XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

ANA ELIZABETH LAPA WANDERLEY CAVALCANTI

MARIANE MORATO STIVAL

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti

Heron José de Santana Gordilho

Mariane Morato Stival – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-766-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

Esta obra foi dividida em duas partes: a primeira parte sobre temas ligados ao BIODIREITO e a segunda parte sobre DIREITOS DOS ANIMAIS.

Na primeira parte da obra, sobre BIODIREITO, o Professor Doutor João Luiz Barboza, do Centro Universitário UNIFIEO, apresentará o artigo Reprodução humana assistida e a dignidade da pessoa que está por vir, com o objetivo de instigar a reflexão sobre a dignidade da pessoa que está por vir, tendo em conta a crescente busca da reprodução humana assistida como meio de concretização do sonho de ser mãe ou pai.

A seguir, a Professora Suelen Agum dos Reis, da Faculdades FAVI/FACES, em co-autoria com a graduanda Raquel Fosenca de Oliveira apresentará o artigo OS LIMITES ENTRE A DEFESA DO DIREITO À VIDA E À MORTE: Uma análise atual da Eutanásia no Brasil, com reflexões sobre os princípios da dignidade da pessoa humana e da Autonomia da vontade diante dos casos de eutanásia no Brasil.

O mestrando Marco Aurélio Souza Lara, da Universidade de Itaúna em co-autoria com Igor Rafael de Matos Teixeira Guedes, apresentará o artigo O DIREITO DE MORRER DO PACIENTE EM FIM DE VIDA SOB O ENFOQUE DA AUTONOMIA PRIVADA E DO DIREITO À VIDA, onde discorrerá sobre o direito de morrer, que nunca foi algo corriqueiro para o cidadão ocidental, sobretudo quando se trata de morte solidária de enfermos cujas doenças tem diagnóstico definido como incurável.

A mestranda Daniela Martins da Cruz em co-autoria com Dayvson Franklyn da Silva, da Universidade de Itaúna, no artigo A (IM) POSSIBILIDADE DO EXERCÍCIO DO DIREITO À AUTONOMIA PRIVADA ATRAVÉS DO TESTAMENTO VITAL, analisará a falta de regulamentação do instituto jurídico do Testamento Vital, a partir da proteção e resguardo dos direitos fundamentais, e dos princípios da dignidade da pessoa humana e da autonomia privada.

Na sequência, o mestrando Marcelo Messias Leite, da Faculdade Dom Helder Câmara, em co-autoria com Aflaton Castanheira Maluf, apresentará o artigo ANÁLISE DA ADI 3510/08: Enfoque no direito à sadia qualidade de vida desde a concepção, onde. com fulcro no artigo 225 da CF/88, debaterá sobre o direito à vida como bem difuso da humanidade desde a

concepção. Do princípio da precaução e da sociedade de risco para a compreensão dos entornos e limites impostos sobre o campo da pesquisa com células tronco embrionárias humanas.

A professora MSc Fernanda Netto Estanislau, da Faculdade Dom Helder Câmara, em co-autoria com Maria Flávia Cardoso Máximo, apresentarão o artigo A COEXISTÊNCIA DIREITO/SOCIEDADE, ESTUDOS SOBRE A CONCEPÇÃO DE RONALD DWORKIN E O DEBATE DA CONSTITUCIONALIDADE DAS PESQUISAS CIENTÍFICAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS NO BRASIL, onde irão analisar, a partir da obra de Dworkin, a ADI 3510, que debate sobre o início da vida e a violação do direito à vida.

O mestrando Guilherme Mesquita Estêves, da Universidade Federal de Ouro Preto, apresentará o artigo EDIÇÃO GENÉTICA ATRAVÉS DA TÉCNICA CRISPR: Uma análise das possibilidades e controvérsias à luz do aparato principiológico do biodireito, descortinando as possibilidades da técnica CRISPR sob a ótica dos princípios do Biodireito, confrontando-as com os riscos e controvérsias desta nova tecnologia.

O professor Thiago Augusto Galvão de Azevedo, doutorando na Universidade de Brasília, apresentará o artigo INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO: Uma análise sobre o princípio da isonomia filial à luz da teoria de Robert Alexy, um artigo interdisciplinar entre o Biodireito e o Direito Civil, que analisará, à luz da teoria de Robert Alexy, a concessão do direito sucessório ao filho inseminado post mortem

Em seguida o Professor Doutor Lino Rampazzo, do Programa de Mestrado em Direito do Centro Unisal, em co-autoria com a mestranda Larissa Schubert Nascimento, do Centro Universitário Salesiano, apresentarão o artigo DA INFLUÊNCIA DO PROGRESSO TECNOCIENTÍFICO NA MEDICINA À REFABRICAÇÃO INVENTIVA DO HOMEM: Uma análise à luz da ética da responsabilidade de Hans Jonas, onde, a partir da ética da responsabilidade de Hans Jonas, irão discorrer sobre a influência do progresso tecnocientífico da medicina e apontar para a necessidade de abandono da ética tradicional kantiana em favor da ética Jonasiana.

O mestrando Mateus Tamura Aranha, da Universidade Estadual do Norte do Paraná apresentará o artigo CASO JANAÍNA DE MOCOCA/SP-PLANEJAMENTO FAMILIAR FRENTE À ESTERILIZAÇÃO DE PESSOA DROGADITA, onde analisará a ação civil pública nº 1001521-57.2017.8.26.0360 da comarca de Mococa/SP, que trata do caso de esterilização de uma mulher drogadita que possui sete filhos e veio a engravidar novamente,

visando saber se o consentimento dessa pessoa seria válido ou se houve laqueadura compulsória.

A Professora Doutora Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador, do Programa de Mestrado da Universidade Estadual de Londrina, em co-autoria com o mestrando em Direito Jadir Rafael da Silva Filho, apresentarão o artigo A DOAÇÃO DE MATERIAL GENÉTICO ENTRE IRMÃS SOB UMA PERSPECTIVA LIBERAL que irá tratar sobre o anonimato do doador de material genético nos procedimentos de reprodução assistida e a possibilidade de renúncia por parte do doador na hipótese em que o receptor seja um irmão.

Ivy Helene Lima Pagliusi, doutoranda pela FADISP, em co-autoria com Lourena Sousa Costa, pós-graduada em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão, apresentarão o artigo TESTAMENTO GENÉTICO E SEUS CONSECTÁRIOS JURÍDICOS que irá analisar o instituto do testamento genético e seus consectários na esfera jurídica do filho nascido após a morte de um dos seus genitores.

A Professora Doutora Janaína Machado Sturza, do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da UNIJUÍ , em co-autoria com o mestrando Rodrigo Tonel, apresentarão o artigo DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O Binômio vida e morte através de uma reflexão sociojurídica sobre o fenômeno do suicídio, onde, a partir da obra “O suicídio” de Émile Durkheim, analisarão o fenômeno do suicídio sob a perspectiva do direito à saúde.

Finalizando a primeira parte da obra, o Professor Doutor Roberto Henrique Pôrto Nogueira, da Universidade Federal de Ouro Preto, juntamente com o mestrando Nayder Rommel de Araújo Godói, da Universidade Federal de Ouro Preto, apresentarão o artigo OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA E A RECUSA DO MÉDICO PARA A REALIZAÇÃO DO TRATAMENTO DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA, na busca por critérios para o exercício legítimo de objeção de consciência na atividade médica para a negativa de realização de procedimentos de reprodução humana assistida (RDA).

A segunda parte da obra, sobre DIREITOS DOS ANIMAIS, terá inicio com o professor Doutor Tiago Cappi Janini, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, que, em co-autoria com a mestranda Amanda Juncal Prudente , apresentarão o artigo A IMPORTÂNCIA DOS PRECEDENTES NA CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS: Uma análise a partir da proteção dos animais, onde analisarão as mudanças nos precedentes judiciais sobre os animais no Brasil.

A professora doutora Lauren Lautenschlager Scalco, da FASAM e UNICAMPIS, em co-autoria com a professora doutora Tanise Zago Thomasi, da Universidade Federal do Sergipe vão apresentar o artigo OS DIREITOS DOS ANIMAIS SOB A PERSPECTIVA CIVILISTA para analisar a vida em equilíbrio e a proteção dos animais a partir da ética ambiental.

A mestranda Juliana Aparecida Brechó, em co-autoria com o mestrando Arnaldo Nascimento Schiavuzzo, ambos da Universidade Metodista de Piracicaba, apresentarão o artigo STF E A UTILIZAÇÃO DE ANIMAIS EM CULTOS RELIGIOSOS DE MATRIZ AFRICANA, analisando o embate jurídico entre dois direitos fundamentais: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito de liberdade religiosa e crença, no Recurso Extraordinário nº 494/601 decidido pelo STF em junho de 2019..

Finalizando a obra, o doutor Thiago Henrique Costa Silva da UniALFA e UniFAN, em co-autoria com a professora mestre Fabiana Ferreira Novaes, da Faculdade Evangélica de Goianésia, apresentarão o artigo SOCIEDADE DE RISCO E A CRISE DA BIODIVERSIDADE: O Direito brasileiro como fonte de legitimidade, onde analisarão, a partir do princípio da precaução, os riscos inerentes ao modo de produção agrícola brasileiro e processo de produção de produtos transgênicos.

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA

Profa. Dra. Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti - FMU

Profa. Dra. Mariane Morato Stival - OAB-GO / Uni-Evangélica

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE SOBRE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA FILIAL À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY

NSTRUMENTAL ARTIFICIAL INSEMINATION POST MORTEM AND SUCCESSORY LAW: AN ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF FILIAL ISONOMY ACCORDING THE THEORY OF ROBERT ALEXY

Thiago Augusto Galeão De Azevedo

Resumo

O presente artigo possui como objeto de estudo os direitos sucessórios do filho póstumo. Têm-se como objetivos, inicialmente, apresentar a problemática jurídica envolvendo a concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, constituída e fomentada por antinomias jurídicas e omissão legislativa, causadoras da necessidade de aplicação de fontes de colmatação, dentre elas optou-se pelos princípios; realizar uma análise principiológica, destacando os principais princípios acerca do tema e suas concepções; diante da identificação do fenômeno da colisão de princípios, entre o da segurança jurídica e o da igualdade entre os filhos, aplicar a teoria da máxima da proporcionalidade de Robert Alexy.

Palavras-chave: Direitos sucessórios, Inseminação artificial post mortem, Igualdade entre os filhos, Segurança jurídica, Máxima da proporcionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to study the succession rights of the posthumous son. Its objectives are to present the legal problem involving the granting of inheritance rights to the posthumous son, constituted and fomented by legal antinomies and legislative omission, causing the need for the application of sources of fouling, among them the principles were chosen; to carry out a principal analysis, highlighting the main principles about the theme and its conceptions; to identification the phenomenon of the collision of principles, between legal certainty and equality between the children, to apply the maxim theory of proportionality of Robert Alexy.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Sucession rights, Post mortem homologous artificial insemination, Children equality, Legal certainty, Proportionaty maximum

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo os direitos sucessórios do filho nascido por meio de inseminação artificial homóloga post mortem. Realizar-se-á uma análise principiológica sobre o tema, a fim de buscar uma solução, mesmo que provisória, à problemática jurídica que paira sobre a concessão dos referidos direitos ao filho póstumo. Expor-se-á, para tanto, inicialmente, os conceitos dos principais elementos pertencentes à Reprodução Humana Assistida e ao Direito Sucessório.

Trata-se de uma exposição conceitual introdutória, que possui como intuito fornecer a base teórica necessária para a plena compreensão da problemática jurídica pertencente ao assunto. Seguidamente, apresentar-se-á a problemática jurídica envolvendo a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem. Problemática jurídica esta constituída e fomentada por omissão legislativa e antinomias jurídicas constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema, que originam a necessidade de aplicação de fontes de colmatação, como os princípios.

A partir da referida omissão legislativa e antinomias jurídicas, efetuar-se-á uma análise principiológica sobre o tema, com o intuito de alcançar, mesmo que de forma provisória, uma solução para o assunto em tela. Analisar-se-á quatro princípios, o princípio da sainsine, princípio da segurança jurídica, princípio do planejamento familiar e da paternidade responsável relacionados ao princípio jurídico da afetividade, e o princípio da igualdade entre os filhos.

Com a realização da referida análise principiológica, identificar-se-á um conflito entre os princípios da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos, sustentadores de concepções opostas, tratando-se, portanto, do fenômeno da colisão de princípios. Para a resolução da citada colisão, utilizar-se-á a máxima da proporcionalidade de Robert Alexy, a fim de se identificar o princípio com o maior peso diante das citadas circunstâncias, consequentemente, a solução mais adequada à referida problemática jurídica envolvendo o assunto.

2 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA POST MORTEM E O PRINCÍPIO DE SAINSINE

A técnica de inseminação artificial é espécie do gênero reprodução humana assistida, realizada através do procedimento GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), que consiste na reprodução medicamente assistida realizada por meio do depósito mecânico do espermatozoide no aparelho genital feminino. A fecundação ocorre dentro do corpo da mulher, de forma

intracorpórea (DINIZ, 2010). A referida técnica possui duas espécies, a inseminação artificial heteróloga e a homóloga.

A inseminação artificial homóloga consiste no procedimento em que o sêmen introduzido na mulher é do próprio marido ou companheiro. Esta é a espécie objeto do presente artigo, no sentido de que o sêmen utilizado na inseminação artificial post mortem é do marido ou do companheiro da mulher que concebeu a criança. Neste sentido, a inseminação artificial homóloga post mortem é compreendida como a técnica médica em que a viúva utiliza o material genético criopreservado de seu marido ou companheiro já falecido, colhido em laboratório especializado.

Em vida, o indivíduo colheu seu material genético em um laboratório e o congelou através da técnica de criopreservação. Após a sua morte, a viúva o utiliza para a realização do procedimento de inseminação artificial (DINIZ, 2010).

De acordo com o Código Civil, a partir do seu artigo 6º, o termo da existência da pessoa natural ocorre com a morte real, momento no qual se abre a sucessão. A referida regra de abertura da sucessão está fundada na ideia de que não se pode deixar um patrimônio sem dono, intrinsecamente relacionada à concepção sustentada pelo princípio de *sainsine*, o qual será exposto posteriormente.

Desta forma, a fim de evitar a ausência de proprietário, com a abertura da sucessão se transmite automaticamente a herança aos herdeiros do de cujus, ainda que estes ignorem o fato. Cria-se uma ficção jurídica, com o intuito de transmitir de imediato a herança para que se possa garantir a titularidade das relações jurídicas do de cujus, uma vez que o mesmo possui credores e devedores.

Destaca-se, portanto, que a morte é um evento anterior à transmissão, sendo esta uma consequência daquela. Entretanto, a partir de uma ficção jurídica, entende-se que a morte e a referida transmissão coincidem cronologicamente, a fim de que o patrimônio não fique sem proprietário.

Logo, a morte gera a abertura da sucessão, e esta, por sua vez, desencadeia automaticamente a transmissão da herança para os herdeiros do morto. Percebe-se, assim, que a referida transmissão está intrinsecamente relacionada ao momento da abertura da sucessão, pois a partir da morte real do indivíduo se abre a sucessão e junto com ela há a transmissão da herança aos herdeiros, ocorrendo ambas em um único momento.

Entretanto, para que o filho seja legitimado a herdar, de acordo com a legislação pátria, é necessário que este exista ao tempo da abertura da sucessão, nascido ou concebido, conforme será analisado na seção ulterior. Por conseguinte, o filho nascido através da técnica de

inseminação artificial homóloga realizada após a morte do pai não estaria incluído no rol dos legitimados a herdar.

No âmbito do direito sucessório do filho inseminado post mortem, o panorama legislativo brasileiro é omisso e contraditório, marcado por antinomias jurídicas entre normas infraconstitucionais e constitucionais. O Código Civil, através de seu artigo 1.784, preceitua que a herança é transmitida imediatamente aos herdeiros legítimos e testamentários, após a abertura da sucessão, que ocorre com a morte do autor da herança, conforme exposto anteriormente.

O referido posicionamento do Código Civil acerca da ilegitimidade do filho póstumo em suceder à herança deixada por seu pai desencadeia uma incompatibilidade interna, entre as normas sucessórias do próprio postulado. Tal incompatibilidade deriva do disposto no artigo 1.799 do Código Civil, que prevê uma exceção à referida regra, no âmbito da sucessão testamentária, ao criar a possibilidade do de cujus dispor de seu patrimônio para os filhos ainda não concebidos de pessoas que o testador indicar, desde que estas estejam vivas no momento da abertura da sucessão.

Neste contexto, o presente artigo tem como objeto a problemática jurídica envolvendo a sucessão legítima, tendo em vista que a sucessão testamentária, conforme analisado anteriormente, possui um grau menor de problemática, diante do referido caráter relativista proporcionado pelo próprio Código Civil.

Pôde-se perceber que o referido Código optou por beneficiar estranhos em detrimento dos filhos, reconhecendo os direitos sucessórios de terceiros ainda não nascidos ou concebidos na data da abertura da sucessão, mas não os dos filhos do de cujus, no âmbito da sucessão legítima, nascidos através da técnica de inseminação artificial homóloga post mortem; dispondo, portanto, de maneira contraditória acerca dos direitos sucessórios do referido filho.

Tal postulado instaurou uma antinomia jurídica não só entre normas infraconstitucionais, mas também normas constitucionais. A Constituição Federal, em seu artigo 227, §6º, instituiu o direito à igualdade entre os filhos, extirpando qualquer discriminação com relação aos havidos fora do casamento, provenientes de adoção ou quaisquer outros critérios segregacionistas.

3 PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS: A (IN)APLICABILIDADE DO DIREITO SUCESSÓRO AO FILHO INSEMINADO POST MORTEM HOMOLOGAMENTE

O princípio da segurança jurídica é tutelado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXVI, o qual prevê que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito. Desta forma, o referido princípio prega a estabilidade, a certeza, no sentido de que os indivíduos devem saber as consequências de suas ações a partir das normas vigentes, mesmo que estas sejam substituídas posteriormente (SILVA, 2007).

O referido princípio visa conter as circunstâncias específicas de cada relação jurídica, no intuito de impor uma maior previsibilidade, garantindo, desta forma, que os atos realizados sejam limitados pelo previsto em norma vigente. Pode-se perceber, portanto, que o citado princípio possui relação com a problemática jurídica em questão, uma vez que seria mais prudente, à luz do princípio da segurança jurídica, a negativa destes direitos, a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, caso contrário este poderia ser um potencial instaurador de insegurança jurídica no ordenamento pátrio.

A referida insegurança jurídica provém da concepção de que com a morte do de cujus se dá início ao processo de inventário, seguido da partilha de seus bens. Esta partilha ocorre levando em consideração os herdeiros vivos ou já concebidos à data da morte do de cujus, conforme preleciona o Código Civil. Entretanto, com o reconhecimento dos direitos sucessórios do filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, no âmbito da legítima, o referido filho concorre com os demais herdeiros, os quais já foram beneficiados com a partilha dos bens.

O instrumento cabível, a ser utilizado pelo filho póstumo, para postular o reconhecimento dos seus direitos sucessórios e a consequente restituição de sua herança, é a ação de petição de herança, que está prevista nos artigos 1.824 a 1.828 do Código Civil, sendo o instrumento adequado para que os herdeiros preteridos tenham seus direitos sucessórios garantidos. Destaca-se, portanto, que caso se entenda pela concessão de direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem, a referida ação será o instrumento processual cabível para que o filho póstumo requeira a garantia destes direitos.

Portanto, princípio da segurança jurídica seria violado pela concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, pois os demais herdeiros do de cujus terão as suas relações jurídicas, que foram constituídas por meio da partilha, abaladas, em razão da falta de previsão, incerteza, das consequências da aplicação das normas estabelecidas no ordenamento jurídico pátrio.

Paralelamente, influenciado pelas concepções pregadas pela igreja católica, o Código Civil de 1916 firmou critérios discriminatórios para a aferição de direitos aos filhos, através

dos institutos do filho legítimo, ilegítimo, naturais e provenientes de adoção (DILL e CALDERAN, 2011).

Percebe-se a discriminação instaurada pelo Código Civil de 1916, promulgado em uma época em que instituto da família patriarcal e os valores pregados pela igreja católica exerciam forte influência, ao ponto de que os filhos ilegítimos, concebidos fora do casamento, eram considerados frutos de uma relação pagã, frutos do pecado. Apenas em 1949 entrou em vigor a lei 883, que possibilitou o reconhecimento da filiação dos filhos ilegítimos, através de ação de reconhecimento de filiação, conforme preleciona o art. 1º da referida lei.

Entretanto, somente com o advento da Constituição Federal de 1988, extinguiu-se da legislação pátria tais critérios segregacionistas e discriminatórios utilizados para atribuir direitos aos filhos, principalmente através do disposto no seu art. 5º, caput. Derivadamente, o citado diploma constitucional prevê que os filhos provenientes ou não do casamento e os filhos adotivos possuem os mesmo direitos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação no âmbito da filiação. Neste sentido, o art. 227, §6º, do referido diploma.

Pode-se perceber, portanto, a relação entre o princípio em análise e o objeto do presente artigo, tendo em vista que se está averiguando a legitimidade do filho inseminado artificialmente post mortem para suceder, através da sucessão legítima, os bens de seu pai, enquanto que os outros filhos, nascidos por métodos naturais, não possuem qualquer restrição quanto à referida legitimidade.

Como já relatado anteriormente, o Código Civil estipula, através do princípio da sainsine, que a herança se transmite automaticamente com a morte do de cujus, mas para isso é necessário que os herdeiros já tenham nascido ou sido concebidos à data do óbito. Logicamente, a partir de tais regras, deduz-se que o filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem não teria legitimidade para suceder o seu pai em seus bens, tendo em vista que ainda não havia nascido ou sido concebido à data do óbito do de cujus, criando-se, desta forma, a figura do filho sem direitos sucessórios.

Neste sentido, a não concessão de direitos sucessórios ao referido filho póstumo representa uma afronta ao princípio em tela, pois os outros filhos, nascidos ou já concebidos à data do óbito de seu pai, teriam seus direitos sucessórios assegurados em sua plenitude, instaurando-se, portanto, uma desigualdade, segregação, entre eles. Desta forma, pela aplicação absoluta do princípio jurídico da igualdade entre os filhos, o filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem possui seus direitos sucessórios assegurados, sob o fundamento de que a criação do instituto do meio filho, sem direitos sucessórios, é inconstitucional.

Portanto, à luz de uma interpretação constitucional, utilizando para tanto o princípio da igualdade entre os filhos, deve-se garantir os direitos sucessórios do filho póstumo, uma vez que as normas que, potencialmente, excluem estes direitos são discriminatórias e afrontam a constituição.

4 PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS À LUZ DA TEORIA DE ROBERT ALEXY: CONCESSÃO DE DIREITOS SUCESSÓRIOS AO FILHO INSEMINADO POST MORTEM HOMOLOGAMENTE

Após a exposição dos principais princípios relacionados ao objeto de estudo do presente artigo, pode-se perceber a oposição entre eles. O princípio de sainsine e o princípio da segurança jurídica sustentam a não concessão de direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem, diferente da concepção defendida pelo princípio da igualdade jurídica entre os filhos, que sustentaria a concessão dos referidos direitos sucessórios ao filho póstumo.

Percebe-se, portanto, a existência de um conflito principiológico acerca do tema. A fim de resolvê-lo, optou-se pela aplicação da teoria da máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy, com o intuito de se chegar à melhor solução para o tema objeto da presente pesquisa.

Neste sentido, realizar-se-á a ponderação entre os princípios envolvidos. Para tanto, optou-se por elencar dois princípios conflitantes, o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos, cada qual representante de uma das duas concepções divergentes acerca da concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo; para a incidência da máxima da proporcionalidade, de Alexy.

Destaca-se, inicialmente, que as soluções à presente problemática são consequências jurídicas da tutela principiológica, pois são influenciadas pelas concepções sustentadas por cada princípio. Entretanto, isso não significa que tais soluções sejam frutos unilaterais, uma vez que podem refletir uma convergência de bens jurídicos tutelados por ambos os princípios, representando assim uma intercessão entre eles. O princípio da segurança jurídica exerce influência direta na criação de uma solução para o tema em análise.

Como já relatado, o referido princípio tem como escopo a preocupação com a previsibilidade e a certeza das relações jurídicas, que no tema em tela envolveria o instituto da partilha. Influenciada pela certeza e previsibilidade pregadas pelo referido princípio, a solução derivada deste é a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo. Trata-se da primeira solução apresentada ao tema.

O princípio da igualdade entre os filhos é a fonte da segunda solução à problemática envolvendo a concessão de direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem. O referido

princípio tem como intuito proporcionar a igualdade entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação e segregação.

Por via de consequência, a solução derivada do referido princípio é a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, no sentido de que a negativa destes direitos representaria uma discriminação para com o filho póstumo, uma vez que se estaria criando o instituto do filho sem direitos sucessórios.

A terceira possível solução ao tema é fruto da convergência dos dois princípios em conflito. Trata-se de uma consequência jurídica da associação do princípio da segurança jurídica ao princípio da igualdade entre os filhos, a partir da aplicação análoga do art. 1.800, §4º, do Código Civil, no sentido de que a viúva teria o prazo de dois anos para conceber o filho póstumo, contados da abertura da sucessão, caso contrário os direitos sucessórios do filho póstumo não seriam assegurados.

Identificadas as três possíveis soluções à problemática jurídica objeto da presente pesquisa, realizar-se-á a análise das referidas à luz das máximas parciais, componentes da máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy.

4.1 APLICAÇÃO DA MÁXIMA PARCIAL DA ADEQUAÇÃO

A máxima parcial da adequação, conforme já explicitado, analisará as três possíveis soluções, no sentido de verificar se as mesmas realizam as concepções sustentadas pelos princípios em conflito. As referidas soluções podem prejudicar a realização de um dos princípios em oposição, desde que fomente, pelo menos, o princípio colidente a este. Ou seja, as soluções não podem prejudicar um dos referidos princípios, sem pelo menos satisfazer o outro princípio em colisão.

A primeira solução apresentada, conforme já exposto anteriormente, consiste na negação de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, justamente pelo risco da instauração de uma insegurança jurídica no ordenamento jurídico pátrio. Trata-se de uma solução extrema, derivada da concepção firmada pelo princípio da segurança jurídica. Ressalta-se, portanto, que apesar da referida solução violar a realização do princípio da igualdade entre os filhos, esta fomenta o princípio da segurança jurídica, o que a faz uma solução adequada.

A segunda solução é a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem. A referida possui fundamento no princípio da igualdade entre os filhos, que a torna adequada, uma vez que apesar de prejudicar a realização do princípio da segurança jurídica, satisfaz o princípio da igualdade entre os filhos.

Por último, deve-se analisar a terceira solução, que propõe a aplicação análoga do art. 1.800, §4º, do Código Civil. A referida solução consiste na aplicação análoga do prazo de dois anos previsto para a prole eventual ao tema em análise, o que infere na concepção de que a viúva teria dois anos para realizar a citada técnica médica reprodutiva, e conceber o seu filho, prazo este contado a partir da data de abertura da sucessão.

Tal solução promove a realização do princípio da segurança jurídica e, também, do princípio da igualdade entre os filhos. A referida fomenta o princípio da segurança jurídica ao impor o prazo de dois anos para que o filho inseminado seja concebido, assim como o princípio da igualdade entre os filhos, ao conceder direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem, mesmo que para isso preveja a instituição de um prazo.

Desta forma, a aplicação análoga do art. 1.800, §4º, do Código Civil, também é considerada uma solução adequada, ao promover, mesmo que parcialmente, a realização dos dois princípios conflitantes no caso em tela. Portanto, as três soluções apresentadas são consideradas adequadas à luz da máxima parcial da adequação, de Robert Alexy. Desta feita, uma vez cumprida esta máxima, passar-se-á para a análise de tais soluções à luz da máxima parcial da necessidade.

4.2 APLICAÇÃO DA MÁXIMA PARCIAL DA NECESSIDADE

Conforme já exposto, a máxima parcial da necessidade visa verificar qual dentre as soluções oferecidas é a menos gravosa ao indivíduo. Averiguar-se-á a essencialidade da solução apresentada para que o objetivo almejado seja cumprido. Busca-se, portanto, através da referida máxima parcial, o meio que possa promover igualmente o fim, mas que restrinja os direitos fundamentais de uma forma mais branda que as outras medidas.

A primeira e a segunda solução apresentadas, a não concessão e a concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, respectivamente, representam medidas extremas, sendo a primeira um reflexo das concepções sustentadas pelo princípio da segurança jurídica e a segunda um reflexo das concepções disseminadas pelo princípio da igualdade entre os filhos.

Neste sentido, a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo mitiga o princípio da igualdade entre os filhos, assim como a concessão destes direitos mitiga, mesmo que parcialmente, o princípio da segurança jurídica. Por sua vez, a aplicação análoga do art. 1.800, §4º, do Código Civil ao caso em tela, terceira solução, é uma consequência da relação entre o princípio da segurança jurídica e o princípio da igualdade entre os filhos.

Trata-se da medida menos gravosa aos direitos do indivíduo, pois não mitiga integralmente nenhum dos dois princípios conflitantes no caso em análise, uma vez que os

homenageia, mesmo que parcialmente. Desta forma, a terceira medida pode ser considerada a menos gravosa aos direitos do indivíduo, sendo justamente a solução que a máxima parcial da necessidade busca, pois as outras duas soluções representam medidas extremas, ao ponto de mitigarem o princípio que não as baseia.

Entretanto, a máxima parcial da necessidade além de ser composta pelo exame do meio menos restritivo, abrange, também, o exame da igualdade de adequação dos meios, ou seja, a eficiência da medida deve ser considerada, uma vez que de nada adianta escolher uma solução menos gravosa se esta não for eficiente para promover o objetivo almejado (DA SILVA, 2010).

Neste sentido, deve-se analisar a eficiência da terceira solução, averiguando-se se esta é realmente necessária para promover o objetivo desejado. Percebe-se que tal solução possui pontos de fragilidades. Através da referida solução há a limitação dos direitos sucessórios do filho inseminado post mortem a um prazo de dois anos, mitigando-se parcialmente o princípio da igualdade entre os filhos.

Ademais, a referida solução não promove, integralmente, o princípio da segurança jurídica, uma vez que caso o filho em questão seja concebido dentro do referido prazo, este terá o direito de ingressar com uma ação de petição de herança, causando os mesmos efeitos temidos pelo princípio da segurança jurídica. Neste contexto, as lições de Robert Alexy (2008, p.120): "[...] caso até mesmo o meio menos gravoso afete a realização de P2, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento."

Desta feita, à luz dos ensinamentos de Alexy, mesmo que haja uma solução que seja menos gravosa, mas ainda assim afete um dos princípios envolvidos, deve-se realizar o sopesamento de princípios, com base na máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito. Analisadas as três possíveis soluções à luz da máxima parcial da necessidade, percebe-se que a terceira solução é a menos gravosa para os direitos do indivíduo.

Entretanto, como já relatado, a referida solução não é a mais eficiente para promover o objetivo almejado, além de violar, parcialmente, os princípios conflitantes. Assim, diante das referidas mitigações ocasionadas pela terceira solução, considerada a menos gravosa, deve-se partir para a análise das possíveis soluções à presente problemática jurídica à luz da terceira máxima parcial, a máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito ou sopesamento de princípios.

4.3 APLICAÇÃO DA MÁXIMA PARCIAL DA PROPORCIONALIDADE EM SENTIDO ESTRITO

A partir da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, analisar-se-á qual a solução entre as três apresentadas, através de um método comparativo, possui o maior peso diante das circunstâncias específicas ao caso. Destaca-se que para a realização da ponderação de princípios, deve-se considerar a concepção de que as soluções a serem analisadas são consequências jurídicas dos princípios em colisão (ALEXY, 2011).

Inicialmente, cabe analisar a primeira solução, a não concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, à luz do primeiro passo integrante da máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, a identificação do grau de não cumprimento do princípio.

Como já explicitado nas máximas parciais da adequação e da necessidade, a não concessão de direitos sucessórios ao filho inseminado post mortem, é uma solução extrema, derivada do princípio da segurança jurídica, exclusivamente, preocupada com a certeza e a previsibilidade do ordenamento jurídico pátrio, principalmente com relação à ação petição de herança e à partilha dos bens do de cujus, já realizada entre os seus herdeiros.

A partir da referida solução há a mitigação do princípio da igualdade entre os filhos, uma vez que se cria o instituto do filho sem direitos sucessórios, instituto este não previsto no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista que a todos os filhos é assegurado o direito à herança, vide art. 1.829, I, do Código Civil. Portanto, a não concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, primeira solução, assegura o cumprimento do princípio da segurança jurídica, entretanto mitiga, integralmente, o princípio da igualdade entre os filhos. A segunda solução, a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, também, é considerada uma solução extrema, porém com valores inversos aos da primeira, no sentido de que é um reflexo do princípio da igualdade entre os filhos.

Destaca-se, entretanto, que através da solução em análise, o princípio da segurança jurídica não é mitigado em sua totalidade, uma vez que a presente solução está adequada ao prazo prescricional de dez anos da ação de petição de herança, consolidado pelo entendimento doutrinário pátrio e, indiretamente, pelo Supremo Tribunal Federal, através da súmula 149, ambos já expostos anteriormente.

Assim, o ajuizamento da ação de petição de herança mitiga o princípio da segurança jurídica, entretanto não em sua totalidade, uma vez que a previsão de um prazo prescricional

concede certa previsibilidade à referida ação, tendo em vista que os outros herdeiros já estarão cientes da possibilidade de sua interposição, de seu respectivo prazo e de seus efeitos.

Desta feita, a segunda solução, derivada do princípio da igualdade entre os filhos, viola parcialmente o princípio da segurança jurídica, diante da instituição do prazo prescricional da ação de petição de herança, que gera uma atribuição de certeza e previsibilidade à relação jurídica. A terceira solução, a aplicação análoga do prazo do art. 1.800, §4º, do Código Civil, deixa de cumprir, em maior escala, o princípio da igualdade entre os filhos, em detrimento do princípio da segurança jurídica.

Deve-se comprovar o grau de não cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos. A imposição do prazo de dois anos, contados da abertura da sucessão, para que a viúva se submeta ao método reprodutivo da inseminação artificial homóloga post mortem e com este conceba o seu filho, é considerado um obstáculo à concessão dos direitos sucessórios do referido. Desta forma, cria-se um prazo, um obstáculo, específico para os filhos nascidos através da referida técnica médica-reprodutiva post mortem, inexistente para os outros filhos.

Percebe-se, portanto, que o referido prazo se trata de um instrumento discriminatório, segregacionista, tendo em vista que impõe requisitos específicos para que o filho em análise seja considerado legítimo a suceder o de cujus, no âmbito da legítima. Por outro lado, a referida solução promove, parcialmente, também, o princípio da igualdade, uma vez que apesar de determinar um prazo certo para que o filho póstumo nasça, prevê a concessão de direitos sucessórios a este.

A segunda etapa, no âmbito da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, é a comprovação da importância do cumprimento do princípio contrário, ou seja, o grau de relevância do cumprimento do princípio colidente ao princípio apresentado na primeira etapa, que foi analisado na seção anterior.

A primeira solução, a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, e a terceira solução, a aplicação análoga do prazo previsto no art. 1.800, §4º, do Código Civil, possuem o mesmo princípio colidente, o princípio da segurança jurídica.

O referido princípio prega a necessidade de se assegurar a estabilidade nas relações jurídicas, no sentido de que os indivíduos ao se inter-relacionarem precisam saber, previamente, as consequências de suas ações, ao ponto de não serem surpreendidos com efeitos inesperados e, muitas vezes, indesejáveis.

Este princípio possui relevância, uma vez que a sua ausência instalaria um verdadeiro caos no âmbito das relações jurídicas. Diante do grau de importância de seu cumprimento, a Constituição Federal o tutelou através do art. 5º, XXXVI. Demonstrada a importância do

cumprimento do princípio da segurança jurídica, deve-se analisar, também, a importância do cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos, princípio colidente da segunda solução, que prega a concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo. O referido princípio possui nítida aplicação ao tema em análise, uma vez que a não concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo ou a imposição de prazos para a concessão de tais direitos são considerados, à luz do referido princípio, hipóteses de discriminação.

O princípio da igualdade entre os filhos adquire relevância ao extirpar critérios discriminatórios e segregacionistas entre eles, sustentando a isonomia. Prega-se, a partir do referido princípio, a igualdade de direitos e deveres, o que inclui a concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo, caso contrário se estaria violando o referido princípio e a própria norma constitucional, que o positivou. Neste sentido, a aplicação absoluta do princípio da igualdade entre os filhos desencadearia a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial post mortem sem qualquer limite temporal, podendo o referido filho ingressar com ação de petição de herança a qualquer momento, o que mitigaria integralmente o princípio da segurança jurídica. Entretanto, destaca-se que a segunda solução apresentada não reflete a referida aplicação absoluta, uma vez que prevê o prazo prescricional da ação de petição de herança, que acaba por limitar, parcialmente, o princípio da igualdade entre os filhos, não sendo aplicado de forma absoluta.

A aplicação absoluta de tais princípios é incompatível com a própria natureza de tais normas, uma vez que os princípios são mandamentos de otimização, ou seja, devem ser realizados na maior medida possível e não em sua integralidade. A aplicação integral de um princípio, geralmente, colidirá com a efetivação de outro, devendo-se aplicar, nestes casos, a presente teoria da máxima da proporcionalidade.

Analisada a importância do cumprimento dos princípios em conflito, deve-se realizar a terceira e última etapa prevista pela máxima parcial da proporcionalidade em sentido estrito, comprovar se o princípio colidente é relevante ao nível de justificar o prejuízo ou o não cumprimento do outro princípio.

A primeira e a terceira solução possuem como princípio colidente a segurança jurídica, sendo a igualdade entre os filhos o outro princípio, enquanto que a segunda solução possui como princípio colidente a igualdade entre os filhos e a segurança jurídica é o outro princípio. Analisar-se-á, inicialmente, a concepção sustentada pela segunda solução, que está baseada no princípio da igualdade entre os filhos, averiguando-se se a sua relevância justifica o não cumprimento ou o prejuízo do princípio da segurança jurídica, embasador da primeira e da terceira solução.

O princípio da igualdade entre os filhos, conforme já ressaltado anteriormente, instaura a isonomia nas relações jurídicas envolvendo filiação. Tal princípio tem como consequência lógica, quando aplicado ao tema em análise, a defesa da concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, no sentido de que a imposição de critérios excludentes de tais direitos é considerada discriminatória e inconstitucional.

Os direitos sucessórios, geralmente, são relacionados ao seu cunho patrimonial, no sentido de representarem bens e valores aos herdeiros. Entretanto, tais diretos não possuem apenas esta natureza, uma vez que vários direitos básicos podem ser mais facilmente garantidos através deles. Desta forma, não se trata exclusivamente de um patrimônio no sentido puro, capitalista, mas também de um instrumento necessário e relevante para a promoção e garantia de direitos básicos ao indivíduo, que sem a herança se tornariam desafios a serem alcançados. Direitos estes como saúde, alimentação, moradia, educação, lazer e segurança.

O valor econômico da herança é um potencial facilitador da promoção de tais direitos, que se tornariam mais remotos caso o filho estivesse desamparado com a negativa de seus direitos sucessórios. Desta concepção, depreende-se uma das fontes de relevância inerente ao princípio da igualdade entre os filhos. A Constituição Federal reconheceu a referida relevância do princípio da igualdade e da igualdade entre os filhos, positivando-os no art. 5º, caput, art. 3º, III e IV, e art. 227, §6.

Neste sentido, a isonomia entre os filhos se tornou, no ordenamento jurídico pátrio, um comando constitucional. Devido à referida importância do princípio da igualdade entre os filhos, depreende-se que, no caso em análise, a mesma justifica a mitigação do princípio da segurança jurídica, pois para que os direitos sucessórios do filho póstumo sejam regularmente garantidos é necessário que o princípio da segurança jurídica seja prejudicado, parcialmente.

Destaca-se que a segunda solução, a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, não exclui integralmente o cumprimento do princípio da segurança jurídica, uma vez que, como já relatado anteriormente, a referida medida sugerida prevê o prazo prescricional da ação de petição de herança. Desta forma, depreende-se que, através da segunda solução apresentada, o princípio da segurança jurídica será mitigado parcialmente, e não em sua totalidade.

Tal mitigação é justificada, tendo em vista que a necessidade de se conceder direitos sucessórios ao filho póstumo possui um maior peso, no caso em análise, do que a necessidade de se garantir a estabilidade, a previsibilidade, das relações jurídicas envolvendo os filhos. A finalidade da concessão de direitos sucessórios ao filho póstumo transcende a importância de

se manter a previsibilidade do sistema, pois os direitos defendidos pelo princípio da igualdade entre os filhos são mais básicos e essenciais à figura do ser humano, sendo necessário, portanto, dá-lhes prioridade.

A Constituição Federal ratifica tal essencialidade, ao prever em seu artigo 5º, caput, a necessidade de garantir estes direitos, considerados básicos, a todos, confirmando a importância do cumprimento dos preceitos sustentados pelo referido princípio. Comprovada a importância do princípio da igualdade entre os filhos, ao ponto de justificar o prejuízo do princípio da segurança jurídica, deve-se verificar se a recíproca é verdadeira, se a relevância do princípio da segurança jurídica é suficiente ao nível de justificar o não cumprimento ou o prejuízo do princípio da isonomia entre os filhos.

A primeira e a terceira solução dão prioridade ao referido princípio em relação ao princípio da igualdade entre os filhos, porém em níveis diferentes, tendo em vista que a primeira solução propõe o não cumprimento do princípio da igualdade entres os filhos, enquanto que a terceira solução propõe o prejuízo do referido princípio. Desta forma, deve-se analisar se a relevância do princípio da segurança jurídica justifica o cumprimento do proposto pelas referidas medidas.

Deve-se considerar a importância de um ordenamento jurídico estável e previsível para a promoção da justiça, mas a interpretação desta máxima de forma absoluta, no âmbito do presente tema, é inadequada, tendo em vista que se estaria produzindo um sistema seguro e previsível, entretanto, desigual. Não teria finalidade um ordenamento jurídico em que as relações sucessórias fossem certas e previsíveis, mas marcadas pela desigualdade.

Estar-se-ia criando um sistema seguro e estável para a promoção de uma desigualdade, o que é incompatível com o próprio ideal de justiça, um dos valores supremos do Estado Democrático, conforme previsto no preâmbulo da Constituição Federal. Desta forma, a relevância do princípio da segurança jurídica não é suficiente para justificar o não cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos, uma vez que este princípio, conforme já ressaltado anteriormente, defende direitos e garantias básicas, e essenciais aos indivíduos.

Percebe-se, portanto, que a primeira solução é inadequada para a resolução da presente problemática jurídica, uma vez que defende a sobreposição do princípio da segurança jurídica sobre o princípio da igualdade entre filhos, o que não é possível, tendo em vista a insuficiência daquele para mitigar o princípio da igualdade entre os filhos.

A terceira solução, assim como a primeira, homenageia o princípio da segurança jurídica, porém em um nível diferente, uma vez que aquela promove a aplicação do princípio da segurança jurídica, mas não exclui o princípio da igualdade entre os filhos, apenas o limita

através da imposição de um prazo de dois anos para que a viúva conceba o seu filho inseminado post mortem. Por conseguinte, deve-se analisar, também, se o princípio da segurança jurídica é relevante o suficiente para justificar o prejuízo do princípio da igualdade entre os filhos, o que refletirá, consequentemente, na verificação da terceira medida, se esta poderá ser considerada uma solução para a problemática jurídica em análise. A aplicação de um prazo para que a viúva conceba o seu filho póstumo homenageia, principalmente, o princípio da segurança jurídica, ao limitar a concessão de direitos sucessórios ao prazo de dois anos.

Apesar da relevância do princípio da segurança jurídica, analisada anteriormente, esta também não é suficiente para justificar o prejuízo do princípio da igualdade entre os filhos, tendo em vista a natureza básica e essencial do objeto de proteção do referido princípio. Destaca-se que a limitação temporal para que um filho seja concebido é compreendida, também, à luz do princípio da igualdade entre os filhos, como um critério discriminatório, uma vez que se estaria criando uma condição apenas para o filho póstumo, sendo incompatível com o ordenamento jurídico pátrio. Tal limitação temporal é diferente do prazo sustentado pela segunda solução, o prazo prescricional da petição de herança, uma vez que este não é específico dos filhos póstumos, e sim um prazo geral atribuído à ação de petição de herança.

Ademais, vale ressaltar que o prazo proposto pela terceira solução incide sobre os direitos sucessórios, tal prazo limita o direito sucessório, o que é incompatível com o disposto no art. 5º, XXX, da Constituição Federal, que prevê que o direito à herança é considerado um direito fundamental, inerente à figura do filho. Enquanto que o prazo prescricional da ação de petição de herança não limita o direito a esta, e sim o instrumento processual cabível para resgatar estes direitos.

Desta forma, o referido prazo não nega tais direitos ao filho, mas apenas afeta o meio processual cabível para suscitar tais direitos. Por conseguinte, a imposição do referido prazo de dois anos para viúva sob o pretexto de homenagear o princípio da segurança jurídica, não possui a relevância necessária para o prejuízo do princípio da igualdade entre os filhos. Portanto, a terceira medida não pode, também, ser aplicada como uma solução à problemática jurídica em análise.

Destarte, através da aplicação da máxima da proporcionalidade, percebe-se que a segunda medida é a melhor solução para a problemática jurídica em análise, ou seja, a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Devido o filho póstumo não ter nascido ou sido concebido à data da morte do de cujus, data da abertura da sucessão, este, a priori, teria seus direitos sucessórios não reconhecidos.

Entretanto, o referido tema é marcado por antinomias constitucionais e infraconstitucionais, envolvendo a concessão de direitos sucessórios à figura da prole eventual e a violação de norma constitucional, que sustenta a igualdade entre os filhos, vedando qualquer tipo de discriminação no âmbito da filiação.

Aliada às referidas antinomias jurídicas, está a omissão legislativa em relação ao assunto, uma vez que a legislação pátria não se manifesta, diretamente, sobre a possibilidade de realização da técnica-médica em análise, tampouco em relação aos direitos sucessórios do filho nascido através dela.

Devido à referida problemática jurídica constituída e fomentada pelas citadas antinomias jurídicas e omissão legislativa, necessitou-se do emprego das fontes de colmatação do Direito, optando-se pela aplicação dos princípios atinentes ao assunto, diante do silêncio da jurisprudência acerca do tema.

A partir da análise do conflito entre os princípios da igualdade entre os filhos e o da segurança jurídica à luz da máxima da proporcionalidade, de Robert Alexy, chegou-se a conclusão de que a melhor solução à problemática jurídica em análise é a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem.

A referida solução se mostrou a melhor para o presente caso, uma vez que está baseada no princípio da igualdade entre os filhos, o qual a sua relevância justifica o prejuízo ao princípio da segurança jurídica, princípio este que não possui a relevância necessária, diante das circunstâncias apresentadas, para justificar o prejuízo ou o não cumprimento do princípio da igualdade entre os filhos. Ressalta-se que a referida melhor solução não gera a mitigação integral do princípio da segurança jurídica, uma vez que prevê o prazo prescricional da ação de petição de herança, o que concede certo grau de previsibilidade e segurança ao ordenamento jurídico.

Diante das circunstâncias apresentadas, o princípio da igualdade entre os filhos possui maior peso em relação ao princípio da segurança jurídica. Portanto, o primeiro princípio se sobressairá sobre o segundo quando estiverem presentes as seguintes circunstâncias: filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, procedimento autorizado pelo pai, discussão quanto aos direitos sucessórios, ausência de previsão legislativa específica, colisão entre os princípios da igualdade entre os filhos e o da segurança jurídica.

Quando as referidas circunstâncias estiverem presentes, o princípio da igualdade entre os filhos possuirá maior peso em relação ao princípio da segurança jurídica, o que, consequentemente, ensejará a concessão de direitos sucessórios ao filho nascido através de inseminação artificial homóloga post mortem, sendo considerada a melhor solução ao objeto da presente pesquisa.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. La fórmula del peso. Carbonell, Miguel (org.) Argumentación Jurídica: El Juício de Ponderación y El Principio de Proporcionalidad. México: Editorial Porrúa: 2011.

_____. Doutrinas essenciais. Direitos humanos – v. 01. Garcia, Piovesan (Org.). Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Teoria dos Direitos Fundamentais, Tradução de Virgílio Affonso da Silva, 1. ed., Malheiros Editores, 2008.

BRASIL, Código Civil Brasileiro, 1916.

_____. Código Civil Brasileiro, 2002.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

DINIZ, Maria Helena. O Estado atual do Biodireito. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro: Direito das Sucessões, v 7. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Direito Civil brasileiro: Direito de Família, v. 6. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito das Sucessões Brasileiro: disposições gerais e sucessão legítima. Destaque para dois pontos de irrealização da experiência jurídica à face da previsão contida no novo Código Civil. Jus Navigandi. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/ revista/texto/4093>. Acesso em 17 de jan. de 2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.