

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL:
Uma Discussão de Direitos sobre o Implante de Embriões *Post
Mortem***

Sonia Christina Dinkhuysen Oliveira

Curitiba/PR
2015

FACULDADES INTEGRADAS SANTA CRUZ DE CURITIBA

**A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL:
Uma Discussão de Direitos sobre o Implante de Embriões *Post
Mortem***

Sonia Christina Dinkhuysen Oliveira

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Me. Ariane Fernandes de Oliveira.

Curitiba/PR
2015

**A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* E O DIREITO SUCESSÓRIO NO BRASIL:
Uma Discussão de Direitos sobre o Implante de Embriões *Post
Mortem***

Trabalho de Conclusão de Curso,
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

ARIANE FERNANDES DE OLIVEIRA
Orientador

GILMARA PESQUERO FERNANDES MOHR FUNES
Examinador

MARCELO LASPERG DE ANDRADE
Examinador

Curitiba/PR, 02 de dezembro de 2015.

AGRADECIMENTOS

A DEUS porque me ensinou que, não importa o tamanho da montanha, ela nunca poderá tampar o sol.

Pelo que aprendi até agora, soube que as maravilhas de Deus estão a nosso dispor por toda a vida, basta que lutemos para conquistar o espaço que é nosso no mundo.

Aos meus pais JOSÉ BENEDITO OLIVEIRA e SONIA MARIA DINKHUYSEN OLIVEIRA, base da minha vida, sinônimo de compreensão em todas as circunstâncias e, que ainda me acalmavam quando sentiam que algo não estava bem, com dizeres incentivadores sempre me apoiando e me orientando nas minhas decisões. Obrigada!

À GIANNA DO VALE BUENO, minha amiga que, para atingirmos o nosso objetivo, passamos por momentos de descobertas e frustrações... Vivemos passo a passo a nossa escolha que se tornou nova caminhada em nossas vidas. Agradeço-lhe também, pela cumplicidade nessa convivência de cinco anos, das quais muitas vezes compartilhamos momentos de tristezas, angústias e ansiedade, claro, alegrias também, mas que sempre soube em qualquer circunstância demonstrar a amizade por mim, sempre me incentivando e apoiando com palavras firmes e, ao mesmo tempo, carinhosas. Obrigada!

A TODOS que de alguma maneira fizeram parte dos momentos de superação que não foram poucos e que tiveram compreensão, carinho, amor e paciência para comigo (FABIANE CHRISTINA BATISTELA E ADRIANA CHRISTINA BATISTELA), pois marcaram a minha vida para sempre, umas porque me ajudaram na construção do meu saber (MARCELO LASPERG DE ANDRADE E EDUARDO NOVACKI) e, outras porque apresentaram projetos para que eu pudesse realizar meu sonho (ARIANE FERNANDES DE OLIVEIRA) e outras ainda, porque me desafiaram a construí-los (GILBERTO MANOEL ALVES). Obrigada!

A GILMARA PESQUERO FERNANDES MOHR FUNES e MARIA EUGÊNIA BERTOLDI pelo convívio, apoio e amizade dedicados a minha pessoa e assim me conduziram com maestria em vários momentos do curso. Obrigada!

DEDICATÓRIA

A ZILÁ DELATTRE que, com a sua sapiência e dedicação, me guiou e me iluminou com seus sábios ensinamentos de vida, nas decisões mais difíceis dessa caminhada para que meu sonho se tornasse realidade. Reconheço que muitos obstáculos me foram impostos ao longo do curso, mas graças a sua ajuda eu pude trilhar esse caminho com sucesso para persistir e vencer. Eternamente grata!

*Posso não concordar
com nenhuma das palavras
que você disser, mas defenderei
até a morte o direito de você
dizê-las.
(Françoise Marie Arouet)*

Voltaire

RESUMO

O presente estudo é desenvolvido sob o contexto das ciências jurídicas, mais especificamente com a abordagem do direito sucessório. Através das disposições e entendimentos jurisdicionais da esfera brasileira, sendo norteado pela Carta Magna e respectivos códigos. Faz uma abordagem entre a sucessão e a fertilização *in vitro*, com objetivo de identificar direitos sucessórios no caso de fertilização *in vitro post mortem* realizada pelos genitores. A pesquisa é desenvolvida sob o objetivo exploratório, apresentando caráter básico. Os dados são coletados em fontes secundárias de pesquisa, dentre as quais artigos, livros e periódicos. São usados prevalentemente artigos disponibilizados em bases de dados na *internet*, e esses dentro do contexto brasileiro. O tratamento dos dados é crítico-dissertativo com agrupamento textual segundo ideias principais, e a análise dos mesmos é qualitativa. A inspiração da pesquisa se dá segundo o método dedutivo, num conjunto de correlações, argumentações e discussões pertinentes à matéria. Espera-se que os resultados desse estudo venham contribuir positivamente à educação, estado atual do conhecimento, ciências jurídicas e sociedade, e isso pelo aspecto esclarecedor e motivador de pesquisas. Como resultado principal desse estudo, chega-se a uma enumeração, simples e prática dos direitos sucessórios, da vida em formação, proveniente da fertilização *in vitro post mortem* realizada pelo genitor.

Palavras-Chave: Direito Sucessório. Vida. Fertilização *In vitro*. Genitores. *Post mortem*.

ABSTRACT

This study was developed under the context of legal sciences, specifically with the inheritance law approach. It is focused on the jurisdictional arrangements and understandings of the Brazilian sphere, being guided by the Constitution and its codes. It correlates succession and *in vitro* fertilization, aiming to identify inheritance in the case of *in vitro* fertilization *post mortem* of the parents. The research was developed under exploratory objective, with basic character. Data was collected from secondary research sources, among them, articles, books and periodicals. There were used prevalently articles available in databases on the Internet, and those within the Brazilian context. Processing of the data is critical and argumentative with textual grouping according to the main ideas, and their analysis is qualitative. The inspiration of the research takes place according to the deductive method, in a set of correlations, arguments and discussions related to the subject. It is expected that the results of this work may contribute positively to education, to the current state of knowledge, to the legal science and society by the enlightening and motivating aspect of this research. As the main result of this reasearch, an enumeration is achieved, simple and practical, of the inheritance laws, of the life being gestated, from the *in vitro* fertilization *post mortem* of the parent.

Keywords: Inheritance Law. Life. *In vitro* fertilization. Parent. *Post mortem*.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	100
2	DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	14
2.1	ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA	17
2.2	DIREITO DE REPRESENTAÇÃO	19
2.3	LEGADOS	19
2.4	SUBSTITUIÇÕES E FIDEICOMISSO	20
2.5	DESERDAÇÃO	21
2.6	REVOGAÇÃO E ROMPIMENTO DOS TESTAMENTOS	23
2.7	COLAÇÕES	23
2.8	INVENTÁRIO E PARTILHA	25
2.9	SONEGADOS	28
2.10	DIREITO SUCESSÓRIO X DIREITO SOCIETÁRIO	29
2.11	CONSIDERAÇÕES PARCIAIS SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO	30
3	FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> – ABORDAGENS E O DIREITO	31
3.1	ASPECTOS HISTÓRICOS	31
3.2	PROCESSO DE FERTILIZAÇÃO	33
3.3	TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.
3.3.1	Fertilização <i>In Vitro</i> Post Mortem	34
3.4	TEORIAS SOBRE A CONCEPÇÃO DA VIDA	35
3.4.1	Teoria Concepcionista	36
3.4.2	Teoria da Nidação	36
3.4.3	Teoria Gradualista	37
3.4.4	Teoria Natalista	37
3.5	ÉTICA, O DIREITO E FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i>	38
3.5.1	Falta de anuência do marido	40
3.5.2	Criança nasce de genitor morto	40
3.5.3	Riscos à saúde da doadora do óvulo	41

3.5.4 Arrependimento do casal após ter iniciado o procedimento de fertilização in vitro	41
3.5.5 Transmissão de doenças genéticas ao embrião	42
3.5.6 Determinação da maternidade e conflitos de reconhecimento	42
3.5.7 Anonimato do doador genético	43
3.5.8 Criação de homens programados	43
3.5.9 Determinação jurídica do tempo que o óvulo poderá permanecer congelado	43
3.5.10 Responsabilidade civil e pena médica no caso de problemas com a fertilização assistida	44
3.5.11 Destinação de embriões excedentes no caso de tratamento hormonal	44
4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DA VIDA GERADA <i>IN VITRO</i> APÓS A MORTE DOS GENITORES	46
4.1 DIREITOS SUCESSÓRIOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL SEGUNDO OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	47
4.2 A NÃO SUCESSÃO DEVIDO A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL <i>IN VITRO</i> CONFORME ARTIGO 1.998 DO CÓDIGO CIVIL/2002	51
4.4 CASOS SOBRE A FERTILIZAÇÃO <i>IN VITRO</i> MUNDO AFORA.....	59
4.4.1 O Reino Unido e a Fertilização <i>In Vitro</i>	59
4.4.5 Na Alemanha: mãe de 65 anos dá a luz aos quadrigêmeos	63
5 CONCLUSÃO	64
6 REFERÊNCIAS.....	67

1 INTRODUÇÃO

A evolução do homem, assim como da ciência, traz na atualidade uma série de mudanças na sociedade e, dentre estas, mudanças legislativas e jurisdicionais. Busca cada vez mais o bem estar e qualidade de vida do cidadão, em diferentes ramos da ciência, não sendo diferente na questão do direito. Notam-se necessárias soluções e interpretações, como no caso referente aos direitos sucessórios da vida gerada *in vitro*, após a morte do genitor. Evidencia-se o fato de ser um tema debatido e controvertido na atualidade, deixando desequilíbrios e lacunas a serem preenchidas com discussões importantes, visto que o avanço da ciência na área da fertilização deve ser suportado pela lei e direitos correspondentes, mas estabelece princípios direcionados à formação da família, sua organização e situação dos filhos que se encontram respaldados na Constituição Federal Brasileira.

Com o ritmo acelerado da evolução da ciência, a sociedade recebeu inovações que puderam concretizar o sonho e realização da maternidade, haja vista as várias técnicas de reprodução existentes, de tal forma para que viessem suprir a impossibilidade dos casais com tal deficiência.

Sabe-se que as descobertas da ciência são mais rápidas do que o Direito que possui caráter social e, diante dos casos que não se sabe qual definição tomar, ou qual o caminho para obter a solução do conflito, falta normatização, o que confirma, portanto a lacuna da previsão legal. É demasiado importante a sistematização de um regulamento que embase a técnica de reprodução assistida (TRA) de maneira eficaz e responsável, pois cada caso é um caso, e deverá ser analisado no caso concreto.

De fato, é imperioso registrar que a abordagem sobre a questão do avanço tecnológico da reprodução artificial se remete a análise dos efeitos posteriores ao falecimento do genitor, ou seja, do *de cuius*¹.

¹Da expressão latina *cuius successione agitur*, que designa pessoa falecida de cuja sucessão de bens se trata. Denomina o falecido que deixou bens. Também se diz autor da herança.
Fonte: <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/298009/de-cujus>.

Neste sentido, é traçado o paralelo entre a fertilização *in vitro* e o direito sucessório brasileiro. Argumentações e discussões são feitas neste viés, numa motivação explícita de debater tal problemática: Quais os principais direitos sucessórios da vida gerada *in vitro* após a morte dos genitores?

Sendo assim, é mister explicar que a filiação é um direito de todos, no qual se faz evidenciar a igualdade entre os filhos, sem distinção de origem ou qualificação, pois é o que rege o princípio constitucional da igualdade, o que garante a proteção aos filhos concebidos após o falecimento do seu genitor. Evidencia-se o fato de que sem essa garantia haveria transgressão ao princípio da dignidade humana, o qual está previsto na Constituição Federal Brasileira e que corrobora com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Inserir-se nessa abordagem o aspecto da liberdade científica, ou seja, a prática de atos científicos evidenciando especificamente, o ser humano e o respeito a sua dignidade que deve perseverar desde o momento da sua concepção até o seu óbito. Sendo assim, o Estado é o detentor de mecanismos que devem proteger a vida sob todos os aspectos contra qualquer atitude que vá de encontro à dignidade da pessoa humana.

Nota-se uma precariedade de bibliografias e jurisprudência brasileira a este respeito na atualidade, de modo que a abordagem do assunto tende a ser exploratória.

O estudo é desenvolvido sob o caráter básico, seguindo-se procedimentos bibliográficos de pesquisa. As informações e conhecimentos são coletados e agrupados segundo ideias principais, sendo a análise em referência, qualitativa. A observação e a interpretação dos dados possibilitam argumentações e discussões a respeito, e tudo afunilando aos consensos de resultados. Uma análise conjuntural entre fertilização *in vitro* e direito sucessório brasileiro, alinhada pelo método dedutivo, com o objetivo principal de identificar os principais direitos sucessórios da vida, no caso de fertilização *in vitro post mortem* dos genitores.

A escolha deste tema foi devido à reflexão sobre a sociedade atual que argumenta sobre a ética sem nem mesmo entendê-la ou saber aplicá-la de maneira condizente com as suas próprias exigências e/ou expectativas com relação ao próximo. Também para que se oportunizasse ao acadêmico-leitor a reflexão de maneira ética que se insere no âmago do ser humano, pois se trata da formação da vida e dos seus direitos cabíveis.

Justifica-se a importância e relevância que trata o tema, tendo-se em vista as contribuições positivas que o estudo deve causar na educação, estado atual do conhecimento, ciências jurídicas e sociedade. Tem efeito esclarecedor e motivador de pesquisas e estudos, bem porque é um tema relativamente recente com abordagens mais constantes a partir da década de 2010. A ciência na atualidade requer o respaldo jurídico na sua evolução, principalmente neste caso que acaba envolvendo discussões sobre heranças e correlatos. Uma abordagem técnica - prática a respeito, num sentido evolucionista da vida e das leis.

A ideia norteadora desta pesquisa se coaduna com discussões, às quais o Direito brasileiro vem se evidenciando perante à sociedade no que diz respeito às questões relacionadas ao direito do nascituro e, como a legislação tem protegido os embriões originários da fertilização *in vitro*. Portanto, é importante promover tal debate significando-os pessoas ou não de direitos.

Dessa forma, é importante o esclarecimento sobre o embrião, visto que não é considerado pessoa, pois ainda não nasceu e também não é nascituro, já que para tanto é exigido o abrigo no ventre materno, e também não é prole eventual, por já ter sido concebido.

Ressalta-se que o Direito não é detentor de um sistema infalível, incontestado e fechado, pois, constantemente, sofre influências da sociedade com a externalidade de seus anseios, que culminam com mudanças em várias áreas atinentes ao ser humano. Há de se destacar o campo da Medicina, área intrínseca do objeto analisado nesse estudo, a qual reflete no âmbito jurídico as consequências das atitudes adotadas pela sociedade e, é responsável pelas decisões que virão a ser condição *sine qua non* para a criação da legislação e que servirão de base para a tomada de decisões dos magistrados.

Com relação ao desenvolvimento do estudo, é realizado em etapas pontuais e expositivas. Perfaz-se com três objetivos específicos no estágio cognitivo do conhecimento, num acumular de saberes que levam ao cumprimento do objetivo geral. O primeiro objetivo específico é identificar o direito sucessório brasileiro, o qual consiste num conjunto de normas que orientam a transmissão do patrimônio do *de cuius*, após seu falecimento, para seus sucessores seguindo-se a lei ou possível testamento.

Nesse íterim cabe enumerar um dos fundamentos da sucessão *causa mortis* que é a exigência da continuidade da pessoa natural que culmina na sua vida

social onde realizou diversos pactos tais como, contração de dívidas e realização de contratos, fatos que não se extinguem com a morte e dão continuidade por intermédio de outrem. O segundo objetivo é reconhecer o que é a fertilização *in vitro* (através de suas principais características e particularidades). E o terceiro é correlacionar os entendimentos, pelo viés do direito e da vida, da sucessão no caso da fertilização *in vitro*. Tudo em um caráter básico de geração de conhecimento, não tendo a intenção de esgotar o assunto.

Estruturalmente o estudo é dividido em cinco seções, dentre as quais a introdução e as considerações finais. A introdução faz uma apresentação breve do desenvolvimento da pesquisa, contendo o contexto, a motivação, os objetivos e as indicações metodológicas do estudo. A segunda seção, “Direito Sucessório Brasileiro” apresenta os entendimentos, as particularidades, as aplicabilidades e características da sucessão no Brasil fundamentado pela Lei.

Nessa perspectiva, destaca-se que o Direito Sucessório tem por base o direito de propriedade e a função social proferido no art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal/1988, além da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, III e o art. 3º, I, da referida Carta Magna. A terceira seção reconhece o que é a fertilização *in vitro*, como é feita, a partir de que momento considera-se a geração da vida e suas considerações. A quarta seção faz um confronto consensual entre a vida e o direito, no que se refere à parte de direitos no caso da fertilização *in vitro* explicitando a jurisprudência com breves comentários além da enumeração de direitos que perfazem o resultado principal da pesquisa. A quinta seção intitulada conclusão mostra como se deu o cumprimento dos objetivos geral e, específicos da pesquisa ainda quais foram as dificuldades encontradas apresentando sugestões para pesquisas futuras, considerando a continuidade do conhecimento, da pesquisa e da ciência.

2 DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

O direito sucessório pode ser visto e entendido, dentro da jurisdição brasileira, como sendo um ramo do direito que trata especificamente da transmissão de bens, direitos e obrigações posterior à morte, a outros que são considerados seus sucessores. Em sentido amplo remete-se ao ato jurídico pelo qual uma pessoa substitui outra em seus direitos e obrigações no que diz respeito à relação entre pessoas vivas ou quando da morte de alguém, ou seja, nas formas *inter vivos* e *causa mortis*.

Note-se que a sucessão é uma instituição anterior a Era Cristã, pois se encontram registros nos direitos egípcio, hindu e babilônico. Nessas civilizações ditas antigas, o castigo maior, era se a pessoa quando falecesse não tivesse quem cultuasse a sua alma. Portanto, cabia ao herdeiro, o sacerdócio do culto de seu antepassado. Nesse viés, Fustel de Coulanges (2008, p. 77) evidencia a conexão entre o culto familiar e o direito hereditário nas civilizações antigas.

Deste princípio se originaram todas as regras do direito sucessório entre os antigos. A primeira é que sendo a religião doméstica [...], hereditária, de varão para varão, a propriedade também o era. Assim, sendo o filho o natural e necessário continuador do culto, herda também os bens. Nisso está o surgimento do princípio da hereditariedade; não era, pois o resultado de simples convenção entre homens, apenas; deriva de suas crenças e religião, do que há de mais poderoso sobre as almas. [...] Um homem morria sem filhos; para saber quem seria o seu herdeiro, bastava procurar aquele que deveria ser o continuador do seu culto. Ora, a religião doméstica transmitia-se pelo sangue, de varão em varão. Só a descendência em linha masculina estabelecia entre dois homens a ligação religiosa, permitindo a um continuar o culto do outro. Como já vimos, o parentesco era apenas a expressão dessa relação. Era-se parente porque se tinha o mesmo culto, o mesmo lar originário, e os mesmos antepassados. Mas não se era parente por ter nascido da mesma mãe; a religião não admitia o parentesco pelas mulheres. Os filhos de duas irmãs, ou os de uma irmã e de um irmão, não tinham entre si laço algum, pois não pertenciam à mesma religião doméstica nem à mesma família. (COULANGES, 2008, p. 78-85)

O Direito Sucessório faz parte da área civil, ou seja, é parte especial do Direito Civil que regula a quem de direito caberá o patrimônio de uma pessoa, após a sua morte, tendo impacto e correlação com o direito de família, empresarial, administrativo, e afins. Insere-se nas discussões de heranças, inventários e correlatos num complexo de embasamentos de ascendentes, descendentes, (filhos

legítimos, não legítimos), direitos de pessoas físicas e jurídicas. Tem como objeto a sucessão, numa tomada do lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico conforme Hironaka, (2004, p. 1-14):

A sucessão se verificava exclusivamente na tomada do lugar do *de cuius* na condução do culto doméstico, mas os bens não se transmitiam ao herdeiro, uma vez que não pertenciam ao morto. A propriedade era familiar e a família era chefiada pelo varão mais velho que descendia diretamente dos deuses domésticos e apenas pela linha masculina. Esta pessoa era, portanto, a de maior autoridade na visão dos antigos. A ele cabia a administração do acervo familiar e a condução da vida religiosa e doméstica.

Observa-se neste contexto, que a sucessão está relacionada a “herdar ou receber o patrimônio daquele que faleceu. Verifica-se o fenômeno da extinção da relação e, em seu lugar, apresentando-o o sucessor, sem que se modifique o objeto da sucessão” (RIZZARDO, 2005, p. 11). Um direito estabelecido pela Constituição Federal em seu artigo 5º incisos XXII e XXX (que garantem o direito da propriedade e o direito da herança), como uma possibilidade de transmissão de seus bens aos sucessores, em âmbito hereditário, o que estimula o caráter produtivo social. A sucessão legítima estabelece conforme o artigo 1.829 do Código Civil/2002, num âmbito de ordem pré-definida, resguardando-se a questão dos casamentos e das comunhões, conforme artigo 1.640 do Código Civil/2002, infracitados, conforme segue:

A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge; III - ao cônjuge sobrevivente; IV - aos colaterais; Não havendo convenção, ou sendo ela nula ou ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único. Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo-se o pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Observa-se também o caso da união estável por ocasião da sucessão, expondo-se que a companheira ou companheiro participarão da sucessão um do outro, segundo condições de concorrência com filhos e descendentes, ainda outros parentes, conforme dispõe o artigo 1.790 e incisos do Código Civil/2002:

A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I - se concorrer com filhos comuns terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III - se concorrer com outros parentes sucessíveis terá direito a um terço da herança; IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Leva-se em consideração a questão da indignidade junto ao direito sucessório, tendo a consideração de ofensividades e indignidades que caracterizam a exclusão, do conjunto de herdeiros ou legatários, conforme o artigo 1.814 e incisos do Código Civil/2002:

São excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários: I - que houverem sido autores, coautores ou partícipes de homicídio doloso - ou tentativa deste contra a pessoa de cuja sucessão se tratar, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; II - que houverem acusado caluniosamente em juízo o autor da herança ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro; III - que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

Em caso de dívidas, após levantamento de inventário, o herdeiro responde, entretanto e, segundo o direito sucessório, no respectivo montante de seu quinhão, conforme artigo 1.792 do Código Civil/2002:

O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados.

Por tudo, e levando-se em conta que a palavra sucessão tem sentido amplo conforme expõe Gonçalves (2010, p. 19):

“A palavra “sucessão”, em sentido amplo, significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Numa compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertenciam. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou o direito. No direito das sucessões, entretanto, o vocábulo é empregado em sentido estrito, para designar tão somente a decorrente da morte de alguém, ou seja, a sucessão *causa mortis*”. (grifo do autor)

Tem-se o caso das exclusões da sucessão, no que se refere a herdeiros ou legatários, anteriormente discriminados no artigo 1.814 do Código Civil/2002, tendo-se os direitos resguardados por efeitos de testamento. O artigo 1.857 do Código Civil/2002, a seguir, que garante a declaração unilateral de vontade do testador, ressaltando-se que o testamento é um ato personalíssimo conforme artigo 1.858 do Código Civil/2002, também citado abaixo:

Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte. § 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento. § 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado;
O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

Em caso de caducidade de ineficácia ou de inexistência do testamento “Dar-se-á sucessão legítima ou *ab intestato* em caso de inexistência, ineficácia ou caducidade de testamento e, também, em relação aos bens nele não compreendidos. Nestes casos a lei defere a herança a pessoas da família do *de cuius* e, na falta destas, ao poder Público”. (GONÇALVES, 2010, p. 51). Afinal, e sobre os preceitos constitucionais relativos a essa matéria, todos são iguais perante a lei, sendo garantido o direito de herança e sucessão, conforme artigo 5º, incisos XXX e XXXI (garantindo o direito de herança. A sucessão de bens de estrangeiros situados no país será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros). Entenda-se herança, como um conjunto de direitos e obrigações transmissíveis por morte aos herdeiros. (VENOSA, 2008, p. 6)

2.1 ACEITAÇÃO E RENÚNCIA DA HERANÇA

A sucessão é aberta por sobrevivência do herdeiro ao *de cuius*, herdando ele os bens deixados e transmissíveis aos sucessores. Apura-se a capacidade sucessória, de modo que o herdeiro sucede a título universal e o legatário a título singular. A aceitação da herança ou adição é feita por ato jurídico unilateral do herdeiro, através da sua manifestação de desejo de receber a herança

lhe transmitida. A herança não pode ser aceita ou renunciada em parte, devendo ser a aceitação pura e simples. Para a renúncia ter validade devem estar presentes os requisitos de capacidade jurídica do renunciante, forma prescrita em lei, inadmissibilidade de condição ou termo, não realização de qualquer ato equivalente à aceitação da herança, impossibilidade de repúdio parcial da herança, objeto lícito e abertura da sucessão. E quanto à renúncia ainda cabe salientar que deve ser gratuita, cessão pura e simples e em favor dos coerdeiros. (Código Civil/2002 art. 1.808) Já, para Diniz (2008, p. 76), “Renúncia e aceitação da herança é ato próprio de quem é herdeiro, regendo-se pelo direito das sucessões e não pelo direito de família”. Portanto, o art. 1.812 do Código Civil/2002 reza: “São irrevogáveis os atos de aceitação ou de renúncia da herança”. Na classificação de aceitação tem-se a declaração escrita, a tácita e a presumida. Já no caso de renúncia de herança, tem-se a renúncia do direito por parte do herdeiro. Ele abre mão da titularidade em ato solene, sendo lavrada escritura pública por tabelião ou termo nos autos (perante o juiz). Se o herdeiro passar seus direitos a outrem, vale a transmissão e a incidência de tributação *causa mortis* e *inter vivos*. A saber, uma renúncia translativa. Os requisitos para renúncia são: a) a capacidade jurídica do renunciante, b) o cumprimento das formalidades expressas em lei, c) a impossibilidade da renúncia parcial da herança, d) a observação do direito de credores, e) a necessidade de outorga uxória. Os efeitos da renúncia estendem-se ao renunciante como se este nunca tivesse passado pelo processo da sucessão; ocorrendo a transmissão de seus direitos de imediato aos herdeiros. Ressalta-se que toda questão de aceitação da renúncia é regida pelo artigo 1.804 e ss. do Código Civil/2002, por efeitos da legislação brasileira: “Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão. Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança”.

Entretanto, preenchidas as formalidades legais, os atos de aceitação e da renúncia são irrevogáveis (Código Civil/2002 art. 1.812). Sendo que se pode aceitar ser legatário, mas não herdeiro e, ainda, ser herdeiro legítimo, mas não testamentário.

2.2 DIREITO DE REPRESENTAÇÃO

O direito de representação dá-se quando, o legítimo sucessor, tiver falecido e possuir herdeiros legítimos. Esse pode representar o anterior em juízo, a fim de receber quinhões referentes, e tudo conforme a disposição do Artigo 1.851 do Código Civil/2002: “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivo fosse”.

Preza-se nesse aspecto a representação por descendentes e nunca por ascendentes, segundo o artigo 1.852 do Código Civil/2002, podendo ocorrer à colateralidade em casos específicos. Esta com relação a irmãos e sobrinhos do falecido. Ressalta-se não haver representação na renúncia nem na herança testamentária. (PEREIRA, 2006, p. 295)

2.3 LEGADOS

O legado pode ser entendido como uma disposição testamentária que, por ato unilateral de vontade do testador, deixa uma coisa certa a uma pessoa que não é seu sucessor legítimo. Esta pessoa, chamada de legatário, pode renunciar a coisa legada tácita ou explicitamente. O exemplo típico disso é deixar um objeto como, por exemplo, um piano, uma biblioteca, obras de arte e afins, para um amigo ou conhecido. Os legados são dispostos conforme reza o artigo 80, inciso II do Código Civil/2002, com a confirmação dos artigos 1.912 e 1.915 do Código Civil/2002, a seguir, na ordem, expostos:

Consideram-se imóveis para os efeitos legais: I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram; II - o direito à sucessão aberta; É ineficaz o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão; Se o legado for de coisa que se determine pelo gênero, será o mesmo cumprido, ainda que tal coisa não exista entre os bens deixados pelo testador.

Por esse entendimento fica vetado completamente o legado de coisa alheia, cumprindo-se o mesmo, mesmo que não existam bens do testador. Inclusive sobre as disposições do legado, pode existir a questão de quitação de uma dívida do legatário (DIAS, 2008, p 302). Também pode ser transmitida por legado a pensão alimentícia, com fulcro no artigo 1.920 do Código Civil/2002, bem como o usufruto de um bem (artigo 1.921 do Código Civil/2002), respectivamente:

O legado de alimentos abrange o sustento, a cura, o vestuário e a casa, enquanto o legatário viver, além da educação, se ele for menor; O legado de usufruto, sem fixação de tempo, entende-se deixado ao legatário por toda a sua vida.

A disposição do artigo 1.922 do Código Civil/2002 discorre sobre o legado de um imóvel, não se aplicando a esse artigo as benfeitorias necessárias. Por fim, o legado pode também ser feito em dinheiro:

Se aquele que legar um imóvel lhe ajuntar depois novas aquisições, estas, ainda que contíguas, não se compreendem no legado, salvo expressa declaração em contrário do testador. Parágrafo único. Não se aplica o disposto neste artigo às benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias feitas no prédio legado.

Os legados alternativos podem acarretar em disposição do herdeiro em cumprir o legado deixando-o ao herdeiro a opção, conforme explicita o artigo 1.932 do Código Civil/2002. E, observam-se no art. 1.924 do mesmo instrumento que o direito de pedir o legado não se exercerá enquanto se litigue sobre a validade do testamento.

2.4 SUBSTITUIÇÕES E FIDEICOMISSO

As substituições ocorrem, no direito sucessório, quando o testador prevê ou vê, junto ao seu testamento, o caso de um herdeiro que morreu ou que foi excluído por indignidade, renúncia ou implemento de condição imposta pelo testador. Nesse caso, o testador chama o herdeiro para fazer a substituição. As

substituições podem ser vulgares (quando o testador designa uma pessoa para ocupar o lugar do herdeiro ou legatário que não puder ou quiser um benefício), podendo então ser simples, coletiva ou recíproca. A substituição também poderá ser fideicomissária (quando é feita uma substituição indireta. Nomeia-se uma pessoa para transmitir o legado ou herança a outro). (GONÇALVES, 2010, p. 74). Do fideicomisso participam o fideicomitente (que é o testador); o fiduciário (titular da propriedade resolúvel que pode praticar atos de domínio) e o fideicomissário (que é o último destinatário da herança ou legado). O fideicomisso não pode comprometer a legítima, devendo ser instituído sobre a metade disponível. Possui as modalidades de vitalício, na qual a substituição é realizada devido à morte do fiduciário, a termo quando a substituição ocorre no momento fixado pelo testador e condicional, quando depende de cumprimento de condição resolutiva. (RODRIGUES, 2003, p. 335)

Em caso de usufruto, tem-se direito real ao bem alheio, sendo dividida em duas partes direcionadas cada uma ao seu titular (no proprietário direito de dispor e reaver, usufrutuário, direito de usar e usufruir). O fideicomisso é a substituição testamentária, onde ambas as partes (fiduciário e fideicomissário) exercem o pleno direito sob a propriedade de forma sucessiva, beneficiando a eventual prole. A substituição compendiosa se dá através de um misto de substituição vulgar e fideicomissária. É dado ao fiduciário ou fideicomissário, por parte do testador, desde que outro não possa aceitar ou não queira a herança, conforme art. 1947 do Código Civil/2002.

2.5 DESERDAÇÃO

A deserdação é o ato jurídico através do qual, por meio de testamento, o *de cuius* exclui um herdeiro legítimo da herança, com a devida justificativa legal. Deve estar embasada em requisito da eficácia (existência de herdeiros necessários, testamento válido, expressa declaração da causa prevista em leis e propositura da ação ordinária). Além disso, deve conter as causas que autorizam o deserdamento, por indignidade e conforme artigo 1.814 do Código Civil/2002, tendo por certo a questão dos descendentes aos ascendentes, conforme artigo 1.962 do Código

Civil/2002, de ofensa física, injúria grave, relações ilícitas e desamparo aos ascendentes em caso de alienação mental ou grave enfermidade:

Além das causas mencionadas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos descendentes por seus ascendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a madrasta ou com o padrasto; IV - desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade.

Também, conforme consta no artigo 1.963 do Código Civil/2002, onde sustenta a ofensa física, injúria grave e relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ainda como marido ou companheiro da filha ou da neta (DINIZ, 2010, p. 1363). O artigo expõe:

Além das causas enumeradas no art. 1.814, autorizam a deserdação dos ascendentes pelos descendentes: I - ofensa física; II - injúria grave; III - relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta; IV - desamparo do filho ou neto com deficiência mental ou grave enfermidade.

Nos casos também de desamparo de filho e neto por questão de deficiência mental ou enfermidade grave. Os efeitos da deserdação deixam o herdeiro como se na posição de que morto estivesse, não excluindo a possibilidade de representação por parte dos herdeiros e descendentes à legítima. Evidencia-se que no caso de indignidade fica afastada a possibilidade de sucessão, tanto dos herdeiros legítimos, quanto dos testamentários, quanto dos legatários. A exclusão por indignidade sustenta-se sobre os casos do artigo 1.814 do Código Civil/2002, sendo expressão de vontade exclusiva do autor da herança. (VENOSA, 2008, p. 298)

E, ainda de acordo com CAHALI e HIRONAKA, o herdeiro é "privado de uma vocação legitimária, por meio da vontade imperial do testador", e a exclusão por indignidade se resume a "uma vocação hereditária existente no momento da abertura da sucessão". (2000, p. 384)

2.6 REVOGAÇÃO E ROMPIMENTO DOS TESTAMENTOS

O testamento deve ser um ato jurídico perfeito, cumprindo com todas as especificidades legais pertinentes a essa matéria, sob a pena de assim não estando ser nulo de direito. Existem possibilidades que impedem o testamento de produzir seus efeitos, sendo essa a da revogação, do rompimento, da caducidade e nulidade absoluta. O caso da revogação é feito pelo testador ao lavrar, junto a vias competentes, testamento posterior revogando, conforme prevê a lei, disposições e vontades expressas em testamento anterior. Tal revogação pode ser total ou parcial, ainda expressa ou tácita, seguindo as normativas pertinentes. O rompimento é a perda de validade do testamento por ocasião de fato prescrito que não aconteceu, por exemplo, dando então ao testamento a expressão de rupto. A caducidade se dá quando as disposições testamentárias não prevalecem pela ocorrência de fatos supervenientes (RODRIGUES, 2003, p.16). Caduca o testamento marítimo e o militar três meses após o momento em que o testador poderia fazer de forma ordinária, mas, por algum motivo, não o fez. Sobre a nulidade absoluta ou relativa, o testamento pode ser anulado se contiver, perante os olhos da lei, defeito breve ou grave. A nulidade refere-se à incapacidade do testador, na impossibilidade ou ilicitude do objeto e a nulidade refere-se a erro substancial na designação da pessoa do herdeiro, legatário, coisa legada, fraude, coação ou dolo. É importante frisar o respeito ao prazo decadencial de quatro anos. (PEREIRA, 2006, p. 21)

2.7 COLAÇÕES

A colação refere-se à volta de bens à legítima da herança, retirado delas por mera liberalidade do testador, conforme disposição legal pertinente. É tratada segundo os artigos 1.014 e ss. do Código de Processo Civil, observando-se, também, os artigos 2.002, 2.008 e 1.015 do mesmo Código, nessa ordem infracitados:

No prazo estabelecido no art. 1.000, o herdeiro obrigado à colação conferirá por termo nos autos os bens que recebeu ou, se já os não possuir, trar-lhes-á o valor; Os descendentes que concorrerem à sucessão do ascendente comum são obrigados, para igualar as legítimas, a conferir o valor das doações que dele em vida receberam, sob pena de sonegação. Parágrafo único. Para cálculo da legítima, o valor dos bens conferidos será computado na parte indisponível, sem aumentar a disponível; Aquele que renunciou a herança ou dela foi excluído, deve, não obstante, conferir as doações recebidas, para o fim de repor o que exceder o disponível; O herdeiro que renunciou à herança ou o que dela foi excluído não se exime, pelo fato da renúncia ou da exclusão, de conferir, para o efeito de repor a parte inoficiosa, as liberalidades que houve do doador: § 1º E lícito ao donatário escolher, dos bens doados, tantos quantos bastem para perfazer a legítima e a metade disponível, entrando na partilha o excedente para ser dividido entre os demais herdeiros; § 2º Se a parte inoficiosa da doação recair sobre bem imóvel, que não comporte divisão cômoda, o juiz determinará que sobre ela se proceda entre os herdeiros à licitação; o donatário poderá concorrer na licitação e, em igualdade de condições, preferirá aos herdeiros.

Nestes observa-se a questão dos excluídos ou deserdados. Ressalta-se a temporalidade da colação junto aos autos de inventário, após a citação do último herdeiro, conforme reza o artigo 1.014, supracitado e 1.000, a seguir, do Código de Processo Civil:

Concluídas as citações, abrir-se-á vista às partes, em cartório e pelo prazo comum de 10 (dez) dias, para dizerem sobre as primeiras declarações. Cabe à parte: I - arguir erros e omissões; II - reclamar contra a nomeação do inventariante; III - contestar a qualidade de quem foi incluído no título de herdeiro.

Não se traz o bem ao espólio, conforme o parágrafo único do artigo 2.002 do Código de Processo Civil, não incidindo sobre ele o imposto *causa mortis*, conforme dispõe o artigo 155, I da Constituição Federal/1988:

Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993); I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993).

Trata-se nesse ponto a questão da sonegação, segundo artigo 2.004 do Código de Processo Civil, dispondo sobre a perda do bem sonegado:

O valor de colação dos bens doados será aquele, certo ou estimativo, que lhes atribuir o ato de liberalidade. §1º Se do ato de doação não constar valor certo, nem houver estimativa feita naquela época, os bens serão conferidos na partilha pelo que então se calcular valesse ao tempo da liberalidade. §2º Só o valor dos bens doados entrará em colação; não assim o das

benfeitorias acrescidas, as quais pertencerão ao herdeiro donatário, correndo também à conta deste os rendimentos ou lucros, assim como os danos e perdas que eles sofrerem.

Existem também os casos de presunção, no qual os bens doados constituem-se em adiantamento da legítima, segundo artigo 2.005 do Código de Processo Civil; ainda os bens que não devem ser trazidos à colação. Este último tópico, conforme rezam o parágrafo 2º do artigo 2.004, anteriormente citado, os artigos nºs. 2.010, 2.011 e 2.012 do Código de Processo Civil, a seguir:

São dispensadas da colação as doações que o doador determinar saia da parte disponível, contanto que não a exceda computado o seu valor ao tempo da doação. Parágrafo único. Presume-se imputada na parte disponível a liberalidade feita à descendente que, ao tempo do ato, não seria chamado à sucessão na qualidade de herdeiro necessário; Não virão à colação os gastos ordinários do ascendente com o descendente, enquanto menor, na sua educação, estudos, sustento, vestuário, tratamento nas enfermidades, enxoval, assim como as despesas de casamento, ou as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime. As doações remuneratórias de serviços feitos ao ascendente também não estão sujeitas a colação; Sendo feita a doação por ambos os cônjuges, no inventário de cada um se conferirá por metade.

Figura também nesse contexto as indenizações a título de seguro de vida ou pessoal, segundo dispõe o artigo 794 do Código de Processo Civil: “Extingue-se a execução quando: I - o devedor satisfaz a obrigação; II - o devedor obtém, por transação ou por qualquer outro meio, a remissão total da dívida; III - o credor renunciar ao crédito”.

2.8 INVENTÁRIO E PARTILHA

O inventário pode ser entendido como a formalização da transmissão dos bens e direitos do *de cujus*, junto às disposições legais do país. Pode ser tradicional ou propriamente dito, consoante artigo 992 do Código de Processo Civil, bem como por arrolamento, mais simplificado, no caso de heranças de pequeno valor:

Incumbe ainda ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz: I - alienar bens de qualquer espécie; II - transigir em juízo ou fora dele; III - pagar dívidas do espólio; IV - fazer as despesas necessárias com a conservação e o melhoramento dos bens do espólio.

A partilha é feita por atribuição e divisão dos bens do acervo hereditário do de cujus aos sucessores, conforme dispõe o artigo 1.784 do Código de Processo Civil/1973. O inventário sem partilha considera os casos de herdeiro universal, casos de dívidas que absorvem toda herança e também de inventário negativo. Em todos os casos, faz-se necessário observar a lei pertinente. As espécies de partilha podem ser judiciais ou amigáveis, respectivamente segundo os artigos 2.016 e 1.029, respectivamente, do Código de Processo Civil; entrando em qualquer dos casos o *inter vivos* se o *causa mortis*:

Será sempre judicial a partilha, se os herdeiros divergirem, assim como se algum deles for incapaz; Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa. Parágrafo único. Nos trinta dias subsequentes à notificação, podem os demais sócios optar pela dissolução da sociedade.

Em todos os casos fica estabelecido o quinhão que cabe a cada um dos herdeiros, conforme artigo 2.015 do Código de Processo Civil. A anulação ou rescisão da partilha ocorre mediante decisão judicial, e deve seguir os dispostos no artigo 20 e 27 do Código de Processo Civil, assim como também 1.022 e ss. da mesma Carta:

A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976): § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973); § 2º As despesas abrangem não só as custas dos atos do processo, como também a indenização de viagem, diária de testemunha e remuneração do assistente técnico. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973); § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973); a) o grau de zelo do profissional; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973); b) o lugar de prestação do serviço; (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973) c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973); § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas

execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior. (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994); § 5º Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (art. 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido art. 602, inclusive em consignação na folha de pagamentos do devedor. (Incluído pela Lei nº 6.745, de 5.12.1979) (Vide §2º do art. 475-Q). As despesas dos atos processuais, efetuados a requerimento do Ministério Público ou da Fazenda Pública, serão pagas a final pelo vencido. Cumprido o disposto no art. 1.017, § 3º, o juiz facultará às partes que, no prazo comum de 10 (dez) dias, formulem o pedido de quinhão; em seguida proferirá, no prazo de 10 (dez) dias, o despacho de deliberação da partilha, resolvendo os pedidos das partes e designando os bens que devam constituir quinhão de cada herdeiro e legatário.

A ação rescisória possui prazo prescricional de dois anos conforme artigo 485 e 1.030 do Código de Processo Civil/1973, respectivamente, discutindo-se o caso de anulação das partilhas amigáveis. A emenda da partilha pode alterar o conteúdo da decisão de primeira instância, sanando então a inexatidão ou falta de identificação dos bens:

A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente; III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei; IV - ofender a coisa julgada; V - violar literal disposição de lei; VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal, ou seja, provada na própria ação rescisória; VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável; VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença; IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa; § 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido. § 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato. É rescindível a partilha julgada por sentença: I - nos casos mencionados no artigo antecedente; II - se feita com preterição de formalidades legais; III - se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja.

A sobre partilha fica relacionada a bens sonegados desconhecidos no momento do inventário ou ainda bens litigiosos, conforme artigos 20 e 22 do Código de Processo Civil/1973, tendo ainda as observações de destituição de inventariante, artigos 990 e incisos do Código de Processo Civil. Bens não sujeitos ao inventário; prazos do inventário e valor da causa conforme legislações específicas:

A sentença condenar á vencida a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos que o advogado funcionar em causa própria. O réu que, por não arguir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido, honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973); O juiz nomeará inventariante: (Vide Lei nº 12.195, de 2010): I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste; (Redação dada pela Lei nº 12.195, de 2010); II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados; (Redação dada pela Lei nº 12.195, de 2010); III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio; IV - o testamenteiro, se lhe foi confiada à administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados; V - o inventariante judicial se houver; VI - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial. Parágrafo único. O inventariante, intimado da nomeação, prestará, dentro de 5 (cinco) dias, o compromisso de bem e fielmente desempenhar o cargo.

Um conjunto de disposições legais a serem observadas acerca do inventário e partilha, prezando-se, entretanto pelo princípio da boa fé. (GONÇALVES, 2009, p.491)

2.9 SONEGADOS

Os sonegados referem-se à ocultação dolosa de bens, e pode ser praticada pelos inventariantes ou herdeiros. Sua pena tem caráter cível e consiste ao herdeiro, na perda de direito sobre o bem que tiver sido sonegado. Se o bem não existir mais será responsável pela reparação de danos correspondente. No caso do sonegador ser inventariante a pena imitasse a retirada da inventariança. Em casos prescricionais, tem-se segundo a legislação brasileira o prazo de dez anos. A ação deve ser ajuizada no foro do inventário, e ser proposta por quem há de direito (Herdeiros e correlatos). (DINIZ, 2010, p. 425)

2.10 DIREITO SUCESSÓRIO X DIREITO SOCIETÁRIO

O direito sucessório tem relação direta de importância junto ao direito societário, e isto visto que, em empreendimentos, existe uma preocupação eminente com relação à continuidade. Os negócios geralmente são planejados em disposições longitudinais ao longo do tempo, inclusive de ampliação e rompimento de fronteiras, de tal sorte que, para um nexos empresarial, sustenta-se a necessidade de um sucessor. Este sucessor pode ser um outorgado, ou ainda herdeiro ou legatário, de modo a prezar-se pela continuidade do negócio. Em caso de morte de um dos sócios a legislação prevê disposições sucessórias pertinentes, em ordem de preferência de compra de cotas (conforme geralmente é colocado em contratos ou estatutos), sendo necessária a tomada de medidas a respeito. Este caso está previsto no artigo 1.028 do Código Civil/2002, no qual se dispõe sobre a liquidação das cotas, sócios remanescentes ou substituição do sócio falecido:

No caso de morte de sócio, liquidar-se-á sua quota, salvo: I - se o contrato dispuser diferentemente; II - se os sócios remanescentes optarem pela dissolução da sociedade; III - se, por acordo com os herdeiros, regular-se a substituição do sócio falecido.

O silêncio dos sócios remanescentes pode implicar na dissolução da sociedade, ao pagamento de cotas aos herdeiros e situações jurídicas pertinentes, levando-se em conta o artigo 1.031 do Código Civil/2002:

Nos casos em que a sociedade se resolver em relação a um sócio, o valor da sua quota considerada pelo montante efetivamente realizado, liquidar-se-á, salvo disposição contratual em contrário, com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado. §1º O capital social sofrerá a correspondente redução, salvo se os demais sócios suprirem o valor da quota. §2º A quota liquidada será paga em dinheiro, no prazo de noventa dias, a partir da liquidação, salvo acordo, ou estipulação contratual em contrário.

Neste contexto, percebe-se a atuação legislativa do âmbito sucessório nas sociedades. Direitos e deveres são observados na forma da lei, buscando-se restabelecer condições para a continuidade do negócio. É uma relação estreita e relevante visto envolver clientes, fornecedores, devedores e credores,

numa relação de trocas entre pessoas físicas e jurídicas. A saber, uma forma de evitar colapsos jurídicos e prejuízos em detrimento dos que perfazem ao longo da rede de negócios e suas ramificações. (GONÇALVES, 2010, p.19)

2.11 CONSIDERAÇÕES PARCIAIS SOBRE O DIREITO SUCESSÓRIO BRASILEIRO

Conforme o apresentado nota-se que o direito sucessório brasileiro está calcado, e sustentado na Constituição Federal, no Código Civil e no Código de Processo Civil do país. Segue diretrizes legislativas da manutenção e garantia dos direitos dos sucessores, no caso do *de cujus*, prevendo a questão de heranças, testamentos, sucessores, legatários e outras figuras jurídicas. Trabalha com a questão das nulidades dos atos jurídicos, ainda das simulações que envolvem toda a questão da distribuição de bens do falecido, e isso tudo com relação a direitos e ativos societários. Uma forma de moralizar e formatizar, segundo as bases legais brasileiras, a transmissão de posses a quem é de direito. Um segmento do direito relacionado diretamente a vida e a morte, na competência de jurisdição federal. A consanguinidade, a legítima, e a declaração de vontade do testador são, neste direito, balizas que norteiam as diretrizes práticas a favor da justiça.

3 FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* – ABORDAGENS E O DIREITO

A fertilização *in vitro* pode ser vista e entendida como a facilitação do encontro do espermatozoide com o óvulo, através de meios mecânicos ou artificiais, isto pode ser feito junto ao organismo materno, ou ainda em laboratório, com a possibilidade da geração do embrião. Usam-se processos de estimulação ovariana e separação de espermatozoides, de tal sorte que, no encontro dos dois, tem-se a geração da vida. Quando os gametas utilizados são do próprio casal chama-se Inseminação Homóloga, e quando forem de outrem se chama Inseminação Heteróloga. Uma complexidade ao redor da geração estimulada da vida, numa sequência de métodos não naturais e em aprimoramento. Um foco ao direito e a ética na atualidade, a saber, uma discussão a favor de suprir lacunas.

3.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

É notório o fato que o ser humano se manteve desde tempos remotos à procura de saberes que norteassem ‘como fazer’ para se perpetuar a espécie. Conforme Maria Helena Machado (2003, p. 28), tem-se notícias que no século 5 a.C., os povos da Grécia iniciaram pesquisas sobre a embriologia, cujo feito deve-se à Hipócrates, o “Pai da Medicina”. Em seguida, no século 4 a.C. por intermédio do filósofo grego Aristóteles, obteve-se “O tratado de embriologia acerca do desenvolvimento dos embriões”, por isso, ostenta o título de “fundador da embriologia” designado e apontado pelos cientistas. (MOORE; PERSUAD, 2000, p. 9)

O primeiro nascimento de mamífero gerado *in vitro* data de 1959, sendo assim o marco para a fertilização *in vitro*. Foi evoluindo dessa forma até o final dos anos 70, com registro de vários nascimentos de filhotes saudáveis. Diversas experiências foram feitas satisfatoriamente com embriões de ovelhas, bovinos e de camundongos, tendo-se como protocolo a super ovulação gerada pela

injeção intraperitoneal dos hormônios PMSG (*pregnant mare serum gonadotrophin*) e HCG (*humam chorioni gonadotrophin*). (BRACKETT, et al., 1982, p. 147-158)

Nesse sentido, a fertilização *in vitro* é utilizada na construção do banco de embriões, por várias técnicas, sendo utilizado o congelamento de ovários e outros órgãos além de fluídos de espermatozoides, para os fins da fertilização *in vitro*. Ressalta-se que após a formação do embrião este é transferido para cavidade uterina, levando-se assim em conta as técnicas de reprodução assistida - (TRAs). A saber, uma biotecnologia onde os processos fisiológicos de maturação folicular, fertilização, desenvolvimento de embriões é realizado fora do útero. (CAMPBELL et al., 1995, p. 335-350)

E, para Silva (2002, p. 52-53) as TRAs “compõem um conjunto de procedimentos em reprodução humana no qual o aparato biomédico interfere de alguma forma, ora manuseando gametas, ora manipulando pré-embriões”.

Dessa forma, o embrião não é considerado pessoa, pois ainda não nasceu e também não é nascituro, já que para tanto é exigido o abrigo no ventre materno, e também não é prole eventual, por já ter sido concebido.

Sobre isso Diniz (2014, p. 10) nos diz que:

Faz-se necessária uma “biologização” ou “medicalização” da lei, pois não há como desvincular as “ciências da vida” do direito. Assim a bioética e o Biodireito caminham *pari passu* na difícil tarefa, de separar o joio do trigo, na colheita dos frutos plantados pela engenharia genética, pela embriologia e pela biologia molecular, e de determinar, com prudência objetiva, até onde as “ciências da vida” poderão avançar sem que haja agressões à dignidade da pessoa humana, pois é preciso evitar que o mundo deságue numa crescente e temível “confusão diabólica”, em que os problemas da humanidade, sejam “solucionados” pelo progresso tecnológico.

Destaca-se, nesse ínterim que o progresso tecnológico é deveras muito importante para atualidade a qual vivemos, mas por si só, não possui a realidade e capacidade de experienciar a vivência do ser humano. Não se pode colocar a tecnologia à frente do próprio ser humano, ou seja, acima da vida.

3.2 PROCESSO DE FERTILIZAÇÃO

O processo de fertilização, ou a reprodução medicamente assistida é realizado devido à impossibilidade de casais não conseguirem realizar o desejo de se tornarem pais pelo método convencional. Para tanto, procede-se de tal maneira a ajudar a procriação, especialmente àqueles cujas dificuldades são confirmadas como a esterilidade, obstrução do colo uterino, doença hereditária ou outras causas.

Essa coleta pode ser feita em púberes, adultos e senis em diversas condições reprodutivas, e [...]. Em paralelo a isso os óvulos e espermatozoides são colocados em meio especial de cultura para que ocorra a fecundação em laboratório. Quando a fertilização é bem sucedida, *in vitro*, os embriões deverão ser transferidos para o útero das pacientes num período de 48 a 120 horas após os óvulos terem sido coletados. Uma técnica que representa um avanço científico e genético na fertilização e reprodução humana. [...]. (PIETERSE, et al., 1988, p. 1- 762). [...]. No caso da implantação dos embriões na cavidade uterina de outra pessoa, diferente daquela que contribuiu para o óvulo, tem-se o caso da barriga de aluguel. Com relação aos métodos utilizados, e conforme Correa; Costa (2007, p. 1) tem-se a Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI) - método utilizado quando o homem tem problemas quanto à produção de gametas, injetando assim o espermatozoide dentro do óvulo. Procedimento realizado em laboratório; Intratubária de Gametas (GIFT) - Método requer cirurgia de laparoscopia, devido os óvulos e o esperma serem coletados e depois recolocados nas trompas de Falópio; Transvaginal Intratubária de embrião (TV-Test) - Processo que transfere o embrião já formado via vaginal, no estágio pré-nuclear para a tuba uterina; Artificial Intra uterina (IAIU) - procedimento realizado com um cateter flexível para introduzir o esperma dentro do útero, diferenciando-se de uma relação sexual normal que se depositaria na vagina, sendo as chances de gravidez serão maiores, Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT) – é realizado com a transferência do zigoto já fecundado via técnicas *in vitro* para as Trompas de Falópio. Essa técnica é semelhante à GIFT.TEC.(Transferência de Embriões Congelados ou FET (*Frozen Embryo Transfer*) (CORREA; COSTA, 2007, p.1).Uma sequência de técnicas e métodos que em evolução é aperfeiçoamento científico. (LONG et al., 1994, p. 361-369)

3.3 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A Inseminação Artificial ou Intrauterina, também conhecida como Técnica de Reprodução Assistida (TRA) é realizada como recurso médico para

obtenção da maternidade ou paternidade em casais com dificuldades tais como, problemas de infertilidade - baixa qualidade dos espermatozoides ou mesmo esterilidade - capacidade ovulatória deficiente.

A Técnica de Reprodução Assistida pode ser reunida em dois grupos, o primeiro se refere ao grupo dos mais antigos ou de baixa complexidade, que é a Inseminação Artificial, o qual se realiza no interior do corpo da mulher. Enfatiza-se o fato de que se os gametas utilizados forem do próprio casal, chamar-se-á Homóloga, conforme Camargo (2009, p. 30-31) conceitua:

A fertilização *in vitro* homóloga: Consiste na reprodução assistida realizada mediante a doação ou recepção do material genético de casais que buscam uma solução para seus problemas de fertilidade ou de sexualidade, ou seja, os gametas (espermatozoide e óvulo) pertencerem ao próprio casal solicitamente.

Mas se forem oriundos de outrem, é chamada Inseminação Heteróloga, e conforme explicitado por Camargo (2003, p. 31) “é a reprodução com a participação de gametas de um terceiro doador, alheio ao casal que deseja ter filhos”.

Portanto, no que se refere às técnicas mais modernas ou de alta complexidade de Reprodução Assistida, esclarece-se que a fecundação é realizada externamente ao corpo da mulher, pois é advinda do procedimento da fertilização *in vitro* - FIV.

3.3.1 Fertilização *In Vitro Post Mortem*

Essa técnica se destina a preservação do esperma do genitor pelo método da criopreservação em clínicas especializadas e, conforme acordado, posteriormente, descongelá-lo para que a futura mãe seja inseminada pelo material preservado. É fato que no Brasil essa técnica não é hostilizada, pelo contrário, a possibilidade de se ter um filho do seu próprio marido é tido como compensação, alegria e realização de outrora do casal.

Em primeiro momento, não se deduz a implicação que esse método pode afetar a vida de uma criança que ainda está por vir a nascer. Pois, é óbvio que ela nascerá sem pai e, fatalmente, nesse momento surgem questões relacionadas aos direitos dessa criança.

Os questionamentos são constantes em relação a esse sonho que não se tornou realidade em vida e, que de acordo com as novas tecnologias vieram desencadear críticas acirradas e, ao mesmo tempo puderam estabelecer normas junto à área da saúde e instigar a área do direito para enfim criar regras para suprir tal lacuna.

É fato que a Constituição Federal preserva o patrimônio genético, não obstante se constitui um direito em seu artigo 225, parágrafo 1º, incisos II e V, sendo assim há de se atentar quanto ao direito de propriedade no caso em questão.

Registre-se a importância sobre a questão do congelamento de embriões que, por se encontrarem nessa condição podem se tornar objeto de comercialização e, posterior utilização sem a autorização do genitor. Portanto, é mister a adoção de medidas para que no futuro não se incorra em erros que farão a sociedade se rebelar e ainda, não mais confiar no governo por se omitir de assunto de real e tamanha importância para a sociedade como um todo.

3.4 TEORIAS SOBRE A CONCEPÇÃO DA VIDA

Dentre as teorias sobre a concepção da vida, nota-se uma abordagem de entendimentos sob viéses diferentes. Pontos de vista que defendem teses humanistas, construcionistas e evolucionárias, mesclando-se em teoria concepcionista, teoria da nidação, teoria gradualista e teoria natalista, algumas aqui esboçadas dentre outras existentes.

3.4.1 Teoria Concepcionista

A Teoria Concepcionista surgiu como uma forma de inovar o pensamento de alguns escritores, que passaram a aceitar o nascituro como pessoa humana, que possui direitos amparados por lei. A principal defensora da Teoria Concepcionista no Brasil foi CHINELATO (2010, p. 28), afirmando que:

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e a herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando de direitos não patrimoniais. De grande relevância, os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela revisão não taxativa do art. 2º. Entre estes, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra e à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos Estudos de Bioética.

Por essa teoria, tem-se então sobre o direito brasileiro que o nascituro passa a ter personalidade de vida a partir da fecundação. Como consequência disso, tem todo o aparato civil brasileiro.

3.4.2 Teoria da Nidação

Nidação é o momento quando o embrião se fixa na parede do útero, que acontece entre o quinto e o sexto dia após a fecundação, pois somente a partir da nidação se pode falar em existência humana, a qual garante o desenvolvimento do embrião (MEIRELLES, 2000, p. 118; ALMEIDA, 1988, p. 182).

Portanto, essa teoria defende que a vida se inicia a partir da implantação do embrião no útero e segundo Vasconcelos (2006, p. 38) que melhor explica:

Esta Teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia – quando começam a ocorrer as primeiras trocas maternos-fetais – e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação, pela doutrina da nidação do ovo, enquanto este estágio

evolutivo não for atingido, existe tão somente um amontoado de células, que constituíram o alicerce do embrião.

Os defensores dessa teoria defendem que antes da nidação, essa quantidade de células pode ser lançada pelo organismo, e com isso nunca teria sido formado uma vida, haja vista se tratar antes de “[...] um aglomerado de células que constituiria posteriormente os alicerces do embrião, só com a implantação que as células podem ser consideradas capazes de gerar um indivíduo distinto”. (SOUZA, s.d., p. 4-5)

3.4.3 Teoria Gradualista

Segundo essa Teoria, para que aconteça o desenvolvimento humano é necessário passar por diversas fases: pré-embrião, embrião e feto. Em cada fase acontece a formação de um novo ente com características próprias.

Destaca que não existe vida humana desde a concepção e o embrião, não possui caráter humano, podendo ser comparado a uma quantidade de célula.

Sobre essa teoria, explica Meirelles (2000, p. 114): “Entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como pessoa”.

3.4.4 Teoria Natalista

A Teoria Natalista é defendida por autores clássicos do Direito Civil, onde acredita que o nascituro não é considerado pessoa, pois é necessário o nascimento com vida. Dessa forma, tal sujeito tem apenas uma pequena expectativa de direito, onde se confirma no momento que acontece a respiração fora do ventre materno. Segundo a doutrina natalista, nas palavras de Semião (2008, p. 40), “o

nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direito, e só é considerado como existente desde sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso”.

Um conjunto de teorias com aceitações diferentes junto ao direito, valendo-se, entretanto, relembrar o princípio da dignidade humana. Pontos de vista a serem, utilizados em defesa do ser humano, tendo-se por diretriz a máxima que o princípio da dignidade humana deve reger as relações a favor do bem estar e qualidade de vida.

3.5 ÉTICA, O DIREITO E FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

A ética pode ser entendida como a parte da filosofia que observa valores morais e ideias da conduta humana, conforme expõe Walter Weiszflog, (2009, s. p.):

Parte da Filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana. É ciência normativa que serve de base à filosofia prática. Conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de uma profissão; deontologia. [...] social: parte prática da filosofia social, que indica as normas a que devem ajustar-se as relações entre os diversos membros da sociedade.

Sob a concepção ética e jurídica da fertilização *in vitro*, nota-se uma série de lacunas e problemas que, por concepção do próprio processo da fertilização, acabam gerando transtornos. Discussões jurisdicionais que envolvem arrependimentos do casal, separações, divórcios, excedente de embriões, responsabilidades médicas e outros, além da questão do ponto de geração da vida e dos direitos adquiridos sob a legislação brasileira. Um entendimento ainda novo e controvertido, que guarda inovações e novos pontos de vista a cada dia. Uma busca da ética aplicada à vida, prezando-se pelo respeito às pessoas e ao ser humano, de modo a se chegar a um consenso legal e de direito. Nesse sentido, Chiarini Júnior, (2004, ano 8, n. 424) observa:

O princípio básico da ética é o respeito às pessoas e à natureza. É o respeito ao direito e à dignidade das pessoas e dos outros seres vivos, assim como o respeito a todos os componentes do universo, mesmo os minerais amorfos. A convivência perfeita provavelmente é uma utopia, mas um objeto desejável é que a Ética cada vez mais a permeie.

A priori, Ferraz, (1997, p. 213) explica a visão da ética Kantiana da seguinte forma:

[...] a ética é, no entanto, estritamente racional, bem como universal, no sentido de que não está restrita a preceitos de caráter pessoal ou subjetivos, nem a hábitos e práticas culturais ou sociais. Os princípios éticos são derivados da racionalidade humana. A moralidade trata assim do uso prático da razão livre da razão. Os princípios da razão práticas são leis universais que definem nossos deveres. Portanto, os princípios morais resultam da razão prática e se aplicam a todos os indivíduos em qualquer circunstância. Pode-se assim considerar a ética kantiana como uma ética do dever, ou seja, uma ética prescritiva.

Já, para Mota Pinto (1992, p. 85) assinala a conhecida fórmula de Kant,

Segundo a qual o homem é pessoa porque é "fim em si mesmo", isto é, tem valor autônomo e não só valor como meio para algo diverso, donde resulta a sua dignidade. Observa o autor português que, em Kant, o reconhecimento dessa dignidade constitui a regra ético-jurídica fundamental, que estabelece a cada homem o direito ao respeito.

E Nietzsche (2001, p. 13) entende então que:

[...], criticando os moralistas, afirmando que os supremos valores morais não são absolutos, de validade objetiva, independentes dos condicionamentos psicológicos, sociais, políticos, econômicos e culturais, pois a história faz parte de tudo, e nela há diversos fatores que os fazem mudar radicalmente o seu sentido. Assim, valores morais não devem ser tidos como padrões invariáveis de julgamento, pelo contrário, pode e até devem ser objetos desses julgamentos, para que assim se possa exigir critérios superiores aos referenciais morais instituídos.

Desta forma, como se pode atribuir valor ao conhecimento, principalmente no que se obtém através da pesquisa e da ciência? Nietzsche propõe a dominação da ciência e não a sua extinção e é nesse contexto que os valores aparecem e já preocupavam Nietzsche, pois a ciência se mostra determinante dos valores. Tal questão, atualmente se evidencia ainda mais quando alcança o progresso alcançado nos avanços científicos, como no caso da fertilização *in vitro* em questão.

Estudos, discussões e jurisprudência a favor de resultado, buscando reduzir os problemas jurídicos ligados à fertilização nos dias de hoje. (CAMARGO, 2008, s. p.). E, ainda “É preciso que um novo direito surja e caminhe junto com essas mudanças, preocupado em criar as condições elementares à estabilidade dos grupos familiares, constituídos ou não, segundo o modelo oficial”. (CAMARGO, 2008, s. p.). Uma relação que não esgota o assunto, de modo que os principais tópicos tratados são:

3.5.1 Falta de anuência do marido

Para se realizar o procedimento não é necessário anuência do cônjuge (marido). Apesar de tornar o processo mais simples e dependendo apenas do interesse da mulher, isto pode causar e ser motivo justificador para separação e, inclusive, caracteriza-se como injúria grave. Assim, nota-se que seria indispensável à aplicação de um sistema mais eficaz, onde se busca manter um consenso por escrito entre marido e mulher, onde ambos declaram estar devidamente esclarecidos com relação à realização do procedimento. (SEMIÃO, 2000, p. 70)

3.5.2 Criança nascer de genitor morto

Por este viés, observam-se as questões éticas e sucessórias do direito da criança. Este pode ocorrer quando o material doado por homem (esperma) ou mulher (óvulo) é mantido congelado e, tempos depois no momento de se realizar a Fertilização *in Vitro* (FIV), o doador já se encontra morto. Desta forma, seria necessário mudar os parâmetros para que não se utilize material de doadores falecidos, utilizando-se apenas de material de doadores vivos ou que haja uma

previsão legal referente aos direitos do filho proveniente deste procedimento. (LEITE, 1995, p. 22)

3.5.3 Riscos a saúde da doadora do óvulo

Para que a FIV seja possível à doadora é submetida a técnicas, muitas vezes desgastantes, para obtenção de gameta feminino, além de forte tratamento hormonal. Os riscos ainda podem ser transmitidos ao embrião, visto que o tratamento hormonal pode causar problemas congênitos ou de malformação. (FERNANDES, 2005, p 41)

3.5.4 Arrependimentos do casal após ter iniciado o procedimento de fertilização *in vitro*

Em alguns casos o procedimento pode vir a se tornar desgastante, não apresentar resultados ou vir a interferir na vida do casal não atendendo ou até mesmo frustrando as suas expectativas. Atenta-se que os pais devem estar certos dessa decisão e, de preferência, deve-se pensar muito sobre o assunto, conversar, debater, questionar e, se necessário, até mesmo procurar um acompanhamento psicológico para tomada de decisão e início do processo. Assim, busca-se evitar problemas, arrependimentos ou constrangimentos; a fim de evitarem-se abortos ou até mesmo abandono ou rejeição a criança. (CAMARGO, 2003, s. p.)

3.5.5 Transmissão de doenças genéticas ao embrião

Hodiernamente algumas doenças como as Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), já são previamente identificadas e o material a ser doado são negados, ou seja, não aceitos. Por outro lado, não há um sistema de triagem onde se busca identificar doenças genéticas como esclerose tuberosa, fibrose cística, renite pigmentosa entre outras. Além das doenças genéticas, há também o risco do doador transmitir à criança algum tipo de psicose hereditária. (FERNANDES, 2000, p. 45)

3.5.6 Determinação da maternidade e conflitos de reconhecimento

Este fator implica a questões éticas e legais. Por exemplo, a questão do reconhecimento da maternidade em face de situação de a criança ter sido gerada na barriga da mãe utilizando-se de embrião doado por outra mulher e fecundado por material do pai. Há ainda possibilidade de o embrião ter sido gerado por material do pai, óvulo da mãe e gerado no útero de outrem (barriga de aluguel). Diante disso, existe a lacuna sobre como agir juridicamente com relação à possibilidade da “barriga de aluguel” vir a reclamar judicialmente e reconhecer a criança como seu filho, gerando a incógnita do que vem a ter mais valor judicialmente, a questão genética ou o vínculo afetivo entre gestante e feto? Assim, poderia a criança ser reconhecida pelos dois pais (um institucional sendo o marido e outro o genético), também como duas mães. Por fim, notam-se questões importantes a serem devidamente esclarecidas e regulamentadas. (ALMEIDA, 2000, p. 64)

3.5.7 Anonimato do doador genético

O anonimato do doador, seja de material ou de ventre, pode se tornar um problema a partir do momento em que se analisa e entende-se que este vai contra o direito de identidade da criança, além de, mesmo que pouco provável, exista a possibilidade de incesto. (SEMIÃO, 2000, p. 162)

3.5.8 Criação de homens programados

Com relação à criação de homens programados, tem-se o receio de que se utilize de técnicas de fertilização para composição e desenvolvimento de fetos geneticamente modificados a fim de obterem-se indivíduos geneticamente superiores, com caracteres genéticos predeterminados. Como exemplo disso, pode-se citar a questão da seleção de sexo. (OLIVEIRA, 2000, p 68)

3.5.9 Determinação jurídica do tempo que o óvulo poderá permanecer congelado

Através da determinação jurídica com relação ao tempo que o óvulo vai permanecer congelado e disponível para utilização na FIV, busca-se evitar questões como a já citada com relação a doadores falecidos, além de através de determinação jurídica ser possível traçar um possível desfecho caso venha ocorrer futuramente à separação judicial ou divórcio do casal. (SEMIÃO, 2000, p. 184)

3.5.10 Responsabilidade civil e pena médica no caso de problemas com a fertilização assistida

Desta forma busca-se a segurança por parte das pessoas envolvidas no procedimento da FIV, não se atentando como uma garantia de sucesso, mas na segurança da integridade, principalmente por parte das mulheres envolvidas no procedimento (doadora do óvulo e doadora do ventre). Estes problemas estariam ligados a danos morais e patrimoniais, decorrentes de falhas apresentadas pelo material fertilizado utilizado; responsabilizando de forma civil e penal médicos e hospitais. (OLIVEIRA, 2000, p.25)

3.5.11 Destinação de embriões excedentes no caso de tratamento hormonal

Quando ocorre a FIV a mulher é submetida a tratamento hormonal e, desta forma, provoca-se uma superovulação visando obter-se um maior número de embriões a fim de se obter maior sucesso do procedimento. Porém, gera-se aí um problema, pois nem todos os embriões serão transplantados gerando um número excedente destes. No Brasil, por exemplo, a Resolução nº 1.358/92², I-6 do Conselho Federal de Medicina (CFM) declara que o número permitido de embriões a serem transplantados não pode ultrapassar quatro, afim de não aumentar os riscos já existentes no processo. (LEITE, 1995, p. 14)

Tais abordagens ainda não consensuais ao direito motivam discussões e interpretações sob pontos de vista diferentes, envolvendo aspectos subjetivos dos doadores de óvulos e espermatozoides antes da fecundação, após e depois desta, inclusive tendo-se a questão de arrependimentos e direitos adquiridos. Todo um trabalho laboratorial para gerar uma vida, a saber, uma vida que tem direitos a partir de sua

²A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), revogada pela nº 1.957/2010, e atualmente vigente a Resolução 2013/2013 disciplina a conduta dos médicos nas Normas Éticas para Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, destaca a segurança da saúde da mulher e a defesa dos direitos reprodutivos para todos os indivíduos, embora não possua força de lei. (FERRAZ, 2009. p. 58)

concepção. Um estudo jurídico a ser aprimorado e desenvolvido sob a consideração da Bioética que segundo Kottow (1995, p. 53), “A Bioética é o conjunto de conceitos, argumentos e normas que valorizam e justificam eticamente os atos humanos que podem ter efeitos irreversíveis sobre os fenômenos vitais”. Já, no que diz respeito aos princípios da autonomia, beneficência e justiça; ainda do Biodireito (ramo do Direito Público que se concentra em avanços tecnológicos na Biomedicina, considerando a Bioética, a Medicina e a Biotecnologia, a favor da dignidade da pessoa humana), o que Diniz (2010, p. 8) descreve claramente o Biodireito como:

[...] é a ciência jurídica que estuda as normas jurídicas aplicáveis à Bioética e à Biogenética, tendo a vida como objeto principal, não podendo a verdade científica sobrepor-se à ética e ao direito nem sequer acobertar, a pretexto do progresso científico, crimes contra a dignidade humana nem estabelecer os destinos da humanidade.

Nesse contexto é notória a evolução do pensamento humano pelo Direito através da Carta Magna de 1988, pois nela se evidencia a dignidade humana com a afirmativa do reconhecimento que o ser humano deve ser respeitado como pessoa, ou seja, a vida, o corpo e a saúde, sem prejudicar sua existência, e que serve de subsídios à aplicabilidade da Bioética e do Biodireito.

Todos esses avanços acabam por aferir consequências na política das futuras gerações, mas buscar-se-á, por intermédio do Direito e dos preceitos éticos, limitar os excessos cometidos pela medicina e relutar pelos anseios da dignidade da pessoa humana, de modo que a própria vida nos obrigue a evoluir, para que possamos acompanhar o tempo e determinar valores que se tornam essenciais para impor os limites necessários à preservação destes valores não apenas a ética, como também ao Direito e para a vida evoluir a partir da concepção destes valores existentes (NIETZSCHE, 2001, p. 32).

4 DIREITOS SUCESSÓRIOS DA VIDA GERADA *IN VITRO* APÓS A MORTE DOS GENITORES

Dentro do contexto da fertilização *in vitro* e da legislação brasileira, nota-se uma série de lacunas e ainda, controvérsias entre princípios constitucionais e os códigos de direito. Vê-se essa questão sob os diferentes vieses e interpretações jurisdicionais, de tal sorte que a vida, a sucessão e também o amor envolvido na vontade das partes, acaba sendo considerado por questões de direito. Juízes, Relatores e Desembargadores, ainda Ministros, referem-se a esta pauta num pontual de caso a caso. Têm nos seus entendimentos as derivações de bem estar e particularidades das situações, não havendo um consenso jurídico acerca dessa matéria. Discute-se a geração da vida em seu momento instantâneo, não tendo, entretanto uma consideração seca e imparcial sobre a questão sucessória e de direitos hereditários. Uma lacuna aberta devido a, principalmente, a questão de a medicina ter evoluído mais rápido, sob esse aspecto, que o direito.

Nesse sentido, as discussões giram basicamente, caso a caso, ao redor do artigo 1.798 do Código Civil/2002 “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, o qual contempla os direitos sucessórios por questões da abertura do testamento e também dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar e principio da *Saisine*, que Hironaka (2003, ano 8, n. 65) explica sobre tal instituto:

A sucessão considera-se aberta no instante mesmo ou no instante presumido da morte de alguém, fazendo nascer o direito hereditário e operando a substituição do falecido por seus sucessores a título universal nas relações jurídicas em que aquele figurava. Não se confundem, todavia. A morte é antecedente lógico, é pressuposto e causa. A transmissão é consequente, é efeito da morte. Por força de ficção legal, coincidem em termos cronológicos, (1) presumindo a lei que o próprio *de cujus* investiu seus herdeiros (2) no domínio e na posse indireta (3) de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo. Esta é a fórmula do que se convencionou denominar ‘*droit de saisine*’.

Um complexo que gira em torno dos conceitos de vida, de embrião, de pessoa humana e, também, dos direitos da sucessão. Uma abordagem conceitual e

jurídica carregada de interpretações, de tal sorte que defesas e teses se espelhem na lógica e no bom senso. Um caso a ser discutido, buscando coadunar ensinamentos, jurisprudência, doutrinas e interpretações dos autores, a fim de não se ter conflitos familiares e de ordem emocional. Afinal, por trás de toda questão do direito sucessório (fertilização *in vitro* no *post-mortem* do *de cujus*), existe a intenção e a declaração, muitas vezes unilateral de vontade, que expressam sentimentos.

4.1 DIREITOS SUCESSÓRIOS POR INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL SEGUNDO OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

No que diz respeito aos que defendem a possibilidade do direito sucessório para o concebido por inseminação artificial homóloga *post-mortem*, tem-se a sustentação principalmente nos fundamentos do princípio da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e do direito a sucessão. Também da segurança jurídica dos demais herdeiros. Um conjunto de saber jurídicos e ditames constitucionais que se expressa na Carta Magna.

4.1.1 Princípio da Igualdade entre os Filhos

Tratada no artigo 227 parágrafo 6º da Constituição Federal extinguiu-se a diferenciação entre os filhos e, isto, independente de filiação ou adoção. Privilégios caíram então desta forma, buscando reforçar a igualdade entre os descendentes. Madaleno (2004, s.p.) ressalta esta questão, expondo a indistinção entre os filhos:

Finalmente, a Carta Federal resgata a dignidade da descendência brasileira, deixando de classificar filhos pela maior ou menor pureza das relações sexuais, legais e afetivas de seus pais, quando então, os filhos eram vistos e classificados por uma escala social e jurídica direcionada a discriminar o descendente e a sua inocência, por conta dos equívocos ou pela cupidez de seus pais.

Isto repercute positivamente sobre a questão familiar e o convívio entre irmãos, não dando margem a discussões ou distinções entre eles e por efeitos da lei. Direciona-se esse princípio a favor da harmonia, calcando-se na ideia de que, na realidade, o respeito ao convívio familiar deve ser amplo e pelo bom senso. Filho é filho indistintamente do matrimônio dos genitores, como uma expressão de lei a favor do amor e da união.

Sobre os direitos patrimoniais dos filhos, Tartuce (2006, p. 1) expõe:

Isso repercute tanto no campo patrimonial quanto no pessoal, não sendo admitida qualquer forma de distinção jurídica, sob as penas da lei. Trata-se, portanto, na ótica familiar, da primeira e mais importante especialidade da isonomia constitucional.

A saber, uma questão de equidade e de isonomia familiar, para reflexos patrimoniais, no que se refere à família sobre o tratamento jurídico. Uma questão considerável nas discussões de sucessões, heranças no direito de família.

4.1.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Por esse princípio constitucional, nota-se a proteção da vida e a integridade biopsíquica dos membros da família pelo direito da personalidade. A família passou a ser vista através da contemplação deste direito, inclusive pela utilização de preceitos de origem. Deve ser respeitada tão e simplesmente pela sua existência, num contexto da Carta Magna brasileira. Preza a dignidade da pessoa humana como o bem maior do ordenamento jurídico, sendo cláusula pétrea no inciso III do artigo 1º da Constituição Federal/1988. Um ditame constitucional protegido em disposições e relações jurídicas, ainda em outras disposições legais, a fim de salvaguardar a seara do direito de família. Conforme leciona Wolfgang Sarlet (apud SANTOS, 2006, p. 131) que:

Consagrado, expressamente, no título dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático (e social) de Direito (art. 1º. inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na

Alemanha - além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.

E, ainda SARLET (2002, p. 32) conceitua dignidade da pessoa humana como sendo uma:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Por tudo, ressalta-se a importância da célula *mater* da sociedade, sob o viés jurisdicional e constitutivo da sociedade brasileira. A dignidade da pessoa é relevada no tocante as relações jurídicas e isto a favor do bem estar coletivo ou individual.

O que corrobora o Professor Rizzatto Nunes (2007, p. 49-52) esclarecendo que, “a dignidade nasce com a pessoa é inata e inerente à sua essência. O indivíduo nasce com integridade física, e psíquica, cresce e vive no meio social, e tudo que o compõe tem que ser respeitado” ainda enfatiza que, “todo ser humano tem dignidade só pelo fato de já ser pessoa”.

O princípio da dignidade humana é tema discutido profundamente por Immanuel Kant em uma de suas obras, cujo teor defendia que as pessoas deveriam ser tratadas como um fim em si mesmo, e não como um meio, ou seja, objeto. Desta maneira ganhou a formulação clássica seguinte:

No reino dos fins tudo tem ou um preço, ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade (KANT, 2004, p.58).

Kant (2006, p. 134 e 141) explica que, a dignidade pode ser limitada, ou seja, a dignidade de uma pessoa só será ilimitada enquanto não afetar a

dignidade de outrem e, “[...] que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas”. Reafirmando,

Para Kant, a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais: na medida em que exercem de forma autônoma a sua razão prática, os seres humanos constroem distintas personalidades humanas, cada uma delas absolutamente individual e insubstituível. Consequentemente, a dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, e é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade. (MOTA PINTO, 1992, p. 85)

Depreende-se que Kant, expressa o conceito de que nenhuma pessoa é passível de valoração, visto que é possuidora nata de razão que culmina a possível autoafirmação e a faz detentora de sua liberdade.

4.1.3 Princípio do Direito a Sucessão

Pelo viés do direito à sucessão, nota-se a garantia de direitos aos herdeiros e, também, designados a herança. Participantes de testamentos ficam então cobertos sob a legitimidade ou vontade do testamenteiro no liame do direito sucessório, numa questão de heranças e propriedades. Tem-se nesse princípio o embasamento no artigo 5º inciso XXX da Constituição Federal/88, considerando também o artigo 5º inciso XXII que trata do direito da propriedade. Um conjunto de disposições legais, também tratados pelo Código Civil/2002, buscando uma continuidade patrimonial intitulada por herança. As espécies de sucessão podem ser - testamentária ou legítima perfazendo assim distinções claras. A sucessão testamentária pode ser universal ou singular, levando em conta a figura do legatário; enquanto a sucessão legítima é de título universal envolvendo descendentes e ascendentes. Um conjunto de ditames, que vem regular a vontade do *de cuius* antes de seu falecimento.

4.2 A NÃO SUCESSÃO DEVIDO A INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL *IN VITRO* CONFORME ARTIGO 1.998 DO CÓDIGO CIVIL/2002

Sob essa linha, observam-se uma série de discussões que, de certa forma, levantam a questão do momento da formação da vida, do embrião e do cidadão. O artigo 1.798 do Código Civil/2002 diz que as pessoas legítimas a suceder deveriam estar nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão no caso da inseminação *post mortem*. Levanta-se a questão do sêmen ou óvulo do *de cuius* ter sido utilizado após a morte dos mesmos, o que vale ressaltar que não há o que se falar então de direito sucessório. Nota-se aí o marco de dois fatos principais: a) formação da vida; b) morte do *de cuius*; a fim de se determinar os direitos. O artigo do Código Civil/2002 é claro a esse respeito, explicitando inclusive a questão da abertura da sucessão. Faz-se comparação entre o possível herdeiro no caso da inseminação artificial *post mortem* e os herdeiros já vivos no momento da abertura do testamento, por uma questão de igualdade e justiça. Veja-se que a regulação desta linha poderia causar injustiça aos herdeiros habilitados no momento da abertura do testamento, se caso este ainda não tivesse sido feito e, de repente, surge um novo herdeiro por inseminação *in vitro*, anos depois.

Depreende-se aí, a injustiça processual e aos herdeiros, num descumprimento ao princípio da igualdade entre filhos, por questão de frustração a justiça pela morosidade processual. Questões que podem desta forma, trazer fatos e, talvez, possíveis desavenças entre os elementos da família. Afinal, e por questões de lógica jurídica, todos seriam sucessores legítimos e, dessa forma, não poderiam ser distintos perante o entendimento legal. Ferir-se-ia assim a isonomia familiar por questões da lei.

Nesse sentido, Gama (2003, p. 1000) posiciona-se com relação à violação do princípio da dignidade humana. Remete o assunto às técnicas de reprodução assistida, excluindo a capacidade sucessória do embrião congelado:

É inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos

princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.

Discute-se aí questão do direito sucessório em casos de ter ocorrido à fertilização, mas, entretanto, ter-se congelado o embrião para futura nidação. A saber, um caso delicado, pois sob o contexto jurídico, poderia se dar direitos a esse embrião, suprimindo ou alterando a divisão patrimonial dos outros herdeiros, porém este embrião pode ser que não fosse a momento nenhum nidado. Desta forma, a vida não se desenvolveria a formar um futuro cidadão e sim permaneceria em estado de congelamento. (VENOSA, 2015, p. 283)

E, ainda Venosa (2008, p. 53) explica que na sucessão testamentária com fulcro no Código Civil/2002, o filho que está por vir a nascer, o qual indicado pelo testador, e ainda não concebido, poderá ser aguardado até dois anos seu nascimento, após a abertura da sucessão com a devida reserva dos bens relativos à herança.

Uma situação anômala sob a filiação e direito sucessório, que corre ao redor da geração da vida. Conforme Leite (2003, p. 1000):

Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização do sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Aduz ainda que nesta hipótese a criança não herde de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. E conclui dizendo que solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto da inseminação *post mortem*.

Situação esta reforçada por Delgado (2004, p. 45) ao expor a diversidade de situações de geração de vida, pertinentes a inseminação artificial, num aspecto de hipóteses e casos particulares. Um leque de possibilidades, que deve ser trabalhada de maneira cautelosa a fim de não se gerar injustiças:

Poderíamos principiar diferenciando as hipóteses em que a fertilização se deu quando já estava morto o doador do material fecundante, daquelas em

que a fertilização se deu anteriormente, *in vitro*, tendo, tão-somente, a implantação do embrião se dado após a morte do pai. Na primeira hipótese, a solução lógica seria a de que o filho havido não teria direito sucessório algum, porquanto ainda ‘não concebido’ à época da abertura da sucessão. Na segunda hipótese, considerando-se que a ‘concepção’ já teria se verificado, ainda, que fora do útero, ao filho assim havido deveriam ser assegurados todos os direitos sucessórios em igualdade de condições com os demais filhos. Poder-se-ia, ainda, sustentar que, também na primeira hipótese, o filho teria direito à herança, face ao estado de filiação reconhecido pelo Código Civil em seu art. 1.597 e ao imperativo de igualdade posto no art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

E, ainda, Dias (2009, p. 118) evidencia o fato de que não se pode discriminar o filho concebido *post mortem* do genitor:

Mesmo quem reconhece o direito sucessório ao filho concebido mediante fecundação artificial póstuma se inclina em estabelecer o prazo de dois anos para que ocorra a concepção, fazendo analogia ao prazo para a concepção da filiação eventual (CC 1.800 §4º). Esta limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos. A tentativa de emprestar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que vem a nascer, ainda que depois de alguns anos.

A redação atual do artigo 1.597 do Código Civil/2002 expressa:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, por separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga desde que tenha prévia autorização do marido.”

E, conforme o teor do parágrafo 6º da Constituição Federal Brasileira: “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”.

Delgado (2004, p. 45) ainda afirma a possibilidade de três hipóteses da fertilização e os direitos sucessórios. Diz sobre a fertilização que ocorre *in vitro*; se a implantação do embrião se deu na mãe após a morte do pai, e quando o sêmen ou óvulo são fertilizados após a morte dos genitores. Para cada caso desses coloca

uma série de argumentações e tendências dos tribunais. No primeiro caso diz que os direitos sucessórios seriam assegurados de maneira plena se o embrião já estiver no ventre da mãe na data da morte do pai. No segundo diz que existem controvérsias, e no terceiro diz que a grande maioria da literatura e da doutrina reforça a inexistência de direitos sucessórios.

Sob essa linha de sucessão e direitos sucessórios calcada no artigo 1.798 do Código Civil/2002, tem-se basicamente o entendimento de que, para habilitação no processo de inventário existe, por força da lei, a necessidade do embrião estar nidado no ventre da mãe por ocasião da morte do pai. Também se faz nesta linha de entendimento, a discussão entre sucessão legítima (a descendentes e ascendentes) também de sucessão testamentária. Coloca as diferenças entre estas ressaltando a questão do legado. Vale-se ressaltar que, junto ao ordenamento jurídico brasileiro, na atualidade, percebe-se que a questão dos direitos sucessórios ao nascituro provenientes de inseminação artificial só se dá no caso de estar já o embrião em desenvolvimento no útero da mãe por motivo de abertura do testamento.

Uma linha monocrática, porém que ainda, pelo estágio do desenvolvimento do direito e da correlação deste com a medicina, gera discussões e problemas. Uma lacuna a ser explorada e, desenvolvida numa busca pelo bom senso e pelo bem estar da família.

4.3 A JURISPRUDÊNCIA NO QUE CONCERNE A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

Inserem-se nesse patamar, alguns casos que se tornaram lições de vida para a sociedade e profissionais do Direito. Sabe-se que é de difícil tomada de decisão, principalmente, quando se trata de um ser humano, ou, diga-se de passagem, um sonho que pode se tornar realidade e a morosidade dos trâmites necessários para serem cumpridos, deixa qualquer realização aquém do esperado e idealizado. Para tanto, seguem-se relatos de fatos anteriormente acontecidos, os quais servirão de parâmetros para possíveis e futuras decisões, ou mesmo para pensarmos e agirmos de maneira pontual no que diz respeito ao ser humano, ou seja, a atitude de agir com humanidade e respeito acima de tudo para com a vida.

Reportando-se a data de 25 de julho de 1978, especificamente na Clínica Oldham de Londres, nasce Louise Brown, marcando historicamente o feito e sendo considerado, o primeiro bebê de proveta do mundo.

No Brasil, o fato aconteceu no dia 7 de outubro de 1984, quando nasceu Ana Paula Caldeira, que é paranaense, especificamente, do município de São José dos Pinhais, mas nasceu no Laboratório de Fecundação “*in vitro*” do Hospital Santa Catarina em São Paulo.

É interessante observar que a Resolução nº 1.358/1992, norma ética médica do Conselho Federal de Medicina foi instituída após oito anos do fato acima discorrido.

Quanto à jurisprudência, inicialmente, cite-se o caso em que a autora decidiu realizar a inseminação artificial com o sêmen do seu esposo, já falecido, fato ocorrido no estado do Paraná. Observa-se que houve a necessidade de procurar os meios judiciais em face do laboratório em questão, conforme ementa a seguir:

OBRIGACAO DE FAZER - 0027862-73.2010.8.16.0001 –
KATIAADRIANA LENERNEIER x ANDROLAB CLINICA E
LABORATORIO DE REPRODUCAO HUMANA E
ANDROLOGIA

– “(...) Diante do exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para, confirmando, em termos, a decisão antecipatória, autorizar a ré ANDROLAB - Clínica e Laboratório de Reprodução Humana e Andrologia a realizar o procedimento de inseminação artificial em Katia Adriana Lenerneier com o sêmen de seu falecido esposo Roberto Jefferson Niels. Custas pela autora. Publique-se. Registre-se. Intimem-se.” Adv. DAYANA SANDRI DALLABRIDA, ADRIANASZMULIK e RODRIGO HAUSER CENTA.

Nesse íterim, no que se refere aos direitos sucessórios *post mortem* é de suma importância registrar que os filhos havidos pela técnica de inseminação ou fertilização *in vitro* terão direito à sucessão, desde que tenham sido nascidos ou concebidos no momento da abertura da sucessão. Insta destacar, em se tratando de embriões congelados, visto que são implantados somente depois da morte do genitor.

Conforme o exposto e fundamentando-se com o art. 1.799, I do Código Civil/2002: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.” Portanto, permite-se que sejam chamados para suceder, mesmo que ainda não concebidos no momento da abertura da sucessão, os filhos indicados pelo *de cujus*.

Em outro momento, especificamente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, caso em que um casal no ano de 2006 contratou um médico famoso, cuja reputação era nacionalmente conhecida, e também sócio de clínica localizada em bairro luxuoso da capital paulista. Em dado momento se aproveitou dessa condição e cometeu abuso sexual para com a cliente, quando esta se encontrava em tratamento de fertilização *in vitro* e transferência de embriões, como segue abaixo transcrito:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 0025871-78.2010.8.19.0001 - APELACAO - 1ª Ementa DES. SANDRA CARDINALI - Julgamento: 05/03/2015 - VIGESIMA SEXTA CAMARA CIVEL CONSUMIDOR APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS, QUE TRAMITA EM SEGREDO DE JUSTIÇA. TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO IN VITRO E TRANSFERÊNCIA DE EMBRIÕES CONTRATADO PELO CASAL DE AUTORES EM 2006, SOB A RESPONSABILIDADE DE MÉDICO CUJA REPUTAÇÃO ERA NACIONALMENTE CONHECIDA, SÓCIO MAJORITÁRIO DE CLÍNICA LOCALIZADA EM BAIRRO LUXUOSO DA CAPITAL PAULISTA. RELATO DE ABUSOS SEXUAIS POR PARTE DO PROFISSIONAL MÉDICO, SOFRIDOS PELA PACIENTE NO CURSO DO TRATAMENTO DE FERTILIZAÇÃO. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL MOVIDA EM FACE DO PROFISSIONAL MÉDICO E DA CLÍNICA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PROFISSIONAL LIBERAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 14 § 4º DO CDC. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE É APTO A COMPROVAR A CULPA DO MÉDICO PELA OCORRÊNCIA DOS FATOS NARRADOS PELOS AUTORES NA INICIAL. PRIMEIRO RÉU QUE TEVE SUSPENSO O DIREITO DE EXERCER A MEDICINA PELO CREMESP, DEVIDO AO RESULTADO DE SINDICÂNCIA INSTAURADA PELA PRIMEIRA AUTORA. PROFISSIONAL MÉDICO QUE NÃO LOGROU COMPROVAR AS ALEGAÇÕES DE QUE A AUTORA TERIA MANIFESTADO ALUCINAÇÕES EM DECORRÊNCIA DO USO DO ANESTÉSICO PROPOFOL. AUSÊNCIA DE PROVA NOS AUTOS DE REGISTRO DE EFEITOS COLATERAIS DO REFERIDO MEDICAMENTO NA LITERATURA MÉDICA, BEM COMO DE QUE TAL ANESTÉSICO TENHA SIDO EFETIVAMENTE MINISTRADO NA PRIMEIRA AUTORA DURANTE O PROCEDIMENTO, E EM QUE DOSAGEM. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA CORRETAMENTE DEFERIDA. RESPONSABILIDADE DA CLÍNICA RÉ QUE É OBJETIVA, À INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUTORA QUE LOGRA COMPROVAR O DANO E O NEXO DE CAUSALIDADE. RÉ QUE NÃO DEMONSTRA A OCORRÊNCIA DE

EXCLUDENTES DE SUA RESPONSABILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVA DO DESTINO DADO AOS EMBRIÕES NÃO IMPLANTADOS NA PRIMEIRA AUTORA, SENDO VEROSSÍMIL A ALEGAÇÃO DOS DEMANDANTES DE QUE SOMENTE TIVERAM CIÊNCIA DO TERMO DE CONSENTIMENTO, ONDE PREVIA AUTORIZAÇÃO PARA QUE A PARTE RÉ UTILIZASSE EMBRIÕES PARA FINS DE ESTUDO OU DIAGNÓSTICO, APÓS REALIZADA A PRIMEIRA FASE DOS PROCEDIMENTOS. RÉUS QUE DEVEM RESPONDER SOLIDARIAMENTE PELOS DANOS MATERIAIS E MORAIS EXPERIMENTADOS PELOS AUTORES, NA FORMA DO ART. 7º, PARÁGRAFO ÚNICO DO CDC. VERBA INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PARTE RÉ QUE NÃO IMPUGNA, EM SUAS RAZÕES DE APELAÇÃO, O QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO NA SENTENÇA. PARTE AUTORA QUE REQUER A MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO FIXADA EM FAVOR DA PRIMEIRA DEMANDANTE. DANOS IMATERIAIS CORRETAMENTE AQUILATADOS PELO MAGISTRADO A QUO. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 116 (AVISO TJ 59/2012). APELO DESPROVIDO. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO ADESIVO. Íntegra do Acórdão em Segredo de Justiça - Data de Julgamento: 05/03/2015 (*)

No caso que se segue, o qual se refere à obtenção de medicamentos para o tratamento de fertilização *in vitro*, cujo resultado foi o provimento, pois se julgou necessário para que não houvesse o prejuízo emocional da paciente, visto que a Medicina reconhece que podem resultar danos psicológicos e/ou psiquiátricos devido à inviabilidade da aquisição de medicamentos.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. FERTILIZACAO IN VITRO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO/TRATAMENTO. POSSIBILIDADE. PRINCIPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DIREITO À FAMÍLIA. DIREITO DE SER FELIZ. É dever de o Estado garantir o planejamento familiar, seja através de métodos contraceptivos, como conceptivos. Art. 226, § 7º, da CRFB/88. Art. 294, da CERJ. Lei nº. 9.263/96. Pretensão de obter medicamentos necessários ao tratamento para fertilização in vitro não foge do postulado de garantia à saúde, que deve ser assegurado pelo Poder Público. Não obstante a existência de outras formas para se ter um filho, como a adoção, por exemplo, não é possível privar a cidadã hipossuficiente de gerar um filho em seu ventre, já que a infertilidade e o impedimento de conceber um filho pela via natural pode acarretar abalo na saúde psicológica da autora, cabendo ao Estado garantir, assim, a saúde dos seus administrados. A premissa de que não implica em risco à saúde o fato de não poder ter filho não se sustenta, mormente porque o Conselho Federal de Medicina reconhece a infertilidade como uma patologia, que pode ter consequências psicológicas e psiquiátricas, inclusive. Dever constitucional de o Estado garantir a todos o direito à vida digna, à família e a ser feliz. Princípio da reserva do possível que, não deve ser aplicado ao caso. Preponderância do princípio da dignidade da pessoa humana. Reforma da sentença. Provimento do recurso. Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 19/02/2014 (*) Íntegra do Acórdão - Data de Julgamento: 09/04/2014.

É importante ressaltar que o provimento do recurso está inserido na análise explicativa evidenciando o princípio da dignidade da pessoa humana e, que é dever constitucional de o Estado garantir a todos o direito à vida digna, à família e a ser feliz conforme teor acima explicitado. Mas, da mesma maneira que o provimento deste recurso foi provido, outro, infra mencionado, relativo ao mesmo pedido, obteve a negativa, ou seja, a sua improcedência que foi justificada pela ausência de risco à saúde ou à vida.

FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. FERTILIZAÇÃO "IN VITRO". Ação de Obrigação de Fazer com pedido de liminar. Pleito de medicamentos para viabilização de fertilização "in vitro". Autora que alega infertilidade feminina CID N97. Infertilidade secundária. Ausência de risco à saúde ou à vida. Improcedência do pedido. Sentença mantida. Precedentes desta Corte. Recuso improvido. (TJ-SP - APL: 00555013520128260222 SP 0055501-35.2012.8.26.0222, Relator: Claudio Augusto Pedrassi Data de Julgamento: 16/12/2014, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/12/2014)

E, conforme fundamentação para a improcedência do pedido, que segue no seguinte teor:

Na forma do art. 273 do Código de Processo Civil, para a concessão de medida antecipatória de tutela é essencial à existência de "verossimilhança da alegação e haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação". Requisitos não preenchidos na espécie. Segundo entendimento desta Câmara, o fornecimento de tratamento para infertilidade não constitui dever do Estado, eis que não se configura risco à vida ou à saúde, bens jurídicos...

É imperioso destacar que a infertilidade é considerada problema de saúde, portanto se insere nas orientações proferidas pelo Conselho Federal de Medicina e, se não bastasse, é mister destacar que o Estado segundo o art. 226, parágrafo 7º da Carta Magna, elenca a responsabilidade de assegurar o procedimento e/ou tratamento médico para a gravidez que é vinculado ao planejamento familiar.

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Fundado nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

4.4 CASOS SOBRE A FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* MUNDO AFORA

Atualmente as técnicas de fertilização *in vitro* evoluíram imensamente, pois é utilizada em casais que necessitam de tratamento para doenças tubárias, casais homoafetivos, aos que necessitam de doação de gametas, útero de substituição, que é chamado de barriga de aluguel, entre outros. Tornou-se tão importante com a sua evolução que a cada ciclo de fertilização *in vitro* a chance é quase totalmente de sucesso em comparação a um ciclo natural de um casal jovem e sadio. Para tanto, os países estão cada vez mais se especializando e tornando o processo viável para a população envolvida.

4.4.1 O Reino Unido e a Fertilização *In Vitro*

Em fevereiro deste ano, o parlamento britânico, especificamente, a Câmara dos Comuns, aprovou em primeiro momento uma lei que autoriza a reprodução assistida com três progenitores. Essa lei já tramitou pela Câmara dos Lordes que se equivale ao Senado Federal no Brasil e, já entrou em vigor. Tal técnica, já legalizada, tem como objetivo prevenir e evitar a transmissão de doenças herdadas geneticamente. Desta forma, o Reino Unido torna-se o primeiro país no mundo a aprovar e adotar tal procedimento, ou seja, a denominada doação mitocondrial, conforme explicitado a seguir:

A lei que permite a fertilização *in vitro* (FIV) com o uso do material genético de três pessoas – duas mulheres e um homem –, de forma a evitar a

transmissão, certas doenças genéticas graves, entrou esta quinta-feira em vigor no Reino Unido, como se pode ler no *site* do Parlamento britânico. Aquele país torna-se assim o primeiro a autorizar a geração de pessoas com linhagens genéticas provenientes de três pessoas. A medida foi pensada para evitar as doenças genéticas que estão associadas às mitocôndrias, e que afetam uma em cada 6500 crianças. As mitocôndrias são pequenas estruturas que existem dentro das células do corpo e que contêm um pequeno anel de ADN próprio (menos de 0,2% do total do genoma humano), independente do ADN do núcleo celular, que é o que rege a esmagadora maioria das nossas características genéticas. Como são as mitocôndrias que geram a energia necessária às funções celulares, as doenças genéticas associadas às mitocôndrias afetam os órgãos que necessitam de muita energia, tais como o cérebro, o coração ou o fígado. E há também outra diferença entre o ADN das mitocôndrias e o resto do genoma. É que o ADN mitocondrial não é transmitido de geração em geração da mesma forma que o ADN nuclear (ou seja, metade pelo pai e metade pela mãe). Cada pessoa herda as suas mitocôndrias – e o seu ADN mitocondrial – exclusivamente da sua mãe, dentro do ovócito que lhe dá origem. Mas se uma mãe tiver uma doença genética das mitocôndrias, vai transmiti-la aos filhos. E de fato, as mutações nos genes mitocondriais podem provocar surdez, diabetes, doenças cardiovasculares, epilepsia e até doenças mentais. Algumas doenças são mais ligeiras, mas outras são potencialmente mortais – e não têm tratamento nem cura. Para evitar essas doenças, existe, contudo uma técnica, desenvolvida por cientistas da Universidade de Newcastle: uma FIV que passa pela utilização de ovócitos doados por uma mulher com mitocôndrias saudáveis e previamente esvaziado do seu próprio ADN nuclear. O ovócito dessa mulher irá, portanto funcionar como “ovócito de aluguer” (gratuito) para o ADN dos pais genéticos do futuro bebê. E o bebê terá assim uma pequena porção de material genético “alheio” – os das mitocôndrias dessa segunda mulher. Quanto à doadora de ovócitos, ela permanecerá anônima e não terá, segundo a nova lei, quaisquer direitos legais sobre a criança. Algumas das críticas que se ouviram no Parlamento britânico no início do ano, antes da aprovação da lei, tinham a ver com o fato de se estar assim a abrir a porta a manipulações genéticas e à eugenia. Por seu lado, os defensores da nova técnica argumentavam que não se estava a pisar nenhum risco vermelho na manipulação genética e que esta era a melhor forma de evitar este tipo de defeitos genéticos. Foi este ponto de vista que acabou por vingar no Reino Unido – e esperam-se agora os primeiros “bebê com três pais”, talvez já para o ano³.(2015, s.p.)

4.4.2 Fertilização *in Vitro* e o Caso *Parpalaix* na França

Em 1984, na França, a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix. O varão descobriu estar com câncer nos testículos e, no intuito de poder ter um filho com a mulher amada, depositou num banco de sêmen seu material genético para que após as sessões de quimioterapia pudesse usá-lo para gerar a almejada prole. Como previsto, a doença não só o

³Fonte: Disponível em: <http://www.publico.pt/ciencia/noticia/reino-unido-tornouse-primeiro-pais-do-mundo-a-autorizar-fiv-com-tres-pais-1712894>. Acesso em: 30 out. 2015.

deixou estéril, como, após alguns dias do casamento, veio a fatalizá-lo. Negado pelo banco de sêmen, Corine Richard buscou a autorização judicial para cumprir a vontade de seu falecido esposo. O banco alegava que não havia um acordo de entrega do material genético a outra pessoa, senão ao falecido, e, como na França não havia legislação que autorizava inseminação artificial post mortem, foi necessário buscar a tutela do Estado para preenchimento deste vácuo legislativo. Depois de muita batalha, o tribunal francês de Créteil condenou o banco de sêmen na entrega do material para um médico designado pela viúva. Infelizmente, pela morosidade da ação, a inseminação artificial não foi realizada, pois, os espermatozoides não estavam mais próprios à fecundação. (FREITAS, 2012, s.p.)

4.4.3 Fertilização *In Vitro*: a solução para Israel

O país de Israel adotou como solução para os casais com problemas para a concepção, a fertilização *in vitro*. Atualmente, o governo disponibiliza gratuitamente a FIV para o casal constituir sua família com até dois filhos ou até que a mulher complete 45 anos. Com essa atitude o governo de Israel se situa em primeiro lugar no que diz respeito à utilização de tal procedimento.

Sabe-se que esse método em muitos países é um investimento caro para a maioria dos casais, o que faz muitos desistirem desse sonho. Mas, evidencia-se o fato de que Israel é um país único, pois possui uma cultura de alta tecnologia indiscutível, o que a faz visionária do futuro e, ao mesmo tempo, tradicional com sua religiosidade e instituição social tendo como base a família, especificamente, os filhos.

Para tanto, a saúde pública deposita a maioria dos seus investimentos nessa causa inviabilizando oposições, pelo contrário, em se tratando dos costumes religiosos, existe o questionamento constante para que tenham filhos, pois se preocupam com a perpetuação e proliferação da espécie, isto é, a geração que está por vir. Isto se deve a quase todas as decisões serem direcionadas ao interesse religioso e político que está ligado ao legado que deve ser deixado de acordo como o existente, isto é, que permaneça judaica.

Evidencia-se o fato que Israel está em primeiro lugar no mundo com 1.657 procedimentos por milhão de pessoas no procedimento da fertilização *in vitro*,

informações segundo a revista científica *Human Reproduction* que se reporta a outros dados tais como:

[...] a Islândia ficou com o segundo lugar com 899 procedimentos por milhão. Em comparação com esses países os EUA não chegaram nem perto, com a taxa de 126 procedimentos por milhão. Atualmente, segundo especialistas o índice de utilização do método da fertilização *in vitro* em Israel é muito alto em comparação com outros países, o que gira em torno de 4% da população⁴ são crianças, frutos destes procedimentos. (2011, s.p.)

4.4.4 Israel: nascimento do primeiro filho aos 65 anos de idade

Em Israel, segundo jornal local, uma mulher da comunidade ultra ortodoxa se torna mãe aos 65 anos de idade com a técnica da fertilização *in vitro*.

O fato interessante é que a mãe já havia feito um procedimento delicado para poder realizar seu sonho. Há de se registrar que, pela primeira vez na história, o bebê nasceu após um transplante de útero e:

Segundo o jornal "The Jerusalem Post", o bebê nasceu de parto cesariana na última segunda-feira (18) no hospital Meir da cidade de KfarSaba, ao norte de TelAviv. A criança, um garoto, pesa 2,6 quilos e está em perfeito estado, segundo o jornal "Israel Hayom", que assegura que essa é a mulher mais velha que deu à luz no país. A mãe, Jaya Shachar, casada há 46 anos com seu marido Shmuel, tentou a gravidez de forma natural por várias vezes. Mesmo com sua idade avançada, nunca perdeu a esperança de se tornar mãe. Segundo o "The Jerusalem", o bebê foi concebido graças a um tratamento de fertilização *in vitro* com esperma doado ou comprado (o hospital não esclareceu essa informação). Um médico entrevistado pela publicação afirmou que o procedimento em pessoas com idade avançada é ilegal no país, além de ser perigoso. "Não recomendamos isso", disse Tal Biron, obstetra e ginecologista do hospital KfarSaba. "Mas meu trabalho é de ajudar a mulher para que retorne para casa com um bebê saudável", explicou o especialista que atendeu a mais nova mãe. Biron disse que a gestante se apresentou em seu departamento, especializado em parto de risco, quando estava com 12 semanas de gravidez e que permaneceu internada por um longo tempo no centro hospitalar⁵. (2015, s.p.)

Fonte: Disponível em: New York Times, 22 jul. de 2011. <http://ultimosegundo.ig.com.br/mundo/nyt/familias+de+israel+apostam+em+fertilizacao+in+vitro+para+crescer/n1597093368367.html>. Acesso em 02 de nov. 2011.

⁵ Fonte: Disponível em: <http://lainfo.es/pt/2015/05/20/israel-65-anos-da-a-luz-seu-primeiro-filho/>. 15 maio 2015. Acesso em 02 nov. 2015.

4.4.5 Na Alemanha: mãe de 65 anos dá a luz a quadrigêmeos

Segundo o professor Wolfgang Heinrich, diretor de obstetrícia do Hospital de Caridade de Berlim,

Esse é considerado um caso único no mundo. A sexagenária já tem 13 filhos de cinco pais e já havia sido notícia há dez anos, quando deu à luz a seu 13º filho, aos 55 anos de idade. De forma geral, no entanto, a gravidez transcorreu sem grandes problemas. E a produção de leite ocorre sem a ajuda de hormônios, o que não é normal nessa idade. A mãe recebeu embriões formados por espermatozoides e óvulos obtidos na Ucrânia. A professora aposentada recorreu à fertilização *in vitro* e deu à luz aos quadrigêmeos por cesariana depois de apenas 26 semanas de gravidez. Os três meninos — Dries, Fjonn e Bence — e a garota Neeta pesavam apenas entre 655 e 960 gramas logo que nasceram em 19 de maio. A alemã de 65 anos que deu à luz aos quadrigêmeos passa bem, assim como os bebês, afirmou os médicos responsáveis pelo parto nesta quarta-feira (27/05/2015) em Berlim. As crianças, porém, ainda necessitam de cuidados especiais. Os quadrigêmeos vieram ao mundo por cesariana no dia 19 de maio de 2015, cerca de 15 semanas mais cedo do que o normal. "Dois dos bebês respiram normalmente, os outros dois ainda precisam da ajuda de aparelhos", disse o médico Christoph Bühner, diretor da clínica de neonatologia do hospital berlinense Charité⁶. [...]

O caso supracitado é digno de comentários realizados sobre a força e coragem dessa mãe sexagenária, pois recebeu censuras quanto à falta de responsabilidade devido à principalmente, sua elevada idade. Fato esse que argumentou com leveza e ainda, disse que as crianças deixam-na mais jovem e que é direito de cada um decidir quando conceber seus filhos. Tal relato deve-se às entrevistas exclusivas da mãe com seus bebês ao canal de televisão RTL que acompanhou a gestação de Annegret em formato de telenovela.

⁶ Fonte: Disponível em: <http://www.dw.com/pt/m%C3%A3e-de-65-anos-e-quadrig%C3%AAmos-passam-bem-berlim/a-18478876>. Acesso em 02 nov. 2015.

5 CONCLUSÃO

Realizado o estudo, tem-se por identificado o direito sucessório brasileiro, a fertilização *in vitro* e ainda a geração da vida *in vitro* e a legislação brasileira. Uma abordagem segundo o direito brasileiro, em que pese com sustentação da Carta Magna, de modo a possibilitar argumentações e discussões a favor da resposta da problemática.

Com relação ao direito sucessório brasileiro, constataram-se as disposições legais, dentre elas o Código Civil Brasileiro/2002, que discorre acerca da possibilidade de descendência, ascendência, cônjuge, ainda a colateralidade até o quarto grau (irmãos, tios e sobrinhos) e, por último, o Estado dentro da questão da sucessão. Evidenciando-se que são direitos que se valem de instrumentos legais e escrituras que representando a lei ou a vontade unilateral do *de cujus*, geram efeitos *a posteriori*. Pois, trata-se da herança, da representação, dos legados, do fideicomisso, da deserdação, do inventário e outras disposições, de tal sorte que, sob o viés da lei, geram-se efeitos e reconhecem-se, como legítimos ou não, os agentes envolvidos em testamentos e heranças.

No que diz respeito à fertilização *in vitro*, identificou-se que nada mais é do que um princípio de fertilização, em laboratório ou fora da cavidade orgânica de fertilização que, por motivos naturais tanto do homem quanto da mulher, precisa de assistência e interferência humana para possibilitar a fecundação. Reconheceu-se neste âmbito o histórico da fertilização *in vitro*, levantando-se questões desde a década de 1950 até a atualidade (segunda década do século XXI) ainda, trata-se de aspectos do processo de fertilização, englobando variáveis e vertentes do tipo de intervenção; abordando-se também as teorias da concepção da vida. Das muitas teorias fala-se sobre a teoria concepcionista, a teoria da nidação, a teoria gradualista e, por fim, a teoria natalista. Abordou-se também a correlação entre a ética, a dignidade humana, o direito e a fertilização *in vitro* notando-se, dentro desse contexto, que balizam a favor da vida, da realização de sonhos e, também, do amparo legal a respeito. Uma série de lacunas foi encontrada nesse viés, tendo-se a situação em face de descobertas e novos desafios da satisfação, da maneira mais adequada possível, dos interesses humanos e da lei.

Por fim, realizadas as exposições sobre o direito sucessório e a fertilização *in vitro* no Brasil, chegou-se a convergência dos direitos do nascituro, por ocasião de heranças e correlatos numa fertilização (*in vitro*) após a morte dos genitores. Notou-se nesse sentido, certa falta de consenso tanto entre a doutrina e a jurisprudência, havendo, entretanto, tendências de se entender, em um contexto, do atual ao futuro, de que o nascituro terá direitos sucessórios no Brasil, se tiver nascido até o momento da abertura do testamento.

Com a realização desse estudo obteve-se a sensatez sobre o assunto em questão, devido ao fato que a consciência do dever de assegurar os direitos à vida, à saúde, à sucessão é inerente a todas as pessoas, e como reza a Constituição Federal, sem qualquer distinção, portanto com igualdade e respeitando-se a dignidade humana, o que corrobora com a devida proteção ao nascituro, mesmo tendo sido gerado posterior à morte do seu genitor pelas técnicas de reprodução assistida. Portanto, não sendo ícone diferenciador de mais ou menos condição de direitos.

Prioriza-se o crescimento tecnológico, especificamente pelas pesquisas realizadas na ciência, que tem assumido o ápice de inúmeras alterações na vida do ser humano, importando várias mudanças dos posicionamentos nas ciências jurídicas.

Saliente-se que esse estudo foi de grande valia, pois poderá orientar novas pesquisas no que diz respeito às questões éticas que, atualmente, sobrepõem quaisquer novos conhecimentos biotecnológicos, evidenciando-se assim, a ciência em constante evolução para beneficiar o ser humano.

Ressalta-se que houve dificuldades para a realização desse estudo, principalmente no que se refere aos materiais de pesquisa encontrados, em especial pela precariedade de literaturas e jurisprudência a respeito. Observa-se que existem lacunas dentro das linhas de pensamentos que envolvem o direito do nascituro, proveniente de fertilização *in vitro*, relativos à sucessão em todo âmbito do direito sucessório do Brasil, numa necessidade de aprofundamento e mais estudos sobre o tema. É interessante registrar que no Brasil, em se tratando de autorização, não se tem legislação proibindo a inseminação *post mortem*, somente sobre tal assunto a citação no art. 1.597, inciso III do Código Civil/2002 e, inexistente lei específica para tanto.

Sugere-se desse modo que novas pesquisas sejam feitas, há outro tempo e por outro autor, a fim de se confirmar ou refutarem os resultados ora encontrados.

Diante do exposto constata-se a evolução dos acontecimentos que a sociedade e a comunidade científica precisam se adequar, mas dando continuidade às raízes edificadas da cultura brasileira que de tempos em tempos proclama os princípios básicos inerentes à dignidade humana e do direito a vida.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Reprodução humana assistida, aspectos civis e bioéticos**. 2000. 345 p. Tese (Livre Docência) – Departamento de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2000.

_____. O nascituro no código civil e no direito constituído do Brasil. **Revista de informação legislativa**. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988.

BRACKETT, B. G.; et al. **Normal development following in vitro fertilization in the cow**. *Biology of Reproduction*, v.27, p.147-158, 1982.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. CF/88
Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>
Acesso em: 15 out. 2015.

_____. **Lei nº 5.869 de 11 de janeiro de 1973**. CPC. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em: 05 out. 2015.

_____. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. CC/2002. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 10 set. 2015.

_____. Conselho Federal de Medicina (CFM). **Resolução nº 1.358/1992**, que dispõe sobre Reprodução. Disponível em: <http://www.cfm.org.br>. Acesso em: 02 de jun. 2015.

_____. Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº 2.013/2013**. Disponível em:
http://portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.htm. Acesso em: 23 mai. 2015.

_____. DISTRITO FEDERAL, STJ, 2010, **Recurso Especial nº 985093/RJ**, Relator: Ministro Sidnei Beneti, julgado em: 05 ago. 2010.

_____. PARANÁ, TJ-PR, 2010, **Ação Obrigação de Fazer nº 0027862-73.2010.8.16.0001**. Julgado em: 2010.

_____. SÃO PAULO, TJ-SP, 2014, Apelação Cível. **Ação de Obrigação de Fazer com pedido de liminar.** nº. 0055501-35.2012.8.26.0222. Pleito de medicamentos para viabilização de fertilização “in vitro”. Julgado em: 17 dez. 2014.

_____. RIO DE JANEIRO, TJ-RJ, Apelação Cível. Ação de Obrigação de Fazer nº 0036068-24.2012.8.19.0001 . Fornecimento de Medicamento/Tratamento para viabilização de fertilização in vitro. Julgado em: 19 fev. 2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso avançado de direito civil.** vol. 6. São Paulo: RT, 2000.

CAMARGO, Juliana Frozel. Fecundação. **Revista Prolegis.** 6 de janeiro de 2008.

_____. **Reprodução assistida:** ética e direito. Campinas: Edicamp, 2004.

_____. **Reprodução humana:** ética e direito. Campinas: Edicamp, 2003.

CAMPBELL, B. K. SCARAMUZZI, R. J.; WEEB, R. Control of antral follicle development and selection in sheep and cattle. **Journal reproduction fertility supplement.** Harrogate, UK, v 49, p. 335-350, 1995.

CHIARINI JÚNIOR, Enéas Castilho. **Noções introdutórias sobre biodireito.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 424, 4 set. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5664>>. Acesso em: 6 out. 2015.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. **Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro.** Direito de Família no Novo Milênio – Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010.

CORREA, Marilena; COSTA, Cristiano. **Reprodução assistida.** Disponível em: <http://www.ghente.org>. Acesso em 10 de abr. de 2015.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga.** (Título original: La Cité Antique: études urleculte, Le droit, lês institutions de La Grèce et de Rome .São Paulo: Martin Claret, 2008.

DELGADO, Mário Luiz. Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai. **Revista jurídica consulex**. ano VIII, nº.188, p. 45, 15 de novembro de 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Código civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. vol. 6. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. vol.VI.22.ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007, São Paulo: Saraiva, 2008.

FERNANDES, Sílvia da Cunha. **As técnicas de reprodução humana assistida e a necessidade de sua regulamentação jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização**. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRAZ, Danilo Marcondes. **Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

FREITAS, Douglas Phillips. **Reprodução assistida após a morte e o direito de herança**. IBDFAM. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=423>. Acesso em 02 OUT. 2015.

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

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*; vol. 7. Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil brasileiro: Direito das Sucessões.** 4. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Direito civil brasileiro.** vol. 7. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões:** Introdução. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coord.). *Direito das sucessões e o novo código civil.* Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **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*, Teresina, ano 8, n. 65, 1 de maio 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4093>. Acesso em: 5 de out. 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos.** Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006.

_____. **Crítica da razão pura.** São Paulo: S.A., 1959.

KOTTOW, Miguel. **Introducción a la bioética.** Chile: Universitária, 1995.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil:** do direito das sucessões. vol. XXI. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Procriações artificiais e o direito:** aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LONG, Charles. R. et al. Morphology and subsequent development in vitro culture of bovine oocytes matured in vitro under various conditions of fertilization. v. 102. **Journal of reproduction and fertility.** Oxford, 1994.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida:** aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2003.

MADALENO, Rolf. **Direito de família: constituição e constatação.** 2004. (s.d.; s.p.). Disponível em: <<http://www.rolfmadaleno.com.br/novosite/conteudo.php?id=27>> acesso em: 23 set. 2015.

MEIRELLES, J. L. de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOORE, Keith L.; PERSUAD, T. V. N. **Embriologia clínica.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil.** Coimbra: Coimbra, 1992.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **O crepúsculo dos ídolos: a filosofia a golpes de martelo.** Curitiba: Hemus, 2001.

NIETZSCHE, Friedrich. **Para a genealogia da moral.** São Paulo: Scipione, 2001.

_____. **A filosofia na época trágica dos gregos.** 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Coleção os Pensadores)

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Instituições de direito civil: direito das sucessões.** vol. 6. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Caio. Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões.** vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIETERSE M.C., KAPPEN K.A. **Aspiration of bovine oocytes during transvaginal ultrasound scanning of the ovaries.** Theriogenology 30, 1992.

OLIVEIRA, Deborah Liocci Alvarez de; BORGES JR., Edson. **Reprodução humana assistida: até onde podemos chegar? compreendendo a ética e a lei.** São Paulo: Gaia, 2000.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Direito de herança: a nova ordem da sucessão.** São Paulo: Saraiva, 2005.

REINO UNIDO torna-se o primeiro país do mundo a aplicar a FIV com três pais. 30 out. 2015. Disponível em: <http://www.publico.pt/ciencia/noticia/reino-unido-tornouse-primeiro-pais-do-mundo-a-autorizar-fiv-com-tres-pais-1712894>. Acesso em 30 out. 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Sílvio; VELOSO, Zeno. **Direito civil: direito das sucessões.** vol. 7. 26. ed. rev. e atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Eliane Araque. **Criança e adolescente: sujeitos de direitos.** 2006. Disponível em: <http://www.ibict.br/revistainclusaosocial/include/getdoc.php?id=303&article=57&mode=pdf> >. Acesso 02 Out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana.** São Paulo: LTr, 2002.

SOUZA, Priscila Boim de. **Teorias do início da vida e lei de biossegurança.** Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773> >. Acesso em: 13 out. 2015.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro.** 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8468> >. Acesso em 28 set. 2015.

VASCONCELOS, Christiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia.** São Paulo: Atlas, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito de família. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Direito civil:** Direito de família. vol. 6. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito civil:** direito das sucessões. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Direito civil:** direito das sucessões. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

WEISZFLOG, Walter. **Michaelis-** moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

ANEXO A

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA RESOLUÇÃO CFM nº 2.013/13

No Brasil, até a presente data não há legislação específica a respeito da reprodução assistida. Transitam no Congresso Nacional, há anos, diversos projetos a respeito do assunto, mas nenhum deles chegou a termo. Considerando as dificuldades relativas ao assunto, o Conselho Federal de Medicina produziu uma resolução – Resolução CFM nº 1.957/10 – orientadora dos médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas no exercício das técnicas de reprodução assistida. A Resolução CFM nº 1.957/10 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. No entanto, as mudanças sociais e a constante e rápida evolução científica nessa área tornaram necessária a sua revisão. Uma insistente e reiterada solicitação das clínicas de fertilidade de todo o país foi a abordagem sobre o descarte de embriões congelados, alguns até com mais de 20 (vinte) anos, em abandono e entulhando os serviços. A comissão revisora observou que a Lei de Biossegurança (Lei no 11.105/05), em seu artigo 5º, inciso II, já autorizava o descarte de embriões congelados há 3 (três) anos, contados a partir da data do congelamento, para uso em pesquisas sobre células-tronco. A proposta é ampliar o prazo para 5 (cinco) anos, e não só para pesquisas sobre células-tronco. Outros fatores motivadores foram a falta de limite de idade para o uso das técnicas e o excessivo número de mulheres com baixa probabilidade de gravidez devido à idade, que necessitam a recepção de óvulos doados. Esses aspectos geraram dúvidas crescentes oriundas dos Conselhos Regionais de Medicina, provocando a necessidade de atualizações. O somatório dos fatores acima citados foi estudado pela comissão, em conjunto com representantes da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, da Federação Brasileira das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia e da Sociedade Brasileira de Reprodução Humana e Sociedade Brasileira de Genética Médica, sob a coordenação do conselheiro federal José Hiran da Silva Gallo. Esta é a visão da comissão formada, que trazemos à consideração do plenário do Conselho Federal de Medicina.

Brasília-DF, 16 de abril de 2013. JOSÉ HIRAN DA SILVA GALLO

Coordenador da Comissão de Revisão da Resolução CFM nº 1.358/92 – Reprodução Assistida

ANEXO B

RESOLUÇÃO CFM Nº 2.013/2013

(Publicada no D.O.U. de 09 de maio de 2013, Seção I, p. 119)