novas regras para o uso de técnicas de fertilização e inseminação no País**. Portal CFM, Brasília, 09 de nov. 2017. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=27275:2017-11-09-13-06-20&catid=3>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

DA SILVA, Rodrigo Alves. A fórmula "*saisine*" no Direito Sucessório. **Revista Jus Navigani**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3443, 4 dez. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23156>. Acesso em: 21 de maio de 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro (direito das sucessões)**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. Salvador: JusPodivm, 2016.

DOS SANTOS, Charlene Cortes. A vocação hereditária na inseminação artificial homóloga POST MORTEM 1. 2018. Disponível em: <https://charlenecortes.jusbrasil.com.br/artigos/626268062/avocacaohereditarianainseminacao-artificial-homologa-post-mortem?ref=topic_feed>. Acesso em: 27 de maio de 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

FERREIRA, Amilton Lengruber; TEIXEIRA, Sangella Furtado; RANGEL, Tauã Lima Verdan. **O direito sucessório no caso de fertilização in vitro post mortem**. 2018. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4715/odireitosucessorio-casofertilizacao-in-vitro-post-mortem>>. Acesso em: 04 de junho de 2022.

GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz; NUNES, Brenda Neves de Oliveira. **Análise jurídica da sucessão testamentária no ordenamento jurídico brasileiro**. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59127/analisejuridicadasucessaotestamentarianordenamentojuridico-brasileiro>>. Acesso em: 22 de junho de 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das sucessões**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil (sucessões)**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, v. 6, 2020.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 6, 2007.

RIBEIRO, Raphael Rego Ribeiro. **Reprodução assistida post mortem: a atribuição de direitos sucessórios aos filhos gerados após a morte de um dos genitores**. 2016. 128 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20042/1/raphael%20regο%20borges%20ribeiro.pdf>>. Acesso em: 13 de abril de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das obrigações e responsabilidade civil**, 5. ed. São Paulo: GEN/Método, v. 2, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2007.

YASSUE, Izabela. **A família na Constituição Federal de 1988: A nova perspectiva do Direito de Família “Civil-Constitucional” engloba valores e princípios mais abrangentes, alcançando direitos fundamentais**. 2019. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5640/A-familia-na-Constituicao-Federal-de-1988>>. Acesso em: 22 de junho de 2022.