

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

BRUNA MAYARA DE OLIVEIRA

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O
DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE FRENTE À BIOÉTICA E O BIODIREITO**

PONTA GROSSA
2014

BRUNA MAYARA DE OLIVEIRA

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O
DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE FRENTE À BIOÉTICA E O BIODIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual de Ponta Grossa, como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora-Mestre Zilda Mara Consalter

PONTA GROSSA
2014

BRUNA MAYARA DE OLIVEIRA

**REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O
DIREITO SUCESSÓRIO: UMA ANÁLISE FRENTE À BIOÉTICA E O BIODIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Relações Sociais, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual de Ponta Grossa como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora MSc. Zilda Mara Consalter.

Ponta Grossa, ____ de outubro de 2014.

Professora MSc. Zilda Mara Consalter – Orientadora
Mestre em Direito Negocial
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Professora MSc. Maria Cristina Baluta
Mestre em Ciências Jurídicas
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Professora MSc. Maria Cristina Rauch Baranoski
Mestre em Ciências Jurídicas
Universidade Estadual de Ponta Grossa

Aos meus pais, Julio Cezar de Oliveira e Cleonice Terezinha Fogaça de Oliveira, que me guiaram nos primeiros passos, mostraram-me como caminhar com meus próprios pés e prepararam-me para que eu pudesse voar por mim mesma. Ensinarão-me que nenhum sonho é impossível quando se tem garra, determinação e humildade, mas que nada justifica ignorar valores elementares como lealdade e honra e que ser uma pessoa de caráter é mais valioso do que ser um profissional de sucesso sem a mesma valoração. Aos meus pais, que em nenhum momento deixaram de acreditar em mim, apoiando-me em todos os momentos e permitindo que eu pudesse concluir o Curso de Bacharelado em Direito, meu sonho de infância. Enfim, aos anjos que Deus pôs em minha vida, exemplos de seres humanos e pelos quais eu batalharei para poder agradecer pela vida maravilhosa e pelos ensinamentos preciosos que me deram.

A minha irmã Luna Valentina de Oliveira que com sua pureza e meiguice reflete a esperança e simboliza o recomeço. Nosso pequeno milagre e nosso maior tesouro, ela me inspira e me faz ter forças para lutar, a fim de que eu possa contribuir com um futuro onde possa ter oportunidades, sem passar pelas mesmas dificuldades que nossos pais.

Ao meu irmão Vitor José de Oliveira, que hoje habita o céu. Meu pequeno anjo, que embora nunca tenha dito uma palavra, me ensinou muitas lições, principalmente a da superação e da necessidade de manter a fé sempre acesa. Ele me fez compreender que para tudo há uma razão, um propósito, ainda que não entendamos imediatamente.

A vocês eu dedico não somente esse trabalho, mas todas as minhas conquistas.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço a Deus, expressão da bondade e da perfeição, que me permitiu vir ao mundo no seio da minha abençoada família, que permitiu que eu realizasse o sonho de ingressar na Universidade e que me amparou durante esse longo e difícil percurso, superando os obstáculos e mantendo-me firme no meu propósito, com força e determinação.

Aos meus pais, Julio Cezar de Oliveira e Cleonice Terezinha Fogaça de Oliveira, meus pilares, por quem eu tenho infinita admiração e orgulho e pelos quais eu busco encontrar um caminho de sucesso, a fim de agradecer ao menos em parte por todo sacrifício e dedicação com o qual me criaram, com dignidade e afeto.

A todos meus familiares, por compartilharem do meu sonho, apoiando-me e incentivando-me e por estarem presentes dos momentos mais tortuosos aos extasiados.

A minha orientadora Zilda Mara Consalter, grande referência, não só pela profissional, mas pela pessoa extraordinária que é, a qual me acompanhou com confiança desde o início do curso e generosamente transmitiu um pouco de seu vasto conhecimento. Com sua sabedoria e sensibilidade, muito além de ensinar Ciência, transmitiu-me lições para vida pessoal, ouviu, aconselhou e tornou-se uma das pessoas mais importantes para mim dentro da academia, na qual eu me espelho.

As minhas amigas Sandineli Bini, Luane Carol Penteado, Eliza Marina Fonseca, Taís Fernanda Kusma, Carla Jéssica Pereira e Ana Carolina Pereira com as quais construí e compartilhei o mesmo lar durante diferentes momentos da vida acadêmica, pelo apoio nos momentos de aflição, pela companhia nos momentos de alegria e descontração e pelos preciosos conselhos. Agradeço, em especial, à Sandineli Bini, a prova de que o afeto é o elemento preponderante para criação de laços familiares e que a verdadeira amizade é eterna, que o tempo apenas a solidifica e a “promove” à irmandade.

Aos amigos que o curso de Bacharelado em Direito me permitiu conhecer, com os quais compartilhei, dia-a-dia, sonhos e expectativas e que se tornaram elementares para a superação dos obstáculos no decorrer desta jornada. Igualmente, agradeço aos demais amigos, notadamente Mario Henrique de Mattos, Irineo Kelte Filho e Ana Paula Smulek que, mesmo distantes, sempre transmitiram a força da verdadeira amizade, apoiando-me e compartilhando as inseguranças e as experiências, os sonhos e as conquistas, as alegrias e a esperança de um dia melhor.

À Universidade Estadual de Ponta Grossa, instituição de ensino na qual eu me orgulho de ter passado e a todos os seus funcionários, pela atenção e apoio. Agradeço, especialmente, aos professores que generosamente compartilharam comigo parcela de seu largo conhecimento e que com dedicação, paciência e sabedoria contribuíram de forma estrondosa para minha formação e pelo meu amor ao Direito. Não posso deixar de agradecer, de modo especial, aos professores Michel Samaha, Fábio Marcondes Leite, Jeaneth Nunes Stefaniak, Renata Ovenhausen Albernaz, José Schell Junior Maria Cristina Baluta, Maria Cristina Rauch Baranoski e Zilda Mara Consalter, pela confiança, apoio e pelas oportunidades que me proporcionaram durante a vida acadêmica. Mais do que professores, independente da titulação, são meus mestres e certamente grandes referências para a vida pessoal e profissional.

Enfim, a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a realização deste trabalho e para o percurso desta árdua, mas extraordinária caminhada que foi a academia jurídica.

Acabar.
Não vês que acabas todo dia.
Que morres no amor.
Na tristeza.
Na dúvida.
No desejo.
Que te renovas todo o dia.
No amor.
Na tristeza.
Na dúvida.
No desejo.
Que és sempre outro.
Que és sempre o mesmo.
Que morrerá por idades imensas.
Até não teres medo de morrer.
E então serás eterno.

Cecília Meireles

OLIVEIRA, Bruna Mayara de. **Reprodução Humana Assistida *Post Mortem* e o Direito Sucessório**: Uma Análise Frente à Bioética e o Biodireito. 2014. 172 p. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito). Universidade Estadual de Ponta Grossa (Professora orientadora: Prof^a MSc. Zilda Mara Consalter).

RESUMO

A investigação tem como foco a análise teórica acerca da viabilidade do filho havido mediante técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga após a morte do pai participar da sucessão legítima deste. Quanto a essa celeuma, identificam-se argumentos contrários tanto de cunho bioético, como jurídico. O Direito brasileiro reconhece a paternidade decorrente de RHA homóloga póstuma, nos termos do artigo (art.) 1.597, III do Código Civil (CC) de 2002. Contudo, mesmo que reconhecido como filho, pelo princípio da coexistência, estampado no art. 1798 do CC de 2002, requer-se que o herdeiro sucessível esteja ao menos concebido no momento da abertura da sucessão. Diante disso, parte da doutrina contrapõe-se à legitimação sucessória do filho havido por procriação artificial após a morte do pai. De outro vértice, visando à identificação da vontade do falecido, outra corrente entende pela legitimação sucessória dos filhos concebidos ou implantados após a morte do pai. Nesse caso, não se descuida da necessidade de se identificar as limitações, Bioéticas e jurídicas, para a realização da RHA homóloga *post mortem*, bem como para oponibilidade dos direitos sucessórios dos filhos perante terceiros. Desenvolvido sob a metodologia lógico-dedutiva, o presente estudo, organizado em cinco capítulos, pretende apontar uma perspectiva para a questão que já exige, na prática, manifestação do Poder Judiciário. Para tanto, utilizou-se a técnica da documentação indireta e orientou-se por uma análise lógico-sistêmica. Diante da interdisciplinaridade da temática, ainda buscou-se subsídio, além das fontes eminentemente jurídicas, nos princípios basilares da Bioética.

Palavras chave: Bioética. Biodireito. Reprodução Humana Assistida Homóloga *Post Mortem*. Sucessão Legítima.

LISTA DE SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ART.	Artigo
C.E.C.O.S.	Centros de Estudos e de Conservação de Óvulos e Esperma Humano ou <i>Centres d'Étude et de Conservation des Oeufs et du Sperme Humain</i>
CC de 1916	Código Civil Brasileiro de 1916
CC de 2002	Código Civil Brasileiro de 2002
CCJC	Comissão de Constituição e de Justiça e de Cidadania
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CFM	Conselho Federal de Medicina
CJF	Conselho da Justiça Federal
CNBS	Conselho Nacional de Biossegurança
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CTNBio	Comissão Técnica Nacional de Biossegurança
DNA	Ácido Desoxirribonucleico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EUA	Estados Unidos da América
FIVETE	Fertilização <i>In Vitro</i> Convencional com Transferência Intrauterina de Embriões
GIFT	Transferência Intratubária de Gametas ou <i>Gametha Intra Fallopian Transfer</i>
ICSI	Injeção Introcitoplasmática de Espermatozoide
IUU	Inseminação Artificial Intrauterina
LINDB	Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro
Nº	Número
OGMs	Organismos Geneticamente Modificados
ONU	Organização das Nações Unidas
PL	Projeto de Lei
PMA	Procriação Medicamente Assistida
RHA	Reprodução Humana Assistida
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

UNESCO

Organização das Nações Unidas para a Educação, a
Ciência e a Cultura

ZIFT

Transferência Intratubária de Zigoto ou *Zibot Intra
Fallopian Transfer*

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	12
1	DIREITOS DA PERSONALIDADE	16
1.1	Contextualização e Evolução	16
1.2	Conceito	24
1.3	Direitos da Personalidade, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos do Homem	26
1.4	Pessoa e Personalidade	29
1.5	Classificação	34
1.6	Características	39
1.7	Direitos da Personalidade do Nascituro	40
1.7.1	Principais Teorias Sobre o Início da Personalidade	41
1.7.1.1	Teoria natalista	41
1.7.1.2	Teoria da personalidade condicional	46
1.7.1.3	Teoria concepcionista	47
2	BIOÉTICA	55
2.1	Contextualização e Evolução	55
2.2	Conceito	68
2.3	Princípios Basilares	71
2.3.1	Princípio da Autonomia	72
2.3.2	Princípios da Beneficência e da Não Maleficência	72
2.3.3	Princípio da Justiça	73
3	BIODIREITO	75
3.1	Contextualização e Evolução	75
3.2	Conceito	81
3.3	Princípios do Biodireito	82
3.4	Ramos do Direito Afetos ao Biodireito	83
4	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA	87
4.1	Contextualização e Evolução	87
4.2	Conceito	92
4.3	Técnicas de Reprodução Humana Assistida	94
4.3.1	Inseminação Artificial Intrauterina (IUU)	96
4.3.2	Transferência Intratubária de Gametas (GIFT)	97
4.3.3	Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT)	98
4.3.4	Fertilização <i>In Vitro</i> Convencional com Transferência Intrauterina de Embriões (FIVETE)	98
4.3.5	Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI)	99
4.4	Bioética, Biodireito e Reprodução Humana Assistida	100
5	REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E SEUS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS, COM ÊNFASE NO DIREITO SUCESSÓRIO	111
5.1	Contextualização e Evolução	111
5.2	Conceito	114

5.3	Pontuações Sobre a Reprodução Humana Assistida Homóloga <i>Post Mortem</i> no Direito Estrangeiro.....	116
5.4	Reprodução Humana Assistida Homóloga <i>Post Mortem</i> no Direito Brasileiro.....	119
5.5	Reprodução Humana Assistida Homóloga <i>Post Mortem</i> e o Direito Sucessório.....	129
5.5.1	Constitucionalização do Direito das Sucessões.....	130
5.5.2	Tipos de Sucessão no Direito Brasileiro.....	134
5.5.3	A Figura do Sucessor.....	138
5.5.4	A (Im) possibilidade do Concebido e do Implantado <i>Post Mortem</i> Participar da Sucessão Legítima.....	139
5.5.5	Limites da Oponibilidade dos Direitos Sucessórios do Concebido e do Implantado <i>Post Mortem</i> Perante Terceiros.....	154
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	160
	REFERÊNCIAS.....	163

INTRODUÇÃO

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) o Direito Brasileiro passou - e vem passando - por uma série de alterações e adequações, pois ao erigir expressamente a dignidade humana como fundamento do Estado, como o centro de todo o ordenamento jurídico, a Constituição evidenciou também que o Direito volta-se essencialmente à pessoa e não ao seu patrimônio.

A ideia de que a lei não é o único elemento componente do Direito, de que é possível aplicar princípios aos casos concretos - notadamente aos casos difíceis (*hard cases*) - uma vez que se reconhece força normativa a eles e a interpretação conforme a Constituição passaram a ser reflexos de um novo modelo jurídico. Igualmente, a ideia de um Direito puro, impassível de sofrer influência de outras ciências, ou mesmo de considerar a Ética, é refutada, abrindo-se caminho para reflexões filosóficas na seara jurídica. Percebe-se, assim, um movimento de constitucionalização do Direito, notadamente do Direito Civil, o que não implica apenas em uma supremacia formal da Constituição, mas principalmente material, na essência, e também, axiológica.

Pari passu a este movimento teórico que prima pela supremacia da CRFB e, por consequência, pela observância da dignidade da pessoa quando da análise dos institutos jurídicos, o desenvolvimento tecnológico, em especial a Biotecnociência, acelerou-se no último século. Algumas questões que despontam na sociedade, possíveis graças ao avanço biotecnológico, não se encontram regulamentadas de forma expressa nos textos legais ou encontram-se de forma evasiva, sendo que muitas dessas situações são passíveis de questionamentos no plano da Bioética e mesmo do valor dignidade humana.

Entre os passos mais significativos do desenvolvimento tecnológico, e nesse contexto, biotecnológico, estão as técnicas para Reprodução Humana Assistida (RHA), que traz consigo não apenas a possibilidade de implementar o direito ao planejamento familiar, mas também uma série de celeumas imbricadas de questionamentos tanto éticos como jurídicos, sendo relevante seu estudo frente à Bioética e o Biodireito.

Neste estudo, volta-se para a investigação de um dos temas imersos em todo este contexto, que é a RHA homóloga *post mortem*, entendida restritivamente para fins desta pesquisa como a procriação ocorrida artificialmente com material genético do cônjuge ou companheiro, extraído enquanto vivo, mas utilizado após a sua morte. Portanto, a RHA homóloga após a morte da doadora do material genético, por se tratar de temática específica,

já que implicaria necessariamente na maternidade por substituição ou barriga solidária, não será objeto deste estudo.

Justifica-se, portanto, a pretensão investigativa proposta, na medida em que situações concretas envolvendo a temática já começam a despontar na sociedade, trazendo à tona questões jurídicas. Em que pese a produção legiferante seja escassa, é necessário que o Direito apresente uma solução para a celeuma trazida pelo jurisdicionado, ainda que, para isso, se exija um maior esforço hermenêutico do jurista, diante da impossibilidade da aplicação silogística da lei.

Também, cumpre salientar que, tratando-se de uma temática que desperta reflexões não apenas jurídicas, dada sua interdisciplinaridade, o que se pretende investigar especificadamente é a possibilidade do filho havido mediante RHA homóloga *post mortem* participar da sucessão legítima do doador do material biológico. A fim de concretizar a aspiração exposta, torna-se necessário uma detida análise acerca da regulamentação e das considerações quanto à RHA homóloga *post mortem*, na seara médica, Bioética, nos diversos campos jurídicos e sua aplicabilidade concreta, além de perquirir no Direito estrangeiro como a temática vem sendo enfrentada.

Para a concretização desta pretensão, vale-se da metodologia lógico-dedutiva, de maneira a se buscar, inicialmente, abordar a grande área do Direito Civil, adentrando nos direitos fundamentais e da personalidade, para após, delimitar-se os campos estritos da mesma: se o Direito brasileiro permite a RHA homóloga *post mortem* e em que condições; se a realização desta forma de procriação artificial implica no estabelecimento da paternidade do doador do material biológico; como o Direito das Sucessões está desenhado no Código Civil Brasileiro de 2002 (CC de 2002) e se é possível, diante de uma leitura sistêmica, constitucional e Bioética o reconhecimento da legitimação do filho havido mediante RHA homóloga *post mortem* participar da sucessão *ab intestato* do pai. Notadamente teórica e exploratória, utiliza-se como técnica a documentação indireta, realizando-se levantamento legal, bibliográfico e jurisprudencial, investigando-se em livros, revistas, artigos de periódicos e sítios eletrônicos acerca do tema.

Para cumprir com o desiderato proposto, bem como para atender ao método de abordagem proposto, estrutura-se este estudo em cinco capítulos. No primeiro, atentando-se à lógica constitucional de evidenciar a preocupação com a pessoa, parte-se para uma análise dos Direitos da Personalidade, perquirindo de que forma foram encarados e tutelados no decurso da história e como o Direito brasileiro contemporâneo os regulamenta, destacando algumas classificações doutrinárias e características, importantes para distinções entre esta

categoria de direitos e os Direitos Fundamentais, Humanos e do Homem. Para analisar a questão da personalidade do nascituro, apontam-se as principais teorias acerca do início da vida e da personalidade e as consequências jurídicas da adoção de seus enunciados, fixando-se balizas importantes para o desenvolvimento da temática.

No segundo capítulo trata-se da Bioética, um desdobramento da Ética que se ocupa com as novas situações decorrentes do avanço científico, constituindo-se como um limite à evolução científica - notadamente da Biotecnociência - frente a proteção da dignidade humana, em seu mais amplo aspecto. Analisa-se o contexto em que esta disciplina surgiu, bem como seus princípios basilares, que em relação a RHA homóloga *post mortem* apresentam grande importância quanto à limitação de sua ocorrência e efeitos jurídicos.

No terceiro capítulo debruça-se sobre o Biodireito, resultado da postura jurídica frente aos avanços da Biotecnociência e da Medicina, notadamente, e da constatação, mais do que a mera percepção, de que o desenvolvimento desenfreado dessas ciências tem o condão de afetar direitos fundamentais. Além de traçar importantes marcos da evolução deste ramo jurídico, bem como identificar seus objetivos, princípios basilares e ramos com os quais mais se relaciona, busca-se localizar a temática proposta dentro do Biodireito.

No quarto capítulo aborda-se questões basilares da RHA, situando-a como uma conquista da Biotecnociência que possibilita que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade, concretizando assim o planejamento familiar. Analisa-se as principais técnicas de RHA e controvérsias que, à luz da Bioética, surgem quanto a esta forma de reprodução, inclusive quando realizada *post mortem*.

No quinto capítulo reflete-se pontualmente sobre a RHA homóloga *post mortem* e seus desdobramentos jurídicos, em especial no Direito das Sucessões, que é o tema central deste estudo. Para tanto, demonstra-se como a temática evoluiu no passar dos anos e a sua pertinência diante das situações concretas que vêm surgindo. Analisa-se como a RHA homóloga *post mortem* é tratada na legislação de alguns países e no Direito brasileiro, destacando-se a ausência de previsão explícita no Direito das Sucessões. Passa-se então ao estudo de importantes pontos no campo sucessório - como os tipos de sucessão e a figura do sucessor - na busca de identificar se o embrião fertilizado *in vitro* antes da morte do pai, mas implantado posteriormente e se o concebido *post mortem* podem ser considerados sucessores legítimos daquele. Para tanto, desenvolve-se uma investigação sistemática, harmonizando-se conclusões extraídas do Direito de Família com previsões do Direito das Sucessões, norteando-se ainda pela premissa da constitucionalização do Direito. Por fim, indicam-se

ainda limites de ordem Ética e jurídica para a implementação da RHA homologa *post mortem*, bem como para que surta efeitos em termos de Direitos sucessórios.

Diante dessas considerações, passa-se efetivamente ao estudo do tema proposto, sem qualquer pretensão de esgotamento do mesmo, até porque se trata de terreno muito árido e em permanente evolução.

1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

É sabido que a pessoa natural ganhou, notadamente com a CRFB e com o CC de 2002, um lugar de maior destaque no ordenamento jurídico brasileiro, sendo a dignidade humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, irradiando seus infinitos desdobramentos por todo sistema normativo. Identifica-se, portanto, a norma e mais especificadamente o princípio normativo capaz de transformar “[...] o conceito do valor da pessoa natural na realidade da vida para um valor jurídico¹”.

Há que se reconhecer, contudo, que o fim institucional do Direito Civil sempre considerou a proteção da pessoa, do indivíduo. “O que ocorria, muitas vezes, era que a preocupação com a proteção patrimonial desse indivíduo suplantava-se à própria proteção individual, firmando-se assim a proteção em face dos bens externos da pessoa²”.

É com base nessa ordem de ideias que se passa a analisar os principais aspectos referentes aos direitos da personalidade.

1.1 Contextualização e Evolução

Em que pese não haja uma sistematização, é possível afirmar que a noção de “personalidade”, em si, remonta ao Direito Romano, que a reconhecia aos indivíduos que reuniam três qualidades essenciais, quais sejam: *status libertatis*, *status civitas* e o *status familiae*³. “Às pessoas dotadas de *status libertatis* era conferida, em Roma, a cidadania, e com ela a capacidade jurídica plena, a aptidão para ter e exercer direitos. Assim sendo, somente os cidadãos possuíam integrais direitos da personalidade⁴”.

Em que pese a posição majoritária da doutrina no sentido de que no Direito Romano não havia a preocupação com a proteção de direitos da personalidade, José Castan

¹ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 19.

² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 32.

³ O *Status familiae* era inerente à condição de *paterfamilias*; o *status civitas* era o reconhecimento da condição de cidadão, negado, portanto, aos estrangeiros e escravos e o *status libertatis* era a qualidade de pessoa livre. Há que se ressaltar, contudo, que com a gradativa evolução histórica das instituições jurídicas romanas, o acesso, a perda e notadamente a caracterização desses *status* sofreram mudanças, decorrentes principalmente de alterações sociais, políticas e econômicas. (CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 95).

⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 33.

Tobeñas, citado por Elimar Szaniawski⁵, entende que o que não havia era a proteção da personalidade individual e sistemática, existindo apenas manifestações isoladas de tutela. Assim, em Roma não havia a classe de direitos da personalidade, sendo a *actio iniuriarum* o instrumento de proteção jurídica da personalidade.

Para Rudolf Von Ihering⁶, inicialmente a *actio iniuriarum* servia apenas para tutelar ofensas cometidas contra a vida e a integridade física. Com a evolução da jurisprudência, também passou a tutelar ofensas injuriosas. Há que mencionar ainda a importância da *Lex Aquilia*, *Lex Cornelia* e *Lex Fabia* para tutela jurídica da personalidade no Direito Romano. Nesse sentido:

Com efeito, essa tutela jurídica da personalidade foi ainda auxiliada na época clássica, sobretudo, por disposições da *lex Aquilia*, que deu direito de ação à tutela da integridade física, e pela *lex Cornelia*, que protegia o domicílio contra a sua violação, considerada como crime. Há ainda a menção da *lex Fabia*, como meio processual para a defesa dos direitos inerentes à personalidade⁷.

Dessa forma, longe de se comparar a atual abrangência da proteção da personalidade, não é possível, contudo, negar a existência de tutela de várias manifestações desta no Direito Romano.

Por sua vez, o reconhecimento e a tutela dos direitos da personalidade também tiveram a contribuição histórico-evolutiva da Idade Média, que marca o surgimento de ideias sobre um conceito de pessoa, baseado na dignidade e na valoração do indivíduo. Esse conceito passou pelas várias fases evolutivas da história da humanidade, até os dias atuais. Dentre as concepções elaboradas nesse contexto, destaca-se a tradicional definição de Boécio, para quem “[...] a pessoa consistia na substância individual de natureza racional⁸”. Sob esta perspectiva, a pessoa é reconhecida como indivíduo, como substância, existindo por si mesma.

Para Elimar Szaniawski, o conceito de Boécio inspirou o pensamento medieval, “[...] tendo São Tomás de Aquino o adotado como sua definição⁹”. Em São Tomás de Aquino afere-se que

⁵ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21.

⁶ *Apud* CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito**: transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade. São Paulo: Madras, 2004. p. 98.

⁷ *Ibid.*, p. 97.

⁸ *Ibid.*, p. 98.

⁹ SZANIAWSKI, Elimar, *op. cit.*, p. 35.

[...] a idéia (sic) de pessoa implicava na idéia (sic) de indivíduo, mas não se identificava com o mesmo. [...] São Tomás entendia que o princípio da individualização não decorria da forma, mas sim da matéria. Considerando a individualização como própria da matéria, a individualidade, enquanto integrante do indivíduo, é uma substância concreta, considerada num todo, um todo indivisível. E é a matéria que individualiza a forma¹⁰.

Conciliando o conceito de Boécio, antes transcrito com a ideia de São Tomás de Aquino, observa-se que são norteados pelo ideal de que “[...] a pessoa é uma substância individual dotada de certa dignidade. E a suprema dignidade do ser humano é a *razão*. Assim, visualiza Tomás de Aquino a personalidade como sendo a substância individual de uma essência racional¹¹” (destaque no original).

Destarte, o pensamento cristão firmou a ideia de dignidade da pessoa, vista como uma substância dotada de razão. A racionalidade inerente ao homem, no pensamento Tomista, faz dele um princípio de ação autônomo, sendo pressuposto da dignidade, a qual identifica-se com a liberdade. A pessoa é revestida de dignidade, em que pese reconheça-se no pensamento Tomista a ideia de uma escala de dignidade, a qual “[...] possui muitos degraus que são os mesmos degraus do progresso moral¹²”.

Vislumbra-se em São Tomás de Aquino, portanto, a base moral dos direitos da personalidade individual.

Importante destacar também a contribuição de Santo Agostinho quando se trata de direitos da personalidade. Ele

[...] ultrapassou as especulações dos filósofos gregos e dos juristas romanos com relação à existência de um direito divino e de uma lei natural, com força vinculatória na lei humana, em que o homem era o centro e detinha um direito inalienável ao respeito pela sua pessoa. Ademais, desde logo foi distinguido da doutrina cristã o plano moral e o plano jurídico, existindo, por conseguinte, influências da moral cristã no Direito Romano. Desse modo, em matéria de tutela dos direitos da personalidade, admite-se que o Cristianismo implementou a tutela da personalidade moral e dos bens imateriais da pessoa humana, que se continuam a tutelar por meio da *actio iniuriarum*¹³.

A partir do século XII, o renascimento do Direito Romano, ocorrido na Itália, começou a se espalhar pela Europa, construindo um Direito europeu continental de tradição romana. Não foram todos os países do continente, contudo, que recepcionaram o Direito Romano. A Grã-Bretanha é um exemplo, construindo seu próprio Direito entre os

¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

¹¹ SZANIAWSKI, Elimar, *loc. cit.*

¹² SZANIAWSKI, Elimar, *loc. cit.*

¹³ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 97.

anos e 1485 e desenvolvendo seu sistema jurídico entre 1485 e 1823, o qual se pautou na construção de jurisprudência a partir das decisões das jurisdições reais, sendo esse sistema conhecido como *common law*¹⁴.

O que importa destacar é que o Renascimento¹⁵ e notadamente o Humanismo¹⁶, “[...] conduziram os juristas da época à formulação do *direito geral de personalidade*, como um *ius in se ipsum*, surgindo as primeiras noções de *direito subjetivo* e a existência de um poder de vontade individual¹⁷” (destaque no original).

Assim iniciou-se a formação do Direito Moderno europeu, que embora tenha engrenado com o renascimento do Direito Romano, não se formou apenas deste, mas também do Direito Costumeiro, Direito Canônico, bem como pelo Direito Natural¹⁸.

Foi com o Direito Moderno que a noção de personalidade passou a relacionar-se com a de capacidade, entendida esta como “[...] a aptidão para adquirir direitos e exercê-los para si ou para outrem os atos da vida civil. O conjunto desses poderes constitui a personalidade¹⁹”.

É de se notar, contudo, que a efetiva tutela da personalidade como valor absoluto não encontrava espaço na sociedade do século do século XVII, onde acima de

¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 36.

¹⁵ Trata-se de um movimento literário, artístico e filosófico desenvolvido entre o final do século XIV até o final do século XVI, difundindo-se Itália para outros países da Europa. O termo “Renascimento”, de acordo com os estudos de Hildebrand, Walser e Burdach tem origem religiosa, significando “segundo nascimento”, o nascimento de um homem novo ou espiritual. Durante a Idade Média, designava o retorno do homem a Deus, sua restituição à vida perdida com a queda de Adão. A partir do século XV, a expressão passa a ser empregada para designar a renovação moral, intelectual e política decorrente do retorno aos valores da civilização em que o homem, supostamente, teria obtido suas melhores realizações, que é a greco-romana. Entre as principais características do Renascimento estão o Humanismo (reconhecimento do valor do homem e a crença de que a humanidade se realizou de forma mais perfeita na Antiguidade clássica); renovação religiosa (se deu através da tentativa de reatar os laços com uma revelação originária, na qual filósofos clássicos como Nicolau de Cusa e Pico della Mirandola teriam se inspirado, ou através da tentativa de restabelecer o contato com as fontes originárias do Cristianismo, ignorando a tradição medieval, como o caso da Reforma Protestante); renovação das concepções políticas (manifestou-se pelo reconhecimento da origem humana ou natural das sociedades e Estados, como se afere em Maquiavel, ou com a tentativa de voltar às formas históricas originárias ou à natureza das instituições sociais) e o Naturalismo (entendido como novo interesse pela investigação direta da natureza, tanto na forma do Aristotelismo, das manifestações de magia ou metafísica da natureza, como se vê em Giordano Bruno, por exemplo, quanto na forma das primeiras conquistas da ciência moderna. (ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 852-853).

¹⁶ O Humanismo é um movimento espiritual surgido na época do Renascimento voltado para o estudo do homem e desenvolvimento de sua personalidade e de suas capacidades de criação, exaltando a sensibilidade e o uso de recursos naturais. (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 308).

¹⁷ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar, *loc. cit.*

¹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 33.

qualquer homem, estava o rei, de modo que os direitos inerentes ao ser humano não recebiam proteção quando se chocavam com algum interesse do soberano.

Assim,

[...] deve ser destacado, que a proteção da pessoa, reconhecida pelo Estado, só encontra suas origens no liberalismo, que se desenvolveu na Inglaterra no final do século XVII. Contribuiu para o surgimento do liberalismo o fato de que, ao contrário da quase totalidade dos países da Europa continental que, a partir da Idade Média, tiveram como regime de governo a monarquia absolutista, a Grã-Bretanha não adotou esse sistema, preferindo a monarquia constitucionalista que havia se institucionalizado com a revolução dos barões contra o rei João-Sem-Terra, em 1215²⁰.

Não tardou para que as ideias liberais fossem transportadas para outros continentes, sendo inclusive estampadas em Declarações, como a da Colônia da Virgínia, na América do Norte, em 1776 e nas demais Constituições das antigas colônias inglesas²¹.

No próprio continente Europeu, o liberalismo foi encontrando espaço também nos países de tradição romana, como a França, que teve papel de destaque para a criação da Declaração dos Direitos do Homem, fundamentada também na filosofia de Rousseau, Montesquieu, Voltaire e outros pensadores²².

A afirmação de uma gama de direitos que conferiam ao homem um valor até então não reconhecido perante o Estado é ainda mais acelerada com a eclosão da Revolução Francesa, em 1789.

O reconhecimento da existência de um direito natural do homem une-se à Declaração solene com a qual se proclamavam na França revolucionária o Direito do Cidadão e a liberdade e igualdade de todos os ‘homens’. Com a Revolução Francesa, portanto, obtém-se a afirmação da existência de um direito inato ao homem, inserido no contexto histórico da contraposição ao Estado²³.

A teoria dos direitos da personalidade é, portanto, fruto da reação contra o domínio estatal sobre o indivíduo, conforme ressalta Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf, “[...] a raiz dos direitos da personalidade remonta aos pensadores da escola do direito natural que teve égide no período Iluminista e Idealista do século XVIII²⁴”,

²⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 39.

²¹ SZANIAWSKI, Elimar, *loc. cit.*

²² *Ibid.*, p. 40.

²³ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 20

²⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 34.

em que pese, como delineado, não se possa olvidar que desde o Direito Romano, ainda que discretamente, a tutela da personalidade já venha sendo uma preocupação moral e jurídica. É certo, contudo, que o início da positivação desses direitos adveio com a Declaração dos Direitos do Homem, forjada pelos ideários defendidos na Revolução Francesa. De fato:

A Revolução Francesa, cuja deflagração ocorreu simbolicamente com a queda da Bastilha, em 1789, foi o grande marco histórico do Estado Moderno. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão inaugurou a nova ideologia, fundada na Constituição, na separação dos poderes e nos direitos fundamentais²⁵.

Contudo, a efetivação dos direitos humanos, fundamentais e da personalidade, que serão analisados no tópico 1.3, todos com ao menos um ponto em comum, qual seja, a proteção à dignidade humana, é resultado de um processo não tão rápido, de duras e difíceis conquistas sociais. A afirmação desses direitos, destarte: “Não traduzem uma história linear, nem a história de uma causa perdida, mas a história da luta dos direitos a partir da superação das graves diferenças entre os sujeitos de direitos, discriminados, indevidamente, como objetos [...] ou como seres de menor dignidade [...]”²⁶.

Daí se dizer que, do ponto de vista histórico, grandes transformações no Direito Constitucional Contemporâneo advieram a partir da Segunda Guerra Mundial, a qual trouxe consigo, além de uma triste herança à humanidade, novas inquietações e a ideia de que era necessário resguardar a dignidade humana de maneira mais efetiva. Dessa forma,

[...] diante das agressões causadas pelos governos totalitários à dignidade humana, tomou-se consciência da importância dos direitos da personalidade para o mundo jurídico, resguardando-os na Assembléia (sic) Geral da ONU de 1948, na Convenção Européia (sic) de 1950 e no Pacto Internacional das Nações Unidas²⁷.

No âmbito privado, contudo, o avanço dos direitos da personalidade foi e ainda tem sido mais lento. Há que se destacar que o Código Civil francês de 1804 os tutelou de modo bastante sumário, não sendo nem mesmo contemplado pelo Código Civil português de 1866 e o italiano, de 1865. O CC de 2002 trata dos direitos da personalidade entre os artigos (arts.) 11 e 21²⁸.

No Brasil, deve-se ressaltar que a proteção dos direitos da personalidade é dada, em maior grau, pela CRFB. Por certo, ao erigir a dignidade humana como fundamento

²⁵ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 21.

²⁶ *Ibid.*, p. 30.

²⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. I: teoria geral do direito civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 120.

²⁸ DINIZ, Maria Helena, *loc.cit.*

do Estado, como o centro de todo o ordenamento jurídico, a Constituição evidenciou também que o Direito volta-se para a pessoa e não para o patrimônio.

Como delineado, desde o final da Segunda Guerra Mundial a dignidade humana passou a ser uma preocupação mundial, sendo desdobrada em inúmeros direitos e garantida por um número incontável de acordos internacionais e dispositivos legais e constitucionais na órbita interna de cada país.

A ideia de que a lei não é o único elemento componente do Direito, de que é possível aplicar princípios aos casos concretos, notadamente aos casos difíceis, uma vez que se reconhece força normativa a eles, bem como a interpretação conforme a Constituição passaram a ser reflexos de um novo modelo jurídico. Também, a ideia de um Direito puro, impassível de sofrer influência de outras ciências, ou mesmo de considerar a Ética é refutada, abrindo-se caminho para reflexões filosóficas na seara jurídica²⁹.

É nesse contexto pós-positivista que tem espaço o fenômeno do Neoconstitucionalismo, o qual:

[...] tem como marco filosófico o pós-positivismo, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, após a 2ª Guerra Mundial, onde, no caso brasileiro, ocorreu com a redemocratização institucionalizada pela Constituição de 1988 e, como marco teórico, o conjunto de novas percepções e de novas práticas, que incluem o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação³⁰.

No neoconstitucionalismo predomina a ideia da supremacia da Constituição, de modo que as normas infranconstitucionais devem encontrar seu fundamento de validade naquela, não podendo se destoar das normas constitucionais. Assim: “O fenômeno da constitucionalização do Direito tem como ponto de partida a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde foi deslocado o Código Civil³¹”. Verifica-se, portanto, uma constitucionalização de todo o Direito.

Há que se destacar que a constitucionalização do Direito, e notadamente do Direito Civil, não implica apenas em uma supremacia formal da Constituição, mas principalmente material, axiológica, de modo que: “Compreendida como uma ordem objetiva

²⁹ SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p. 9-10.

³⁰ BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Prefácio.

³¹ GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélio Del. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014. p. 36.

de valores, transformou-se no filtro através do qual se deve ler todo o ordenamento jurídico³²”. No Direito Civil, isso se revela, exemplificativamente,

[...] além da vinda para a Constituição de princípios e regras que repercutem sobre as relações privadas – *e.g.* função social da propriedade, proteção do consumidor, igualdade entre cônjuges, igualdade entre filhos, novas formas de entidade familiar reconhecidas -, houve o impacto revolucionário do princípio da dignidade da pessoa humana. A partir dele, tem lugar uma **despatrimonialização** e uma **repersonalização** do direito civil, com ênfase em valores existências e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica [...]³³.

A questão da constitucionalização do Direito Civil, notadamente quanto em relação ao Direito de Família e das Sucessões, será abordada mais profundamente no capítulo 5 deste trabalho, de modo que, por ora, detém-se às considerações até aqui tecidas.

Pois bem. Comentava-se acerca da positivação dos direitos da personalidade. De plano, os textos referiam-se a direitos inatos, direitos essenciais e até mesmo a direitos humanos. A expressão “direito da personalidade”, contudo, foi cunhada pela primeira vez por Gierke, no final do século XIX, para individualizar os aspectos pertinentes ao indivíduo, como a vida, a honra e a integridade física, por exemplo³⁴.

Etimologicamente, o termo personalidade, do latim “*personalitas*”, significa o conjunto de elementos inerentes à pessoa³⁵. Também advém de “*persona*”, que significa máscara, papel atribuído a esta máscara. Para Antonio Chaves³⁶: “Originalmente, dava-se o nome de pessoa às máscaras usadas pelos atores romanos nas representações”. Caracterizava a pessoa como um personagem, traduzindo a palavra no fato de a sociedade política ser semelhante a um drama, no qual cada homem tem sua representação.

No sentido jurídico, contudo, “pessoa” é o sujeito de direitos e obrigações e é para ela que o Direito foi criado. Com isso, diz-se que o Direito e o próprio Estado existem em função da pessoa, e não o inverso. Como disposto, “[...] a pessoa é o sujeito do direito e nunca o seu objeto³⁷”. Sendo a pessoa o sujeito das relações jurídicas e a personalidade uma

³² GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélia Del. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014. p. 36.

³³ *Ibid.*, p. 37.

³⁴ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 20.

³⁵ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 101.

³⁶ CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil: parte geral**. Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982. p. 305.

³⁷ BELTRÃO, Silvio Romero, *op. cit.*, p. 23.

faculdade a ela reconhecida, logo, é possível afirmar que toda pessoa é dotada de personalidade³⁸.

Advirta-se que nosso ordenamento jurídico não atribui personalidade apenas às pessoas naturais, mas também a entes morais, entendendo esses como o agrupamento de indivíduos para a realização de um fim econômico ou social ou os que se formam mediante a destinação de um patrimônio com um fim determinado (artigos 40 e 45 do CC de 2002).

1.2 Conceito

Inúmeros são os conceitos apresentados pela doutrina para identificar o que são os direitos da personalidade.

Para Rubens Limongi França³⁹, direitos de personalidade são “[...] faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim os seus prolongamentos e projeções”. Essa categoria de direitos, definitivamente descrita por juristas alemães, notadamente por Gareis e Kohler, na segunda metade do século XIX, foi inicialmente denominada de “Direitos Individuais” ou “Direitos da Personalidade”.

Contudo, muitos foram os termos utilizados no decorrer dos tempos, tais como “Direitos Essenciais ou Fundamentais da Pessoa”, “Direitos da Própria Pessoa”, “Direitos de Estado”, “Direitos Personalíssimos” e assim por diante. Destaca-se também a expressão “Direitos Privados da Personalidade” que, para Rubens Limongi França⁴⁰, tem a vantagem de frisar o aspecto privado desses direitos, que por muito tempo receberam a atenção dos ordenamentos jurídicos apenas sob o aspecto do Direito Público.

A tutela civil dos direitos de personalidade representou o preenchimento de uma lacuna no sistema jurídico brasileiro, já que certos aspectos do direito sobre o próprio corpo ou direito à imagem não tinham lugar nas normas de Direito Público, ao mesmo tempo em que proporcionou um alargamento de sua tutela e enaltecimento de sua importância, uma vez que consistem em garantia dos cidadãos contra arbitrariedades do Estado.⁴¹

³⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. I: introdução ao direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 142.

³⁹ FRANÇA, Rubens Limongi. Coordenadas Fundamentais dos Direitos da Personalidade. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano II, n° 2, p.45-59, jan. 1983. p. 45.

⁴⁰ FRANÇA, Rubens Limongi, *loc.cit.*

⁴¹ *Ibid.*, p. 45-46.

Por sua vez, Francesco Messineo⁴² define os direitos da personalidade como “[...] limites impostos contra o poder público e contra os particulares, atribuindo à pessoa um espaço próprio para o seu desenvolvimento, que não pode ser invadido, recebendo uma proteção específica do Direito”. Contudo, tal conceituação, eminentemente positivista, não permite que se identifiquem de plano quais são e quais não são ditos direitos da personalidade, pois segundo o autor, “[...] os direitos da personalidade só se operam por força de lei”.

Sob a ótica positivista, ao contrário do que parece a primeira vista, não se ignora que existam direitos “essenciais”, inatos à pessoa. Contudo, estes apenas serão incluídos como direitos de personalidade quando assim reconhecidos pelo Estado. Destarte,

[...] existem direitos que não têm por base o simples pressuposto da personalidade, e que, uma vez revelados, adquirem o caráter de essencialidade [...]. Consideram, no entanto, devam ser incluídos como direitos da personalidade apenas os reconhecidos pelo Estado, que lhes dá força jurídica. Não aceitam, pois, a existência de meros direitos inatos, que constituíram exigências de ordem moral, quando situado o observador no plano do direito positivo⁴³.

Por outro lado, identifica-se na doutrina a corrente jusnaturalista, representada por Carlos Alberto Bittar⁴⁴, para quem os direitos da personalidade constituem direitos inatos, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los, seja em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária, dotando-os de proteção, seja em face de particulares ou do próprio poder público. Diante dessa posição, existem direitos da personalidade não tipificados na órbita jurídica, mas que merecem ser assim qualificados, pois derivam do princípio geral de proteção da dignidade humana.

Sendo uma categoria de direitos, os direitos da personalidade devem seguir a mesma lógica do ordenamento jurídico: o Direito não se restringe à lei. O Direito não se confunde com a lei. Quanto mais, delimitar o Direito apenas àquilo que o Estado reconhece como tal é admitir que antes ou aquém do Estado, não há Direito, entendimento este que já não encontra mais respaldo em nosso sistema jurídico.

Nesse sentido, Rubens Limongi França⁴⁵ assevera que: “[...] a despeito de ser a lei a forma fundamental, outras existem, complementares, entre nós reconhecidas pelo

⁴² *Apud* BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 24.

⁴³ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006. p.7.

⁴⁴ BITTAR, Carlos Alberto, *loc. cit.*

⁴⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Coordenadas Fundamentais dos Direitos da Personalidade. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano II, n.º.2, p.45-59, jan. 1983. p. 47.

legislador, expressa ou implicitamente, no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil”, hoje, Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Para os demais direitos da personalidade não previstos expressamente em lei, o fundamento primeiro, segundo o autor, são as imposições da natureza das coisas, ou seja, o Direito Natural.

Dessa forma, define-se os direitos da personalidade como uma categoria de direitos subjetivos que garantem ao homem o respeito à sua natureza, intrínseca e extrínseca e revelados pelo imperativo de resguardar a sua dignidade.

1.3 Direitos da Personalidade, Direitos Fundamentais, Direitos Humanos e Direitos do Homem

No tópico anterior afirmou-se que os direitos de personalidade compõem uma “categoria de direitos subjetivos”. Conforme Silvio Romero Beltrão⁴⁶, em que pese serem em sua grande maioria direitos fundamentais, os direitos da personalidade com aqueles não se confundem, sendo categorias distintas de direitos. De fato, há entre essas duas classes distinções que as singularizam, que as especificam.

[...] os direitos de personalidade exprimem aspectos que não podem deixar de ser conhecidos sem afetar a própria personalidade humana, enquanto que os direitos fundamentais demarcam em particular a situação do cidadão perante o Estado, com a preocupação básica da estruturação constitucional.

Os direitos de personalidade

[...] são posições jurídicas do homem que ele tem pelo simples fato de nascer e viver; são aspectos imediatos da exigência de integração do homem, e ainda condições essenciais ao ser e dever ser. [...] são direitos de exigir de outrem o respeito da própria personalidade e têm por objeto os bens da personalidade física, moral e jurídica⁴⁷.

Por sua vez, de acordo com Jorge Miranda, citado por Silvio Romero Beltrão, os direitos fundamentais “[...] pressupõe relações de poder. [...] têm uma incidência publicística imediata, quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares; [...] Os

⁴⁶ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 47.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 48.

direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao Direito Civil⁴⁸”.

Nota-se, portanto, que se distinguem os termos no tocante ao âmbito de incidência, porquanto os direitos de personalidade são abordados principalmente pelo Direito Civil, ramo do Direito notadamente privado, enquanto os direitos fundamentais encontram guarida notadamente no texto constitucional. Também em relação aos sujeitos envolvidos nas relações, pois em se tratando de matéria relacionada intrinsecamente ao direito privado, como ocorre com os direitos de personalidade, os envolvidos são particulares, e não Estado-particular ou limitação do poder estatal, como nas relações abordadas pelo Direito Constitucional.

Possivelmente, os termos por vezes se confundam devido, notadamente, ao conteúdo ético da expressão “direitos fundamentais” que o aproxima muito dos direitos de personalidade. O aspecto material ou ético dos direitos fundamentais indica que se trata de valores elementares para uma vida digna. Assim, **da mesma forma que nos direitos da personalidade, a dignidade humana é a base axiológica dos direitos fundamentais**⁴⁹.

Contudo, além do aspecto material ou ético dos direitos fundamentais, estes também possuem um conteúdo normativo (aspecto formal), de modo que:

[...] do ponto de vista jurídico, não é qualquer valor que pode ser enquadrado nessa categoria. Juridicamente, somente são direitos fundamentais aqueles que o povo (leia-se: o poder constituinte) formalmente reconheceu como merecedores de uma proteção normativa especial, ainda que implicitamente. Esse reconhecimento formal ocorre através da positivação desses valores por meio de normas jurídicas⁵⁰.

Dessa forma, nota-se que os direitos fundamentais são normas diretamente relacionadas à limitação de poder e ao respeito à dignidade humana, positivadas no plano constitucional.

Destarte, tratando-se da CRFB, o local escolhido pelo constituinte para acolher os direitos fundamentais foi o Título II, intitulado “Dos Direitos e Garantias Constitucionais”, de modo que, a princípio,

[...] tudo o que está no Título II pode ser considerado direito fundamental. [...] Há, nesse caso, uma presunção de que as normas ali previstas possuem alguma ligação

⁴⁸ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 48.

⁴⁹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 18.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 19.

com a dignidade da pessoa humana ou com a limitação do poder, ainda que esta ligação seja imperceptível⁵¹.

Ocorre que além do extenso rol previsto expressamente na Constituição, este não é taxativo e por força do artigo 1º, III, somado com o artigo 5º § 2º, da Lei Maior brasileira, podem-se encontrar direitos fundamentais fora do Título II. Também há que se reconhecer a existência de direitos fundamentais implicitamente previstos na CRFB, contanto que esta lhe confira alguma proteção especial⁵².

Contudo, tal conclusão não implica na afirmação de que não existem valores importantes ainda não positivados, igualmente ligados à limitação de poder e notadamente à dignidade humana. Destarte, nesses casos não se tratariam tecnicamente de direitos fundamentais, tendo os juristas atribuído a ditos valores outro termo, qual seja, “direitos do homem⁵³”. Assim:

[...] os direitos do homem seriam valores ético-políticos ainda não positivados. Eles estariam em um estágio pré-positivo, correspondendo a instâncias ou valores éticos anteriores ao direito positivo. [...] Para ser mais claro, os direitos do homem possuem um conteúdo bastante semelhante ao direito natural. Não seriam propriamente **direitos**, mas algo que surge antes deles e como fundamento deles. Eles (os direitos do homem) são a matéria-prima dos direitos fundamentais, ou melhor, os direitos fundamentais são os direitos do homem positivados⁵⁴. (Destaque no original).

Os direitos de personalidade também não se confundem com os “direitos humanos”, expressão que costumeiramente é vista como sinônima de “direitos fundamentais” ou “direitos do homem”, pois tratam-se de termos que guardam suas particularidades.

Os direitos humanos são valores positivados na esfera de direito internacional, de modo que:

Quando se estiver diante de um tratado ou pacto internacional, deve-se preferir a utilização da expressão *direitos humanos* ao invés de *direitos fundamentais*. [...] Toda vez que a Constituição se refere ao âmbito internacional, ela fala em ‘direitos humanos’. E quando ela tratou dos direitos que ela mesma reconhece, chamou de ‘direitos fundamentais’[...]⁵⁵. (Destaque no original).

Nota-se, portanto, que os direitos de personalidade, fundamentais, humanos e do homem são termos que guardam consigo peculiaridades, compondo categorias

⁵¹ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 23.

⁵² *Ibid.*, p. 23-24.

⁵³ *Ibid.*, p. 25.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 26.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 27.

específicas de direitos, em que pese encontrem seu fundamento axiológico na mesma fonte, qual seja, a dignidade humana.

1.4 Pessoa e Personalidade

Sendo o ser humano o destinatário final do Direito, a questão da personalidade jurídica é uma premissa de qualquer debate jurídico, não se afastando dessa conclusão o presente estudo.

Quando se trata de personalidade em uma conversa despida de enfoque jurídico, confunde-se ou ao menos se equipara à identidade. Pensa-se em personalidade como uma característica de todo ser humano, responsável, contudo, por diferenciá-lo. Cada pessoa guarda consigo inúmeras características herdadas geneticamente, guarda também valores passados por aqueles que lhe são próximos, família, amigos, comunidade. Traz consigo traços da história de muita gente, antepassados, ídolos, desconhecidos que fizeram, com o tempo, hábitos virarem crenças, que viraram costumes, que viraram cultura. Desse turbilhão de influências, a pessoa as internaliza e lapida do seu jeito, tornando-a, assim como o seu Ácido Desoxirribonucleico (DNA), única, desenvolvendo a sua identidade.

Por sua vez, a personalidade, sob o aspecto jurídico, pode ser sintetizada como “[...] um conjunto de caracteres do próprio indivíduo, consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico [...]. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens⁵⁶”. Ainda, “[...] é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, [...] é o atributo necessário para ser sujeito de direito⁵⁷”.

Ter personalidade significa, invariavelmente, ser sujeito de direitos. Contudo, a personalidade é um atributo pertencente a um ser, a uma pessoa, donde concluir que a: “Pessoa é o titular do direito, o sujeito de direito. Personalidade é a capacidade de ser titular de direitos, pretensões, ações e exceções e também de ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções⁵⁸”, o que permite a ilação de que **toda pessoa é dotada de personalidade e que a personalidade é um atributo de toda e qualquer pessoa.**

⁵⁶ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

⁵⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 81.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado: parte geral**. Tomo I. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1977. p. 155.

Para os adeptos da teoria concepcionista, a qual será abordada mais adiante, é a concepção que marca o início da vida, bem como da personalidade, havendo doutrinadores que defendem que de acordo com tal teoria, neste momento já existiria uma pessoa. Os defensores desta corrente ainda se dividem ao defender se tal pessoa, nesta fase de desenvolvimento biológico, seria detentora apenas de direitos da personalidade ou também sujeito de direitos patrimoniais⁵⁹.

A questão que se coloca em evidência merece uma análise mais cautelosa, a fim de que conclusões precipitadas sejam evitadas. É sabido que o CC de 2002⁶⁰, em seu artigo 2º, repetindo disposição do artigo 4º do Código Civil de 1916⁶¹ (CC de 1916), preconiza que a personalidade civil começa a partir do nascimento com vida. A proteção dos direitos do nascituro, contudo, deve existir desde a concepção.

Nota-se, portanto, que de acordo com o texto legal distinguem-se o início da vida com o início da personalidade, sendo previsto legalmente apenas o termo inicial desta.

Importante destacar, contudo, que como será adiante analisado, ainda que o artigo 2º do CC de 2002 disponha sobre o início da personalidade como sendo o nascimento com vida, a questão não é pacífica, havendo teorias criadas pela doutrina e por vezes aplicadas pelos tribunais na resolução de casos concretos que se afastam deste entendimento.

Em relação ao início da vida, cumpre destacar que apesar de não ser uma discussão irrelevante para o Direito, não há um marco inicial previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Na verdade, o tema (início da vida) contextualiza-se mais na seara médica havendo, inclusive, teorias a respeito. Também quanto a essa questão, o consenso está longe de ser alcançado.

Acerca do início da vida, André Ramos Tavares assevera que, em regra, trata-se de uma questão biológica, havendo várias teorias dedicadas a definir este momento. Dentre elas pode-se citar como as mais notáveis: a teoria da concepção, teoria da nidacão, da implementação do sistema nervoso e a teoria dos sinais eletroencefálicos⁶².

De acordo com a **teoria da concepção**, adotada pela Igreja Católica, há vida humana desde o momento da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo

⁵⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 83.

⁶⁰ Art. 2º do CC de 2002 – A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

⁶¹ Art. 4º do CC de 1916 – A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

⁶² TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570.

espermatozoide, resultando no ovo ou zigoto. É “[...] a diretriz atual encampada pela sistemática do Direito brasileiro⁶³”.

Há que se registrar ainda que, de acordo com o artigo 4, n° 1 do Pacto de São José da Costa Rica⁶⁴, incorporado no cenário constitucional por força do §3° do artigo 5° da CRFB⁶⁵, “Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção⁶⁶”.

A segunda teoria, da **nidação**, para determinar o início da vida exige mais do que a simples fecundação, mas a fixação do óvulo fecundado no útero. Dentre os doutrinadores jurídicos que defendem esta teoria está Alexandre de Moraes, ao dispor que “[...] a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez⁶⁷”.

Quanto a **teoria da implementação do sistema nervoso**, considera que a vida tem início no momento em que “[...] surjam rudimentos do que será o sistema nervoso central⁶⁸”, de modo que a individualidade genética (que se dá com a fecundação) não basta, sendo necessário que o feto apresente “[...] alguma característica exclusivamente humana. O sistema nervoso central começa a formar entre o décimo quinto e o quadragésimo dia do desenvolvimento embrionário⁶⁹”.

Para os defensores da **teoria dos sinais eletroencefálicos**, por sua vez, meros rudimentos do sistema nervoso central ainda não são suficientes para marcar o início da vida, sendo necessário que se verifique no feto a atividade cerebral, ou seja, atividade elétrica no cérebro, o que inicia-se após oito semanas do desenvolvimento embrionário⁷⁰.

Há que se registrar ainda a existência de uma corrente, hoje praticamente em desuso, que defende que com o nascimento, momento da exteriorização do ser humano, é que se poderia avaliar a incidência do direito à vida⁷¹.

⁶³ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570.

⁶⁴ BRASIL. Decreto Executivo n° 678, de 06 de novembro de 1.992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 nov. 1.992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 01 set. 2014.

⁶⁵ Art. 5°, § 3° da CRFB - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁶⁶ TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 570.

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 36.

⁶⁸ TAVARES, André Ramos, *op. cit.*, p. 571.

⁶⁹ TAVARES, André Ramos, *loc. cit.*

⁷⁰ TAVARES, André Ramos, *loc. cit.*

⁷¹ TAVARES, André Ramos, *loc. cit.*

Pois bem. Questão que merece ser delineada, neste contexto, é acerca da diferenciação entre personalidade jurídica e capacidade, em seu duplo sentido, ou seja, de fato e de direito.

Para Pontes de Miranda: “Capacidade de direito e personalidade são o mesmo⁷²”. Adquirida a personalidade, a pessoa passa a ser capaz de direitos e obrigações, portanto, adquire capacidade de direito ou de gozo. A personalidade não se confunde, contudo, com a capacidade de fato, ou “capacidade negocial”, conforme o citado autor⁷³.

Seguindo essa ordem de ideias: “Nem toda pessoa possui aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos, praticando atos jurídicos, em razão de limitações orgânicas ou psicológicas. Se puderem atuar pessoalmente, possuem, também, capacidade de fato ou psicológica⁷⁴”.

Destarte, a capacidade de direito pode conviver sem a capacidade de fato, já que adquirir o direito não é o mesmo que poder exercê-lo por si só, sendo tal impossibilidade de exercício chamada tecnicamente de incapacidade, a qual pode ser absoluta ou relativa, de acordo com as normas civilistas.

De acordo com Heloísa Helena Barboza⁷⁵, o artigo 4º do CC de 1916, com semelhante redação prevista no artigo 2º do CC de 2002, trouxe elementos necessários para que se possa distinguir personalidade jurídica de capacidade de direito, concluindo a autora que:

[...] personalidade, em sentido jurídico é, portanto, a aptidão reconhecida pela lei para tornar-se sujeito de direitos e deveres; como pressuposto da concreta titularidade das relações, a personalidade corresponde à capacidade jurídica. **Para uma sutil distinção entre os dois conceitos, a personalidade (como sinônimo de subjetividade) é a abstrata idoneidade de tornar-se titular de relações: é a titularidade potencial de uma série indeterminada de relações. A capacidade jurídica é a medida de tal idoneidade que define os contornos da personalidade.** (Grifou-se).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz⁷⁶ assevera que a capacidade pode ser entendida como a “medida jurídica da personalidade”.

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo I. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1977. p. 155.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, *loc. cit.*

⁷⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.88.

⁷⁵ *Apud* MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2012. p.77-78.

⁷⁶ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, vol. I: teoria geral do direito civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 119.

Nota-se, contudo, que a autora também compartilha da doutrina que distingue capacidade de gozo ou direito da capacidade de fato ou exercício, dispondo que: “A capacidade de direito não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena se negar sua qualidade de pessoa, despidendo-a dos atributos da personalidade”, mas reconhece que “[...] tal capacidade pode sofrer restrições legais quanto ao exercício pela intercorrência de um fator genérico como o tempo (maioridade ou menoridade), de uma insuficiência somática (deficiência mental)”. Para os que apresentam algumas dessas restrições legais, o Direito os denomina de “incapazes”, concluindo a citada autora que “[...] a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil [...] e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial⁷⁷”.

Dessa forma, sendo uma pessoa considerada incapaz pelo ordenamento jurídico, em que pese possua personalidade jurídica, não pode exercer por si mesma seus direitos, necessitando ser representada (nos casos de incapacidade absoluta) ou assistida (nos casos de incapacidade relativa) por pessoa capaz.

Da mesma forma, para Orlando Gomes⁷⁸ é na capacidade de ser titular de direitos e obrigações que se mede a personalidade, “[...] influenciando na *capacidade de agir*, não só o estado do agente, mas também certas *qualidades* jurídicas, como, por exemplo, a de empregado (qualificação profissional)” (destaque no original).

Carlos Roberto Gonçalves⁷⁹, acerca da relação entre personalidade e capacidade, defende que: “Afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos”. Dessa forma, quando se diz que “a capacidade é a medida da personalidade, pois para uns ela é plena e, para outros, limitada”, está referindo-se a capacidade de fato ou de exercício, pois o que “[...] todos têm ao nascer com vida, é a capacidade de *direito* ou de *gozo*, também denominada de capacidade de *aquisição* de direitos” (destaque no original). E, arrematando sua doutrina, conclui o autor⁸⁰ que:

Personalidade e capacidade se completam: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica, que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele. Com este sentido genérico não há restrições à capacidade, porquanto todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. A privação total da capacidade implicaria a frustração da personalidade: se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o

⁷⁷ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**, vol. I: teoria geral do direito civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 153.

⁷⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.107.

⁷⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 95.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 96.

seu aniquilamento no mundo jurídico. **Só não há capacidade de aquisição de direitos onde falta personalidade [...]**
Nem todas as pessoas têm, contudo, a capacidade de fato, também denominada capacidade de exercício ou de ação, que é aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil. (Grifou-se).

O que se deve esclarecer, por derradeiro, é que a personalidade é conferida a toda pessoa e toda pessoa é capaz de ter direitos e obrigações na ordem civil, como o próprio artigo 1º do CC de 2002⁸¹ dispõe.

1.5 Classificação

São diversas as classificações criadas pela doutrina acerca dos direitos da personalidade. Há, contudo, uma corrente que defende a inexistência de direitos da personalidade, sustentando haver um único e geral direito com essa denominação, “[...] entendendo que a pessoa humana é um valor unitário e indivisível⁸²”. Trata-se da chamada “teoria monista”, que tem como expoentes autores como Giampiccolo, Ferri, Nuzzo, Dogliotti, entre outros⁸³.

Para a **teoria monista**, não é possível individualizar os direitos da personalidade, pois segundo a tese não seria plausível que a pessoa recebesse proteção limitada, apenas quanto a alguns aspectos previstos no ordenamento jurídico. Desta forma, o ser humano, ou melhor, o seu corpo, seria ao mesmo tempo sujeito de direito e o objeto deste⁸⁴.

Contudo, apesar de ser uma elaborada construção teórica, a doutrina aponta algumas inconsistências, as quais se passam a analisar.

Primeiramente, segundo Adriano de Cupis⁸⁵, a teoria monista encontra sustentáculo nas ideias de Canelutti, para quem as posições que o homem ocupa em relação ao seu próprio corpo, que é objeto de seu direito, não podem ser considerados bens, mas sim interesses. Assim “[...] os direitos à imagem, à privacidade, à honra seriam poder de gozo, amplamente entendido, do próprio corpo⁸⁶”.

Contudo, ainda que se tome o indivíduo objetivamente, o que se admite para fins de argumentação, ele não se esgota no elemento corpóreo, abrangendo também um

⁸¹ Art. 1º do CC de 2002 - Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.

⁸² BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 40.

⁸³ BELTRÃO, Silvio Romero, *loc. cit.*

⁸⁴ *Apud* BELTRÃO, Silvio Romero, *loc. cit.*

⁸⁵ *Ibid.*, p. 41.

⁸⁶ BELTRÃO, Silvio Romero, *loc. cit.*

elemento espiritual relacionado ao primeiro, mas com ele inconfundível. Implica dizer que: “Caso fosse admitida a teoria do *direito do homem sobre si mesmo*, não poderia ser reduzida ao direito sobre o próprio corpo, uma vez que *si mesmo*, em verdade, é mais que o próprio corpo⁸⁷” (destaque no original).

Não é possível, portanto, reduzir ao corpo do homem todos os valores e utilidades inerentes ao ser humano.

O segundo ponto da teoria monista questionado pela doutrina é o fato de considerar o homem como objeto de direito, ao mesmo tempo em que sujeito deste. De fato, o objeto dos direitos da personalidade, diferentemente dos demais bens, não é exterior ao sujeito. Tal afirmação, contudo, não permite concluir que a pessoa e os bens da personalidade sejam idênticos e, assim, que o homem é o próprio objeto de direito. Isso porque, “[...] *o modo de ser da pessoa* não é a mesma coisa da *pessoa* em si, como sujeito de direito; do contrário, entenderíamos que a pessoa seria ao mesmo tempo sujeito e objeto de si própria, representando um *ius in se ipsum*⁸⁸⁸⁹” (destaque no original).

A vida, a honra, a integridade física, por exemplo, não são exteriores ao ser humano, mas são meras partes, qualidades, atributos pertencentes a ele e que podem ser objetos de consideração separada, como diferentes manifestações da personalidade.

Por outro lado, de acordo com a **teoria pluralista**, os direitos da personalidade são vários, pois, embora a pessoa seja una, suas necessidades são diversas e a essas correspondem direitos. “Daí os diferentes direitos da personalidade, considerados bens jurídicos, de natureza incorpórea⁹⁰”.

Apesar da dificuldade em compreender a pessoa e suas qualidades essenciais como entidades distintas, o fato é que o ordenamento jurídico brasileiro aceita a existência de vários direitos da personalidade, trazendo uma parcial disciplina legislativa, seja quanto aos elementos que constituem a estrutura dessa categoria de direitos, seja em relação à enumeração de alguns desses atributos⁹¹.

Destarte, pode-se dizer que “[...] os direitos da personalidade são mais numerosos do que aqueles que o legislador do direito privado preocupou-se em disciplinar,

⁸⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 42.

⁸⁸ BELTRÃO, Silvio Romero, *loc. cit.*

⁸⁹ Direito sobre a própria pessoa. (Tradução nossa).

⁹⁰ FIÚZA, César. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, vol. 3, nº 75, abr.2010. Disponível em:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7. Acesso em 30 jun.2014.

⁹¹ BELTRÃO, Silvio Romero, *op. cit.*, p. 39.

sendo a indeterminação de sua extensão uma das causas que contribuíram para desacreditar a categoria por muitos estudiosos⁹²”.

O Capítulo II do CC de 2002, intitulado “Dos Direitos da Personalidade”, prevê entre os artigos 11 e 21 alguns direitos, como a vida, integridade física, nome, honra, imagem, intimidade e privacidade. Contudo, tais direitos não esgotam a categoria. Tomando como premissa que os direitos da personalidade visam, em última análise, a proteção da dignidade humana, o que faz com que determinados direitos incluam-se na categoria de “direitos da personalidade” é fato de que se fundamentam, justamente, no respeito e proteção da dignidade. Nesse sentido,

[...] os direitos da personalidade distinguem-se dos direitos pessoais, pois a base dos direitos da personalidade é a sua fundamentação no respeito e na proteção da dignidade da pessoa humana, enquanto que os direitos pessoais são desprovidos deste elemento, e acabam por significar um direito não patrimonial, em relação aos direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro, com um campo muito mais vasto de incidência do que os direitos da personalidade⁹³.

Sob o âmago da dignidade humana, novos aspectos podem ser tidos como essenciais à condição humana, novas qualidades da personalidade podem ser socialmente reveladas, além daquelas encampadas pelo Direito positivo, fazendo jus à proteção jurídica e recebendo o título de direitos da personalidade.

Diante dessa conclusão, de que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de trazer alguns direitos da personalidade estampados no texto legal não se restringiu a eles, alguns doutrinadores entendem que o Direito brasileiro adotou a teoria monista, já que optou por não especificar os direitos da personalidade de modo taxativo. Nesse sentido, para Eroulths Cortiano Junior, citado por César Fiúza⁹⁴, a ordem jurídica brasileira considera a unidade da pessoa, sendo a ela inerente um direito geral da personalidade do qual se extraem infinitos desdobramentos.

O fato é que, como exposto, as críticas levantadas contra a teoria monista não permitem que seja aceita em sua integralidade. Contudo, partindo-se da premissa que a teoria pluralista implica na tipificação de direitos, também não é possível que seja aplicada em sua pureza, uma vez que se reconhece que os direitos de personalidade não são estáticos, não podendo ser enfeixados em dispositivos legais sem possibilidade de extensão.

⁹² BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 39.

⁹³ *Ibidem.*, p. 50.

⁹⁴ FIÚZA, César. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, vol. 3, nº 75, abr.2010. Disponível em:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7. Acesso em 30 jun.2014.

Pois bem. Em que pesem as considerações tecidas acerca das teorias monista e pluralista, não é demasiado registrar, apenas para fins didáticos, algumas classificações doutrinárias acerca dos direitos da personalidade.

Rubens Limongi França⁹⁵ propõe uma classificação de modo a agrupar os direitos da personalidade de acordo com aspectos que a cada um concerne, os quais seriam, fundamentalmente: a) físico (integridade física), b) intelectual (integridade intelectual) e c) moral (integridade moral). O rol de direitos da personalidade pertencentes ao grupo de direito à **integridade física** seria composto, dentre outros, dos direitos: à vida e aos alimentos; sobre o próprio corpo, vivo e morto; sobre o corpo alheio, vivo e morto; sobre as partes separadas do corpo, vivo e morto. Sob a classificação de direito à **integridade intelectual**, estariam os direitos: à liberdade de pensamento; direito pessoal de autor científico e de autor artístico e direito pessoal de inventor; e no grupo do direito à **integridade moral**, estariam: direito à liberdade civil, política e religiosa; direito à honra; à honorificiência; ao recato; ao segredo pessoal, doméstico e profissional; direito à imagem e à identidade pessoal, familiar e social.

Ressalte-se que ao classificar um direito em determinado grupo, não se está em busca de perpetuidade ou imobilidade. Tais direitos não são estanques, participando, por vezes, de mais de um grupo, como a imagem, por exemplo, que para Rubens Limongi França⁹⁶ seria tanto de natureza moral como física.

Portanto, quando se trata de classificação dos direitos da personalidade, aloca-se o direito naquela que corresponde a sua natureza dominante.

Rubens Limongi França ainda destaca a existência de outras classificações que tomam como critérios, por exemplo: a **extensão** (direitos da personalidade em sentido estrito – é o direito geral e único da pessoa sobre si mesma - ou em sentido lato - quando respeite os seus diversos aspectos, projeções e prolongamentos); a **esfera do direito** (haveriam direitos de personalidade públicos - seriam a generalidade daqueles definidos nas declarações constitucionais dos direitos do cidadão - , sociais - a educação, ao trabalho, lazer, sossego - e privados - todos os que dizem respeito aos aspectos privados da personalidade, ainda que sob outras perspectivas possam ser considerado também como públicos ou sociais) e **critério do estado** (entendendo “estado” como o modo particular de ser das pessoas, para esta classificação interessa especificadamente dois dos seus aspectos fundamentais: da faixa

⁹⁵ FRANÇA, Rubens Limongi. Coordenadas Fundamentais dos Direitos da Personalidade. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano II, n° 2, p.45-59, jan. 1983. p. 51-52.

⁹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi, *loc. cit.*

vital - nascituro, menor, velho, moribundo, defunto - e o da validez - personalidade plena, menor, velho, deficiente, doente, viciado, sentenciado, egresso)⁹⁷.

Por sua vez, Carlos Alberto Bittar⁹⁸ propõe uma classificação dos direitos de personalidade distribuindo-os em: **a) direitos físicos** – tomando a pessoa como um ser individual, o autor destacou os aspectos físicos ou naturais em sua composição corpórea, os quais seriam elementos extrínsecos da personalidade. Entre os direitos físicos estariam o direito à vida; à integridade física; ao corpo e às partes do corpo; ao cadáver à imagem (efígie) e à voz (emanação natural); **b) direitos psíquicos** – analisando o ser humano em sua interioridade, o autor destacou os atributos da inteligência ou do sentimento, os elementos intrínsecos ou íntimos da personalidade, que compõem o psiquismo humano. Entre os direitos psíquicos, destacou o direito à liberdade (e pensamento, expressão, culto e outros); integridade psíquica e ao segredo (ou sigilo, inclusive profissional) e **c) direitos morais** – considerando a pessoa em uma dimensão social, o autor distribuiu direitos da personalidade nesta categoria, a qual corresponde à qualidade da pessoa em razão de sua valoração na sociedade, ou seja, compõe-se de atributos da pessoa decorrentes de sua conceituação pela coletividade. Entre os direitos morais estão elencados os direitos à identidade (nome e outros sinais individualizadores); honra (seja ela objetiva, compreendendo a reputação ou consideração social ou subjetiva, que inclui o sentimento pessoal do valor social); o respeito (sentimento das próprias qualidades morais) e as criações intelectuais.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho⁹⁹ trazem uma classificação com base na tricotomia corpo, mente e espírito. Dessa forma, classificam os direitos de personalidade de acordo com a proteção: a) **à vida e integridade física**, compreendendo o direito ao corpo vivo; ao cadáver e à voz, entre outros; b) **à integridade psíquica e criações intelectuais**, entre os quais se incluiriam os direitos à liberdade; privacidade; segredo, entre outros e c) **à integridade moral**, onde estariam o direito à honra; imagem e identidade pessoal.

Por fim, não é demasiado salientar que as classificações registradas, bem como as inúmeras encontradas na doutrina não devem ser consideradas taxativas, mas apenas enunciativas dos principais direitos personalíssimos. Há que se atentar para o fato de que a tentativa de enumerar os direitos da personalidade é inócua, na medida em que a constante

⁹⁷ FRANÇA, Rubens Limongi. Coordenadas Fundamentais dos Direitos da Personalidade. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano II, n° 2, p.45-59, jan. 1983. p. 52.

⁹⁸ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 64-65.

⁹⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193.

evolução social e tecnológica torna necessária a evolução da proteção de valores fundamentais à pessoa, valores estes evidenciados concomitantemente ao avanço social e tecnológico.

Além disso, e como já enfatizado, ao se classificar direitos busca-se alocá-los a uma classificação correspondente a sua natureza dominante, mas sem o intuito de imobilizá-los ou impossibilitar que participem, por vezes, de mais de um grupo.

1.6 Características

Diante das considerações tecidas, é possível afirmar que os direitos da personalidade compõem uma categoria à parte de direitos, não se confundindo com direitos reais, pessoais e nem mesmo consistindo em sinônimo de direitos fundamentais, humanos ou do homem. É no reconhecimento dessa singularidade que se torna possível identificar certas características comuns a todos os direitos da personalidade.

Orlando Gomes¹⁰⁰ identifica-as como sendo: o caráter absoluto, a extrapatrimonialidade, intransmissibilidade, irrenunciabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade, vitaliciedade e necessidade.

São absolutos porque oponíveis *erga omnes*, implicando em um dever geral de respeito e abstenção.

Extrapatrimoniais porque, ainda que alguns desses direitos possam ser objetos de negócios jurídicos patrimoniais e que sua violação possa dar nascimento a obrigação de indenizar, “[...] os bens jurídicos nos quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária¹⁰¹”.

A inalienabilidade implica na vedação de seu titular transmiti-lo a outrem, privando-se de seu gozo. “Não se transmitem sequer *mortis causa*, embora gozem de proteção depois da morte do titular, sendo legitimados a requerê-la o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente próximo, e não os herdeiros chamados à sucessão¹⁰²”.

O não uso ou a inércia de sua defesa também não extinguem os direitos da personalidade, posto que imprescritíveis, também não sendo possível penhorá-los¹⁰³. Tal regime decorre da necessidade desses direitos, que não podem faltar e, conseqüentemente,

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 116.

¹⁰¹ GOMES, Orlando, *loc. cit.*

¹⁰² GOMES, Orlando, *loc. cit.*

¹⁰³ GOMES, Orlando, *loc. cit.*

jamais se perdem enquanto vivo o titular e em algumas espécies sobrevive a este a proteção legal.

Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf¹⁰⁴ acrescenta ainda outras características, não sendo descomedida sua exposição. Para a autora, os direitos da personalidade são inatos, sendo adquiridos no momento da concepção. São também ilimitados, uma vez que em face das novas conquistas biotecnológicas, impossível enumerá-los ou tipificá-los por completo.

1.7 Direitos da Personalidade do Nascituro

Nascituro, do latim *nasciturus*, significa aquele que deverá nascer, já concebido no ventre materno (*in anima nobile*), conceito este com raízes no Direito Romano¹⁰⁵. Seguindo esse conceito, estaria lançada dúvida acerca da natureza jurídica e, mais ainda, da proteção jurídica do embrião ainda não implantado, enquanto estiver *in vitro* ou criopreservado, como ocorre nos procedimentos referentes à reprodução artificial. “O embrião pré-implantatário é uma pessoa ‘*in fieri*’, pois já dotado de carga genética própria, plenamente diferenciada quanto à do doador do sêmen e do óvulo. Cumpre observar que o direito constituindo poderá considerar como nascituro o embrião pré-implantatário¹⁰⁶”. Sobre essa questão, trataremos mais adiante.

Há quem sustente que, diante do CC de 2002, que em seu artigo 2º considera pessoa aquela que nasce com vida, não seria possível falar em direitos do nascituro, propriamente dito, pois estes somente seriam reconhecidos se houvesse o nascimento com vida, negando, por consequência, a personalidade ao nascituro¹⁰⁷. Contudo, interpretando o mesmo dispositivo legal do diploma civilista, surgem orientações no sentido de que o início da personalidade é a concepção. Levantam como argumento, também, o disposto no artigo 1.798 do CC de 2002¹⁰⁸ que legitima a suceder a **pessoa** já concebida no momento da abertura da sucessão.

¹⁰⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 51.

¹⁰⁵ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, Londrina, vol. 7-8, nº 1, p. 87-104, 2004. p. 90

¹⁰⁶ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e, *loc. cit.*

¹⁰⁷ BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 72.

¹⁰⁸ Art. 1.798 do CC de 2002 - Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Diante disso, é possível identificar na doutrina – e também na jurisprudência – teorias acerca do início da personalidade.

1.7.1 Principais Teorias Sobre o Início da Personalidade

Como disposto no tópico 1.4, de acordo com o artigo 2º do Código Civil de 2002 afere-se que há uma distinção legal entre o início da vida e o início da personalidade, sendo previsto legalmente apenas o termo inicial desta.

A questão do início da personalidade é de grande relevância para o Direito, na medida em que, “[...] com a personalidade, o homem se torna sujeito de direitos¹⁰⁹”.

Contudo, mesmo diante da previsão contida no citado artigo, a questão sobre o marco inicial da personalidade jurídica não é pacífica, havendo teorias criadas pela doutrina e, inclusive, aplicadas pelos tribunais na resolução de casos concretos levados ao Poder Judiciário. Dentre essas, três são as correntes fundamentais, quais sejam: a natalista, a personalidade condicional e a concepcionista, as quais passa-se a analisar.

1.7.1.1 Teoria natalista

De acordo com a teoria natalista, o indivíduo adquire a personalidade a partir de seu nascimento com vida, ainda que certa proteção ao nascituro já seja garantida desde a concepção. Conforme Elimar Szaniawski, esta proposição “[...] tem origem na opinião dos civilistas que cultuam a tradição romana, pois o direito romano considerava o embrião como parte das vísceras da mulher, não vislumbrando o feto como um ser vivo, independente, um ser humano que está em desenvolvimento¹¹⁰”.

É de se ressaltar, contudo, que a doutrina vem se amparando nas fontes romanas para tratar da questão da personalidade do nascituro tanto como argumento para defender a personalidade, como para negá-la, neste momento biológico.

Salvat, jurisconsulto romanista citado por Norberto Dario Rinaldi¹¹¹, disse em seu “Tratado de Derecho Civil”, que:

¹⁰⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. I: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 136.

¹¹⁰ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

¹¹¹ RINALDI, Norberto Dario. *El Derecho Romano Acepta El Comienzo De La Existencia De Las Personas Desde La Concepción En El Seno Materno*. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, vol.7, nº 13, p.122-132, jul./dez. 1992. p. 123-124.

En el derecho romano la existencia de las personas principiaba con el nacimiento; antes de nacer, el ser humano no era considerado como una persona, sino simplemente como una entraña de la madre (pars viscerum matris); pero por una ficción, el hijo concebido era considerado como se ya hubiera nacido, siempre que se tratara de hacerle adquirir un derecho¹¹².

Os defensores de que para o Direito Romano o nascituro não era dotado de personalidade invocam ainda como argumento um fragmento de Ulpiano (Digesto. 25.4.1), citado por Norberto Dario Rinaldi¹¹³, quando disse:

Resulta muy claramente de esto rescripto que no tenían lugar los senadoconsultos sobre o reconocimiento de hijos al disimular o negar la mujer su embarazo, y no sin razón, pues el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus visceras. Claro que, una vez que hay nacido de su madre, puede ya el marido pedir de proprio derecho mediante un interdicto, que le sea exhibido el hijo o que se le permita llevarselo¹¹⁴.

Contudo, Norberto Dario Rinaldi explica que o caso do qual emanou o trecho acima citado não se referia à situação jurídica do nascituro, mas de uma provável disputa entre seus pais, acerca de sua guarda. Dessa forma, quando Ulpiano disse que, “*el hijo, antes del parto, es una porción de la mujer o de sus visceras¹¹⁵*”, não estava negando sua identidade biológica, mas apenas constatando que não é possível, fisicamente, separá-lo da mãe neste momento, o que é fato.

De outro vértice, para Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida¹¹⁶, é errôneo se afirmar que no Direito Romano o nascituro não era considerado pessoa, “[...] o que foi muito bem afastado pelo professor Titular de Direito Romano, Pierangelo Catalano, da Universidade de Roma (La Sapienza) em pesquisa específica a respeito da condição jurídica do nascituro, no Direito Romano, em suas várias fases [...]”.

Sem embargo, encontra-se também em textos de jurisconsultos romanos o reconhecimento da personalidade ao nascituro. Velez Sarsfield, em sua obra, disse que:

¹¹² No direito romano a existência da pessoa começava com o nascimento; antes de nascer, o ser humano não era considerado uma pessoa, mas mera entranha da mãe. Contudo, por uma ficção, o filho concebido era considerado como se já tivesse nascido quando se tratasse da aquisição de direitos. (Tradução nossa).

¹¹³ RINALDI, Norberto Dario. *El Derecho Romano Acepta El Comienzo De La Existencia De Las Personas Desde La Concepción En El Seno Materno*. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, vol.7, nº 13, p.122-132, jul./dez. 1992. p. 127.

¹¹⁴ Afere-se de modo muito claro deste escrito que não tratavam os senadoconsultos do reconhecimento do filho ao negar a gravidez da mulher, e não sem razão, pois o filho, antes do parto, é uma porção da mulher ou de suas vísceras. Claro que, após o nascimento, é direito próprio do marido pedir, mediante um interdito, que lhe seja apresentado o filho ou que se lhe permita levá-lo.(Tradução nossa).

¹¹⁵ Antes do parto, o filho é uma porção da mulher ou de suas vísceras. (Tradução nossa).

¹¹⁶ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, Londrina, vol. 7-8, nº 1, p. 87-104, 2004. p. 92.

“Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas [...] (art. 70 del Código Civil)¹¹⁷¹¹⁸”.

Da mesma forma, Gayo, nas Institutas (189), sustentou que “[...] *el estado de los hijos concebidos legítimamente se determina en el tiempo de la concepción*¹¹⁹¹²⁰”.

Para Pierangelo Caralano, citado por Mário Emílio Bigotte Chorão¹²¹, deve-se a pandectística germânica, ao Código Civil alemão (Begriffsjurisprudenz) e notadamente a Savigny a construção abstrata do conceito de personalidade e da invocação da “*fictio conceptus pro iam nato habetur quotiens de eius commodis agitur*¹²²”. Distanciava-se, assim, a personalidade jurídica da personalidade natural, sendo o fundamento realista substituído pelo idealista, de caráter formal e lógico-positivo.

O fato é que **não é possível sustentar, sem ressalvas, que a teoria natalista predominava no Direito Romano.**

Afastando-se da questão relativa ao início da personalidade no Direito Romano, há que se pontuar ainda que, para a doutrina tradicional, o Direito Civilista brasileiro teria cooptado da teoria natalista. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa assevera que: “Em nosso Código [...] predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade¹²³”.

Tal entendimento encontra respaldo no artigo 4º do Código Civil de 1916 que dispunha: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”. Da mesma forma, o Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, dispõe que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Atente-se para o fato de que, dispondo o texto da Lei acerca do “nascimento com vida” tem-se que este se verifica por meio da respiração¹²⁴. “Se comprovarmos que a criança respirou, então houve nascimento com vida¹²⁵”.

¹¹⁷ RINALDI, Norberto Dario. *El Derecho Romano Acepta El Comienzo De La Existencia De Las Personas Desde La Concepción En El Seno Materno*. In: **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, vol.7, nº 13, p.122-132, jul./dez. 1992. p. 123.

¹¹⁸ Desde a concepção no seio materno já se tem início a existência da pessoa. (Tradução nossa).

¹¹⁹ RINALDI, Norberto Dario, *op. cit.*, p.128.

¹²⁰ O estado dos filhos concebidos legitimamente se determina no momento da concepção. (Tradução nossa).

¹²¹ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. *Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do nascituro*. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, nº 17, p. 261-296, 1999. p. 289.

¹²² A ficção de que tem-se por já nascido o concebido sempre que se trate do seu interesse. (Tradução do autor).

¹²³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. I: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 136.

¹²⁴ Não havendo certeza de que a criança nasceu com vida, a respiração é evidenciada pela docimasia hidrostática de Galeno. Trata-se de uma prova ou exame a que são submetidos os órgãos do cadáver da criança, notadamente dos pulmões, para verificar se estão cheios de ar. “Assim, imersos em água, eles sobrenadam, o que não sucede com os pulmões que não respiram”. (MONTEIRO, Washington de Barros;

A teoria em análise ampara-se na premissa de que o ser humano só adquire a personalidade com o nascimento e desde que com vida, não a possuindo, portanto, o nascituro. Nesse sentido, revelando sufrágio a esta teoria, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹²⁶ afirmam que:

A personalidade jurídica da pessoa natural surge com seu nascimento. Todavia, na expectativa de que alguém possa nascer, o ordenamento resguarda certos tipos de direito ao nascituro a fim de que, nascendo, possa gozá-los de modo pleno. Esses direitos, como aponta o art. 2º do CC, estão preservados a partir da concepção do nascituro, quedando, por assim dizer, em estado latente, no aguardo da formação da personalidade jurídica de seu titular, o que ocorrerá com o nascimento com vida da pessoa. Nota-se que, a rigor, **o nascituro não tem personalidade jurídica, razão pela qual não pode ser titular de nenhum direito (ainda que condicional, eventual ou limitado).** Não possui ele, portanto, direitos, mas **apenas interesses (ou meras expectativas de direito), que se converterão em direitos subjetivos se ele vier a nascer com vida.** (Grifou-se).

Encontra-se em decisões dos tribunais brasileiros a aplicação da teoria em comento. A título exemplificativo, cita-se:

REGISTRO PÚBLICO. NASCIMENTO DE CRIANÇA MORTA. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REGISTRO NO LIVRO "C AUXILIAR" (ARTS. 33, V E 53, § 1º, DA LEI N. 6.015/73).

A lei determina que ao nascituro que nasce sem vida, ou seja, que não respirou, não se faz certidão de nascimento e, posteriormente, a de óbito, mas apenas o registro no livro próprio. **Embora a lei ponha a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é com nascimento com vida que o indivíduo adquire personalidade civil (art. 2º do Código Civil), alcançando direitos personalíssimos como patrimonial e ao nome.** RECURSO IMPROVIDO, POR MAIORIA¹²⁷. (Grifou-se).

O próprio Supremo Tribunal Federal (STF), a suprema corte jurisdicional do Brasil, não tem uma posição consolidada sobre início da personalidade jurídica, embora tenha prevalecido a teoria em comento. Corroborando tal afirmação, cita-se o julgamento do Recurso Extraordinário número (nº) 99.038, realizado em 1993, de relatoria do Ministro Francisco Rezek.

PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**, vol. 1: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67).

¹²⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. I: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 136.

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 315.

¹²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito de Família. Impossibilidade de registro civil de nascituro sem vida. Acento de óbito. **Apelação Cível nº 70020535118**, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 25 out. 2007, Publicado no Diário da Justiça em 01 nov. 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70020535118&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%28>. Acesso em: 18 ago. 2014.

CIVIL. NASCITURO. PROTEÇÃO DE SEU DIREITO, NA VERDADE PROTEÇÃO DE EXPECTATIVA, QUE SE TORNARA DIREITO, SE ELE NASCER VIVO. VENDA FEITA PELOS PAIS A IRMA DO NASCITURO. AS HIPÓTESES PREVISTAS NO CÓDIGO CIVIL, RELATIVAS A DIREITOS DO NASCITURO, SÃO EXAUSTIVAS, NÃO OS EQUIPARANDO EM TUDO AO JA NASCIDO¹²⁸.(Grifou-se).

Mas, talvez o mais notável julgamento realizado pelo STF aplicando a teoria natalista tenha sido a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 3.510, onde se discutia a constitucionalidade da autorização legal para manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, prevista no artigo 5° da Lei n° 11.105/2005¹²⁹, a Lei de Biossegurança. Por seis votos a cinco prevaleceu o entendimento do Relator, o Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido da constitucionalidade do artigo da citada Lei. Cumpre destacar trechos da ementa do julgado que confirma a afirmação de sua adesão à teoria natalista:

[...]

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. **Não faz de todo e qualquer estágio (sic) da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma**

¹²⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito Civil. Venda de imóvel de ascendente à descendente e direito do nascituro. **Recurso Extraordinário n° 99038**, Segunda Turma, Recorrente: Margarida Ilza de Lima e outro, Recorrido: Geraldo Magela de Lima, Relator(a): Ministro Francisco Rezek, Julgado em 18 out.1983, Publicado no Diário da Justiça em 05 out. 1984. PP-16452 EMENT VOL-01352-02 PP-00256. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899038%2E+OU+99038%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kk9xt5n>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹²⁹ Art. 5° da Lei n° 11.105/2005 - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei no. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. [...] O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. [...]. (Grifou-se)¹³⁰.

Por não ser a teoria que melhor protege os interesses do nascituro (bem como do embrião fecundado *in vitro*) e notadamente por não explicar como este, em que pese tenha direitos (e não meras expectativas) desde a concepção, não possua personalidade, a teoria natalista não é unanimemente aceita no Direito brasileiro para explicar o início da personalidade, “[...] uma vez que parte considerável da doutrina brasileira considera o nascituro portador de personalidade e sujeito de direitos¹³¹”. Como se verá, a jurisprudência também não é uniforme.

1.7.1.2 Teoria da personalidade condicional

Esta corrente reconhece a personalidade, desde a concepção, porém, sob a condição do nascimento com vida. Dessa forma, “[...] sustenta que o nascituro é pessoa condicional, pois a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida [...]”¹³².

Para Carlos Roberto Gonçalves, não se trata de uma terceira teoria acerca do início da personalidade jurídica, ao lado da teoria concepcionista e natalista, mas um desdobramento desta, uma vez que “[...] parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida¹³³”.

O fato é que a teoria da personalidade condicional não se confunde com as demais, de modo que grande parte da doutrina a vê como um teoria autônoma.

¹³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Impugnação em bloco do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, a Lei de Biossegurança. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**, Tribunal Pleno, Requerente: Procurador Geral da República, Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgado em 29 maio.2008, Publicado no Diário de Justiça 27 maio. 2010. EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2EENUME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pdr2rft>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹³¹ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

¹³² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 103.

¹³³ GONÇALVES, Carlos Roberto, *loc. cit.*

No Direito brasileiro, é defendida por autores como Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto¹³⁴, como se pode aferir:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, **há para o feto uma expectativa de vida humana**, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo, e por isso lhe salvaguarda os **eventuais direitos**.

Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, **o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.** A essa situação toda especial, chama Planiol antecipação da personalidade. (Grifou-se).

No mesmo sentido, preleciona Arnaldo Wald¹³⁵: “A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”.

A condição suspensiva que trata a teoria, elemento accidental em um negócio jurídico e prevista no artigo 125 do CC de 2002¹³⁶, implica na necessidade da ocorrência de um evento futuro e incerto para aquisição de um direito que, no caso, é tornar-se o sujeito de direito. Tal condição, como exposto, seria o nascimento com vida. Seguindo essa ordem de ideias, o nascituro seria detentor de direito eventual ou mera expectativa de direitos, podendo apenas praticar atos destinados a conservá-los, nos termos do artigo 130 do CC de 2002¹³⁷, como por exemplo, propor, representado pela mãe, medidas acautelatórias em caso de dilapidação por terceiro de bens que lhe foram deixados em testamento ou doação¹³⁸.

Nota-se, portanto, que tal teoria acaba por negar direitos ao nascituro, reconhecendo-lhe apenas expectativas de direitos ou direitos eventuais.

A falha desse preceito está na impossibilidade de condicionar os direitos de personalidade, notadamente a vida, cuja proteção não pode ser dependente do nascimento¹³⁹.

1.7.1.3 Teoria concepcionista

¹³⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**, vol. I: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.68.

¹³⁵ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro**: introdução e parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 120.

¹³⁶ Art. 125 do CC de 2002 - Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.

¹³⁷ Art. 130 do CC de 2002 - Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo.

¹³⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 104.

¹³⁹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, Londrina, vol. 7-8, n^o. 1, p. 87-104, 2004. p. 92.

Há que se registrar que a ideia da existência de personalidade, desde a concepção, não é novidade no Direito brasileiro.

Para Teixeira de Freitas “[...] todos os entes que apresentarem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidades ou acidentes, **são pessoas** de existência visível¹⁴⁰”. (Grifou-se).

Nota-se que a teoria concepcionista está intimamente relacionada à teoria da concepção, anteriormente analisada, tendente à explicar o início da vida, sendo que o início da personalidade coincidiria com o início com vida.

O ponto nevrálgico da diferença entre esta teoria e a da personalidade condicional está em que, enquanto aquela condiciona a aquisição da personalidade e, portanto, de direitos a ela inerentes ao nascimento com vida, a concepcionista reconhece que muitos direitos do nascituro não dependem do nascimento com vida. Dentre tais direitos estariam “[...] Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos¹⁴¹”.

O CC de 2002 traz alguns dispositivos que permitem no mínimo questionar que a personalidade tenha início apenas com o nascimento com vida, uma vez que, embora para uma corrente a teoria natalista esteja evidenciada no artigo 2º deste diploma legal, para a concepcionista, tal dispositivo permite a outorga ao nascituro de uma série de direitos (e não meras expectativas), desde a concepção. Dentre eles, cita-se: artigo 1.609, parágrafo único¹⁴², que trata do reconhecimento dos filhos mesmo antes do nascimento; artigo 1.779¹⁴³, que dispõe sobre a curatela do nascituro e artigo 1.798¹⁴⁴, que legitima como sucessores as **pessoas** concebidas no momento da abertura da sucessão.

Para Elimar Szaniawski¹⁴⁵:

¹⁴⁰ *Apud* SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 64.

¹⁴¹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, Londrina, vol. 7-8, nº 1, p. 87-104, 2004. p. 93.

¹⁴² Art. 1609 do CC de 2002 - O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: [...]. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

¹⁴³ Art. 1779 do CC de 2002 - Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

¹⁴⁴ Art. 1798 do CC de 2002 - Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

¹⁴⁵ SZANIAWSKI, Elimar, *op. cit.*, p. 65.

O sistema do direito civil brasileiro revela que os codificadores filiaram-se à teoria concepcionista, segundo a qual o concepturo, o embrião e o nascituro, são, desde a fecundação, um ser humano individualizado, distinto da mãe, possuidor de autonomia genético-biológica, tratando-se de um ser humano em desenvolvimento, sendo, por isto, uma pessoa e sujeito de direitos. (Grifou-se).

Visando aclarar qualquer imprecisão terminológica, bem como pela pertinência com a temática central deste estudo, não é demasiado trazer à baila os conceitos de concepturo, nascituro e embrião.

De acordo com Maria Helena Diniz¹⁴⁶, em seu Dicionário Jurídico Universitário, por **concepturo** entende-se:

1.Direito comparado. Aquele que ainda não foi concebido, sendo protegido pela lei portuguesa, que lhe confere capacidade sucessória testamentária ou contratual, desde que seja filho de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão, tendo, nos mesmos termos, capacidade para adquirir por doação.

2. Direito civil. Prole eventual de pessoa designada pelo testador, existente ao abrir-se a sucessão, sendo que a expressão “prole eventual” não compreende, segundo alguns autores, os filhos adotivos nem os netos da pessoa indicada pelo testador. (Destaque no original).

A mesma autora¹⁴⁷ traz ainda a definição de **nascituro**, sendo este:

1.Direito civil. Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo.

2. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. (Destaque no original).

Por fim, tratando-se do **embrião**, Maria Helena Diniz assevera que: “[...] quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide (sic) a entidade assim constituída se transforma em um zigoto; e quando o zigoto se subdivide, torna-se embrião¹⁴⁸”

Pois bem. Feitas essas considerações, retomando o que se dispunha acerca do início da personalidade, novamente, mostra-se pertinente inserir neste contexto o embrião concebido *in vitro* e criopreservado nos bancos de preservação de gametas e embriões pelas clínicas de reprodução artificial. Poderia se considerar o embrião ainda não implantado no útero da mulher um ser dotado de personalidade? Poderia ser considerado uma pessoa?

Há doutrinadores que, visando responder a tais inquietações, referem-se a chamada personalidade natural formal e a personalidade natural material. A personalidade

¹⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 410.

¹⁴⁸ *Id.* **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 505.

formal seria atribuída ao nascituro durante a vida intrauterina e ao embrião concebido *in vitro*, na vida extrauterina, e implicaria no reconhecimento de direitos da personalidade, uma vez que possui carga genética diferenciada, desde a concepção, “[...] seja esta *in vivo* ou *in vitro* ([...] Pacto de São José da Costa Rica, art. 4º, I)¹⁴⁹”.

A personalidade jurídica material, contudo, somente seria atingida com o nascimento com vida e implicaria no alcance a direitos patrimoniais e obrigacionais, os quais, estes sim, se encontravam em estado potencial. Dessa forma, para Maria Helena Diniz¹⁵⁰, representante dessa doutrina: “Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material [...]”. De acordo com a autora¹⁵¹:

Embora a vida se inicie com a fecundação e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos, convém repetir, que, na verdade, **o começo da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher, por isso repudiamos não só qualquer tipo de experimentação terapêutica com embriões, mas também técnicas de fecundação *in vitro* que impliquem a perda de óvulos fecundados, por haver um sacrifício de vidas humanas**, colocadas sob a proteção da norma constitucional. (Grifou-se).

A divisão da personalidade em formal e material não é, contudo, unânime na doutrina. Elimar Szaniawski¹⁵² critica veementemente esta posição, defendendo que:

Esta teoria (sic) embora aparentemente procure solucionar o problema das pessoas natimortas e dos embriões não utilizados pelos genitores na reprodução assistida, acaba por colocar o simples vagido da criança como elemento fundamental da atribuição da personalidade, o que se constitui em um critério totalmente arbitrário e casuístico. Outrossim, cumpre dizer que esta divisão da personalidade humana, em formal e material, é totalmente inaplicável no direito brasileiro, uma vez que as codificações civis do Brasil, desde sua inauguração em 1º de janeiro de 1917, atribuem direitos ao concepturo, inclusive direitos patrimoniais, a exemplo do Código Civil de 2002, o qual, no artigo 1.798, legitima como sucessoras as pessoas já *concebidas* no momento da abertura da sucessão, possuindo estas a capacidade de herdarem bens.(Destaque no original).

Elimar Szaniawski¹⁵³ trata da questão sobre outro prisma, que merece ser trazido a lume. Para o autor, a personalidade é atribuída a todo ser humano concebido, considerando, inclusive, o nascituro uma pessoa. Com o nascimento com vida, esta pessoa passa a ser detentora de capacidade de direito. Dessa forma:

¹⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. I: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 196.

¹⁵⁰ DINIZ, Maria Helena, *loc. cit.*

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 506.

¹⁵² SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 68.

¹⁵³ *Ibid.*, p. 70.

[...] pondo a lei civil a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, constitui-se o ser humano, que está sendo gerado, em um sujeito de direitos, merecedor de tutela jurídica, não podendo ser afastada a idéia (sic) de que **o concepturo, como sujeito de direitos, é necessariamente portador de personalidade natural única** independentemente, esteja o mesmo no interior do ventre de sua mãe, no ventre de outra mulher, a mãe substituta ou mesmo se desenvolvendo em um tubo de ensaio. **O concepturo, qualquer que seja o local em que se desenvolva, é sempre uma pessoa e portador de personalidade natural**¹⁵⁴. (Grifou-se).

Longe de ser uma questão pacífica em sede doutrinária, o caso é que, tomando-se como premissa o fato de que o ordenamento jurídico brasileiro garante ao nascituro direitos e, nesta altura do desenvolvimento tecnológico, também ao embrião ainda não implantado no útero da mulher, nos casos de reprodução humana assistida (ressalte-se, direitos e não meras expectativas desses) ainda que sejam “apenas” direitos da personalidade, razoável é concluir que tal ordenamento os reconhece como sujeitos de direito. Nesse sentido:

[...] juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). **Ora, quem diz direitos, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade**¹⁵⁵. (Grifou-se).

A questão da identificação do momento em que se adquire a personalidade não é meramente acadêmica, sendo enfrentada em inúmeras ocasiões pelos tribunais pátrios como premissa para soluções de conflitos. A título ilustrativo, cita-se:

SEGURO-OBRIgATORIO. ACIDENTE. ABORTAMENTO. DIREITO A PERCEPÇÃO DA INDENIZAÇÃO. **O NASCITURO GOZA DE PERSONALIDADE JURÍDICA DESDE A CONCEPÇÃO. O NASCIMENTO COM VIDA DIZ RESPEITO APENAS A CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE ALGUNS DIREITOS PATRIMONIAIS.** APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (5 FLS.)¹⁵⁶.(Grifou-se).

AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. NASCITURO. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO.

1. O nascituro, provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, está coberto pelo seguro DPVAT, visto que seu bem-estar é assegurado pelo ordenamento pátrio. É devido o pagamento da indenização no

¹⁵⁴ SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 70.

¹⁵⁵ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato de. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 9.

¹⁵⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito Civil. Pagamento de seguro obrigatório decorrente de acidente de trânsito que resultou em abortamento. **Apelação Cível nº 70002027910**, Sexta Câmara Cível, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 28 mar. 2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70002027910&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25>. Acesso em: 18 ago. 2014.

caso de interrupção da gravidez e morte causadas por acidente de trânsito. Precedentes das Turmas Recursais.
2. Aplicação da Súmula 14 das Turmas Recursais Cíveis, revisada em 24/04/2008. RECURSO IMPROVIDO¹⁵⁷. (Grifou-se).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), “[...] tem acolhido a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro direito à reparação por dano moral¹⁵⁸”. A título representativo, cita-se:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI.
[...].
2.- "O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum" (REsp 399.028/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 15.4.2002).
[...].
(Grifou-se)¹⁵⁹.

De fato, partindo da constatação jurídica (inclusive legal) de que o nascituro possui uma gama de direitos, negar a existência de personalidade nesse momento biológico redundaria na afirmação de que há direitos desprovidos de sujeitos, o que afronta a lógica do **realismo** e remete a uma irremediável impossibilidade. “Ao nascituro, de duas uma: ou não se reconhecem verdadeiros e próprios direitos (direitos seus); ou não podem negar-se, sem grave incongruência, os atributos da personalidade e da capacidade jurídicas¹⁶⁰”.

Importante destacar que, ao se referir ao realismo como base para a justificação da impossibilidade de direito sem sujeito, refere-se e compartilha-se da concepção realista, em contraposição à idealista.

Para a concepção realista, o Direito situa-se na realidade (*ius in re*) e na natureza das coisas (*in rerum natura*): “[...] ele é, primária e principalmente, a própria coisa

¹⁵⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito Civil. Pagamento de seguro obrigatório decorrente de acidente de trânsito que resultou em abortamento. **Recurso Cível nº 71003041936**, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 29 fev.2012, Publicado no Diário da Justiça em 06 mar. 2012. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21345325/recurso-civel-71003041936-rs-tjrs>. Acesso em: 18 ago.2014.

¹⁵⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. I: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 107.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil. Danos morais e materiais ao nascituro. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº150.297/DF**, Terceira Turma, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Julgado em 19 fev.2013, Publicado no Diário de Justiça em 07 maio.2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=150297&b=ACOR&th e aurus=JURIDICO. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹⁶⁰ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do nascituro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, nº 17, p. 261-296, 1999. p. 264-265.

justa (*ipsa res iusta*), objeto da justiça. Nesta perspectiva, personalidade jurídica singular tem o seu fundamento na personalidade ontológica ou natural do indivíduo humano (*fundamentum in re*)¹⁶¹”.

Esta concepção assenta-se em três pilares fundamentais, quais sejam: a) a coextensividade entre a pessoa jurídica e pessoa natural; b) noção substancialista da pessoa e c) princípio da dignidade humana.

Quanto ao primeiro sustentáculo, significa dizer que “[...] quem é pessoa natural ou ontológica é necessariamente também pessoa jurídica [...], sendo a personalidade jurídica atributo originário e direito natural do homem”¹⁶².

Já a noção substancialista da pessoa, premissa da teoria realista, implica na consideração de que todo indivíduo da espécie humana tem a natureza de pessoa, porquanto reúne em si todos os aspectos essenciais decorrentes dessa condição ontológica, “[...] independentemente das circunstâncias acidentais do desenvolvimento biopsíquico ou da operatividade¹⁶³”. Implica dizer que, do ponto de vista intrínseco da natureza humana, entre o zigoto e o homem adulto, não há diferença.

O terceiro pilar da concepção realista é o princípio da dignidade humana, “[...] enquanto expressão da singular preeminência e excelência de cada pessoa em concreto, entre todos os seres do universo¹⁶⁴”. É em vista a esse princípio, no qual se sustenta toda a ordem jurídica brasileira, que a personalidade do nascituro pode ser defendida até mesmo por aqueles que não compartilham veementemente da teoria realista personalista, pois “[...] mesmo no caso de dúvidas sobre a identidade pessoal do *nasciturus*, impõe-se tratá-lo ‘como se fosse pessoa’, por força do princípio ético fundamental: *in dubio, pro persona*¹⁶⁵”.

Para a tese idealista, por sua vez, a sede do Direito não vem da natureza das coisas, mas do pensamento, da vontade,

[...] e transfere para a lei ou para o sistema positivo a *causa efficiens* da personalidade jurídica. [...] No caso da personalidade jurídica, é com toda a propriedade, a ‘máscara’ construída pelo sistema normativo e por este posta a quem bem entender, conforme o papel social que lhe pretenda fazer desempenhar¹⁶⁶.

¹⁶¹ CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do nascituro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, nº 17, p. 261-296, 1999. p. 266.

¹⁶² *Ibid.*, p. 268.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 270.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 271.

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 286.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 267.

Ainda que se analisasse a questão da personalidade sob um enfoque idealista, considerando o sistema jurídico brasileiro, é possível defender a personalidade jurídica do nascituro, com base no artigo 1º e segunda parte do artigo 2º do CC de 2002, os quais estabelecem que toda pessoa é capaz de direitos e que, desde a concepção, o nascituro possui direitos, logo, é um sujeito de direitos, detentor, portanto, de capacidade jurídica, de personalidade, ainda que de uma personalidade formal se trate, como defende Maria Helena Diniz¹⁶⁷, entre outros autores.

Ao se admitir e defender o *status* jurídico do nascituro como sujeito de direito (e não objeto deste) assume-se uma posição reacionária contra todo e qualquer movimento voltado a despersonalizar a vida humana, ainda que esteja em sua fase menos desenvolvida. Nesse sentido, ganha relevância discussões no campo biotecnológico, onde se coloca o nascituro, detentor de personalidade jurídica, em evidência, por ser esse sujeito de direitos e carecedor de tutela jurídica.

O contexto em que tais reflexões e problematizações referentes à Biotecnologia - notadamente à manipulação genética - se desenvolvem de forma mais complexa é na Bioética e no Biodireito, de modo que nos 2 (dois) capítulos seguintes serão analisados os pontos mais relevantes dessas Ciências, bem como fixadas as premissas para o desenvolvimento do tema objeto deste estudo, qual seja, a Reprodução Humana Assistida (RHA) homóloga *post mortem* e seus principais desdobramentos jurídicos, com ênfase no Direito das Sucessões.

¹⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. I: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 196.

2 BIOÉTICA

Como delineado no capítulo anterior, a Bioética é um campo propício para o desenvolvimento de reflexões e problematizações referentes à Biotecnologia, em especial quanto a questões ligadas a RHA. Mas, para que se possa compreender o que vem a ser a Bioética e qual a relevância em analisá-la frente à temática em estudo, é necessário que se verifique em que contexto esta Ciência surgiu e ganhou tamanha importância.

2.1 Contextualização e Evolução

O desenvolvimento tecnológico, notadamente a partir do final do século XVIII, é uma constatação que salta aos olhos. Contudo, foi na última metade do século XX que as Ciências Biológicas e a Biotecnologia, que juntas foram denominadas por Fermin Roland Schramm de “Biotecnociência”, tomaram um ritmo mais acelerado¹⁶⁸.

Em relação à Medicina, entre os importantes passos percorridos até se chegar ao atual estágio tecnológico, é possível citar duas grandes “revoluções”, quais sejam, a terapêutica, que teve início em 1936 com as sulfonamidas¹⁶⁹, prosseguindo com o desenvolvimento de uma série de antibióticos, permitindo combater doenças como a tuberculose, a sífilis, as septicemias, entre outras; e a biológica, que trouxe consigo o conceito de “patologia molecular” e pode ser ilustrada pela descoberta do código genético¹⁷⁰.

Em que pese o salto tecnológico, a possibilidade de se combater doenças até então tidas como fatais e a perspectiva de uma vida mais duradoura e saudável, essas duas revoluções fizeram surgir novas questões éticas e morais, impensáveis até então. O auge desse confronto entre o desenvolvimento tecnológico que, tratando-se de tecnologia voltada à vida humana pode ser designada como Biotecnologia e a dignidade humana se deu durante a Segunda Guerra Mundial, com a revelação da “barbárie hitlerista¹⁷¹” onde, em nome da “Ciência”, pessoas foram utilizadas como cobaias em laboratórios, diminuídas em sua

¹⁶⁸ SANCHES, Mário Antonio. **Bioética: ciência e transcendência**. São Paulo: Loyola, 2004. p. 13.

¹⁶⁹ “As sulfonamidas são utilizadas primariamente no tratamento das infecções do trato urinário em combinação com o trimetoprim, também são empregadas freqüentemente (sic) no tratamento da otite, da bronquite, da sinusite e da pneumonia por *Pneumocystis carinii*. O desenvolvimento de resistência limitou sua utilidade em outras situações. [...] As sulfonamidas foram os primeiros agentes quimioterápicos eficazes a serem utilizados por via sistêmica na prevenção e na cura de infecções bacterianas em seres humanos. As considerável importância de sua descoberta para a medicina e na saúde e a sua ampla utilização subsequente (sic) refletiram-se rapidamente no acentuado declínio observado nos índices de morbidade e mortalidade das doenças infecciosas tratáveis”. (GIMAN, Alfred Goodman. **As bases farmacológicas da terapêutica**. Tradução de Carla de Mello Vosatz *et al.* 10. ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2005. p. 877.)

¹⁷⁰ BERNARD, Jean. **A Bioética**. São Paulo: Ática, 1998. p. 4.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 5.

dignidade e ignoradas quanto a sua raça, diga-se, a mesma daqueles que as torturavam, que é a raça humana.

O fato é que tal contexto trouxe à tona uma reflexão que se torna cada vez mais complexa e profunda, que são os limites do desenvolvimento biotecnológico frente à Ética (e Moral) médica e a dignidade humana.

Desde Hipócrates, a moral médica se limitou a algumas poucas regras simples, ainda que nem sempre respeitadas: generosidade, compaixão, devotamento, desinteresse. As infrações não eram excepcionais. Mas os médicos, na sua grande maioria, respeitavam as regras morais lembradas de geração em geração¹⁷².

As atrocidades nazistas, as revoluções médicas e a percepção de que um incontrolável e infinito processo de desenvolvimento biotecnológico se desencadeava sem a correspondente perspectiva de limitação ética ou legal forte o suficiente a frear o ímpeto desenvolvimentista, o Direito, impelido por seres pensantes e realmente racionais começou a reagir. E junto com o Direito, ou até mesmo antes dele, a Ética se opôs ao rumo desastroso em que se caminhava a humanidade.

Não é de hoje que o ser humano atua sobre a natureza. O que é contemporâneo é o aumento da escala em que isso vem ocorrendo. Segundo Fermin Roland Schramm, citado por Mário Antonio Sanches¹⁷³, o ser humano “[...] já não se limita à ‘reforma’ do mundo externo, mas alcança as próprias estruturas da matéria e da vida, inclusive da vida humana”. E é em decorrência dessa constatação que vemos surgir uma nova disciplina, que se forma no debate entre diferentes áreas do conhecimento, onde a vida e seus elementos biológicos constitutivos são postos em evidência, qual seja, a **Bioética**.

Como exposto, as preocupações éticas em relação aos avanços da Biotecnologia fez-se sentir de maneira mais aguçada durante e após a Segunda Guerra Mundial. Surgiu primeiramente nos Estados Unidos da América (EUA), institucionalizando-se, logo em seguida, nos países da Europa e progressivamente em outros continentes. Foi, contudo, na década de 1990 que a Bioética efetivamente se expandiu na América Latina¹⁷⁴.

Na medida em que foram resplandecendo as normas jurídicas e éticas de conteúdo limitador das consequências indesejáveis do desenvolvimento biotecnológico, novos desafios foram surgindo, seja para dificultar a legitimação de tais normas ou porque o desenvolvimento biotecnológico nunca parou de acontecer, gerando constantemente novos problemas, para os quais as normas nem sempre trazem regulamentação.

¹⁷² BERNARD, Jean. **A Bioética**. São Paulo: Ática, 1998. p. 5.

¹⁷³ SANCHES, Mário Antonio. **Bioética: ciência e transcendência**. São Paulo: Loyola, 2004. p. 14.

¹⁷⁴ *Ibid.*, p.15.

De fato (e aqui se abre um parêntesis para um momento de reflexão exorbitante ao contexto do estudo, mas nem por isso demasiado) as Ciências Sociais, como um todo, não podem ficar alheias ao desenvolvimento da Biotecnociência, pois quando se olha para a humanidade, deve-se olhar para o todo, sem segmentações insustentáveis.

A Ciência busca utilizar a tecnologia a serviço do ser humano, com o intuito de tornar sua vida mais confortável, segura e previsível diante da natureza. Contudo, nem sempre tais vantagens advindas da Ciência chegam a todos os seres humanos. Assim, enquanto perdurar essa realidade, em que os benefícios advindos de um avanço que é custeado por toda sociedade não é repartido de forma igualitária entre todos ou onde os benefícios, quando comparados com os malefícios conhecidos ou meramente possíveis que os acompanham põem em “cheque” sua real benfeitoria, o Direito e as demais Ciências Sociais devem continuar a atuar e defender “[...] que não basta apenas programar, é necessário incluir todos no planejamento; não basta ter poder para intervir na natureza, é necessário ter direção segura¹⁷⁵”.

Pois bem. Agindo como obstáculo à legitimação das normas jurídicas e éticas limitadoras das consequências nefastas da Biotecnologia, o fenômeno da globalização ganha destaque.

O século XXI, marcadamente, evidencia-se por uma característica sociedade de consumo, onde a produção extrapola as fronteiras nacionais, culturas são miscigenadas e incorporadas por unidades de consumo, onde a distância foi aniquilada pelas redes de comunicação e o capital financeiro define a possibilidade de acesso a esse mundo globalizado ou a marginalização. Enfim, é uma sociedade que permite uma excessiva ampliação do espaço da vida privada, em detrimento de “[...] um crescente enfraquecimento das formas tradicionais de legitimação do poder estatal¹⁷⁶”.

O que se quer dizer é que a globalização permite que o mercado ocupe um espaço que antes era apenas do Estado, dando ensejo a outra forma de regulação social com diferentes estruturas de poder, sem delimitação de território e nem sempre coincidentes com os valores e regulamentações nacionais.

O ordenamento jurídico positivo nacional e suas instituições são por demais limitados para regulamentar a pluralidade de situações sociais, econômicas, políticas e culturais cada vez mais diversificadas, pois foram concebidos para atuar em marcos territoriais precisos. Seu alcance é cada vez mais reduzido, sua autoridade e

¹⁷⁵ SANCHES, Mário Antonio. **Bioética**: ciência e transcendência. São Paulo: Loyola, 2004. p. 13.

¹⁷⁶ MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito**: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 33.

poder começam a se esvaír na mesma velocidade em que as barreiras geopolíticas vão sendo superadas. [...] Disso se pode concluir que **a economia global dificulta ou até mesmo impossibilita a regulação e a limitação da biotecnologia pelos estados-nação**¹⁷⁷. (Grifou-se).

Tal argumento pode se tornar mais palpável na medida em que é visualizado em uma situação hipotética, criada neste trabalho apenas para fins didáticos: Supondo que uma mulher, na Espanha, passados 12 (doze) meses da morte de seu marido, queira dar início ao procedimento de RHA, utilizando-se, para tanto, do material genético do *de cujus*, criopreservado em uma clínica na qual este deixou consentimento escrito permitindo o procedimento. Tal pretensão encontra óbice na legislação espanhola, pois, nos termos do artigo 9º¹⁷⁸ da Lei nº 14/2006¹⁷⁹, o prazo máximo para realização do procedimento é 12 (doze) meses da morte do doador. Poderia a mulher obter uma autorização judicial para retirar o material genético do marido da clínica de criopreservação e deslocar-se para outro país, cuja legislação permita a reprodução assistida *post mortem*, sem o mesmo impedimento legal que na legislação espanhola.

De outro lado, ainda que a globalização não se mostrasse tão latente nas relações humanas, inclusive quando diante de questões envolvendo a Biotecnologia, o

¹⁷⁷ MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 35.

¹⁷⁸ *Artículo 9 da Lei Espanhola nº 14/2006 - 1. No podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado, en los 12 meses siguientes a su fallecimiento, para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial. El consentimiento para la aplicación de las técnicas en dichas circunstancias podrá ser revocado en cualquier momento anterior a la realización de aquéllas. Se presume otorgado el consentimiento a que se refiere el párrafo anterior cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido. 3. El varón no unido por vínculo matrimonial podrá hacer uso de la posibilidad prevista en el apartado anterior; dicho consentimiento servirá como título para iniciar el expediente del artículo 49 de la Ley del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad.* (1. Não se poderá determinar legalmente a filiação nem reconhecer efeito ou relação jurídica alguma entre o filho nascido pela aplicação das técnicas reguladas nesta lei e o marido falecido, quando o material reprodutor deste não estiver no útero da mulher na data da morte do varão. 2. Não obstante o parágrafo anterior, o marido poderá prestar seu consentimento no documento que se refere o artigo 6.3, em escritura pública, testamento ou documento de instruções prévias que seu material reprodutor possa ser utilizado, nos 12 meses seguintes ao seu falecimento, para fecundar sua mulher. A geração produzirá os efeitos legais que derivariam da filiação matrimonial. 3. O varão não unido por vínculo matrimonial, poderá fazer uso da possibilidade contemplada no parágrafo anterior, servindo tal consentimento como título para iniciar o processo do artigo 49 da Lei do Registro Civil, sem prejuízo da ação judicial de reconhecimento de paternidade. (Tradução livre da autora).

¹⁷⁹ ESPANHA. Lei nº 14, de 26 de mayo de 2006. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicada en 27 de mayo de 2006. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 01 set. 2014.

problema da insuficiência de regulamentação e controle estatal continuaria a ser fato de fácil constatação. O desenvolvimento biotecnológico, após seu desencadeamento com as grandes revoluções do século passado, não regrediu. Foi, por certo, modulado por normas éticas e jurídicas, mas jamais cessou por completo, tendo inclusive um ritmo mais acelerado que as normas de regulamentação, evidenciando que o “ser” vem realmente antes do “dever ser”. Muitas descobertas biotecnológicas, possíveis de serem concretizadas praticamente encontram-se em uma “zona gris” entre o eticamente tolerável ou não, legalmente permitido, ou não, ensejando reflexões que exigem muito além do mero raciocínio silogístico.

Destarte, **a existência ou ausência de normas legais e/ou éticas, apesar de importante fator na consideração dos problemas biotecnológicos, não pode ser vista como a solução ou o motivo das celemas.** “Cabe aos profissionais, aos médicos e aos pesquisadores conduzir sua ação com respeito à dignidade humana, de forma que os princípios da justiça e do respeito à autonomia e à beneficência sejam os imperativos morais de sua conduta¹⁸⁰”.

Ocorre que as pessoas se acostumaram a reger suas vidas com base em normas e, a ausência delas, ou ao menos a ausência da materialização delas em diplomas legais dispostos em artigos, traz a insegurança, a dúvida acerca de ser ou não permitida determinada conduta. O princípio da legalidade, por vezes, por si só não basta, de modo que o simples silogismo de que tudo que não está proibido é permitido ou de que se determinada conduta não está proibida, logo é permitida, pode não ser suficiente (e espera-se que não seja) para inquietar a dúvida e tranquilamente realizar a conduta, sem maiores reflexões.

Isso porque há determinadas situações que não podem ser analisadas apenas sob a ótica da legalidade, mas carecem de uma reflexão Ética e, mais especificadamente, Bioética.

A legislação pode não acompanhar as situações que se desenrolam no seio da sociedade, o que não é uma raridade, uma vez que são dos fatos sociais que se faz o Direito (inclusive as leis) e não o inverso. É por isso que seria inócuo, por exemplo, pensar em uma detalhada regulamentação de técnicas de reprodução assistida ou da possibilidade ou não de RHA homóloga *post mortem* no século XVIII, pois naquele momento histórico a preocupação era garantir, inicialmente, direitos de liberdade do cidadão, de assegurar que o Estado se

¹⁸⁰ MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 39.

limitasse apenas em garantir direitos fundamentais, sem intervir diretamente na vida das pessoas¹⁸¹.

Disso decorre que, por mais fundamentais que determinados direitos pareçam ser, nem sempre tiveram a mesma conotação de essencialidade, porque os direitos dos homens são históricos, eles nascem das circunstâncias de um momento, de um determinado contexto, de modo que, na medida em que vão se mostrando elementares, agregam aos outros já reconhecidos como tal, sendo possível identificar gerações ou dimensões de direitos, os quais não se excluem, mas se agregam.

Não é demasiado sintetizar as dimensões ou gerações de direitos que se evidenciaram no transcurso da história, a fim de que se possa compreender o atual estágio dos direitos tidos como fundamentais e onde se inseririam os direitos relacionados à Biotecnologia, notadamente os decorrentes da RHA.

Antes de passar à análise das gerações ou dimensões de direitos, mostra-se pertinente apontar quais as diferenciações (se de fato existem) trazidas pela doutrina em relação aos citados termos.

O jurista tcheco, naturalizado francês, Karel Vasak, citado por George Marmelstein, desenvolveu a chamada “teoria das gerações dos direitos”, inspirado pelo lema da Revolução Francesa. Concluiu o citado jurista que:

- a) A primeira geração dos direitos seria a dos direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade (*liberté*), que tiveram origem com as revoluções burguesas;
- b) A segunda geração, por sua vez, seria a dos direitos econômicos, sociais e culturais, baseados na igualdade (*égalité*), impulsionada pela Revolução Industrial e pelos problemas sociais por ela causados;
- c) Por fim, a última geração seria a dos direitos de solidariedade, em especial o direito ao desenvolvimento, à paz e ao meio ambiente, coroando a tríade (*fraternité*), que ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, especialmente após a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948¹⁸².

Reconhece-se que tal teoria ganhou fama no cenário internacional sendo, inclusive, utilizada pelo STF em algumas decisões, como adverte George Marmelstein¹⁸³. A título ilustrativo, cita-se:

[...] A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O DIREITO A

¹⁸¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 18.

¹⁸² MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41.

¹⁸³ MARMELSTEIN, George, *loc. cit.*

ou substituição de uma geração por outra¹⁸⁸. Nesse sentido: “Como o surgimento de novas gerações não ocasionou a extinção das anteriores, há quem prefira o termo *dimensão* por não ter ocorrido uma sucessão desses direitos: atualmente, todos eles coexistem¹⁸⁹” (destaque no original).

Conforme assevera Ingo Wolfgang Sarlet¹⁹⁰, a discordância que reside em relação a terminologia não se repete em relação ao conteúdo, havendo, em princípio, consenso quanto as dimensões e gerações de direitos:

Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à ideia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. (Grifou-se).

Pois bem. Mesmo diante da improcedência dos argumentos desfavoráveis à utilização da expressão “geração” de direitos, notadamente quanto a (falsa) impressão de que implicaria na substituição gradativa de direitos, adota-se neste trabalho o termo “dimensão”, acompanhando a doutrina mais moderna¹⁹¹.

Como delineado, e novamente atribui-se a Norberto Bobbio a sistematização dessa afirmação, os direitos fundamentais são históricos. Além dessa, outras duas premissas são sustentadas pelo autor em suas considerações acerca das dimensões de direitos, quais sejam: os direitos nascem no início da era moderna e tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico¹⁹².

Reconhece-se, portanto, que os direitos fundamentais são produtos não da natureza, mas da civilização humana que os evidencia no decorrer dos tempos, de modo que os direitos são mutáveis, transformando-se e ampliando-se no transcurso da história.

¹⁸⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 572.

¹⁸⁹ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 227.

¹⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 46.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 2.

Em que pese já tenha sido objeto de análise no primeiro capítulo, importante salientar que os direitos fundamentais, de acordo com Paulo Bonavides¹⁹³ “[...] são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”.

De acordo com Carl Schmitt, citado por Paulo Bonavides¹⁹⁴, há dois critérios formais para caracterizar os direitos fundamentais. O primeiro, como já delineado, implica considerar como tais todos os direitos e garantias especificados na Constituição do país. O segundo, o reconhecimento de que os direitos fundamentais receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia, de segurança jurídica, de sorte que, ou são imutáveis, ou ao menos sujeitos a um processo mais rígido de modificação, ou seja, “[...] direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição¹⁹⁵”.

Afere-se, portanto, que os direitos fundamentais são aqueles que refletem a ideologia, a modalidade, a espécie de valores e princípios enaltecidos por um Estado, de modo que cada um tem seus próprios direitos fundamentais específicos.

Há que se reconhecer a importância da Revolução Francesa na construção da teoria dos direitos fundamentais, pois o lema revolucionário que inspirou esse momento histórico “[...] exprimiu três princípios cardeais de todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a seqüência (sic) histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade¹⁹⁶”. A partir de então “[...] descoberta a fórmula de generalização e universalidade, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados¹⁹⁷”.

Dessa forma, nota-se que o século XVIII foi palco de um fenômeno de transformação de valores liberais em verdadeiras normas jurídicas, e como tais, todos de eficácia normativa, inclusive em face do Estado. A partir de então, “[...] praticamente todas as Constituições modernas passaram a reservar um capítulo específico para positivizar os direitos do homem, chamando-os literalmente de **direitos fundamentais**¹⁹⁸” (destaque no original).

Não se tratam, contudo, de valores eternos, imutáveis e estáticos, pelo contrário, são dinâmicos, pois acompanham a evolução das sociedades. Nesse sentido, Norberto Bobbio delinea a evolução dos direitos fundamentais:

¹⁹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 560.

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 561.

¹⁹⁵ BONAVIDES, Paulo, *loc. cit.*

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 562.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 563.

¹⁹⁸ MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas. p. 40.

Como todos sabem, o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado, e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares uma esfera de liberdade *em relação* ao Estado¹⁹⁹. (Destaque no original).

Em um segundo momento,

[...] foram propugnados os direitos políticos, os quais – concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente, como autonomia – tiveram como consequência (sic) a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente (sic) dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade *no* Estado)²⁰⁰. (Destaque no original).

Retrata o que doutrinariamente se delineou como primeira dimensão de direitos, na qual se incluem os direitos civis e políticos, direito à vida, à propriedade, à segurança, liberdade de pensamento e religiosa, proibição à escravidão, à vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante que, conforme disposto, são direitos que exigem uma abstenção do Estado, sendo universalizados pela Revolução Francesa do século XVIII²⁰¹.

Tratam-se de direitos que têm seu cerne na garantia da liberdade e traduzem uma resistência do indivíduo em face do Estado, sendo, por esse motivo, apresentados como direitos de cunho negativo²⁰².

Para Paulo Bonavides, os direitos de primeira dimensão (em suas palavras, geração) “[...] já se consolidaram em sua projeção de universalidade formal, não havendo Constituição digna desse nome que os não reconheça em toda extensão²⁰³”.

Posteriormente, “[...] foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências – podemos mesmo dizer, de novos valores -, como o do bem-estar e da igualdade não apenas formal *através* ou *por meio* do Estado²⁰⁴” (destaque no original).

São os direitos de segunda dimensão, conforme a doutrina²⁰⁵, assim compreendidos os direitos econômicos, sociais e culturais. Surgem a partir de meados do século XIX, com a Revolução Industrial e o movimento das massas de operários que trabalhavam em fábricas. Diferentemente dos direitos de primeira dimensão, os de segunda

¹⁹⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 32.

²⁰⁰ BOBBIO, Norberto, *loc. cit.*

²⁰¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 58.

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

²⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 563.

²⁰⁴ BOBBIO, Norberto, *op. cit.*, p.33.

²⁰⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 58.

apresentam como nota distintiva a dimensão positiva, visando a intervenção do Estado, a fim de assegurar o direito dos cidadãos em participar do bem-estar-social²⁰⁶.

Esses direitos, que só podem ser desfrutados com o auxílio do Estado, são: o direito ao trabalho em condições justas e favoráveis, o direito de pertencer a sindicatos, o direito à educação e cultura, o direito a um nível adequado de vida, o direito à seguridade e seguro social, o direito à proteção especial da maternidade e da infância²⁰⁷.

Há que se destacar, contudo, que os direitos de segunda dimensão não compreendem apenas direitos de cunho positivo, mas também as chamadas “liberdades sociais”, das quais são exemplo o direito de greve, de sindicalização, férias, salário mínimo, limitação da jornada de trabalho, entre outros. Salienta-se, por oportuno, que a expressão “social” não implica na consideração dos direitos de segunda dimensão como direitos coletivos e/ou difusos, os quais integram a terceira dimensão de direitos fundamentais:

[...] a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais [...] se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos de terceira dimensão. A **utilização da expressão “social” encontra justificativa, entre outros aspectos que não cabe aprofundar neste momento, na densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicações das classes menos favorecidas**, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico²⁰⁸. (Grifou-se).

Ainda em relação aos direitos de segunda dimensão, inicialmente (assim como os direitos de primeira dimensão) foram idealizados na esfera filosófica e política. Mas, “[...] uma vez proclamados nas Declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da social-democracia, (a de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra²⁰⁹”.

Em que pese o reconhecimento de que os direitos de segunda dimensão ganharam os textos Constitucionais de inúmeros países, não há que se afastar da premissa de que “[...] o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-lo²¹⁰”.

²⁰⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

²⁰⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 58.

²⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, *op. cit.*, p. 48.

²⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564.

²¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 37.

De fato, tais direitos, de início, foram remetidos à esfera programática, não apresentando para sua concretização as mesmas garantias e instrumentos habitualmente previstos para a proteção dos direitos de primeira dimensão. “Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais²¹¹”.

Norberto Bobbio já sinalizava para um alagamento dos direitos então retratados²¹², os quais podem ser sintetizados em novas dimensões de direitos que, como exposto, foram se evidenciando no decorrer da história. Daí ser possível falar em ao menos outras duas dimensões.

A terceira delas inclui os direitos de fraternidade e solidariedade. O ponto característico dessa dimensão de direitos é “[...] o fato de se desprenderem do indivíduo como titular, destinando-se à proteção de grupos humanos. Assim, os destinatários são não só os indivíduos, mas também os povos²¹³”.

Os direitos que compõe essa dimensão se evidenciaram notadamente após a Segunda Guerra Mundial em decorrência de novas reivindicações do homem, decorrentes do impacto tecnológico e do “estado crônico de beligerância²¹⁴” desse contexto histórico, sendo exemplos o direito à paz, a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, o direito ao desenvolvimento, à autodeterminação dos povos, conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação²¹⁵. Nesse sentido, pontual a proposição de Paulo Afonso Linhares²¹⁶ ao sustentar que:

O superdesenvolvimento científico e tecnológico da humanidade tem acarretado alguns perigosos efeitos colaterais. O grande dilema da pós-modernidade é justamente como fazer uma compatibilização entre o progresso científico-tecnológico e a qualidade de vida das pessoas, esta sempre ameaçada por aqueles efeitos.

Daí [...] que qualquer processo de desenvolvimento que tenha como fim a melhoria das condições de vida das pessoas há de ter como eixos a *definitividade* e a *permanência*, com capacidade de *auto-manutenção* e de *auto-renovação (sic)*, o que se traduz, repita-se, na palavra *sustentável*. A isto agrega-se a imprescindibilidade de que se imprima uma feição normativa – principalmente de fundo constitucional – a

²¹¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 564.

²¹² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p. 73.

²¹³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 58.

²¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 48.

²¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, *loc. cit.*

²¹⁶ LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002. p. 89.

estes fatos, tanto as de cunho material quanto aquelas garantidoras da *efetividade* desses novos direitos. (Destaque no original).

Destaque-se que, em que pese alguns doutrinadores (como se analisará adiante) considerem como de quarta dimensão, outros incluem as garantias relativas às manipulações genéticas, direito à morte digna e à mudança de sexo na terceira dimensão de direitos²¹⁷. O que parece ser pacífico é o fato de que:

[...] **boa parte destes direitos em franco processo de reivindicação e desenvolvimento corresponde, na verdade, a facetas novas deduzidas do princípio da dignidade da pessoa humana**, encontrando-se intimamente vinculados (à exceção dos direitos de titularidade notadamente coletiva e difusa) à ideia da liberdade autonomia e da proteção da vida e outros bens fundamentais contra ingerências por parte do Estado e particulares. Com efeito, cuida-se, no mais das vezes, da reivindicação de novas liberdades fundamentais, cujo reconhecimento se impõe em face dos impactos da sociedade industrial e técnica deste final de século [...] ²¹⁸. (Grifou-se).

Como já se adiantou, a doutrina já refere-se à quarta dimensão, a qual engloba uma categoria de direitos ainda em discussão, pois compreende “[...] o direito à vida das gerações futuras, o direito à vida saudável, ao desenvolvimento sustentado, o direito à informação, o direito à democracia, o direito ao patrimônio genético, à engenharia genética, o direito à identidade sexual²¹⁹”.

Assim, estaria o Biodireito inserido nesta quarta dimensão de direitos, “[...] pois grande é a preocupação [...] em se normatizarem os efeitos da Revolução biotecnológica sobre a sociedade, a preocupação com a difusão dessas novas tecnologias [...] ²²⁰”.

Para Paulo Bonavides, por sua vez, compõem a quarta dimensão (para ele, geração) o direito à democracia, à informação e ao pluralismo. “Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência²²¹”. Entende o autor que esta dimensão decorre da globalização dos direitos fundamentais, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

Note-se que, como já disposto, as dimensões de direitos não vêm a substituir umas as outras, mas a complementá-las. Dessa forma:

²¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49-50.

²¹⁸ *Ibid.*, p.50.

²¹⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 59.

²²⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *loc. cit.*

²²¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 571.

Os direitos da quarta geração não somente culminam a *objetividade* dos direitos das duas gerações antecedentes, como absorvem – sem, todavia, removê-la – a *subjetividade* dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão *principal, objetiva e axiológica*, podendo, doravante, irradiar-se com a mais subida eficácia normativa a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico²²². (Destaque no original).

Os direitos relacionados à RHA, inclusive a reprodução homóloga *post mortem*, além de serem temas afetos à Bioética, encontrar-se-iam, portanto, na quarta dimensão de direitos ou na terceira, para uma parte da doutrina, e refletem uma problemática atual, longe de dar ensejo a discussões meramente acadêmicas.

2.2 Conceito

Antes de partir para uma análise acerca do que é e do que se ocupa a Bioética, mostra-se pertinente uma menção do que vem a ser a Ética, da qual aquela deriva. De fato, não faz parte das premissas deste estudo analisar seus desdobramentos de modo isolado, sob a ótica estrita e puramente jurídica, ignorando os alicerces morais, éticos e de outros setores inerentes à condição humana. Dessa forma, coaduna-se do entendimento de Melissa Cabrini Morgato²²³ quando assevera:

[...] não consideraremos o Direito um sistema estático, apenas voltado para a normatividade e a validade, como pretendiam Kelsen e os juristas do início do século XX. [...] ao contrário disso, **buscaremos a função social do Direito em um contexto multidisciplinar que envolve valores morais e éticos.** (Grifou-se).

No mesmo diapasão, pertinente as considerações de Fátima Oliveira, para quem²²⁴:

A ética é construída para estabelecer as normas de convivência com o conjunto da sociedade em um dado momento. Comporta a microética (pessoal/privada – o ser humano) e a macroética (coletiva/pública - a humanidade). A ética representa o consenso possível no interior de uma cultura plural, com valores diversos e divergentes; ou seja, a ética deve refletir os traços de unidade entre os diferentes valores moais.

Poderia se afirmar, portanto, que a Ética é um “[...] conhecimento racional que se preocupa em determinar o que é bom”. Não se confunde com Moral, embora com ela

²²² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 572.

²²³ MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito**: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 56.

²²⁴ OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética**: o sétimo dia da criação. 5. ed. São Paulo: Moderna, 1995. p. 118.

esteja relacionado, a qual se preocupa “[...] com a escolha da ação em que determinada ação deve ser empreendida²²⁵”. Assim: “Podemos então compreender que decidir e agir concretamente é um problema prático e, portanto, moral. Investigar essa decisão e essa ação, a responsabilidade que dela deriva e o grau de liberdade e de determinismo aí envolvidos, é um problema teórico e, portanto, ético²²⁶”.

Encontra-se ainda intrinsecamente relacionado com o contexto que ora se analisa a Deontologia, que pode ser entendida como o “Código de Ética” de uma profissão. Ela “[...] regula a ação do profissional nos limites de sua prática, tornando-a boa e adequada²²⁷”.

Pois bem. Em que pese ter-se afirmado no tópico anterior que a preocupação com a Ética em relação aos avanços da Biotecnologia tenha se tornado latente durante e principalmente após a Segunda Guerra Mundial, o termo “Bioética” foi utilizado pela primeira vez apenas em 1971, pelo oncologista Van Rensselaer Potter, em seu livro “*Bioethics: bridge to the future*²²⁸²²⁹”.

Na visão de Van Rensselaer Potter, o único caminho possível para se preservar todo o ecossistema seria a criação de uma ponte entre duas áreas do saber, quais sejam, a científica e a humanista. Dessa forma, para o oncologista, a Ética não deveria se voltar apenas ao homem, mas à biosfera em seu conjunto, sendo que da união da Ética com a Biologia, ocupar-se-ia a Bioética²³⁰.

Maria Helena Diniz²³¹ também sintetiza o pensamento de Van Rensselaer Potter acerca da Bioética, aduzindo que para o autor esta seria “[...] uma nova disciplina que recorreria às ciências biológicas para melhorar a qualidade de vida do ser humano, permitindo a participação do homem na evolução biológica e preservando a harmonia universal”.

Para Melissa Cabrini Morgato²³², o pensamento de Van Rensselaer Potter teve a influência de autores como Albert Scwitzer, considerado um dos precursores da Bioética. Influenciado por ambos, em 1978, Warren Reich, professor no Instituto Kennedy de

²²⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p.12.

²²⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *loc. cit.*

²²⁷ *Ibid.*, p. 13.

²²⁸ Bioética: ponte para o futuro. (Tradução nossa).

²²⁹ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e dano pré-natal. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, nº 17, p. 297-328, 1999. p. 298.

²³⁰ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e, *loc. cit.*

²³¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 9.

²³² MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 57.

Ética da Universidade de Georgetown organizou a primeira “*Encyclopedia of Bioethics*”²³³, na qual definiu a Bioética como “[...] estudo sistemático das dimensões morais – incluindo visão, decisão e normas morais – das ciências da vida e do cuidado com a saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas em um cenário multidisciplinar”²³⁴.

Desde a versão original de Bioética, revelada por Van Rensselaer Potter que, como exposto, enfatizou a manutenção da relação dos seres humanos com o ecossistema e a própria vida do planeta²³⁵ com os avanços da Ciência, notadamente da Biotecnologia, o pensamento bioético ganhou maior evidência, fazendo incidir a ilação de que nem tudo o que a Ciência é capaz de fazer, deve ser feito, sob a ótica da Bioética. Daí dizer que aquele sentido de Bioética

[...] é totalmente diverso do empregado na atualidade, proposto por André Hellegers, que fundou, em 1971, na Universidade de Georgetown, o *Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics* e passou a considerar a bioética como a ética das ciências da vida. Com isso [...] é uma ética biomédica.

Diante da consideração da Bioética de forma mais abrangente que a versão original, trazida por Van Rensselaer Potter, há quem a classifique, em relação a sua temática, em **macrobioética**, que trata de questões ecológicas, mas visando em última análise a preservação vida humana, e **microbioética**, que cuida das relações entre médico e paciente e entre instituições de saúde (públicas ou privadas) e os profissionais desta área²³⁶.

Dessa forma, percebe-se que, por esta classificação, cabe a microbioética tratar da Ética da vida humana, que pode se desdobrar em questões como: proteção à vida humana, direito ao nascimento, direitos do embrião e do nascituro, planejamento familiar, transplante de órgãos e tecidos, morte digna, RHA, entre outras²³⁷.

Assim, visando uma contextualização mais precisa do tema deste trabalho dentro da Bioética, poder-se-ia dizer que se localiza na microbioética.

Diante do exposto, possível afirmar que a Bioética seria um desdobramento da Ética que se ocupa com as novas situações decorrentes do avanço científico, constituindo-se como um limite à evolução científica, notadamente da Biotecnologia, frente a proteção da dignidade humana, em seu mais amplo aspecto. Não é demasiado trazer a lume, por sua

²³³ Enciclopédia de Bioética. (Tradução nossa).

²³⁴ MORGATO, Melissa Cabrini. MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 57.

²³⁵ *Ibid.*, p. 58.

²³⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.11.

²³⁷ SANTOS, Ana Célia de Julio. Da Bioética ao Biodireito. In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). **Lições fundamentais de direito**, vol. 2: negócios jurídicos. Londrina: [o autor], 2006. cap. 6. p. 224.

clareza e sensatez, o entendimento de André Marcelo M. Soares e Walter Esteves Piñero²³⁸, os quais concluem que: “[...] o que na ética é estudado, na moral praticado e na deontologia obrigado, na bioética é problematizado”.

2.3 Princípios Basilares

A Bioética, como estudo transdisciplinar entre a Biologia, Medicina, Filosofia e Direito, preocupada em investigar as condições necessárias para a manutenção da dignidade humana e do respeito ao meio ambiente²³⁹ pode ser analisada sob diferentes orientações teóricas, tais como da virtude e excelência, do casuístico, contratual, liberal autonomista, do cuidado, o antropológico humanista, o da liberação e o principialista²⁴⁰. Destarte, no presente estudo orientar-se-á pela visão principialista.

Ao tratar dos princípios básicos da Bioética, mostra-se pertinente as seguintes pontuações, trazidas por Luís Roberto Barroso²⁴¹: a) princípios são espécies de normas, ao lado das regras; b) os princípios gerais correspondem aos “princípios constitucionais”; c) os princípios possuem maior grau de generalidade em relação às regras. Diante dessas considerações, passa-se à análise dos princípios basilares da Bioética.

No final da década de 1970 e início de 1980, a Bioética norteou-se por quatro princípios “enaltecedores da pessoa humana”, nas palavras de Maria Helena Diniz²⁴², os quais foram consignados no *Belmont Report*, ou Relatório de Belmont, publicado em 1978 pela Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental. Tal Comissão foi constituída pelo governo dos EUA com o objetivo de

[...] levar a cabo um estudo completo que identificasse os princípios éticos básicos que deveriam nortear a experimentação de seres humanos nas ciências do comportamento e na biomedicina. Tais princípios são racionalizações abstratas de valores que decorrem da interpretação da natureza humana e das necessidades individuais²⁴³.

²³⁸ *Apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 13.

²³⁹ *Ibid.*, p. 6.

²⁴⁰ PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de, *apud* MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e Direito: Limites Ético-Jurídicos na Manipulação do Material Genético Humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 61.

²⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 141.

²⁴² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

²⁴³ DINIZ, Maria Helena, *loc. cit.*

Os princípios constantes no Relatório de Belmont são: da autonomia, da beneficência, não maleficência e da justiça, sobre os quais se passa a tecer algumas considerações.

2.3.1 Princípio da Autonomia

No Relatório de Belmont o princípio da autonomia é tratado como princípio do respeito às pessoas²⁴⁴. Enuncia a valorização da vontade do paciente ou de quem o represente, respeitando seus valores morais e religiosos. Assim: “A autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa²⁴⁵”.

O termo “autonomia” vem do grego “*auto*” (próprio) e “*nomos*” (norma, leis). Pode-se dizer que há certo consenso da doutrina contemporânea ao considerar que, para haver autonomia deve existir alternativas de ação e liberdade de decisão²⁴⁶. Daí ser possível concluir que: “Desse princípio decorre a exigência do consentimento livre e informado²⁴⁷” para práticas médicas.

No Brasil, no âmbito na Biomedicina, é possível visualizar o princípio em análise no Código de Ética Médica²⁴⁸, que veda o profissional de efetuar, sem o esclarecimento e consentimento do paciente ou representante legal, qualquer procedimento médico.

Enfim, trata-se de princípio “[...] de grande relevância na esfera jurídico-democrática, visto que a vontade e o consentimento livre do indivíduo são fatores preponderantes que estão diretamente ligados ao princípio da dignidade humana²⁴⁹”. Tal afirmação não se distancia do tema em estudo, notadamente quando da análise da filiação e sucessão frente à RHA homóloga *post mortem* e dos limites desta prática, o que será abordado no capítulo 5.

2.3.2 Princípios da Beneficência e da Não Maleficência

²⁴⁴ MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 62.

²⁴⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 11.

²⁴⁶ MORGATO, Melissa Cabrini, *op. cit.*, p. 62.

²⁴⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 11.

²⁴⁸ BRASIL. Código de Ética. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.246/1988, de 8 de janeiro de 1988. Publicada no **Diário Oficial da União** em 26 jan. 1988. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em: 15 ago. 2014.

²⁴⁹ MORGATO, Melissa Cabrini, *op. cit.* p. 64.

O juramento de Hipócrates, realizado por volta de 460 a. C., já prescrevia: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém²⁵⁰”. É nesse sentido que o Relatório de Belmont retrata os princípios em evidência, no sentido de não causar danos a outrem, maximizando os benefícios e minimizando os prejuízos.

Para Maria Helena Diniz, desdobra-se do princípio da beneficência o princípio da não maleficência, “[...] por conter a obrigação de não acarretar dano intencional e por derivar da máxima da ética médica: *primum non nocere*²⁵¹²⁵²”.

2.3.3 Princípio da Justiça

No contexto da Bioética, o princípio da justiça, também chamado de princípio da imparcialidade na distribuição dos riscos e dos benefícios²⁵³, aponta para a obrigação de se garantir uma distribuição justa e equânime na distribuição de bens e serviços de saúde, considerando-se, contudo, as diferenças relevantes entre os pacientes, efetivando a igualdade material. Requer, portanto, a imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, no que tange à prática médica pelos profissionais da saúde, devendo os iguais serem tratados igualmente.

Os princípios explanados devem ser tomados como parâmetros pela Bioética, seja em relação a suas investigações ou diretrizes. Contudo, a premissa maior a ser observada pelos bioeticistas é o respeito à dignidade humana, fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III da CRFB²⁵⁴) e essência de todo ordenamento jurídico brasileiro²⁵⁵.

Como exposto anteriormente, a existência ou ausência de normas legais não pode ser vista como a solução ou o motivo de celeumas relacionadas aos avanços biotecnológicos.

²⁵⁰ MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 65.

²⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15.

²⁵² Primeiramente não prejudicar. (Tradução nossa).

²⁵³ SANTOS, Ana Célia de Julio. Da Bioética ao Biodireito. In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). **Lições fundamentais de direito**, vol. 2: negócios jurídicos. Londrina: [o autor], 2006. cap. 6. p. 225.

²⁵⁴ Art. 1º da CRFB - Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]. III - a dignidade da pessoa humana;

²⁵⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 17.

Entretanto, diante da evidente repercussão social que os avanços científicos trazem, gerando polêmicas e divergências de entendimentos entre juristas e doutrinadores, o Direito - o qual, diga-se, não se restringe apenas à leis - “[...] não pode furtar-se aos desafios levantados pela Biomedicina[...]”²⁵⁶. Com isso, surge uma nova disciplina, a qual tem como objeto principal a vida e a dignidade humana. Trata-se do Biodireito, cujas principais considerações passa-se a tecer.

²⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 17.

3 BIODIREITO

Quando se compreende o Biodireito como um ramo do estudo jurídico, resultado da fusão entre Direito e Bioética²⁵⁷, se traz a lume as considerações engendradas no capítulo 2, pois, na medida em que novos desafios são evidenciados com o avanço da Biotecnologia, ao Direito é dado posicionar-se, ainda que não o faça de modo exaustivo e por meio de leis. É acerca dessa nova disciplina, cuja preocupação maior é a proteção da vida e dignidade humana, que se trata no presente capítulo.

3.1 Contextualização e Evolução

Em que pese parecer lógico e despido de qualquer questionamento o fato de que, se há novos fatos vigendo na sociedade, inclusive no que tange a questões afetas à Bioética, o Direito inexoravelmente deva se posicionar há que se ter em conta que o Biodireito não surgiu de repente, como algo construído e acabado, mas veio “[...] da evolução do pensamento do ser humano no contexto da vida, como ser inserido no sistema global²⁵⁸”.

Na Idade Antiga, o homem utilizava-se de mitos e das forças da natureza para explicar sua realidade. Posteriormente, sob forte influência da Igreja Católica, desenvolveu-se a figura de um Deus, cujo homem era a imagem e semelhança. Difundiou-se a ideia de que tudo o que fora criado na face da Terra era obra desse ser superior. Dessa forma, vista como um órgão explicativo para todos os fatos ocorridos no seio da sociedade, todo o conhecimento da época surgia de instituições vinculadas à Igreja Católica, de modo que: “Desenvolveu-se então um conhecimento dirigido e voltado apenas para o interesse dessa entidade²⁵⁹”.

Contudo, no século XVI e XVII, esse domínio da Igreja sobre o conhecimento foi abalado por um movimento de ideais, principalmente advindas do continente europeu, que desejavam explicar aquilo que acontecia no mundo por meio da razão, movimento esse que ficou conhecido como Renascimento. É nesse contexto que nasce o Estado Moderno, predominando uma fase antropológica, onde a Igreja passou a ser vista

²⁵⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 16.

²⁵⁸ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo. Os caminhos para o Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 3, nº 5, Caxias do Sul, p.187-204, Jul./dez., 2005. p. 188.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 190.

como uma instituição encarregada de cuidar do espírito, enquanto o homem a cuidar do homem²⁶⁰.

“A partir de então, surge a ciência que hodiernamente se conhece, visto que ela sempre existiu, mas não da forma sistematizada, organizada e desvinculada de preconceitos teleológicos²⁶¹”.

Com a evolução do pensamento, a Ciência desponta como um tipo de conhecimento sistematizado ou “[...] um conjunto de registros sistematizados que visam ao conhecimento de uma parcela da realidade através de método próprio, a metodologia científica²⁶²”.

Dentro desses parâmetros, surgiu a Biologia, com o intuito de estudar a vida, seja do homem ou dos demais seres que com ele dividem o planeta e de seu aperfeiçoamento. Etimologicamente, Biologia é o estudo da vida, é “[...] a ciência que trata dos seres vivos ou organismos, suas origens e evolução²⁶³”.

Pois bem, juntamente com o desenvolvimento da Biologia, bem como da constatação de que outras especificações da Ciência, ao mesmo tempo em que poderiam ser utilizadas para preservar a vida também poderiam ser nocivas a ela, revelou-se necessária a criação de “[...] um fortalecimento de princípios que, solidificados na ética, propusesse a atuação humana para além do indivíduo²⁶⁴”. Dessa forma:

[...] na esteira do Iluminismo, do Estado Moderno e da revolução industrial, a evolução científica atingiu patamares significativos e viu a necessidade da consolidação de idéias (sic) e princípios Bioéticos, com características de rupturas paradigmáticas, e de expressão mundial. Nesse contexto, onde entram em atrito a ciência bio-experimental (sic) e a ciência antropológica, aparece o que se convencionou chamar de “Bioética”, que procura disciplinar a utilização desses avanços na busca de um modelo que possa ser seguido, sem que haja cerceamento das pesquisas e ao mesmo tempo preserve a qualidade de vida dos cidadãos²⁶⁵.

Diante das pontuações acerca da Bioética, realizadas no capítulo 2, cumpre apenas reforçar que, trata-se de uma aglutinação de Bio e Ética, “[...] para a criação de um novo sistema que se preocupa com a ética, dentro da visão do agir, e da bio, inserido no

²⁶⁰ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo. Os caminhos para o Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 3, n° 5, Caxias do Sul, p187-204, jul./dez., 2005. p. 190.

²⁶¹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo, *loc. cit.*

²⁶² *Ibid.*, p. 191.

²⁶³ BIOLOGIA. In: **Enciclopédia Barsa**. vol. 3. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1977. p. 142.

²⁶⁴ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe *et al.* Biodireito e Bioética: realidade de perspectiva. **Direito e Cidadania: multiculturalismo e novas formas de solução de conflitos**. Santo Ângelo: Ediuuro, 2004. p. 12.

²⁶⁵ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo. Os caminhos... *op. cit.*, p. 188.

contexto da vida²⁶⁶”. Com a evidência de fatos que, de modo impactante contrapuseram ideais éticos e tecnológicos, notadamente durante e após a Segunda Guerra Mundial, a Bioética se desenvolveu e com ela foram elaborados princípios, norteadores de sua configuração²⁶⁷.

Não há que se olvidar que um dos pontos nevrálgico desse desenvolvimento relacionado à vida humana é o surgimento de novas técnicas que se utilizam de manipulação genética e intervenção em processos vitais, como ocorre na RHA²⁶⁸.

Esse contexto, bem como a consideração dos

[...] princípios bioéticos como elementos globalizantes, gerais [...] **possibilitam o desenvolvimento de um conjunto normativo denominado de Biodireito**, dentro da idéia (sic) da preservação da vida e da saúde, em especial dos seres humanos e dos seres vivos de maneira geral²⁶⁹. (Grifou-se).

De fato: “[...] O respeito à vida humana deixa de ser tão somente um paradigma bioético quando é absorvido pela norma, ainda que na forma de princípio²⁷⁰”.

Deveras, o Biodireito rege-se pela premissa de que “[...] a verdade científica não poderá sobrepor-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar, sem limites jurídicos, os destinos da humanidade²⁷¹”.

Vislumbra-se o Biodireito como resultado da postura jurídica frente aos avanços da Biotecnologia e da Medicina, notadamente, e da constatação, mais do que a mera percepção, de que o desenvolvimento desenfreado dessas Ciências teria o condão de afetar direitos fundamentais.

No Brasil, assim como em outras partes do mundo,

[...] o Biodireito se apresenta como um novo ramo da ciência jurídica. **Ele aparece como o escudo protetor da vida**. Vem para dar estabilidade e segurança aos princípios zelados pela Bioética, como também para estruturar uma ordem complementar de princípios e normas, com o escopo de preservar a vida dos seres vivos, especialmente os seres humanos²⁷². (Grifou-se).

²⁶⁶ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo. Os caminhos para o Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 3, nº 5, Caxias do Sul, p.187-204, jul./dez., 2005. p. 195.

²⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.14.

²⁶⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do Biodireito. In: LOBATO, Anderson O. Cavalcante (Org.). **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 1, nº 1, Caxias do Sul, p. 93-109, jan./jun, 2002. p. 94.

²⁶⁹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo, *op. cit.*, p. 197.

²⁷⁰ NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. A Bioética e o (Bio) Direito de Família. **Direito & Paz**, Lorena, vol. 5, nº 8, p.67-84, 2003. p. 72.

²⁷¹ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 8.

²⁷² PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo, *op. cit.*, p. 198.

A CRFB estabelece como um dos fundamentos do Estado brasileiro o respeito à dignidade humana, previsto em seu artigo 1º, III. Inúmeras são as previsões espalhadas em nosso ordenamento jurídico representativas do Biodireito, inclusive impregnadas em distintos direitos fundamentais e que visam proteger a vida e a dignidade humana. A título de exemplo, dentro da própria Constituição, podem-se citar dispositivos que implícita ou explicitamente evidenciam o ideal de respeito à dignidade humana: artigo 196²⁷³; artigo 225²⁷⁴; artigo 226§7º²⁷⁵; artigo 227²⁷⁶ e artigo 230²⁷⁷, entre outros²⁷⁸.

Além da percepção no texto da Lei Maior brasileira, bem como em todo ordenamento jurídico interno (ainda que não positivado, visto que o Direito não se restringe apenas a leis) de valores antes restritos à esfera da Bioética, também é possível reconhecê-los na esfera internacional, onde ganham a conotação de direitos humanos²⁷⁹.

Neste contexto, onde se percebe a difusão da Bioética e a existência de um Biodireito que extrapola os ordenamentos nacionais, Letícia Ludwig Möller trata de um “Biodireito mínimo universal”, o qual

[...] deve encontrar-se estreitamente vinculada à idéia (sic) de direitos humanos compreendidos como um mínimo normativo – um mínimo que, levando em consideração o pluralismo cultural e as esferas de autodeterminação individual e coletiva, possa entender-se compartilhado por diversas concepções de bem, doutrinas morais e planos de vida individuais; um mínimo que possa entender-se situado em um plano superior ao plano dos ordenamentos particulares dos Estados nacionais, e que a estes, e aos indivíduos e grupos, servisse de orientação e parâmetro²⁸⁰.

²⁷³ Art. 196 da CRFB - A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

²⁷⁴ Art. 225 da CRFB- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. [...].

²⁷⁵ Art. 226 § 7º da CRFB - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

²⁷⁶ Art. 227 da CRFB - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...].

²⁷⁷ Art. 230 da CRFB - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. [...].

²⁷⁸ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo. Os caminhos para o Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 3, nº 5, Caxias do Sul, p187-204, jul./dez., 2005. p. 199.

²⁷⁹ MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**, Passo Fundo, nº 30, p. 153-172, jan./jun. 2007. p. 158.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 163.

De acordo com esse entendimento, pode-se visualizar como regulamentação normativa conformadora de um Biodireito mínimo universal a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 19 de outubro de 2005²⁸¹, a qual proclama princípios gerais de caráter universal, visando orientar os avanços tecnológicos. Dentre os princípios estampados na Declaração estão: o respeito à dignidade humana, à autonomia e ao consentimento; a responsabilidade individual; respeito à privacidade e confidencialidade, à igualdade, justiça e equidade; não discriminação ou estigmatização; o aproveitamento partilhado dos benefícios entre outros. Como já abordado no capítulo 2, alguns desses princípios (autonomia, beneficência, não maleficência e justiça) constaram no Relatório de Belmont, publicado em 1978 pela Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental²⁸².

Além dos princípios gerais enunciados pela Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, Letícia Ludwig Möller²⁸³ inclui na ideia de um Biodireito mínimo universal a preservação da constituição genética da espécie humana.

Diante do desenvolvimento da engenharia genética e da possibilidade de manipulações sobre o genoma humano, a ideia de responsabilidade para com a humanidade e as futuras gerações torna-se central, conformando-se em um princípio a orientar o exercício das liberdades (liberdade científica e liberdade de autodeterminação) nesta sede.

Neste sentido, também se normatizou no plano internacional o primado de que as intervenções e manipulações do genoma humano devem ser realizadas apenas para fins terapêuticos, inclusive reprodutivos. Trata-se da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), de 11 de novembro de 1997²⁸⁴, a qual identifica o genoma humano como categoria universal. Em seu artigo 1º, prevê que: “O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana, assim como do

²⁸¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 01 set. 2014.

²⁸² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

²⁸³ MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**, Passo Fundo, n° 30, p. 153-172, jan./jun. 2007. p.166

²⁸⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas, de 11 de novembro de 1997. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas.../genomahum.htm. Acesso em: 01 set. 2014.

reconhecimento de sua inerente dignidade e diversidade. Em sentido simbólico, é o legado da humanidade²⁸⁵”.

De acordo com Vicente Barretto, citado por Letícia Ludwig Möller²⁸⁶.

[...] a Declaração de 1997 estabeleceu uma nova categoria de direitos humanos, relativa ao direito ao patrimônio genético, e representou “uma tentativa de criar uma ordem ético-jurídica intermediária entre os princípios da bioética e a ordem jurídica positiva”, vinculando os países signatários e obrigando-os a incorporar as disposições da Declaração no corpo do direito nacional

Ainda, não é demasiado anotar que, reafirmando as disposições consagradas na Declaração de 1997, foi proclamada a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos da UNESCO, de 16 de outubro de 2004²⁸⁷, que se dedica em precisar conteúdos protetivos relativos ao uso e conservação dos dados humanos genéticos, proteômicos (relativos às proteínas) e de amostras biológicas. Traz em seu bojo outros princípios, assim como reafirma outros já previstos na Declaração de 1997, os quais deverão orientar os Estados na formulação de legislações e políticas (previstos notadamente nos artigos 6, 23 e 24), tais como o princípio do consentimento informado, da não redução da identidade individual a características genéticas; reafirma o princípio da não discriminação e não estigmatização de indivíduos e grupos mediante o uso de seus dados genéticos ou proteômicos, entre outros²⁸⁸.

Contudo, e a fim de que se extrapole a conotação de interessante questão acadêmica, o Biodireito deve ser entendido não só como um compartimento jurídico ou mesmo como uma carta de intenções abstratas e distantes, mas como uma nova mentalidade, uma elevação do conhecimento jurídico inter, pluri, transdisciplinar, que tem como escopo, em última análise, a proteção e preservação da vida, nacional e internacionalmente, diante dos avanços tecnológicos. Nesse sentido: “A criação de normas jurídicas e o surgimento de decisões políticas envolvendo a proteção à vida e à qualidade de vida, num sentido amplo, devem facilitar a mudança do olhar de cada pessoa sobre a necessidade de proteger a natureza que nos rodeia²⁸⁹”.

²⁸⁵ MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**, Passo Fundo, n° 30, p. 153-172, jan./jun. 2007. p.166.

²⁸⁶ *Ibidem.*, p. 168.

²⁸⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2004. Disponível em: http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 01 set. 2014.

²⁸⁸ MÖLLER, Letícia Ludwig, *op. cit.*, p. 168.

²⁸⁹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do Biodireito. In: LOBATO, Anderson O. Cavalcante (Org.). **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 1, n° 1, Caxias do Sul, p. 93-109, jan./jun, 2002. p. 107.

3.2 Conceito

Compreendido o contexto em que o Biodireito evidencia-se, cumpre delinear, de modo mais pontual, que:

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, a dignidade da pessoa humana²⁹⁰.

Desponta como um escudo protetor da vida, dando estabilidade e segurança aos princípios zelados pela Bioética. O Biodireito, como um microssistema jurídico, estrutura uma ordem normativa tendo por escopo a preservação da vida de todos os seres vivos, notadamente do ser humano²⁹¹.

Em que pese o conceito antes exposto, para alguns doutrinadores o Biodireito não se trata de um novo ramo do Direito, sendo “[...] a junção de todas as expressões da biologia que têm influência na ciência jurídica²⁹²”. Sendo ou não um ramo autônomo da Ciência Jurídica, o fato é que quando o Direito se volta a organizar as liberdades decorrentes do desenvolvimento (bio) tecnológico, buscando proteger e preservar valores fundamentais da esfera humana, percebe-se a atuação do Biodireito. “E o *duo* inicial promovido pelo *bio* e pela *ética*, se pluraliza, se reforça e se redesenha neste viés jurídico novo, disponibilizado à garantia da preservação da dignidade humana e da dignidade da própria humanidade, num último assento²⁹³” (destaque no original).

Doutrinariamente, é possível classificar o Biodireito em macro e microbiodireito. “No **macrobiodireito**, o foco está nas relações ambientais, no patrimônio natural, artificial e cultural; já o **microbiodireito** estuda as questões relacionadas à vida individualizada²⁹⁴” (destaque no original), no qual se insere questões envolvendo a RHA.

De fato, um dos campos científicos que exige maior atenção do Biodireito é a Biomedicina, não apenas pelo constante progresso nessa seara, mas porque afeta a vida “[...] em sua intimidade biológica, [...] nossos genes que estão sendo transformados em ‘objeto de

²⁹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 16.

²⁹¹ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo. Os caminhos para o Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 3, nº 5, Caxias do Sul, p. 187-204, jul./ dez., 2005. p. 198.

²⁹² VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos**. Brasília: Consulex, 2006. p. 25

²⁹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, nº 66, 1. jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4193>>. Acesso em: 13 maio. 2014.

²⁹⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 17.

ciência'. Não impedir os avanços da ciência e ao mesmo tempo impor limitações ao uso das descobertas científicas é o papel do direito²⁹⁵.

Destarte, o papel do Direito não é o impedir o desenvolvimento científico, mas traçar exigências mínimas, limites que garantam a compatibilização entre os avanços tecnológicos e o respeito à dignidade humana.

É necessário um marco regulatório da problemática Ética, tracejar limites jurídicos dotados de imperatividade para proteger a vida, a dignidade humana, enfim, o destino da humanidade. Contudo, o Direito, e nesse cenário, o Biodireito, não se faz apenas de leis, pelo que a ausência delas não pode ser entendida como ausência de normatização quanto à questão não analisada pelo legislador. Daí a importância dos princípios norteadores do Biodireito, adiante analisados.

3.3 Princípios do Biodireito

Diante da especificidade do Biodireito, bem como do seu campo de regulamentação, tem-se que, assim como em qualquer outro ramo do saber científico, é norteado por princípios, os quais, contudo, não afastam os princípios gerais do Direito. Nesse sentido:

Nosso estudo deve começar pela observação fundamental de que toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de *princípios*, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõe dado campo do saber²⁹⁶. (Destaque no original).

Dessa forma, é possível afirmar que princípios são “[...] ‘verdades fundantes’ de um sistema de conhecimento, como tais admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressuposto exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*²⁹⁷”.

Pois bem. Acerca dos princípios basilares do Biodireito, nas palavras de Heloiza Helena Barboza, citada por Ana Célia de Julio Santos, “[...] são valores eleitos pela sociedade, que não pode, (sic) sucumbir à sedução das - muitas vezes - promessas de realização de grandes e antigas aspirações humanas, como a imortalidade²⁹⁸”.

²⁹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 17.

²⁹⁶ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 303.

²⁹⁷ REALE, Miguel, *loc. cit.*

²⁹⁸ SANTOS, Ana Célia de Julio. Da Bioética ao Biodireito. In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). **Lições fundamentais de direito**, vol. 2: negócios jurídicos. Londrina: [o autor], 2006. cap. 6. p. 228.

Entre os valores fundamentais da sociedade brasileira, enaltecidos pelo constituinte de 1988 como “princípios constitucionais”, estão a vida, a liberdade, a dignidade humana e a solidariedade. “Estes são a base principiológica do Biodireito, por serem princípios basilares também da bioética²⁹⁹”.

Tratam-se de princípios que não se encontram em um capítulo específico na CRFB ou em qualquer outro diploma legal brasileiro, mas que podem ser visualizados em outras regras, direitos e garantias constitucionais, as quais têm em vista, em última análise, à proteção à vida humana e a garantia de sua dignidade.

3.4 Ramos do Direito Afetos ao Biodireito

Como já delineado, em que pese possa ser considerado como um ramo do Direito, o Biodireito não se esgota em si mesmo, pelo que além de sua ínsita relação com a Bioética, também se interrelaciona com a Biologia, Medicina e, dentro da própria Ciência Jurídica é possível vislumbrar os ramos com os quais mais se afina. Acerca do tema, Agostinho Oli Koppe Pereira e Jerônimo Giron asseveram que:

Cooperação é a palavra que deve ser semeada para que o conhecimento seja pleno. Parafraseando Pascal, percebe-se que todas as coisas são causadas e causadoras, ajustadas e ajustantes, mediatas e imediatas, e todas estão presas por um elo natural e imperceptível, que liga as mais distantes e as mais diferentes; considera-se impossível conhecer as partes sem conhecer o todo, sem conhecer particularmente as partes. Relacionar, cooperar e desenvolver uma interação entre as disciplinas e as diversas áreas do conhecimento demonstra ser a forma mais adequada e garantida de construir um efetivo Biodireito³⁰⁰.

Tendo em vista que o Biodireito (assim como a Bioética) pode ser qualificado pela interdisciplinaridade, não é demasiado analisar alguns aspectos, os quais não se afastam da temática proposta, atinentes às relações existentes entre o Biodireito e outros ramos do Direito³⁰¹.

O Biodireito associa-se, notadamente, com quatro ramos do Direito, quais sejam: o Direito Civil, Direito Penal, Direito Ambiental e Direito Constitucional. Tal conclusão se extrai

[...] à luz do art. 5º, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que proclama a liberdade da atividade científica como um dos direitos fundamentais, sem contido

²⁹⁹ SANTOS, Ana Célia de Julio. Da Bioética ao Biodireito. In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). **Lições fundamentais de direito**, vol. 2: negócios jurídicos. Londrina: [o autor], 2006. cap. 6. p. 228.

³⁰⁰ PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; GIRON, Jerônimo. Os caminhos para o Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 3, nº 5, Caxias do Sul, p.187-204, jul./ dez., 2005.p.201.

³⁰¹ SANTOS, Ana Célia de Julio, *op. cit.*, p. 232.

deixar de penalizar qualquer ato perigoso (imperícia) na relação médico-paciente e imperícia do cientista, levando em conta questões conflitantes como aborto, eutanásia, suicídio assistido, inseminação artificial, transplante de órgãos, OGM e clonagem terapêutica e científica³⁰².

Por certo, o Direito Constitucional é o ramo do Direito mais ligado ao Biodireito, sendo “[...] o ponto de partida de todo e qualquer ramo jurídico [...]”³⁰³. Em qualquer celeuma jurídica, notadamente nas decorrentes das inovações biotecnológicas, princípios constitucionais, em especial a dignidade e a vida humana devem ser considerados e protegidos. De fato:

O Direito Constitucional, ao positivizar os Direitos Humanos, transformando-os em Direitos Fundamentais, criou limites ao Estado, os quais devem ser respeitados quando da realização de pesquisas científicas, mantendo o cuidado de não ferir as garantias estabelecidas pela Carta Magna aos indivíduos componentes do Estado³⁰⁴.

Outro segmento jurídico com estrita relação com o Biodireito, notadamente com o tema objeto deste estudo é o Direito Civil, o qual estabelece o regramento de situações que se espalham por todo sistema jurídico. Entre outras áreas com os quais se relaciona, dentro deste grande cenário que é o Direito Civil, pode-se dizer que o Biodireito se afina à temas inerentes aos direitos de personalidade (como à vida e a integridade física, por exemplo), bem como questões relacionadas ao Direito de Família e Sucessório, sendo estes, inclusive, pontos relevantes do presente estudo³⁰⁵. Nesse sentido, cita-se:

Talvez não exista, na verdade, um só caso jurídico ligado à Bioética que não pertença igualmente ao mundo civilista – e, em todas as hipóteses, subsumindo-se às relações especiais do Direito de Família – como também ao ambiente criminalista³⁰⁶.

Como exposto, outro ramo bastante ligado ao Biodireito é o Direito Penal, o qual traz consigo sua adesão e coercitividade na tutela de bens e interesses que se deseja proteger das lesões e ameaças produzidas pelo desenvolvimento científico³⁰⁷.

Um importante aparato para tal mister é a Lei nº 11.105/2005³⁰⁸, a “Lei de Biossegurança”. Com o intuito de disciplinar questões relativas à engenharia genética, o

³⁰² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 17.

³⁰³ SANTOS, Ana Célia de Julio. Da Bioética ao Biodireito. In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). **Lições fundamentais de direito**, vol. 2: negócios jurídicos. Londrina: [o autor], 2006. cap. 6. p. 232.

³⁰⁴ SANTOS, Ana Célia de Julio, *loc. cit.*

³⁰⁵ SANTOS, Ana Célia de Julio, *loc. cit.*

³⁰⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, nº 66, 1. jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4193>>. Acesso em: 13 maio. 2014.

³⁰⁷ SANTOS, Ana Célia de Julio, *op. cit.*, p. 233.

diploma legal previu a criação do Conselho Nacional de Biossegurança (CNBS) e redefiniu a competência da já existente Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio), a qual detém poder normativo e é encarregada de propor a Política Nacional de Biossegurança, bem como de fiscalizar sua fiel aplicação e definir condutas vedadas no campo da engenharia genética e no uso de Organismos Geneticamente Modificados (OGMs)³⁰⁹.

Quanto ao Direito Ambiental, cumpre destacar que sua relação com o Biodireito também é íntima, sendo que possuem objetos de estudo por vezes coincidentes. Assim,

[...] o Direito Ambiental se preocupa com uma generalidade maior de situações, protegendo o meio-ambiente (sic) como um todo único e indivisível, ao passo que o Biodireito se preocupa com apenas uma porção desta realidade, a porção que toca ao ser humano enquanto espécie, e enquanto portador de valores individuais próprios³¹⁰.

Há quem destaque também, entre as ramificações jurídicas mais afetas ao Biodireito, o Direito do Consumidor, cuja relação com aquele se evidencia notadamente quanto aos contratos de inseminação artificial, celebrados com clínicas de reprodução artificial, “[...] caracterizando uma espécie de prestação de serviços, regulada pelo CDC³¹¹”, ou seja, o Código de Defesa do Consumidor.

Por todo o exposto, nota-se que se vivencia um momento de incessante desenvolvimento científico e tecnológico, em grande parte voltado à aplicação na saúde humana, de modo que não é possível deixar de reconhecer os benefícios decorrentes deste processo.

Contudo, também há que se reconhecer que todo este conhecimento que se tornou concretizável, notadamente em sede de engenharia genética, também pode esbarrar em limites eticamente questionáveis. A preocupação com a Ética diante dos avanços médicos e científicos tornou-se mais latente durante e após a Segunda Guerra Mundial, quando se

³⁰⁸ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao-1/leis-ordinarias/2005#content>. Acesso em: 18 ago. 2014.

³⁰⁹ SANTOS, Ana Célia de Julio. Da Bioética ao Biodireito. In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). **Lições fundamentais de direito**, vol. 2: negócios jurídicos. Londrina: [o autor], 2006. cap. 6. p. 234.

³¹⁰ SANTOS, Ana Célia de Julio, *loc. cit.*

³¹¹ SANTOS, Ana Célia de Julio, *loc. cit.*

evidenciou a prática de experimentos genéticos de intuito eugênico, nos campos de concentração nazistas³¹².

Daí que “[...] a bioética buscou e segue buscando estabelecer princípios e parâmetros que possam servir como diretrizes para a realização de pesquisas e experimentos e o uso dos seus resultados [...]”³¹³.

Mas o Direito também não pode quedar-se à margem dos problemas que se apresentam como fatos sociais e, valendo-se da normatividade e coercibilidade a ele inerente, cabe estabelecer limites jurídicos às práticas biomédicas, visando a preservação dos direitos fundamentais e em última análise, da dignidade humana. Evidencia-se, assim, o Biodireito.

Apesar de ser considerada por muitos como uma conquista já consolidada no plano da prática social, para a qual a Bioética ou mesmo o Biodireito já se posicionou e delimitou os limites, a RHA, assim como seus desdobramentos, entre os quais a RHA homóloga *post mortem*, não deixou ainda de ser controversa nesses planos³¹⁴.

Dessa forma, é acerca desta temática e à luz da Bioética e do Biodireito, considerando os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, que se passa a refletir.

³¹² SANCHES, Mário Antonio. **Bioética**: ciência e transcendência. São Paulo: Loyola, 2004. p.14.

³¹³ MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**, Passo Fundo, n° 30, p. 153-172, jan./jun. 2007. p. 156.

³¹⁴ D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da filosofia do direito. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 151.

4 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

A RHA, em que pese possibilitar a concretização do sonho da maternidade e paternidade de muitas pessoas, também é campo fértil para aprofundadas reflexões e acaloradas discussões bioéticas e jurídicas, tendo em vista as complexas situações que tornou possível. Uma delas é a RHA homóloga *post mortem*, tema central deste estudo. Portanto, como premissa deste estudo, faz-se necessário compreender alguns aspectos da procriação artificial.

4.1 Contextualização e Evolução

A sociedade contemporânea atingiu um nível de desenvolvimento tecnológico surpreendentemente fantástico e ao mesmo tempo assustador. O óbice para concretização dos planos audaciosos dos cientistas já não é nem tanto a falta de conhecimento ou de tecnologia para tanto, mas a consciência Ética e, por vezes, os entraves jurídicos.

Contudo, este estágio de desenvolvimento não foi alcançado abruptamente, mas caminhou junto com o avanço da própria sociedade, não se afastando do percurso evidenciado nos capítulos anteriores. Entre os passos mais significativos do desenvolvimento tecnológico, e nesse contexto, biotecnológico, estão as técnicas para RHA.

Pode-se dizer que a reprodução “[...] sempre foi uma constante nas sociedades familiares, desde a Antiguidade, sendo, portanto, a questão da reprodução uma constante nos documentos legislativos desde então³¹⁵”. Variava, contudo, o fator de união da família, o motivo primordial pelo qual um casal buscava a procriação. Tratando-se da família antiga, pode-se dizer que:

O que une os membros da família antiga é algo mais poderoso que o nascimento, que o sentimento, que a força física: é a religião do fogo sagrado e dos antepassados. Essa religião faz com que a família forme um só corpo nesta e na outra vida. A família antiga é mais uma associação religiosa que uma associação natural³¹⁶.

Na Antiguidade, o homem, após a morte, era visto como um santo ou uma divindade, contanto que os vivos lhe oferecessem banquetes públicos. Cessando as ofertas, os antigos acreditavam que o morto decairia para uma esfera inferior, caindo em desgraça.

³¹⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 153.

³¹⁶ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. p. 58.

Essa crença “[...] era o princípio fundamental do direito doméstico entre os antigos, derivando daí, em primeiro lugar, a regra de que cada família deveria perpetuar-se para sempre. [...].

Cada um, portanto, tinha grande interesse em deixar um filho, convencido de que disso dependia a felicidade de sua vida futura. Era até um dever para com os antepassados, porque sua felicidade durava somente enquanto existisse a família³¹⁷. (Grifou-se).

Nota-se, portanto, que a não continuidade da família através da prole implicava para os antigos na extinção do próprio culto, o que era considerado uma desgraça. Contudo, não bastava gerar filhos. Era necessário que o filho, que perpetuaria a religião doméstica, fosse fruto do casamento religioso³¹⁸.

O casamento era obrigatório e não tinha como fator preponderante o amor, o afeto entre o casal, pois o objetivo era a união de um homem e uma mulher para formarem um culto doméstico e perpetuá-lo. Dessa forma, entendia-se que: “Como o casamento não era contratado senão para perpetuar a família, parece justo que podia ser anulado se a mulher fosse estéril³¹⁹”.

Numa Denis Fustel de Coulanges³²⁰ assevera que na Índia, a religião prescrevia que “[...] a mulher estéril fosse substituída depois de oito anos”. Relata ainda situações descritas por Heródoto em relação a 2 (dois) reis de Esparta, constrangidos a repudiar suas mulheres porque eram estéreis. Em Roma, o autor menciona o caso de Carvílio Ruga, cujo divórcio foi o primeiro a ser mencionado pelos Anais de Roma. Tratava-se de um homem que amava sua esposa, mas que sacrificou seu sentimento em prol da religião, porque ela não poderia lhe dar filhos.

Destarte, a esterilidade não acometia apenas as mulheres. Contudo, sendo o casamento estéril por causa do homem, “[...] um irmão ou parente do marido deveria substituí-lo, e a mulher era impedida de se divorciar. A criança nascida dessa união era considerada filha do marido, e continuava seu culto³²¹”.

³¹⁷ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. p. 69-70.

³¹⁸ *Ibid.*, p. 72.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 73.

³²⁰ *Ibid.*, p. 73-74.

³²¹ *Ibid.*, p. 74.

Tal possibilidade era retratada, inclusive, no Código de Manu, o qual previa que diante da esterilidade do marido, seu irmão se incumbiria da tarefa de inseminar sua esposa, garantindo a prole daquele³²².

No mesmo sentido, o Código de Hamurabi, “[...] ante a importância da procriação, previa a intervenção de terceiros no lar conjugal, para saná-la³²³”.

Mas, nascendo uma filha do casamento, ainda não satisfazia seu objetivo, pois ela não poderia continuar o culto, já que no dia em que se cassasse renunciaria à família e ao culto do pai e passaria a pertencer à família e religião do marido³²⁴.

Não é demasiado salientar que o dever de perpetuar o culto doméstico foi a fonte do direito de adotar, na Antiguidade, pois:

A mesma religião que obrigava o homem a se casar, que concedia o divórcio em caso de esterilidade, e que, em caso de impotência ou de morte prematura, substituía o marido por um parente, oferecia ainda à família um último recurso para escapar à tão temida desgraça da extinção: esse recurso consistia no direito de adotar³²⁵.

Nota-se, portanto, que na Antiguidade, a constituição da família não tinha como objetivo outro senão a procriação, de modo que a esterilidade da mulher poderia implicar na extinção do casamento.

Por certo que neste contexto histórico, a humanidade não dispunha de meios tecnológicos para contornar o problema da esterilidade.

Contudo, uma das principais técnicas de RHA, a inseminação artificial, reside no ideário da humanidade desde a mitologia egípcia, segundo a doutrina³²⁶. Trata-se do episódio em que Isis buscou reconstituir o corpo de Osíris, com o fim de se fecundar, em um típico caso de inseminação *post mortem*.

Na Grécia, século V a. C. Hipócrates desenvolveu estudos acerca da embriologia. Também a mitologia grega traz a lenda de Perseu, o qual teria sido “[...] o primeiro homem nascido mediante inseminação artificial, em face da fecundação por Zeus de Dânae, filha de Aerísio³²⁷”.

³²² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 153.

³²³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *loc. cit.*

³²⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. p. 75.

³²⁵ *Ibid.*, p. 77.

³²⁶ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.119.

³²⁷ COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

Para Rese-Marie Lozano³²⁸, pesquisadora junto ao *Centre d'Étude et Recherches Internationales et Communautaires Université d'Aix-Marseille III*, no século III a.C. já havia referência no Talmude³²⁹ acerca da técnica de introdução do espermatozoide na vagina da mulher, como método de inseminação artificial, uma das técnicas de RHA.

Na Idade Média, em que pesem os avanços da Ciência tenham se dado de forma ainda lenta, no século XV já se registra o relato histórico da inseminação artificial havida no âmbito da corte portuguesa entre a rainha Joana e o rei de Castela, Henrique IV, chamado de “o impotente”. No caso, a filha havida acabou por não ser reconhecida pelo monarca “[...] por alegadamente não ter sido o procedimento bem sucedido, uma vez que o rei era completamente estéril³³⁰”.

Com o advento do microscópio no final do século XVI, descobriu-se, em 1677, a existência dos espermatozoides e posteriormente dos óvulos, influenciando no conhecimento que se tinha acerca da reprodução até o momento. Destarte, foi a partir do século XVIII, com a descoberta de Pierre-Louis Moreau de Maupertuis de que o embrião é fruto de 50% (cinquenta por cento) do pai e 50% (cinquenta por cento) da mãe, que começaram a se desenvolver estudos em matéria de reprodução artificial, notadamente através da inseminação artificial, utilizando-se, a princípio, animais para a pesquisa. “No ano de 1767, Ludwig Jacobi teve êxito em suas pesquisas com peixes. Em 1780, o padre Lazzaro Spallanzani inseminou uma cadela da raça barbeta, tendo nascido três filhotes³³¹”.

De acordo com Stela Marcos de Almeida Neves Barbas³³², o primeiro caso real de inseminação artificial com êxito na história da humanidade ocorreu em 1785, quando Thouret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, utilizou-se de uma injeção intravaginal com o seu espermatozoide para concepção em sua esposa. Posteriormente, de forma inédita, em 1884, nos EUA, William Pancoast realizou a primeira inseminação artificial heteróloga da história, ou seja, utilizou sêmen de um terceiro doador³³³ para a inseminação de uma mulher casada.

³²⁸ *Apud* COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.120.

³²⁹ Trata-se do conjunto de escritos canônicos dos judeus, composto por enormes compilações jurídicas e morais onde são condensados sua tradição pós-bíblica. (TALMUDE. In: **Diccionario del Cristianismo**. vol. 131. Barcelona: Herder, 1974. p. 729).

³³⁰ COLOMBO, Cristiano, *op. cit.*, p. 120.

³³¹ *Ibid.*, p.121.

³³² *Apud* COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

³³³ No caso, o doador selecionado foi um estudante brilhante, escolhido justamente por ser o melhor de sua classe. (COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*).

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, foram criados nos EUA bancos de sêmen, com o intuito de se armazenar material genético dos soldados americanos que lutavam no Pacífico, para posterior inseminação de suas esposas. “Foram cerca de vinte mil nascimentos havidos nesta condição, sendo que o juiz Henry Greenberg do Supremo Tribunal de Nova Iorque reconheceu todos como filhos legítimos³³⁴”.

O século XX marca um salto em matéria de RHA, pois se passa a pesquisar e desenvolver a técnica da fecundação *in vitro*. Talvez o evento mais notável desse século acerca da temática tenha ocorrido quando no *Royal Oldham and District General Hospital de Lancashire*, perto de Manchester, onde se extraiu de Lesley Brown (que não podia ter filhos em decorrência de obstrução nas trompas de Falópio) um óvulo maduro que, estando em condições químicas e termostáticas adequadas e controladas eletronicamente, foi fecundado em tubo de ensaio com o sêmen de seu esposo, John Brown, operando-se pela primeira vez na história a fecundação humana na proveta, por atividade científica da moderna embriologia médica. Implantado no útero de Lesley, o embrião se desenvolveu normalmente, e em 25 de julho de 1978 nasceu Louise Joy Brown, com 2,300 quilos³³⁵.

Não é demasiado apontar que em 1960 o biólogo italiano Daniele Petrucci, da Universidade de Bolonha, chegou a manter vivo *in vitro* um embrião durante quase 60 (sessenta) dias em um tubo de ensaio, acompanhando, filmando e registrando sua evolução. O objetivo do biólogo, contudo, não era a implantação no corpo humano para reprodução, mas o estudo das características das células responsáveis por certas malformações como leucemia e câncer. O estudo foi interrompido a pedido da Igreja Católica³³⁶.

No Brasil, a primeira criança gerada *in vitro* foi Anna Paula Caldera, em 7 de outubro de 1984, dando início ao processo que hoje chega ao incontável número de “bebês de proveta” no país, o que decorre notadamente da procura das pessoas aos centros de criopreservação de material genético e reprodução assistida que, mesmo diante do alto custo do tratamento, aumentaram nos últimos tempos³³⁷. Nesse sentido:

No Brasil, existem aproximadamente 117 centros de reprodução humana assistida, dos quais apenas seis instituições oferecem tratamento gratuito e três oferecem tratamento semigratuito – com a medicação paga pelo casal -, sendo ainda que a

³³⁴ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.122.

³³⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 587.

³³⁶ *Ibid.*, p. 588.

³³⁷ *Ibid.*, p. 587.

grande maioria desses centros localizam-se no Estado de São Paulo, não sendo o tratamento acessível a população como um todo³³⁸.

Contudo, de acordo com Tatiana Henriques Leite e Rodrigo Arruda de Holanda Henriques³³⁹, até 2011, o número de centros de criopreservação no Brasil já chegava a 150 (cento e cinquenta).

Dessa forma, diante da contemporaneidade do tema, bem como das implicações que dele decorrem, notadamente no âmbito jurídico, cumpre analisar seus principais elementos, começando pelo estudo acerca de seu próprio significado.

4.2 Conceito

Com a fecundação, isto é, a penetração do espermatozoide no óvulo, os gametas dos genitores formam uma nova entidade biológica, ou seja, um novo ser, que recebe o nome de zigoto. Ele carrega em si “[...] um novo projeto-programa individualizado, uma nova vida individual³⁴⁰”.

Quando a fecundação ocorre com o homem, é sinônimo de procriação e esta pode ocorrer tanto natural como artificialmente³⁴¹. Tratando-se de procriação natural, esta

[...] ocorre com a fecundação interna pela fusão dessas células germinais ou reprodutoras, formando o zigoto. [...] A reprodução humana somente poderá ocorrer de forma normal ou natural se existirem no homem e na mulher certas circunstâncias para que a fecundação se efetue, tais como: a mulher deverá produzir um óvulo maduro dentre os aproximadamente 200.000 folículos (folículo de Graaf) de qualquer um de seus ovários. O homem terá que produzir em seus testículos sêmen, com as propriedades adequadas para a fecundação. Com o coito, os espermatozoides na quantidade de no mínimo 20 milhões [...], um número de 65 por cento deverão ter mobilidade normal e capacidade de penetração suficiente para ascender a continuação pelo interior do colo do útero e da trompa de Falópio.

Encontrando-se com o óvulo que, por sua vez, tendo sido expulso do ovário, deu início à sua caminhada pela trompa em direção ao útero, ocorre a fecundação³⁴².

Contudo, diante da existência de obstáculos à realização desse ato (que muito mais do que meramente biológico, reflete o desejo de filiação inato ao homem) em

³³⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 155.

³³⁹ LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis**: revista de saúde coletiva [online]. Rio de Janeiro, vol. 24, n° 1, p. 31-47, 2014. p. 53.

³⁴⁰ SGRECCIA, Elio *apud* MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2012. p. 18.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 17.

³⁴² *Ibid.*, p. 19.

decorrência de problemas físicos e/ou psicológicos, a procriação medicamente assistida surge como uma solução para viabilizar a reprodução.

Dessa forma, a RHA pode ser entendida como “[...] a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade³⁴³”.

Destaque-se que, em que pesem os termos “esterilidade” e “infertilidade” sejam por vezes utilizados indistintamente, tecnicamente não se confundem. “A esterilidade é entendida como situação irreversível e, portanto, apenas passível de resolução mediante o recurso a técnicas de reprodução medicamente assistida³⁴⁴”. Já a infertilidade “[...] é a incapacidade de ter filhos vivos, sendo possível a fecundação e o desenvolvimento do embrião ou feto, equivalendo à hipofertilidade³⁴⁵”. A hipofertilidade é, muitas vezes, passível de resolução pelo recurso a terapêuticas tradicionais³⁴⁶.

No mesmo sentido, Francesco D’Agostino³⁴⁷ define a RHA “[...] como um ato médico com finalidade terapêutica”, entendendo fazer parte do próprio conceito dessa forma de reprodução a sua finalidade, excluindo do âmbito da definição

[...] todas aquelas intervenções médicas em condições de garantir um filho à pessoa que a estas recorrer, mas que prescindam da formulação de um diagnóstico de esterilidade a seu cargo, ou a cargo do casal qual essa pessoa pertença, que possa ser ligado – mesmo em sentido lato – a uma patologia.

Dessa forma, ao lado da reprodução natural e da adoção, a RHA mostra-se como uma opção às pessoas que querem ter filhos, mas que apresentam um diagnóstico de esterilidade. Ela implica em um conjunto de técnicas, a saber: “relação programada, inseminação artificial intrauterina e fertilização extracorpórea, que abrange a fertilização *in vitro* clássica e a fertilização *in vitro* por meio de injeção intracitoplasmática de espermatozóide³⁴⁸”, as quais serão analisadas a seguir.

As técnicas de RHA têm, portanto,

³⁴³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 153.

³⁴⁴ ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética** [online], Brasília-DF, vol. 22, nº 1, p. 66-75, jan./abr 2014. p. 67.

³⁴⁵ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 21.

³⁴⁶ ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa, *op. cit.*, p. 67.

³⁴⁷ D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética: segundo o enfoque da filosofia do direito**. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 145.

³⁴⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 154.

[...] o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes para a solução da situação atual de infertilidade (Res. N. 1358/92 do CFM, art. 1º, Seção 1), devolvendo ao homem e à mulher o direito a descendência. Seria justo negar-lhes esse direito, fazendo com que se resignem com sua sorte ³⁴⁹.

A submissão ao procedimento de reprodução artificial implica em uma série de alterações no funcionamento do organismo, sendo um tratamento longo, doloroso e caro. Nesse sentido, Maria Helena Diniz³⁵⁰ destaca, entre os problemas bioéticos que podem surgir da utilização por mulheres de técnicas de RHA, notadamente da fertilização *in vitro*, o risco à saúde da doadora do óvulo, “[...] por submeter-se a desgastantes técnicas para obtenção do gameta feminino ou a um forte tratamento hormonal para provocar superovulação [...]”.

Por isso, pontual a conclusão de Natália Batistuci Santos e Lydia Neves Bastos Telles Nunes³⁵¹, ao entenderem que “[...] a **dificuldade de se realizar tais técnicas**, considerando o desgaste psicológico, o físico (por se submeter a diversos exames), e até constrangimentos, **fazem demonstrar a prova de amor entre o casal e, este para com a criança que tanto desejam gerar**”. (Grifou-se).

As técnicas de RHA utilizadas em cada caso, como será abordado no tópico seguinte, levam em consideração a situação peculiar da pessoa que se submete à reprodução artificial, estando diretamente ligadas às causas de esterilidade ou infertilidade. De qualquer forma, para o desencadeamento do processo: “Uma equipe multidisciplinar tem participação estreita no acompanhamento do desenvolvimento folicular, detecção e indução da postura ovular ou até mesmo na realização do encontro dos gametas, assim como na otimização da fase lútea³⁵²”.

4.3 Técnicas de Reprodução Humana Assistida

Com o desenvolvimento científico na área na reprodução humana, notadamente diante das técnicas de procriação medicamente assistidas, houve uma ruptura da derivação necessária entre reprodução e sexualidade ³⁵³.

³⁴⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 570.

³⁵⁰ DINIZ, Maria Helena, *loc. cit.*

³⁵¹ SANTOS, Natália Batistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, vol. 41, n.º. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007. p. 255.

³⁵² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 154.

³⁵³ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 32.

Como delineado, a RHA consiste na assistência e orientação para a prática reprodutiva nos casos em que, pelos métodos tradicionais, não se mostra possível atingir o resultado desejado³⁵⁴. A escolha da técnica a ser utilizada para tal desiderato, contudo, “[...] ocorrerá em função da situação fática de cada paciente, em decorrência das diversas anomalias, deficiências ou incompatibilidades físicas que apresentar³⁵⁵”.

Inicialmente, cumpre salientar que a RHA pode implicar na fecundação *in vivo* ou *in vitro*. No primeiro caso, a concepção mediante técnicas de reprodução artificial ocorrerá dentro do corpo da mulher, ou seja, refere-se a métodos em que a fecundação ocorre “[...] no próprio organismo feminino³⁵⁶”. Já a fecundação *in vitro* consiste em técnicas cuja concepção se dá fora do corpo, em laboratório³⁵⁷.

Maria Cruz de Terán Velasco³⁵⁸, acerca da classificação exposta, assim arrematou:

La primera distinción es la existente entre técnicas de fecundación artificial intracorpóreas y técnicas de fecundación extracorpóreas. En las primeras, la fecundación tiene lugar en las vías genitales de la mujer, mientras que, en las extracorpóreas, la fecundación se realiza fuera del organismo femenino³⁵⁹

Ainda, cumpre destacar que, quando se refere a RHA homóloga, trata-se de técnicas que se utilizam de material biológico (ovócitos e espermatozoides) pertencente exclusivamente ao casal (cônjuges ou companheiros) que recorre ao método artificial. Por sua vez, o termo “heteróloga” refere-se a utilização de material genético pertencentes a outros sujeitos, que não o casal que se submete a alguma das técnicas de RHA³⁶⁰.

Quanto mais, os espermatozoides e o óvulo manipulados no procedimento de RHA podem ser tanto frescos como congelados³⁶¹. Desta forma, torna-se teoricamente viável que a fecundação ocorra tempos após o depósito do material genético em uma clínica de reprodução artificial, onde ficará criopreservado ou mesmo após a morte de um dos

³⁵⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p.156.

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 158.

³⁵⁶ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil**. Porto Alegre: Fabris, 2010. p. 29.

³⁵⁷ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 127.

³⁵⁸ *Apud* COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

³⁵⁹ A primeira distinção é a existente entre técnicas de reprodução artificial intracorpóreas e técnicas de reprodução extracorpóreas. Nas primeiras, a fecundação tem lugar nas vias genitais da mulher, enquanto que, nas extracorpóreas, a fecundação se realiza fora do organismo feminino. (Tradução nossa).

³⁶⁰ COLOMBO, Cristiano, *op. cit.*, p.128.

³⁶¹ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 34.

doadores, fato este que trará repercussões jurídicas, tanto na questão de filiação como de sucessão, questão que será analisada no capítulo 5 deste estudo.

As técnicas da RHA visam ultrapassar dificuldades em qualquer das fases do processo de reprodução natural, as quais podem ser sintetizadas em três: a) a primeira fase consiste na transferência de espermatozoides para o aparelho reprodutor feminino pelo ato sexual; b) a segunda fase ocorre com a fusão do gameta feminino e masculino (ovócito e espermatozoide) na porção ampolar das trompas uterinas, dando origem ao ovo ou zigoto, quando então tem início seu processo acelerado e continuado no desenvolvimento celular e c) a terceira fase implica na implantação embrionária, a nidação, que ocorre mediante a implantação desse embrião na mucosa uterina e posterior desenvolvimento da gravidez. Implica dizer que, considerando a causa da esterilidade ou infertilidade, as técnicas de RHA serão utilizadas para ultrapassar uma ou mais das fases descritas³⁶².

Entre as técnicas de RHA mais conhecidas estão: a inseminação artificial intrauterina (IUU); transferência intratubária de gametas (GIFT); transferência intratubária de zigoto (ZIFT); fertilização *in vitro* convencional com transferência intrauterina de embriões (FIVETE) e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI), adiante analisadas³⁶³.

4.3.1 Inseminação Artificial Intrauterina (IUU)

A IUU é tida como a técnica de RHA mais simples, consiste no depósito de espermatozoides diretamente na cavidade uterina³⁶⁴ e é a mais indicada para os casos de “[...] incompatibilidade de muco cervical, deficiência seminal leve, alterações na ovulação ou na concentração espermática (volume seminal e motilidade (sic) dos espermatozoides)³⁶⁵”.

De acordo com Ângela de Souza Martins Teixeira Marinho³⁶⁶, a IUU é apenas uma das espécies de inseminação artificial, que pode ocorrer das seguintes formas, além desta analisada: a) inseminação artificial intravaginal – o esperma fresco é injetado no fundo da vagina através de uma seringa plástica; b) inseminação intracervical – que consiste no depósito de pequena quantidade de esperma contido em um capilar, no interior do colo do

³⁶² ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética** [online], vol. 22, n^o1, p. 66-75, jan./abr 2014. p. 68.

³⁶³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 157.

³⁶⁴ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 35.

³⁶⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 157.

³⁶⁶ MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro: a polêmica instaurada após o novo Código Civil**. Porto Alegre: Fabris, 2010. p. 30.

útero; c) inseminação intraperitoneal - se dá através de uma injeção aplicada na cavidade abdominal para que as próprias trompas capturem os espermatozoides, fazendo com que sigam um caminho inverso ao ciclo normal, indo direto para as trompas de Falópio.

4.3.2 Transferência Intratubária de Gametas (GIFT)

A técnica em estudo consiste na transferência de espermatozoides e ovócitos previamente captados para a tuba uterina, onde haverá a fertilização natural, ou seja, *in vivo*³⁶⁷.

O método GIFT (*gametha intra fallopian transfer*) ou transferência intratubária de gametas diferencia-se da inseminação artificial intrauterina na medida em que, como delineado, além dos espermatozoides é também necessária a transferência de ovócitos diretamente para a trompa de Falópio³⁶⁸.

Em síntese, o procedimento ocorre da seguinte forma:

a uma, há a indução da ovulação, com a coleta de óvulos mediante laparoscopia, sendo os óvulos analisados e classificados; a duas, dá-se a coleta e preparação dos espermatozoides (sic); e, por último, transfere-se, por cateter, o sêmen do marido e os óvulos para as trompas de Falópio, no sentido de formar o embrião³⁶⁹.

É considerada hoje uma técnica ultrapassada e atua na primeira fase do processo reprodutor, antes delineada, decorrendo, posteriormente, a gravidez de forma natural³⁷⁰.

A técnica em análise é indicada para os casos em que a mulher tenha ao menos uma trompa saudável³⁷¹ e o casal não puder procriar por haver algum obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como “[...] esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita pseudo-hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária, etc.³⁷²”.

³⁶⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p.158.

³⁶⁸ ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética** [online], vol.22, nº 1, p. 66-75, jan./abr 2014. p. 68.

³⁶⁹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.130.

³⁷⁰ ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa, *op. cit.*, p. 68.

³⁷¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p.158.

³⁷² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 574.

Poderá ser homóloga ou heteróloga, a depender da origem do material genético fecundante³⁷³.

4.3.3 Transferência Intratubária de Zigoto (ZIFT)

Há situações, contudo, em que a causa da inviabilidade da reprodução natural decorre de algum problema na segunda fase do processo reprodutor, ou seja, não se mostra possível que naturalmente os gametas feminino e masculino se encontrem e ocorra sua fusão nas trompas uterinas. Dessa forma, faz-se necessário a promoção extracorpórea desse encontro, sobrepondo-se à primeira e segunda fase do processo reprodutor, sendo apenas a terceira concretizada mediante processo natural³⁷⁴.

Entre as técnicas utilizadas para a fusão gamética extracorpórea está a transferência intratubária de zigoto (ou *zibot intra fallopian transfer*), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta com o sêmen do marido ou companheiro (homóloga) ou de um doador (heteróloga), sendo o embrião posteriormente introduzido nas trompas de Falópio da doadora ou de outra mulher³⁷⁵.

A transferência do zigoto para a tuba uterina ocorre quando a célula fusionada encontra-se no estágio embrionário de duas células, no início da clivagem³⁷⁶.

4.3.4 Fertilização *In Vitro* Convencional com Transferência Intrauterina de Embriões (FIVETE)

É uma técnica onde a fecundação também ocorre em laboratório, sendo o embrião, entre 1 (um) a 3 (três) dias após a fecundação, transferido para o útero da mulher para que possa ali se desenvolver³⁷⁷. Em regra, “[...] a ovulação é estimulada por hormônios, resultando em vários folículos maduros, sendo os óvulos colhidos por punção guiada por ultrassonografia endovaginal”. Posteriormente, os óvulos são colocados em conjunto com os espermatozoides em um recipiente chamado Placa de Petri, onde são fecundados³⁷⁸.

³⁷³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 574

³⁷⁴ ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética** [online], vol.22, nº 1, p. 66-75, jan./abr 2014. p. 68.

³⁷⁵ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 569.

³⁷⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 158.

³⁷⁷ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39.

³⁷⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 157.

O processamento ocorre em um ambiente com temperatura de 37° (trinta e sete graus) e com 5% (cinco por cento) de CO₂ e, depois de 24 (vinte e quatro) a 48 (quarenta e oito) horas os embriões formados, já com 4 (quatro) a 8 (oito) células são transferidos para a cavidade uterina³⁷⁹. No mesmo sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama³⁸⁰ sintetiza o procedimento:

É importante observar que as técnicas de fecundação *in vitro* envolvem vários atos médicos que formam uma cadeia até proporcionar efetivamente a gravidez da mulher, já que inúmeras etapas devem ser percorridas, com êxito, como a indução da ovulação, a punção do folículo e cultura dos óvulos – no que pertence ao material fecundante da mulher – a coleta e preparação do esperma – no que tange ao material fecundante do homem –, a fertilização do óvulo pelo ambiente reprodutor do corpo feminino, e, em seguida, a cultura dos embriões que se formaram para posterior transferência para o útero da mulher. Tais etapas se inserem de forma englobada na denominação FIVETE, ou seja, fertilização *in vitro* e transferência de embriões.

É a técnica mais indicada para mulheres com problemas nas trompas, anovulação crônica, endometriose ou ovários policísticos³⁸¹.

4.3.5 Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoide (ICSI)

A injeção intracitoplasmática de espermatozóide é uma técnica que envolve “[...] a injeção de um espermatozoide diretamente no citoplasma de um ovócito maduro por meio de um aparelho especialmente desenvolvido, que contém microagulhas para injeção”³⁸².

Esta técnica se diferencia da ZIFT, bem como da FIVETE pelo fato “[...] de se colocar um único espermatozoide diretamente no citoplasma do ovócito, ultrapassando todas as barreiras à fecundação, o que a torna uma técnica de micromanipulação mais invasiva”³⁸³.

Isoladamente, é uma técnica inviável nos casos em que a esterilidade é decorrente de tuba uterina bloqueada ou no caso de oligospermia (número reduzido de espermatozoide). Contudo, pode ser eficaz quando combinada com outras técnicas reprodutivas,

[...] com a transferência de citoplasma, indicada para mulheres que possuem óvulos fracos, na qual de 10 a 20% dos óvulos de uma doadora são transferidos para o

³⁷⁹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 157.

³⁸⁰ *Apud* COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 131.

³⁸¹ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 158.

³⁸² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *loc. cit.*

³⁸³ ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética** [online], vol. 22, nº 1, p. 66-75, jan./abr 2014. p. 68.

óvulo do paciente, visando assim originar embriões de melhor qualidade e com maior poder de implantação; ou para o tratamento de homens que possuem apenas espermátides – células precursoras dos espermatozoides -, que são resgatadas dos testículos, maturadas e inseridas no óvulo pela técnica aqui descrita³⁸⁴.

Ressalte-se, por oportuno, que

[...] apesar de existir pretensão científica de invadir artificialmente a terceira fase do processo reprodutor natural, colocando-se a possibilidade de conseguir todo o desenvolvimento embrionário *in vitro* com a construção de um útero artificial sem qualquer relação com o organismo da mulher, este fenômeno denominado ectogênese ainda não foi alcançado³⁸⁵.

As técnicas de RHA analisadas foram produtos da evolução tecnológica. Contudo, meios auxiliares à reprodução humana natural sempre foram procurados pelo homem, com o intuito de perpetuar a espécie. Assim, pode-se dizer que: “[...] chegou ao seu apogeu: através das descobertas científicas, o que antes ‘era conseguido’ com orações, sucos de plantas, simpatias ou adultérios - consentido ou não - fez-se realidade no mundo contemporâneo³⁸⁶”.

Ocorre que o emprego crescente dessas técnicas enalteceu as discussões acerca dos limites do avanço biotecnológico. Assim sendo, a investigação acerca da intervenção médica no processo reprodutivo e seus desdobramentos é uma questão que proporciona acalorados debates ético/jurídicos, diante do que se mostra pertinente analisar a RHA frente à Bioética e o Biodireito.

4.4 Bioética, Biodireito e Reprodução Humana Assistida

Apesar de ser considerada por alguns como uma conquista já consolidada na prática social, da qual não cabem mais discussões, a RHA não deixa de ser um tema controverso, notadamente no plano da Bioética e do Biodireito.

De fato, o desenvolvimento da Biotecnologia, e nesse contexto destaca-se o avanço da prática de reprodução medicamente assistida, deu ensejo ao surgimento de questionamentos éticos, proporcionando o surgimento da Bioética como disciplina. Da mesma forma, as inovadoras possibilidades criadas pela Biotecnologia também obrigaram e obrigam, em muitas ocasiões, o mundo jurídico a avaliar, regulamentar e limitar essas conquistas,

³⁸⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p.158.

³⁸⁵ ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética** [online], vol. 22, nº 1, p. 66-75, jan./abr 2014. p. 68.

³⁸⁶ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.*, p. 160.

dando azo à formação de um novo ramo do Direito, qual seja, o Biodireito. Quanto mais, nota-se que a RHA é uma questão que “[...] vem entrelaçar-se não apenas as difíceis questões morais, mas inclusive problemas psicológicos e sociológicos, médicos e jurídicos³⁸⁷”.

Quando se trata de reprodução artificial sob a ótica jurídica, a primeira indagação que pode surgir é acerca da existência do direito à procriação. Pois bem. Na Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, convocada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e realizada em Cairo, em 1994, pela primeira vez referiu-se a existência e necessidade de proteção de direitos reprodutivos e sexuais, formulação essa confirmada em 1995, na Conferência Internacional de Beijing. Entre a gama de direitos compreendidos nessa categoria está o direito à concepção e descendência, que no ordenamento jurídico brasileiro está previsto na CRFB notadamente nos artigos 5º, L³⁸⁸; 7º, XVIII³⁸⁹, XIX³⁹⁰ e XXV³⁹¹ e 226, § 7º³⁹²; CC de 2002, artigos 1.565, §2º³⁹³ e na Lei nº 9.263/1996³⁹⁴, e que pode ser exercido naturalmente (por via de ato sexual) ou artificialmente, por meios de técnicas de RHA, em caso de esterilidade³⁹⁵.

Contudo, o direito à concepção e à descendência por meio de RHA não é absoluto, e na visão de autores como Maria Helena Diniz “[...] só deverá ser permitido [...] se não colocar em risco a saúde da paciente e do possível descendente (Res. CFM nº 1.358/92, I, nº 2; Lei espanhola nº 14/2006, artigo 3º)³⁹⁶”.

³⁸⁷ D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da filosofia do direito. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 153.

³⁸⁸ Art. 5º, L da CRFB - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; [...].

³⁸⁹ Art. 7º, XVIII da CRFB - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias; [...].

³⁹⁰ Art. 7º, XIX da CRFB - licença-paternidade, nos termos fixados em lei; [...].

³⁹¹ Art. 7º, XXV da CRFB - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas; [...].

³⁹² Art. 226, § 7º da CRFB - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

³⁹³ Art. 1565 § 2º do CC de 2002 - O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

³⁹⁴ BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao-1/leis-ordinarias/1996#content>. Acesso em: 20 ago. 2014.

³⁹⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 143.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 628.

No mesmo sentido, o artigo 9º e parágrafo único da Lei nº 9.263/1996³⁹⁷ preconizam que serão oferecidos todos os métodos ou técnicas conceptivas e contraceptivas cientificamente aceitas e que não coloquem em riscos a vida e saúde das pessoas, assegurada a liberdade, mas que a prescrição desses métodos e técnicas somente ocorrerá mediante avaliação e acompanhamento médico clínico, com prévia informação sobre os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia da medida, o que pressupõe a existência da esterilidade da mulher, do homem ou do casal a justificar o auxílio médico.

Não havendo disposições legais pontuais acerca da RHA, deve-se atentar para o fato de que o Direito não se resume à leis e que não é apenas no Direito que se encontraram as bases para a aplicação das técnicas de reprodução artificial, mas também e de grande importância, na Bioética. No âmbito do Direito, especificadamente, em que pese na visão de alguns autores a ausência de legislação regulamentadora implicaria na aplicação do princípio de que tudo aquilo que não está proibido está permitido, “[...] deixando os cientistas da área biomédica com grandes possibilidades de ação na área da embriologia e da engenharia genética³⁹⁸”, a ordem jurídica brasileira impõe que se observe, nesses casos, o artigo 4º da LINDB³⁹⁹,

[...] freando, assim, a atividade jurisdicional, que, então, só poderá utilizar-se dos princípios gerais do direito comparado ante a complexidade dessa temática, sempre levando em conta o respeito à dignidade humana (CF, art. 1º, III) e as diretrizes do Código de Ética Médica, arts. 15, 16 e 99⁴⁰⁰.

Em regra, as discussões amparadas pela Bioética e pelo Biodireito que se originam de questões relacionadas à RHA centram-se na preocupação com o ser que está sendo gerado, em todas as suas fases de desenvolvimento, inclusive quando o que se tem é apenas o material genético pertencente aos doadores, sem que ainda tenha havido a fecundação e se originado um ser dotado de individualidade própria. Preocupa-se com a coisificação do ser humano e a violação da dignidade humana.

³⁹⁷ Art. 9º da Lei n. 9.263/1996 - Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Parágrafo único. A prescrição a que se refere o *caput* só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.

³⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 628.

³⁹⁹ Art. 4º da LINDB - Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁴⁰⁰ DINIZ, Maria Helena, *op. cit.*, p. 628.

Contudo, partindo-se da mesma premissa, qual seja, a preocupação em evitar a coisificação humana, mas sob um diferente enfoque, Francesco D'Agostino⁴⁰¹ analisa, à luz da Bioética, a questão da despersonalização do ato gerador humano decorrente da manipulação genética. Entende o autor que:

Na reprodução assistida, a cisão entre a *dimensão de união* e a *dimensão procriativa* (para utilizar uma fórmula bastante repetida, criticada por muitos e na maioria das vezes mal-entendida) não cria problemas éticos por corresponder a uma violação de supremas *leis divinas* ou *leis naturais* que presidem à procriação [...] mas por *despersonalizar* o ato gerador humano: este se transforma de efeito de um encontro direto e imediato entre duas pessoas em efeito de um refinado procedimento tecnológico, tão cientificamente admirável quanto existencialmente *impessoal* e, por esse único motivo, eticamente problemático. (Destaque no original).

Sob essa perspectiva, entende o autor que por maior que seja o desejo de um casal que não possa ter filhos pelos meios naturais em realizar esse intento mediante reprodução artificial, “[...] a despersonalização do procedimento empobrece o próprio significado de geração [...] e altera de modo significativo o valor pessoal dos papéis geradores, aos quais é confiada a construção da própria identidade pessoal profunda do homem⁴⁰²”.

Essa “despersonalização” a que se refere Francesco D'Agostino, em sua visão, ocorre tanto quando se submete à fecundação homóloga como heteróloga. Tratando-se de fecundação homóloga, entende o autor⁴⁰³ que

[...] no casal (especificadamente na relação *conjugal*), o encontro do homem e da mulher não apresenta um mero caráter instintivo, mas põe em jogo valores *pessoais* específicos, ou seja, afetivos, psicológicos, sociais e jurídicos, que possuem um caráter propriamente *humano*. (Destaque no original).

Contudo, é quanto a fecundação heteróloga que Francesco D'Agostino⁴⁰⁴ aponta “problemas bioéticos” mais graves, pois: “A entrada da figura do doador na dinâmica do casal causa uma óbvia exacerbação do caráter de despersonalização do procedimento [...]”.

Mas, talvez o cerne das discussões bioéticas relativas à RHA esteja no nascituro, no concepturo ou no embrião, ainda que não implantado. Em que pese a existência de diversas teorias acerca do início da vida, algumas das quais abordadas no capítulo 1, tópico 1.4 deste estudo, é possível afirmar (ainda que se reconheça a existência de divergências

⁴⁰¹ D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da filosofia do direito. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 155.

⁴⁰² D'AGOSTINO, Francesco, *loc. cit.*

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 156.

⁴⁰⁴ D'AGOSTINO, Francesco, *loc. cit.*

doutrinárias) que a partir da concepção já existe um ser humano individualizado biologicamente⁴⁰⁵. Esta constatação, por si só, já implica na necessária imposição de limites éticos e jurídicos na prática biomédica quando da operacionalização de técnicas de RHA.

Nesse sentido, para Maria Helena Diniz⁴⁰⁶: “Atendendo aos reclamos da bioética, bem como aos de seus princípios basilares, impõe-se o estabelecimento de normas que garantam o respeito devido aos valores básicos da natureza, do homem e da vida social, protegendo não só a vida, mas também a saúde física e mental”.

Para a autora, as questões ético/jurídicas decorrentes da utilização de técnicas de RHA podem ser agrupadas em duas categorias, quais sejam, os problemas advindos de técnicas operacionalizadas *in vitro*, com posterior transferência de embriões e da inseminação artificial, como gênero.

Entre os possíveis embates bioéticos e jurídicos relacionados ao primeiro grupo, destacam-se entre as 45 (quarenta e cinco) situações trazidas pela autora: ofensa ao direito do filho de ser concebido naturalmente e à dignidade dos cônjuges, por provocar desequilíbrio estrutural no casamento, já que a fertilização *in vitro* poderá fazer com que o filho não contenha os caracteres genéticos do casal; a questão do direito de disposição do material genético; riscos à saúde da doadora do óvulo, por submeter-se a desgastantes técnicas para obtenção do gameta feminino ou de forte tratamento hormonal para provocar a superovulação, bem como à saúde do embrião, pois os hormônios ingeridos pela doadora poderão acarretar alterações cromossômicas dos óvulos e ou mesmo problemas congênitos ou de malformação; determinação da maternidade, pois torna-se cientificamente viável que o óvulo utilizado para reprodução seja de uma mulher, utilizada a barriga de outra para gestação, mas a fecundação tenha ocorrido com material genético do marido de uma terceira mulher, a qual procurou a clínica e que visa a maternidade. Poderia se dizer que a criança teria, em tese, três mães e um pai? Também se destaca como “situação-problema” a possibilidade do “casal encomendante” falecer após a fecundação, mas antes da implantação do embrião, surgindo a questão de ser ele considerado ou não um herdeiro do casal e qual seria o seu destino; e a possibilidade de uma criança nascer de genitor morto por ter sido utilizado esperma ou óvulo congelado, ainda que seja reprodução homóloga⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 628.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 629.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 589-608 *passim*.

Maria Helena Diniz⁴⁰⁸ ainda aponta 20 (vinte) problemas ético/jurídicos decorrentes da inseminação artificial, notadamente da heteróloga, dos quais se destacam: possibilidade de transexual ou homossexual pretender que companheira obtenha filho por essa técnica; arrependimento do marido ou companheiro após a realização da fecundação artificial, sugerindo o aborto ou, após o nascimento, ocorrer a rejeição da criança e o seu abandono; a utilização da técnica por mulher solteira, viúva ou separada, gerando a chamada “produção independente” e as discussões sobre as consequências psicológicas para a criança criada sem a figura paterna e também a inseminação artificial com a utilização de material genético do marido ou companheiro (inseminação homóloga) já falecido, e os embates daí decorrentes, notadamente jurídicos, como questões referentes a paternidade e herança, tema este que será analisado com maior profundidade no capítulo 5 deste estudo.

As situações exemplificativamente mencionadas levam a fortes indagações acerca da utilização de técnicas de RHA, como: toda pessoa tem o direito, em qualquer condição, de ter um filho? Não se estaria correndo um risco demasiado em transformar a criança que irá nascer mediante tais técnicas em um meio e não um fim em si mesmo?

A questão não difere de inúmeras outras em que também se verifica uma preocupação com a coisificação do ser humano, com a violação da dignidade humana. No caso da RHA, é possível encontrar diferentes posições, ora contra, ora a favor da mesma. Para alguns, “[...] qualquer que seja a força desejo de um casal de ter filhos, este desejo é egoísta. Logo, se o casal não pode ter filhos sem inseminação, nenhuma ajuda deve lhe ser dada⁴⁰⁹”. Sob esta perspectiva, a vontade de ter filhos não passa de um desejo, sem conotação de um direito e, portanto, desprovido de proteção jurídica.

Outra corrente de opinião, não se afastando em demasia da primeira, levanta a questão religiosa e defende que é “[...] nefasto interferir na natureza, ou naquilo que é considerado como sendo vontade divina⁴¹⁰”.

Contudo, outro argumento é no sentido de que o desejo de ter filhos é legítimo e merece atenção, inclusive pelo Direito⁴¹¹.

Diante dessa gama de inquietações não só jurídicas, mas éticas, médicas, psicológicas, sociológicas, enfim, multidisciplinares que podem surgir e da evidência de que a questão pode apresentar diferentes posicionamentos, a doutrina não tardou a analisar a RHA

⁴⁰⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 578-587 *passim*.

⁴⁰⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 134.

⁴¹⁰ LEITE, Eduardo de Oliveira, *loc. cit.*

⁴¹¹ LEITE, Eduardo de Oliveira, *loc. cit.*

de modo não puramente descritivo, mas principalmente reflexivo. Para Stella Maris Martinez, em uma visão bastante crítica⁴¹²:

A opção pelas técnicas de reprodução assistida não é natural, nem é opção pelo amor, por exprimir uma entrega condicionada à obtenção de um filho artificialmente, nem mesmo é opção pela dignidade da pessoa humana, por tomar o filho como objeto de manipulação instrumental ou de experimentação em laboratório, com intervenção de terceiros que não são os genitores, sejam eles os doadores de material fertilizante, as que cederam o útero para procriação alheia ou os membros componentes da equipe médica que realiza tais técnicas.

Da mesma forma, Maria Helena Diniz⁴¹³, que com algumas ressalvas quanto a possibilidade de utilização das técnicas de RHA, entende que que:

O melhor seria não só vedar as práticas de reprodução humana assistida, admitindo-se apenas, por motivo terapêutico, a inseminação artificial homóloga *inter vivos* em mulher casada ou que viva em união estável, desde que use o material fertilizante do marido ou companheiro uma só vez e desde que não haja risco para sua saúde e à do filho, como também facilitar a adoção, inclusive a pré-natal.[...] Não se está combatendo o progresso técnico, mas não se pode olvidar que o direito pressupõe o valor e não apenas o científico. Necessário será regulamentá-lo, minuciosamente, restringindo-o na medida do possível.

Acerca da regulamentação jurídica da RHA, cabe destacar que não há ainda um diploma legal específico, sendo que a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança) trata de temas afetos, como a conservação de embriões, clonagem humana e células-tronco embrionárias. Também há que se ressaltar que o CC de 2002, em seu artigo 1.597, nos incisos III, IV e V⁴¹⁴, trata da presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, concepção artificial homóloga e inseminação artificial heteróloga, inovando em relação ao CC de 1916 que, naturalmente, não previa tais situações. No plano das normas éticas, destacam-se as definidas na Resolução nº 1.957/2010 do Conselho Federal de Medicina (CFM)⁴¹⁵.

Contudo, existem diversos Projetos de Lei (PL) em tramitação no Congresso Nacional sobre reprodução assistida, dentre os quais⁴¹⁶: PL nº 3.638/1993 de autoria do

⁴¹² *Apud* DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 629.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 608-609.

⁴¹⁴ Art. 1597 do CC de 2002-Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...]. III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

⁴¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. **Diário Oficial da União**, 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

⁴¹⁶ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 143.

Deputado Luiz Moreira (instituiu normas para a utilização de técnicas de reprodução assistida); PL nº 2.855/1997, de autoria do Deputado Confúcio Moura (dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução humana assistida e dá outras providências); PL nº 1.135/2003, de autoria do Deputado José Aristodemo Pinotti (trata acerca das técnicas de reprodução assistida) e PL nº 590/1990, de autoria do Senador Lucio Alcântara, atualmente em trâmite na Câmara dos Deputados (PL nº 1.184/2003, que define normas para realização de inseminação artificial *in vitro*, proibindo a gestação de substituição – barriga de aluguel – e os experimentos de clonagem radical).

Com o avanço das técnicas de reprodução artificial, com a procura cada vez maior pelas pessoas a tais métodos e as reflexões acerca dos problemas éticos e jurídicos decorrentes da submissão ao tratamento reprodutivo, sem que ainda se disponha de regulamentação específica sobre o tema, não tardou a ecoarem juntamente com as críticas à RHA questionamentos como: “Não seria melhor a adoção, que preencheria a satisfação de ter e criar filhos, resguardando, em certa medida, o direito à descendência?⁴¹⁷”. Nesse sentido, Francesco D’Agostino⁴¹⁸, refletindo uma posição bastante crítica quanto a RHA, defende que:

[...] Inserir na ordem da vida do casal a dimensão tecnológica da reprodução assistida implica alterar a sua *relacionalidade constitutiva pessoal* (e, nessa perspectiva, deve ser considerada significativa a diferença que ocorre entre a escolha de recorrer à reprodução assistida e a escolha do casal de adotar uma criança: a opção pela adoção sempre tem um evidente caráter pessoal, pois implica exclusivamente o dispor de afetividade e de acolhimento, e não de tecnologia). (Destaque no original).

Esta indagação nos remete a uma necessária reflexão que pode ser analisada sob diferentes óticas, tendo em vista a interdisciplinaridade da temática, mas que nesta pesquisa será realizada à luz do Biodireito.

Pois bem. Com a promulgação da CRFB de 1988 ocorreram inúmeras alterações no ordenamento jurídico brasileiro, grande parte delas oriundas do mesmo eixo, qual seja, do enaltecimento da dignidade humana, erigida a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III). Dentre essas inovações, destacam-se neste contexto as conquistas havidas no campo da saúde reprodutiva e sexual no Brasil. Ditas conquistas vieram com a previsão no texto constitucional (em que pese a mera positivação de direitos, por si só, não garanta a sua efetivação) do direito à saúde do cidadão, o que inclui a saúde sexual e

⁴¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 630.

⁴¹⁸ D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da filosofia do direito. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: UNISINOS, 2006. p. 156.

reprodutiva, bem como do direito ao planejamento familiar e à paternidade responsável, os quais devem ser assegurados a homens e mulheres⁴¹⁹.

De acordo com o artigo 226, § 7º da CRFB de 1988⁴²⁰, alicerçado na dignidade humana e no princípio da paternidade responsável, é assegurado ao casal o direito ao exercício do planejamento familiar, cabendo ao Estado tornar disponível todos os meios e recursos cabíveis para a realização deste direito. Cumpre mencionar que, no âmbito internacional, destacam-se o Plano de Ação da Conferência Internacional de Cairo sobre População e Desenvolvimento de 1994 e a Plataforma de Ação de Beijing, de 1995, documentos internacionais de direitos humanos que veiculam de direitos reprodutivos, anteriormente citados⁴²¹.

Cumpre ainda observar que a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 veio a regulamentar o § 7º do artigo 226 da CRFB de 1988, em particular o planejamento familiar, definido no artigo 2º da Lei como “[...] o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Dessa forma, sob a designação de “planejamento familiar” pode-se entender que “[...] está implícita a idéia (sic) de regulação de nascimentos, de contracepção, de esterilização e de todos os outros meios que interferem diretamente nas funções reprodutoras da mulher e do homem e agem diretamente sobre a saúde⁴²²”.

Daí que, enquanto titulares de direitos sexuais e reprodutivos, o homem e a mulher podem planejar sua família, decidindo se querem ou não ter filhos e de que forma serão havidos. Implica dizer que: “O projeto parental realiza-se quando o nascimento dos filhos é desejado pelos pais, seja ele um processo natural ou auxiliado por meio de recurso às tecnologias conceptivas, que representa às vezes a única chance para gerar um filho⁴²³”.

Por oportuno, cumpre esclarecer que os direitos reprodutivos,

[...] correspondem ao conjunto dos direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana. Esse conceito corresponde ao acesso a um

⁴¹⁹ BRAUNER, Maria Claudia Crespo *et al.* Biodireito e saúde reprodutiva: permanências e transformações no exercício do planejamento familiar no Brasil. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. (Org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Unijui, 2007. p. 13.

⁴²⁰ Art. 226, § 7º da CRFB - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

⁴²¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 252.

⁴²² BRAUNER, Maria Claudia Crespo *et al.*, *op. cit.*, p. 19.

⁴²³ *Ibid.*, p. 20.

serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle da natalidade, quanto para a procriação sem riscos para a saúde⁴²⁴.

Quanto aos ditos “direitos sexuais”, há que se salientar que seu conceito, resultado de mudanças políticas e culturais das sociedades, tem sido formulado por duas frentes: de um lado, pelas fortes reflexões feministas vinculando sexualidade, reprodução, desigualdades e iniquidades entre os sexos, principalmente nos movimentos dos EUA, Europa e América Latina, que levaram à formulação do conceito de autodeterminação sexual. O outro surgiu dos movimentos das comunidades gays e lésbicas, principalmente dos EUA, que vêm lutando contra discriminação⁴²⁵.

Contudo, tanto os direitos sexuais como reprodutivos são emanções do direito à saúde reprodutiva, conceituada na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento realizada no Cairo, em 1994, como⁴²⁶:

[...] um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidade ou doença, em todos os aspectos relacionados ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Conseqüentemente (sic), a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos, de procriar, bem como implica a liberdade para escolher ente (sic) fazê-lo ou não, no período e na frequência (sic) desejada.

Portanto, em que pese a necessidade de se assegurar que o casal ou mesmo o indivíduo isoladamente não transforme seu direito à saúde reprodutiva em uma afronta a dignidade humana, notadamente do concebido, com o auxílio da Biotecnologia, não se pode negar, por si só, a utilização de tecnologias conceptivas, condenando-as genericamente, uma vez que são meios para a implementação dos direitos sexuais e reprodutivos. Destarte, a concepção e a reprodução, respeitadas as limitações ético/jurídicas, “[...] pertencem à intimidade e à liberdade dos casais⁴²⁷”.

Mas, e quanto a questão surgida anteriormente acerca da adoção, deveria ser preferida em detrimento da submissão do casal ou do indivíduo à técnicas de RHA? Estar-se-ia diante de uma “injustiça social” investir importantes recursos financeiros, submeter-se a um procedimento altamente desgastante, física e psicologicamente quando se tem um grande número de crianças e adolescentes em condições de serem adotadas? Por certo que a questão

⁴²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 238.

⁴²⁵ DIAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Os direitos sexuais e reprodutivos. In: RIBEIRO, CAMPUS, M.T.A. (ed.). **Afinal, que paz queremos?** Lavras: Editora UFLA, 2004. p. 10.

⁴²⁶ BRAUNER, Maria Claudia Crespo *et al.* Biodireito e saúde reprodutiva: permanências e transformações no exercício do planejamento familiar no Brasil. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. (Org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Unijui, 2007. p. 20.

⁴²⁷ BRAUNER, Maria Claudia Crespo *et al.*, *loc. cit.*

não pode ser colocada nesses termos. Isso porque, a autodeterminação do indivíduo deve ser respeitada, o que decorre inclusive do princípio do planejamento familiar.

De fato, a adoção é uma grande prova de amor e implica na realização do sonho da maternidade e paternidade, mas cada pessoa carrega consigo caracteres que as diferenciam, não apenas fisicamente, mas psicologicamente, de modo que para muitas pessoas gerar em seu próprio corpo, sentir o desenvolvimento de um ser humano dentro de si é algo que não abdicam, mesmo que tenham que se submeter a um procedimento médico custoso e desgastante. Não há egoísmo algum em querer passar por todo o período gestacional. E mesmo quando se está diante de reprodução heteróloga, não há como falar em ausência de amor, o qual, por certo, não se restringe ao ato sexual, pois como explicar a abdicção à intimidade de um casal, aceitando que seu filho seja constituído biologicamente com material genético de um desconhecido senão o amor que estão ansiosos para lhe dar? Nesse passo, em nada se difere da adoção.

Nesse sentido, Eduardo de Oliveira Leite⁴²⁸, acerca do argumento de que deveria se fomentar a adoção e, resolvendo indiretamente o “problema do menor abandonado”, ao invés de investir-se em RHA, assevera que: “A questão do abandono de menores é – nunca é demais repetir – um problema estatal, portanto público, enquanto o desejo de ter filhos através da inseminação artificial, é uma questão pessoal, de ordem privada, de foro íntimo”.

Não há como negar, pelo simples fato de se tratar de reprodução artificial, a existência de afeto no seio da família que está para aumentar ou para se formar, porque a conotação afetiva vai muito além do ato sexual da concepção, mas está na criação, no desejo de proteção e cuidado com a prole, que se demonstrará por toda a vida desta.

Diante do emaranhado de questionamentos éticos e jurídicos que podem surgir em se tratando de RHA, cumpre analisar pontualmente - notadamente sob a ótica jurídica - um dos desdobramentos dessa grade temática, que é a RHA homóloga *post mortem*, a fim de que se compreenda o que é, se é viável perante o ordenamento jurídico brasileiro, em que condições e quais os embates que pode gerar.

⁴²⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.103.

5 REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA HOMÓLOGA *POST MORTEM* E SEUS DESDOBRAMENTOS JURÍDICOS, COM ÊNFASE NO DIREITO SUCESSÓRIO

Uma das situações que o avanço da Biotecnologia tornou faticamente possível é a RHA homóloga *post mortem*, tema que gera controvérsias não apenas na seara jurídica, mas também em outras áreas do saber, como na Bioética e na Psicologia, por exemplo. Longe de restringir-se ao plano meramente acadêmico, a relevância do estudo desta temática decorre da constatação de que ela vem ocorrendo no mundo dos fatos e o Direito é chamado para dar respostas acerca de seus limites e dos efeitos que produz.

Portanto, a partir das considerações tecidas nos capítulos anteriores, parte-se para investigação acerca dos desdobramentos jurídicos da RHA homóloga *post mortem*, especialmente quanto a sua repercussão no Direito Sucessório.

5.1 Contextualização e Evolução

Como exposto no capítulo anterior, o avanço da Biotecnologia permite que se mostrem cientificamente viáveis situações antes inimagináveis, notadamente no que tange à RHA. Uma dessas situações, a qual se dedica neste trabalho, é a RHA homóloga *post mortem*. Mas, antes de analisar no que consiste esta prática, bem como sua repercussão na seara jurídica, importante identificar o contexto em que surgiu.

Quando investigada a contextualização e evolução histórica da RHA, no capítulo 4, item 4.1, delineou-se que, já na mitologia egípcia, registra-se o episódio em que, com o fito de vir a se fecundar, Isis reconstituiu o corpo de seu amado e falecido Osíris, fato este descrito pela doutrina⁴²⁹ como “[...] um típico caso de inseminação artificial *post mortem*”.

Contudo, a questão ganha mais plausibilidade com o avanço da tecnologia, notadamente a partir da segunda metade do século XVII, após a invenção do microscópio e dos avanços nos estudos acerca da embriologia. Mas é a partir do surgimento dos primeiros bancos de esperma que a temática ganha importância prática⁴³⁰.

Nos EUA, os primeiros bancos de sêmen foram criados por ocasião da Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de preservar o material genético dos soldados que lutavam no Pacífico para futura inseminação de suas esposas, que estavam em território

⁴²⁹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 119.

⁴³⁰ *Ibid.*, p.121.

estadunidense. “Foram cerca de vinte mil nascimentos havidos nesta condição, sendo que o juiz Henry Greenberg do Supremo Tribunal de Nova Iorque reconheceu todos como filhos legítimos⁴³¹”.

Em 1973 surgiram os primeiros bancos de esperma na França, os chamados *Centres d'Étude et de Conservation des Oeufs et du Sperme Humain*⁴³² (C.E.C.O.S.). E foi na França, na década de 80, que a temática da RHA *post mortem* ganhou maior relevo, quando ocorreu o primeiro caso registrado na história desta prática, conhecido como “caso Parpalaix”⁴³³.

Neste episódio, de acordo com Sandra Marques Magalhães⁴³⁴, Alain Parpalaix e Corinne Richard viviam um relacionamento amoroso, quando ele descobriu que havia sido acometido de câncer nos testículos. Antes de iniciar o tratamento, que apresentava sérios riscos de afetar sua fertilidade, Alain coletou e congelou seu sêmen, objetivando sua utilização futura. Contudo, no dia seguinte ao casamento, ele veio a falecer. Diante disso, visando implementar o sonho construído pelo casal, Corinne, com o apoio da família de Alain solicitou o sêmen do *de cujus* ao centro de criopreservação onde estava armazenado, mas o pedido foi negado. A questão foi levada ao Judiciário, sendo pleiteada junto ao *Tribunal de Grande Instance de Créteil* a disponibilização do material genético de Alain para ser utilizado na inseminação artificial de Corinne. Em síntese, na sentença proferida pelo referido Tribunal em agosto de 1984 restou decidido que

[...] o contrato firmado entre as partes não era de depósito, em razão de ser coisa fora do comércio, tratando-se de contrato atípico, envolvendo a criopreservação, que não era vedada, tampouco admitida no território francês. Nesse sentido, **foi entregue o sêmen criopreservado a Corinne, em face de não se tratar de violação ao Direito então vigente, bem como se coadunava a uma das finalidades do casamento: a procriação**⁴³⁵. (Grifou-se).

Em que pese o Tribunal tenha julgado procedente o pedido de Corinne, a inseminação realizada não teve êxito, provavelmente em decorrência do tempo em que o material genético de Alain ficou congelado no banco de sêmen⁴³⁶.

Posteriormente, também na França, outro caso envolvendo RHA *post mortem* tornou-se mundialmente conhecido, em que pese com um desfecho judicial distinto

⁴³¹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 121.

⁴³² Centros de Estudos e de Conservação de Óvulos e Esperma Humano (Tradução nossa).

⁴³³ COLOMBO, Cristiano, *op. cit.*, p.121.

⁴³⁴ *Apud ibid.*, p.124.

⁴³⁵ COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

⁴³⁶ COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

do “caso Parpalaix”. Conforme narra Sandra Marques Magalhães⁴³⁷, em 1985 Michel Gallon, casado, ao descobrir que fora acometido de câncer nos testículos, criopreservou seu esperma no Centro de Toulouse, vindo a falecer em 1989. Dois dias após o óbito, a viúva de Gallon solicitou à clínica o material genético deixado pelo ex-marido. Com a negativa, a viúva ajuizou demanda judicial com o fim de constranger o Centro a entregar-lhe o material. No entanto, a demanda

[...] foi julgada improcedente sob o fundamento de que a criança que nascesse da inseminação artificial *post mortem* seria privada da filiação paternal, bem como em razão do contrato trazer expressamente cláusula de não utilização do material genético em caso de ausência de Gallon⁴³⁸.

Outro caso envolvendo a RHA *post mortem* que se tem notícia ocorreu no Reino Unido, em 1995. Na ocasião, o senhor Blood, em razão de uma meningite, entrou em estado de coma, ficando inconsciente por um longo período. Diante do grave estado clínico de Blood, sua esposa, Daiane, solicitou que fosse coletada uma amostra de seu esperma, o que foi feito. Com o falecimento de Blood, a esposa solicitou junto ao órgão oficial regulador de reprodução assistida do Reino Unido a utilização do sêmen do ex-marido para que se procedesse à inseminação artificial. Contudo, diante da ausência de consentimento expresso do doador, o pedido foi negado. A questão foi levada ao Poder Judiciário e, em segunda instância, a *Court of Appel* decidiu por negar autorização para a utilização do sêmen de Blood para fins de reprodução artificial nos limites do Reino Unido, autorizando, contudo, que o material genético fosse “exportado” para outro país da Comunidade Européia, com fundamento no Tratado de Roma, que “[...] assegura aos cidadãos europeus buscar tratamento médico em outros países dessa comunidade”. Em 1998, na Bélgica, Daiane teve seu filho, inseminado após a morte do pai⁴³⁹.

No Brasil, o caso paradigmático envolvendo RHA *post mortem* ocorreu em Curitiba, sendo a questão decidida pelo 13º Ofício Cível do Foro da capital paranaense. Em decisão inédita, permitiu-se que a Katia Lernerneier desse andamento à RHA, utilizando-se de material genético de seu marido falecido, Roberto Jefferson Niels, em que pese a ausência de autorização escrita para tanto junto à clínica onde o material encontrava-se criopreservado, efetivando-se a reprodução *post mortem*⁴⁴⁰.

⁴³⁷ *Apud* COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 124.

⁴³⁸ COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

⁴³⁹ COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p.146.

Em que pese não se desconheça que outros casos envolvendo a temática já manifestaram-se no mundo dos fatos, o histórico exposto permite concluir que, de longa data, a RHA *post mortem* se fez presente, sendo que “[...] em um primeiro momento, revelou-se no imaginário dos seres humanos no campo da mitologia e, mais recentemente, de forma concreta, através dos avanços biotecnológicos⁴⁴¹”.

Antes de partir para uma aprofundada reflexão acerca das questões jurídicas desencadeadas por esta prática, notadamente no Direito das Sucessões, necessário entender do que se trata, contexto no qual será delimitado o objeto desse estudo.

5.2 Conceito

Inicialmente, cumpre advertir que em sede doutrinária a temática deste estudo ganhou distintas terminologias, ora valendo-se da técnica de RHA utilizada (sob uma perspectiva objetiva), ora delimitando no conceito quem é o *de cuius* (sob uma perspectiva subjetiva). Nesse sentido, Cristiano Colombo⁴⁴² trata da inseminação artificial homóloga *in vivo post mortem*, definindo-a como

[...] a uma, a transferência do sêmen masculino para as vias genitais femininas da mulher; a duas, a utilização de espermatozoides (sic) do marido, ou seja, o uso de elementos genéticos exclusivamente dos cônjuges [...]; a três, a fecundação é intracorpórea a ao corpo da esposa, então viúva; a quatro, o procedimento é realizado após a morte do marido.

Tecnicamente, o conceito antes delineado, como exposto, trata apenas de uma das técnicas cientificamente possíveis de implementar a RHA póstuma (técnicas essas tratadas no capítulo 4, item 4.3) que é a inseminação artificial (em uma de suas espécies) e realizada após a morte do doador do material genético, sendo este o marido da mulher que será inseminada. Não compreende, portanto, as formas de fertilização extracorpórea, nem tampouco a possibilidade do *de cuius* ser a mulher e do casal que se submete ao procedimento viver em união estável, ao invés de matrimônio. No decorrer de sua obra, contudo, o autor defende a possibilidade de se reconhecer efeitos jurídicos à inseminação homóloga *post mortem* realizada com material biológico de companheiros⁴⁴³.

⁴⁴¹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 125.

⁴⁴² *Ibid.*, p.133.

⁴⁴³ COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

No mesmo sentido, ao enfrentar a questão da reprodução póstuma, Maria Helena Machado também a restringe à inseminação artificial e tendo como falecido o marido. Para a autora, a inseminação artificial *post mortem* diz respeito “[...] ao sêmen extraído do marido em vida, mas usado somente após o seu falecimento⁴⁴⁴”.

Igualmente, Eduardo de Oliveira Leite⁴⁴⁵ refere-se à inseminação *post mortem*, definindo-a, contudo, como uma forma de inseminação intermediária, na medida em que não seria nem homóloga, nem heteróloga, pois em que pese o material genético utilizado seja do marido, este já faleceu, não sendo possível falar na existência de um casal, no momento da inseminação.

Por sua vez, Maria Helena Diniz⁴⁴⁶ aborda a questão tanto quando se trata de fertilização *in vitro*, como quando há submissão a uma das formas de inseminação artificial. Em ambos os casos, adiante-se, posiciona-se contrariamente a tais práticas. Acerca da RHA *post mortem* mediante a fertilização *in vitro*, sustenta:

[...] a técnica FIVETE (fecundação *in vitro* com transferência de embrião) acarreta seriíssimas questões ético-jurídicas, tais como: [...]
4) possibilidade de uma criança nascer de genitor morto, por ter sido utilizado [...] esperma congelado de pessoa já falecida, ainda que seja o marido de sua mãe, ou por ter havido fecundação *in vitro* de óvulo de mulher morta [...].

Tratando-se de inseminação artificial *post mortem*, a mesma autora refere-se a inseminação da viúva com a célula germinal do falecido, congelada em clínica de reprodução humana assistida⁴⁴⁷.

Pois bem. É necessário que sejam fixadas, neste contexto, duas premissas importantes para a delimitação e compreensão deste estudo. A primeira implica no reconhecimento de que, em termos de avanço científico, é possível se pensar em RHA *post mortem* por diferentes técnicas e com a utilização de material genético tanto da mulher como do homem falecido. Assim, exemplificativamente, seria viável, **em termos de avanço tecnológico**, a utilização do óvulo congelado de uma mulher após a sua morte em uma fertilização *in vitro* com o sêmen de seu marido (ainda vivo), sendo o embrião inserido no corpo de outra mulher, em um caso de barriga solidária.

⁴⁴⁴ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 106.

⁴⁴⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 154.

⁴⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 589-590.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 575.

Contudo, **neste trabalho, apenas se abordará a reprodução ocorrida artificialmente após a morte do marido ou companheiro**, uma vez que a inclusão da temática “barriga solidária” ensejaria uma dilação sobre seus aspectos éticos e sua viabilidade jurídica, tema este que comportaria, pela sua complexidade, um estudo especificadamente voltado para tanto. Ainda, diante das inúmeras técnicas de RHA desenvolvidas pela Biomedicina, cada qual com sua peculiaridade, como abordado no capítulo 4, item 4.3, doravante será usado neste trabalho os termos “inseminação artificial”, para se referir à fecundação intracorpórea e “fertilização *in vitro*”, ao se tratar da fecundação extracorpórea.

A outra premissa a ser fixada é a de que a pertinência jurídica da RHA póstuma em termos de paternidade, filiação e sucessão, temas centrais deste estudo, é apenas quando se trata de **reprodução artificial homóloga**, ou seja, “[...] quando for utilizado o material genético do casal - casado ou convivente [...]”⁴⁴⁸. Isso porque, a opção pela submissão à RHA após a morte do cônjuge ou companheiro com a utilização de material genético de uma terceira pessoa não tem o condão de vincular o *de cuius* à criança, não gerando os conflitos, notadamente de ordem sucessória, que se pretende analisar.

Diante disso, atendendo as pretensões deste estudo, é possível definir a RHA homóloga *post mortem* como a procriação ocorrida artificialmente com material genético do cônjuge ou companheiro, extraído enquanto vivo, mas utilizado após a sua morte.

5.3 Pontuações Sobre a Reprodução Humana Assistida Homóloga *Post Mortem* no Direito Estrangeiro

Antes de adentrar no estudo da RHA homóloga *post mortem* no ordenamento jurídico brasileiro, importante colacionar o tratamento legislativo que vem sendo dado à matéria em alguns países do mundo. Atente-se, por oportuno, que não se tem a pretensão de fazer um estudo de Direito comparado, mas apenas indicar a regulamentação existente em alguns países, selecionados pelo fato de apresentarem alguma legislação acerca da procriação artificial póstuma.

Em 1997 surgiu em **Portugal** o PL nº135/VII, no qual se previa a vedação à RHA *post mortem*. No entanto, nos termos da Proposta de Lei, havendo violação de disposição legal, a criança que nascesse seria havida como filha do falecido. “O argumento para a proibição era que o procedimento feito *post mortem* ofendia o ‘direito inderrogável da criança de beneficiar da estrutura biparental da filiação’, em face da ausência do pai”. Mas,

⁴⁴⁸ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 156.

havendo a reprodução póstuma: “O reconhecimento da paternidade dava-se em razão da proteção da criança⁴⁴⁹”.

Em 26 de julho de 2006 foi promulgada a Lei n.º 32⁴⁵⁰, que “regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA)” e se encontra vigente em Portugal. O Capítulo III da referida Lei trata da Inseminação Artificial, sendo que o artigo 22, com a rubrica “Inseminação *post mortem*”, dispõe que:

- 1 - Após a morte do marido ou do homem com quem vivia em união de facto, **não é lícito à mulher ser inseminada com sémen do falecido, ainda que este haja consentido no acto de inseminação.**
- 2 - O sémen que, com fundado receio de futura esterilidade, seja recolhido para fins de inseminação do cônjuge ou da mulher com quem o homem viva em união de facto é destruído se aquele vier a falecer durante o período estabelecido para a conservação do sémen.
- 3 - **É, porém, lícita a transferência post mortem de embrião para permitir a realização de um projecto parental claramente estabelecido por escrito antes do falecimento do pai**, decorrido que seja o prazo considerado ajustado à adequada ponderação da decisão. (Grifou-se).

Em seguida, o artigo 23 da citada Lei portuguesa complementa:

- 1-**Se da violação da proibição a que se refere o artigo anterior resultar gravidez da mulher inseminada, a criança que vier a nascer é havida como filha do falecido.**
- 2 - Cessa o disposto no número anterior se, à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver há pelo menos dois anos em união de facto com homem que, nos termos do artigo 14.º, dê o seu consentimento a tal acto, caso em que se aplica o disposto no n.º 3 do artigo 1839.º do Código Civil. (Grifou-se).

O Capítulo IV da Lei em análise regulamenta a Fertilização *in vitro*, sendo pertinente a transcrição do artigo 26, que sob a rubrica “Fertilização *in vitro post mortem*” prescreve:

Se aquele que depositou o seu sémen ou ovócitos para fins de inseminação em benefício do casal a que pertence vier a falecer, aplica-se, com as necessárias adaptações, o que se dispõe em matéria de inseminação post mortem nos artigos 22.º e 23.º

⁴⁴⁹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.134.

⁴⁵⁰ PORTUGAL. Lei n. 32/2006. Regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Promulgada em 11 de Julho de 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis. Acesso em: 20 ago. 2014.

Desta forma, é possível concluir que a legislação portuguesa veda a inseminação artificial *post mortem*, mas autoriza a implantação de embrião criopreservado após o falecimento do marido ou companheiro.

Na **Alemanha**, o *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão, conhecido como BGB) reconhece o estabelecimento da paternidade se o matrimônio extinguiu-se pela morte do marido, nascendo a criança, tida como filha deste, nos 300 (trezentos) dias subsequentes à morte⁴⁵¹. Em relação à RHA, Eduardo de Oliveira Leite⁴⁵² assevera que a legislação alemã somente a permite quando feita por recomendação médica, havendo autorização escrita do cônjuge ou companheiro, sendo que: “A inseminação homóloga ‘post mortem’ é terminantemente proibida”.

É o que confirma Reiner Grote⁴⁵³, ao se referir à *Embryonenschutzgesetz* (Lei Alemã de Proteção aos Embriões), de 03 de dezembro de 1990, que no artigo 4-1, n° 3 assim preconiza: “*Interdit de procéder sciemment à la fécondation artificielle d’un ovocyte en utilisant le sperme d’un home défunt (insemination post mortem). Elle empêche qu’un enfant soit déjà orphelin au moment de sa conception*”⁴⁵⁴”.

Também a legislação **francesa** não admite a procriação artificial por mera conveniência, pois, de acordo com Frédéric Debov⁴⁵⁵, apenas tem cabimento quando a procriação natural não se mostrar possível, sendo imprescindível, para que ocorra, que o casal esteja vivo. É o que se depreende do *Code de La Santé Publique*.

Importante ressaltar ainda que no Direito francês, além de ser vedada a reprodução *post mortem*, o consentimento manifestado em vida perde o efeito⁴⁵⁶.

Na **Inglaterra**, a inseminação *post mortem* é permitida. Contudo, o direito à sucessão da criança havida dessa forma apenas é garantido se houver documento expresso neste sentido⁴⁵⁷.

Na **Espanha**, de acordo com a Lei n° 14/2006, que revogou a Lei n° 35/1988 e a Lei n° 45/2003, “[...] a inseminação artificial homóloga *post mortem* não

⁴⁵¹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 142.

⁴⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 282.

⁴⁵³ *Apud* COLOMBO, Cristiano, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁵⁴ Proibição de se proceder conscientemente à fecundação artificial de um óvulo utilizando-se de esperma do marido (inseminação *post mortem*). Não é possível que uma criança já seja órfã no momento de sua concepção. (Tradução nossa).

⁴⁵⁵ *Apud* COLOMBO, Cristiano, *op. cit.*, p. 136.

⁴⁵⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 576,

⁴⁵⁷ *Ibid.*, p. 57.

estabelece filiação, exceto se o pai tenha deixado, mediante escritura pública ou testamento, que seu material genético possa ser utilizado, no prazo máximo de doze meses⁴⁵⁸.

Diante dessa perfunctória análise da temática perante os ordenamentos jurídicos de alguns países, é possível perceber que se trata de uma questão polêmica, sem perspectiva de consenso ou de uma orientação sólida a respeito de seus efeitos jurídicos.

Note-se que os países analisados apresentam legislações sobre RHA homóloga *post mortem*, o que não implica na afirmação de que a positivação estancou as discussões sobre o tema. Como exemplo, cita-se o caso da Espanha que, a despeito de tratar da matéria na Lei nº 14/2006, de acordo com Carlos Lasarte⁴⁵⁹ “[...] tal tema vem sendo objeto de grande dissenso, inclusive por parte da doutrina jurídica espanhola, que a considera inconstitucional [...]”.

Por sua vez, em relação ao Direito brasileiro, nem mesmo há legislação específica a respeito, de modo que, longe de ser uma questão meramente acadêmica - pois o mundo dos fatos já revela a incidência da RHA homóloga *post mortem*, como apresentado no item 5.1 - torna-se imprescindível que o Direito, que não se resume à leis, atue. Desta forma, passa-se à análise do tema sob a ótica do Direito nacional.

5.4 Reprodução Humana Assistida Homóloga *Post Mortem* no Direito Brasileiro

No decorrer deste trabalho, destacou-se que a partir da última metade do século XX, as Ciências Biológicas e a Biotecnologia, que juntas compõem o que Fermin Roland Schramm denominou de “Biotecnociência”, tomaram um ritmo mais acelerado⁴⁶⁰.

Diante da constatação de que o desenvolvimento desenfreado dessas Ciências teria o condão de afetar profundamente os direitos elementares do homem, como resultado de postura jurídica frente a tais avanços surge o Biodireito⁴⁶¹.

A RHA homóloga *post mortem* que, como apontado do item 5.1 apresenta sua viabilidade científica notadamente após a segunda metade do século XX, é uma das temáticas que podem (e devem) ser analisadas pelo Biodireito e também pela Bioética.

No Direito brasileiro, a RHA é abordada no CC de 2002 no Livro IV, “Do Direito de Família”, tão somente no artigo 1.597, III, IV e V, sendo que no inciso III especificadamente trata da RHA homóloga *post mortem*. Dispõe o citado preceito legal que:

⁴⁵⁸ ALONSO, Eduardo Serrano *apud* COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.140.

⁴⁵⁹ *Apud ibid.*, p.138.

⁴⁶⁰ SANCHES, Mário Antonio. **Bioética: ciência e transcendência**. São Paulo: Loyola, 2004. p. 13.

⁴⁶¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 8.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...].

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. (Grifou-se).

Diante dessa previsão, é possível afirmar que a legislação brasileira permite a RHA homóloga *post mortem* ainda que, conforme alguns autores, apresentando como única consequência jurídica o estabelecimento da paternidade⁴⁶².

Não é demasiado destacar que o inciso III do artigo 1.597 do CC de 2002 refere-se aos filhos havidos “por fecundação artificial homóloga”. A fecundação pode ser entendida como o “[...] processo através do qual o gameta masculino, o espermatozoide, e o gameta feminino, o ovócito, se unem formando um zigoto [...]”⁴⁶³ e tratando-se de procedimento ocorrido artificialmente, pode ocorrer tanto *in vivo* quanto *in vitro*. **Daí ser possível concluir que o citado dispositivo não se restringe à inseminação artificial *post mortem*, emprestando o mesmo efeito jurídico a qualquer técnica de RHA homóloga empregada.** É possível robustecer tal afirmação trazendo à baila o Enunciado nº 105 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (CJF): “Art. 1.597: as expressões ‘fecundação artificial’, ‘concepção artificial’ e ‘inseminação artificial’ constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como ‘técnica de reprodução assistida’⁴⁶⁴”.

A falta de legislação apenas intensifica as discussões sobre esta questão, que, como analisado, não é alheia à análise também da Bioética. Nesse sentido, a Resolução nº 1.957/2010 do CFM⁴⁶⁵, em seu item VIII, preconiza que:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM - Não constitui ilícito ético a reprodução assistida ‘*post mortem*’ desde que haja autorização prévia específica do (a) falecido (a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

⁴⁶² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229.

⁴⁶³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 91.

⁴⁶⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil** / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.–Brasília: CJF, 2007. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>. Acesso em: 14 ago. 2014.

⁴⁶⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. **Diário Oficial da União**, 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

A despeito dessas previsões, a doutrina está repleta de posicionamentos desfavoráveis à RHA homóloga *post mortem*. Neste sentido, Maria Helena Diniz⁴⁶⁶, ao se referir a esta prática, de forma veemente pontua que:

É preciso evitar tais práticas, pois [...] as consequências ético-jurídicas que delas advirão são muito graves. Por isso, necessário será que se proíba legalmente a reprodução humana assistida *post mortem*, e, **se porventura houver permissão legal, dever-se-á prescrever quais são os direitos do filho, inclusive sucessórios, diante, por ex., do artigo 1.798 do Código Civil.** (Grifou-se).

Valendo-se de argumentos de índole jurídica, bioética e psicológica, Eduardo de Oliveira Leite advoga que a “[...] inseminação ‘post-mortem’ constitui uma prática fortemente desaconselhável⁴⁶⁷”, pois:

Inicialmente, vale lembrar que tal pedido sai do **plano ético** reconhecido à inseminação homóloga; ou seja, se não há mais casal solicitando um filho, nada mais há que justifique a inseminação. Num segundo momento, tal solicitação provoca **perturbações psicológicas** em relação à criança e em relação à mãe. Nada impede que nos questionemos se esta criança desejada pela mãe viúva não o é, antes de tudo, para preencher o vazio deixado pelo marido. [...] Como se não bastassem as contra-indicações (sic) de natureza ética e psicológica, resta ainda a consideração de **ordem jurídica** a dissuadir esta tentativa. A fecundação póstuma poderia provocar vários problemas de herança e de sucessão. [...]. (Grifou-se).

Da mesma forma, Maria Helena Machado entende que na RHA homóloga *post mortem* não se identifica nenhuma vantagem para o filho assim havido, o qual já nasce órfão⁴⁶⁸.

De fato, os argumentos despendidos em desfavor da RHA póstuma são pertinentes, principalmente quando se põe em evidência a figura do filho havido dessa forma. A preocupação em não “coisificar” a espécie humana, como exposto, é um dos fortes argumentos éticos contrários à prática, pois a partir do momento em que se pensa no filho como uma forma de ter mais próximo de si o cônjuge/companheiro que faleceu, sob a perspectiva da doutrina citada, implicaria em retirar-lhe sua finalidade ínsita que é existir por si mesmo, transformando-o em um meio para a realização de uma aspiração egoística, no caso, da mãe.

⁴⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 590.

⁴⁶⁷ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 155.

⁴⁶⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2012. p. 109.

Contudo, somado ao fato de que tal conclusão implicaria na impossível missão de se investigar o que se passa na mente e coração da geratriz, ainda resvala na necessidade de se apontar a diferença ética entre a vontade ter um filho de alguém que muito se amou, com quem idealizou uma família composta pela prole, mas que morreu antes de concretizar esse sonho, embora tenha deixado a possibilidade biológica de ainda se concretizar e que vê no filho, de certa forma, uma possibilidade de sentir aquela pessoa um pouco mais próxima; da vontade de ter um filho do marido ou companheiro vivo, porque é **o seu sonho ser mãe**. Primeiramente, ela pensa se quer ou não ter filhos, qual o momento certo dentro dos seus planos, se sua prioridade é investir na carreira profissional ou se “está na hora de engravidar”. Esta lógica parece egoística?

Ao que parece, os dois casos não se diferem, na medida em que em ambos a criança gerada é fruto de um desejo da mãe para satisfazer os instintos e sentimentos dela, ainda que a situação fática possa ser distinta.

Daí levanta-se outro argumento em desfavor à RHA homóloga *post mortem*, que é o fato da criança assim havida já nascer órfã de pai e os problemas psicológicos daí advindos.

Tal situação dá ensejo a um “tipo de família” distinto do dito tradicional, composto pelo pai, mãe e filhos, mas nem por isso de menor importância. Na verdade, o conceito de família sofreu um grande alargamento, notadamente após a promulgação da CRFB, sendo necessário

[...] uma visão pluralista da família, abrangendo os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar a identificação do elemento que permita enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um **elo de afetividade**, independentemente de sua conformação⁴⁶⁹. (Grifou-se).

Uma realidade que não poderia mais deixar de ser reconhecida como família foi assim expressamente consignada na Carta Maior, qual seja, a família monoparental, que nos termos do artigo 226 § 4º da CRFB é a “[...] comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes⁴⁷⁰”.

A monoparentalidade tem origem na separação ou divórcio dos pais; na viuvez, quando um dos genitores falece; na adoção por pessoa solteira e também na “[...]”

⁴⁶⁹ DIAS, Maria Berenice. **Família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 41.

⁴⁷⁰ *Ibid.*, p. 193.

inseminação artificial por mulher solteira ou a **fecundação homóloga** após a morte do marido [...]”⁴⁷¹ (destaque no original), por exemplo.

Destarte, assim como as chamadas “produções independentes” realizadas por mulheres solteiras, a família monoparental proveniente da RHA homóloga *post mortem*, como exposto, tem gerado opiniões controversas na doutrina, pelo fato da criança já nascer sem pai. Para Maria Berenice Dias⁴⁷²:

[...] Há, verdadeiramente, uma grande *vacatio legis* em relação à possibilidade de se constituir família por meio da reprodução assistida. A única normatização existente é do Conselho Federal de Medicina, que não impõe qualquer limitação à mulher solteira. Se ela é casada ou vive em união estável, é necessária a concordância do cônjuge ou do companheiro para o procedimento reprodutivo. **Aliás, a própria lei (CC 1.597) autoriza a formação da monoparentalidade ao permitir a utilização do esperma do marido pré-morto na fecundação *post mortem*.** (Grifou-se).

De acordo com a autora⁴⁷³, **o planejamento familiar, direito fundamental constitucionalmente assegurado no artigo 226, § 6º legitima tanto a produção independente quanto a RHA homóloga *post mortem*.**

Valendo-se da autonomia da vontade, o casal idealiza um projeto familiar no qual se inclui a filiação. Contudo, tal projeto pode vir a ser interrompido pela morte de um dos cônjuges ou companheiros. Nesses casos, e valendo-se das palavras de Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida⁴⁷⁴, “[...] não há discordância quanto a ser ideal a biparentalidade, mas ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida”.

Na mesma forma, Maria Cláudia Crespo Brauner⁴⁷⁵ leciona que, em que pese o interesse da criança deva preponderar, isso não implica na conclusão de que a família monoparental decorrente de RHA não deva existir, pois não haverá prejuízo para o filho (a) assim havido se o genitor isolado lhe fornecer todas as condições necessárias para o bom desenvolvimento e principalmente, lhe der afeto. Nesse sentido:

Veja-se, justamente, que o direito a ter um pai e uma mãe e, de conhecer a ambos e conviver com eles é um direito que, em certos casos, pode não se concretizar, sem que se possa afirmar, no entanto, que o bem estar físico e psíquico da criança

⁴⁷¹ DIAS, Maria Berenice. **Família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 194.

⁴⁷² *Ibid.*, p.197.

⁴⁷³ DIAS, Maria Berenice, *loc. cit.*

⁴⁷⁴ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Comentários ao Código Civil**, vol. 18: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

⁴⁷⁵ *Apud* LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XIV, n° 86, mar 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9192&revista_cadern o=9>. Acesso em: 12 ago. 2014.

estejam comprometidos. Talvez esta atenuação ao direito à biparentalidade se refira, não simplesmente, aos casos de adoção plena, mas também, tenha-se reconhecido um espaço reservado às famílias monoparentais.

De fato, o interesse da criança deve ser preponderante, **mas isso não implica concluir que seu interesse se contrapõe, de forma reiterada, ao recurso às técnicas de procriação artificial e que ela não possa vir a integrar uma família monoparental, desde que o genitor isolado forneça todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto.** (Grifou-se).

Contudo, em que pese por muitas vezes já se tenha enfatizado que o Direito não se resume à lei e que não pode ser visto como uma Ciência autossuficiente, o fato é que o artigo 1.597, III do CC de 2002 existe e é vigente, de modo que, ocorrendo no mundo dos fatos a situação descrita na regra, a esta, *a priori*, deve se subsumir.

Ocorre que, conforme preconiza Virgílio Afonso da Silva⁴⁷⁶, o texto não se confunde com a norma sendo que para descobri-la, a interpretação é *conditio sine quo non*. Desta forma, a doutrina procurou interpretar o artigo antes citado, o que, destaque-se, também não se deu de forma incontroversa.

Há quem defenda que para que se proceda à RHA homóloga *post mortem* e que surta os efeitos do artigo 1.597, III do CC de 2002 (estabelecimento de paternidade) é **necessária expressa autorização do falecido ao depositar seu sêmen junto à clínica ou centro de reprodução artificial ou que tal autorização tenha sido manifestada por testamento ou documento autêntico.** Nesse sentido, é o posicionamento de Ralf Madaleno, citado por Cristiano Colombo⁴⁷⁷. Este também é o entendimento de Maria Helena Diniz, ao sustentar que:

[...] o novo Código Civil, art. 1.597, III [...] passou a presumir concebido na constância do casamento o filho oriundo da inseminação artificial homóloga, mesmo que o marido doador do sêmen já tenha falecido, **mas entendemos que isso só seria possível se houver anuência do marido nesse sentido em instrumento público ou testamento, como requer a legislação espanhola.**(Grifou-se).

De igual forma, posicionam-se Caio Mario da Silva Pereira⁴⁷⁸, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald⁴⁷⁹, Maria Berenice Dias⁴⁸⁰, Paulo Nader⁴⁸¹ e Sílvio de Salvo Venosa⁴⁸².

⁴⁷⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, n° 1, p. 607-630, jan./jun. 2003. p. 615 - 618 passim.

⁴⁷⁷ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.147.

⁴⁷⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, vol. 5: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 318.

⁴⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 575.

Neste mesmo diapasão, o Centro de Estudos Jurídicos do CJF, na I Jornada de Direito Civil, exarou o Enunciado nº 106, com a seguinte redação:

Enunciado nº 106: Art. 1.597, III: **para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (Grifou-se).**

Há que se notar, por oportuno, que o Centro de Estudos Jurídicos do CJF traz como condição para que o filho havido por RHA homóloga *post mortem* seja reconhecido como tal, além do fato de que a mulher esteja ainda na condição de viúva, a existência de autorização por escrito⁴⁸³ do marido, o que é menos abrangente que autorização expressa⁴⁸⁴, defendido por alguns doutrinadores, como citado, bem como que o doador do material genético tenha sido casado com a genitora, não estendendo a presunção para os casos de união estável.

Saliente-se ainda que o PL nº 1.844/2003, em trâmite na Câmara dos Deputados e que desde 23/05/2011 aguarda parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) - projeto este que tem como ementa definir normas para a realização de inseminação artificial e fertilização *in vitro* e outras providências - ao tratar de RHA *post mortem* caminha no mesmo sentido do Enunciado nº 106, antes citado. Conforme o artigo 4º, VII⁴⁸⁵, será obrigatório o consentimento livre e esclarecido das pessoas que se submeterem às técnicas de RHA, vedada manifestação por procurador e devendo ser formalizada em instrumento particular, no qual constarão, entre os esclarecimentos, as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive

⁴⁸⁰ DIAS, Maria Berenice. **Famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 330.

⁴⁸¹ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, vol. 5: direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 281.

⁴⁸² VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.p. 225.

⁴⁸³ Escrito – “Tudo aquilo que alguém escreve. O que está representado por meio de sinais, em papel ou outro veículo apropriado, com o fim de expressar o pensamento”. (**Novo dicionário jurídico brasileiro**, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959. p. 293).

⁴⁸⁴ Expresso – “Explícito. Diz-se daquilo que se manifesta, de modo inequívoco, por meio da palavra, por escrito ou mediante sinais francamente compreensíveis e sobre (sic) cuja significação não possa haver dúvida. [...]”. (**Novo dicionário jurídico brasileiro**, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959. p. 324).

⁴⁸⁵ Art. 4º do PL nº 1.184/2003 - O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para ambos os beneficiários, nos casos em que a beneficiária seja uma mulher casada ou em união estável, vedada a manifestação da vontade por procurador, e será formalizada em instrumento particular, que conterá necessariamente os seguintes esclarecimentos: [...]. VII – as condições em que o doador ou depositante autoriza a utilização de seus gametas, inclusive postumamente.

postumamente. Também sobre o tema, o artigo 14, § 2º, III⁴⁸⁶ do referido PL prevê que o descarte de gametas será obrigatório nos casos de falecimento do depositante, salvo quando houver manifestação de sua vontade em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento permitindo a utilização póstuma do material biológico. Inclusive, o artigo 19, IV do PL⁴⁸⁷ criminaliza a utilização póstuma do material biológico do depositante, sem sua autorização, conduta esta punível com pena de reclusão de 1 (um) a 3(três) anos e multa.

Outra questão que requer maior análise neste contexto é quanto a possibilidade de extensão do artigo 1.597 do CC de 2002 às uniões estáveis, já que o artigo refere-se expressamente ao casamento.

Para Cristiano Colombo⁴⁸⁸, nas hipóteses em que a união estável restar evidenciada, devem-se aplicar os mesmo efeitos da filiação quanto aos filhos concebidos *post mortem*, desde que tenha havido prévia autorização do *de cuius* (expressa ou tácita) para se proceder à reprodução artificial com seu material biológico. Da mesma forma, Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁸⁹, ao defender que:

Ainda que o art. 1.597 refira-se à “constância do casamento”, a presunção de filiação aplica-se à união estável. A redação originária do projeto do Código Civil de 2002 reproduziu a equivalente do Código Civil de 1916, que apenas contemplava a família constituída pelo casamento e a filiação legítima, não tendo sido feita a atualização pelo Congresso Nacional ao disposto do artigo 226 da Constituição Federal. (Grifou-se).

Contudo, há também que se destacar que a doutrina⁴⁹⁰ aponta argumentos para se defender a possibilidade do **estabelecimento da filiação mesmo diante da ausência de consentimento expresso do marido ou companheiro falecido**. O primeiro ponto a se considerar é a existência de um projeto parental, sendo que o *de cuius*, em que pese não tenha manifestado expressamente o desejo de que seu material genético depositado fosse utilizado após sua morte para reprodução de sua cônjuge ou companheira, não se opôs a tanto. Além disso,

⁴⁸⁶ Art. 14, § 2º do PL nº 1.184/2003 - É obrigatório o descarte de gametas: [...] III – nos casos de falecimento do depositante, salvo se houver manifestação de sua vontade, expressa em documento de consentimento livre e esclarecido ou em testamento, permitindo a utilização póstuma de seus gametas.

⁴⁸⁷ Art. 19 do PL nº 1.184/2003 - Constituem crimes: [...]. IV - utilizar gametas de doadores ou depositantes sabidamente falecidos, salvo na hipótese em que tenha sido autorizada, em documento de consentimento livre e esclarecido, ou em testamento, a utilização póstuma de seus gametas: Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa; [...].

⁴⁸⁸ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 163.

⁴⁸⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 226.

⁴⁹⁰ COLOMBO, Cristiano, *op. cit.*, p. 164.

[...] a leitura atenta do Código Civil de 2002 demonstra claramente não haver exigência de autorização expressa do marido para inseminação artificial homóloga, somente na hipótese de inseminação heteróloga.

[...] Ademais, **estabelecer interpretação em sentido contrário tendo o marido, em vida, depositado o material genético sem trazer qualquer oposição à sua utilização *post mortem* pela esposa decorre, inclusive, ofensa à Boa-Fé Objetiva, nos termos do *non venire contra factum proprio***⁴⁹¹. (Grifou-se).

Levanta-se ainda o argumento de que negar a paternidade do *de cujus* pelo fato de inexistir consentimento expresso para utilização póstuma de seu material genético pela esposa ou companheira fere o atendimento do critério biológico e socioafetivo do estabelecimento da paternidade, uma vez que “[...] decorrente do fator genético, bem como em razão do projeto do casal, que demonstra o afeto e o consentimento do falecido, ainda que tácito, em ser pai do fruto da inseminação artificial homóloga⁴⁹²”.

Uma terceira corrente doutrinária defende que **deve se reconhecer a paternidade do doador do material genético utilizado em RHA homóloga *post mortem* ainda quando este tenha deixado expressa manifestação de vontade contrária a tal prática, após sua morte.** Neste sentido, argumenta Fábio Ulhoa Coelho⁴⁹³ que:

[...] as expressões como ‘mesmo que falecido o marido’(CC, art. 1.597, III) e ‘a qualquer tempo’(inciso IV) afastam qualquer questionamento da juridicidade da filiação biológica não natural *post mortem* [...]. Pela letra desses dispositivos, **o homem que tiver submetido à técnica de fertilização assistida homóloga uma vez na vida pode, enquanto vivo ou depois de morto, ser pai contra a expressa declaração de vontade.** [...] os filhos da fraude ou do laboratório não poderiam ser discriminados. Teriam direito ao reconhecimento da paternidade e maternidade biológica, mesmo após o falecimento dos genitores. (Grifou-se).

Em que pese em uma primeira análise o estabelecimento da paternidade decorrente da utilização de algumas das técnicas de RHA homóloga *post mortem* possa indicar que o legislador tenha privilegiado o critério biológico da paternidade, legitimando-se, assim, conclusões como a de Fábio Ulhoa Coelho, antes citada, quer parecer que tal ilação estaria em total descompasso com o Direito Civil constitucionalizado e repersonalizado que se instaurou (e vem se instaurando) no Brasil.

Nesse sentido, Cristiano Colombo defende que o **critério jurídico da filiação deve resultar do enlaçamento entre o critério biológico e afetivo,** sendo que ambos **estão presentes tanto quando há consentimento expresso do doador do material**

⁴⁹¹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 164.

⁴⁹² *Ibid.*, p.166.

⁴⁹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, vol. 5: família, sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 150.

genético para utilização deste após sua morte, como também nos casos em que se identifica seu consentimento tácito para concretizar o projeto parental que idealizou com sua esposa ou companheira em vida ⁴⁹⁴. Compartilha-se deste entendimento no presente estudo.

Então, poderia se questionar: como é possível falar em afetividade de quem jamais conheceu seu filho, pois este foi concebido ou implantado em momento posterior a sua morte? Afinal, o reconhecimento de que a RHA homóloga *post mortem* estabelece o vínculo da filiação não implicaria justamente na sobreposição do critério biológico sobre o afetivo?

Por certo que a dúvida é pertinente, pois diante do movimento de repersonalização do Direito Civil, notadamente do Direito de Família, o fator que desponta como importante fundamento para esta mudança de perspectiva é o afeto, tido como preponderante para identificação das múltiplas entidades familiares. Em que pese a palavra “afeto” não se encontre estampada no texto constitucional, há quem defenda que a Carta Maior consagrou este sentimento como direito fundamental⁴⁹⁵.

Da mesma forma, Paulo Luiz Netto Lôbo⁴⁹⁶ defende que esta forma de pensar a afetividade, como um direito fundamental, é “[...] o salto à frente da pessoa humana nas relações familiares”.

Pois bem. De fato, o homem que falece deixando para trás além de um projeto parental idealizado, mas não concretizado, também seu material biológico criopreservado em condições de ser utilizado para reprodução artificial de sua esposa ou companheira sobrevivente não poderá viver a paternidade se acaso a reprodução efetivamente ocorrer. Não poderá ver seu filho crescer e acompanhar seu desenvolvimento. Contudo, **isso não significa que não existe afeto nesta relação, sendo possível identificá-lo em um elemento essencial, qual seja, a vontade de ser pai.**

Nesse sentido, Pierre Raynaud, ao defender a combinação entre o elemento objetivo (isto é, o fator biológico) e o elemento subjetivo (que é o afeto) para o reconhecimento da filiação, em se tratando de procriações artificiais, preconiza que: “Através da verdade biológica, perseguida pela lei, as procriações artificiais revelaram a possibilidade da também verdade sociológica que também existe onde há vontade de aceitação, de acolhida

⁴⁹⁴ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p.160.

⁴⁹⁵ DIAS, Maria Berenice. **Famílias**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67.

⁴⁹⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto *apud* DIAS, Maria Berenice, *loc. cit.*

da criança⁴⁹⁷”. Para o autor, a posse do estado de filho depende da vontade dos pais, concluindo “[...] pela possibilidade do estabelecimento de uma filiação afetiva calcada na vontade⁴⁹⁸”.

Sob esta perspectiva de leitura do artigo 1.597, III do CC de 2002, **apenas seria possível se reconhecer a paternidade do doador do material genético quando evidenciado que era de sua vontade a RHA homóloga, ainda que após a sua morte, seja através de consentimento expresso ou tácito, identificando-se aí não apenas um vínculo biológico, mas também afetivo.**

Há que se notar que o *caput* do referido artigo, muito além de estabelecer presunções de paternidade, determinou – ainda que por ficção jurídica – o **momento em que a concepção tem-se por ocorrida**, que é durante o casamento (ou a união estável, diante de uma leitura constitucional). Dessa forma, estabelecendo-se a paternidade e havendo a presunção de que a concepção ocorreu durante a vida do casal, questão que carece ser analisada é quanto ao direito sucessório do filho havido por RHA homóloga *post mortem*, tema central deste estudo.

Desta feita, passa-se à análise da repercussão da RHA *post mortem* no Direito das Sucessões. Alerta-se, por oportuno, que a compreensão deste estudo dá-se de modo a analisá-lo em consonância com sua previsão no Direito de Família, a fim de que se possa extrair uma resposta sistêmica para o problema e, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, seja possível apresentar uma das formas pela qual a temática pode ser germinada.

5.5 Reprodução Humana Assistida Homóloga *Post Mortem* e o Direito Sucessório

Como exposto no item 5.4, a RHA homóloga *post mortem* encontra previsão no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 1.597, III do CC de 2002, estabelecendo a presunção de que o filho assim havido foi concebido na constância do casamento, mesmo que depois do falecimento o marido.

Pois bem. O referido preceito delinea os contornos da consequência da RHA póstuma para o Direito de Família, que é o estabelecimento da paternidade do *de cuius*.

⁴⁹⁷ *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 204.

⁴⁹⁸ *Apud ibid.*, p. 208.

Contudo, tal reconhecimento traz consigo inarredável reflexo em matéria de Direito Sucessório.

O direito fundamental à herança, que pode ser definida como “[...] o conjunto de bens, direitos e obrigações, que se transmitem aos herdeiros [...]”⁴⁹⁹ é garantido pela CRFB no art. 5º, XXX⁵⁰⁰.

Por sua vez, o art. 226 § 6º da CRFB, como já delineado, preconiza que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. Dessa forma, questiona-se: é possível compatibilizar a condição de filho concebido ou implantado *post mortem* com a de herdeiro, especificadamente de herdeiro legítimo? É possível reconhecer que uma criança é filha do autor da herança, mas excluí-la da sucessão legítima? Há diferenças em termos sucessórios entre a condição do filho concebido após a morte do pai e do que era embrião criopreservado ao tempo da morte, mas implantado após este termo?

Tais inquietações não dispensam a consideração das bases formadas no decorrer deste trabalho e sob esta perspectiva, passa-se a buscar respostas.

5.5.1 Constitucionalização do Direito das Sucessões

O termo “suceder” significa a substituição por outro, tomar o lugar do outro. No âmbito jurídico, sucessão é “[...] a substituição do titular de um direito, com relação a coisas, bens, direitos ou encargos”⁵⁰¹. Destarte, a razão de ser do Direito Sucessório está no Direito de Propriedade e no Direito de Família, sendo que: “O elemento familiar é definido pelo parentesco e o elemento individual caracterizado pela liberdade de testar. São estes os dois fulcros em que se baseiam as normas da sucessão”⁵⁰².

A ideia da relação entre propriedade, família e sucessão encontra-se na humanidade desde a Antiguidade. Neste contexto: “Como o direito de propriedade havia sido estabelecido para o cumprimento de um culto hereditário, não era possível que se extinguisse depois da curta existência de um indivíduo”⁵⁰³. No Direito grego e romano, a primeira regra do Direito Sucessório era a de que, sendo a religião doméstica transmitida de varão para

⁴⁹⁹ WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões**. 12.ed.São Paulo: Saraiva, 2002. p. 7.

⁵⁰⁰ Art. 5º, XXX da CRFB - é garantido o direito de herança;

⁵⁰¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 28.

⁵⁰² *Ibid.*, p.29.

⁵⁰³ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. p. 104.

varão, o mesmo acontecia com a propriedade, de modo que a sucessão sempre se operava na linha masculina, já que a filha mulher, ao se casar, passava a adotar a religião do marido⁵⁰⁴.

O direito de testar, visto como expressão da autonomia da vontade em matéria sucessória, na Antiguidade, era visto como uma oposição às crenças religiosas, as quais, como exposto, fundamentavam o direito de sucessão e de propriedade⁵⁰⁵. Daí que o direito de dispor do patrimônio, como ato de última vontade, transferindo-o para outro que não o herdeiro natural surgiu com o progresso do individualismo, “[...] na medida em que a pessoa afirmava-se perante a família⁵⁰⁶”, sendo uma invenção romana, previsto pela primeira vez na Lei das Doze Tábuas: “Antes da Lei das Doze Tábuas não possuímos nenhum texto de lei que proíba ou permita o testamento⁵⁰⁷”.

No século XIII fixou-se na França o *droit de saisine*, ou direito de *saisine*, tido como a pedra de toque do Direito Sucessório, de acordo com o qual “[...] a propriedade e a posse da herança passam aos herdeiros, com a morte do hereditando⁵⁰⁸”.

Com a Revolução Francesa, aboliu-se o direito de primogenitura e o privilégio da masculinidade. Com o Código de Napoleão, instaurou-se o regime de igualdade de herdeiros do mesmo grau, estabelecendo-se, contudo, a distinção entre herdeiros e sucessíveis. A linha de vocação hereditária se iniciava com os herdeiros, assim entendidos os filhos e descendentes; ascendentes e colaterais privilegiados (a princípio, até o 12º grau e posteriormente, apenas até o 4º). Na falta desses, completava-e a vocação com os sucessíveis, sendo esses os “[...] filhos então tidos como naturais, o cônjuge sobrevivente e o Estado⁵⁰⁹”.

No Direito brasileiro, a ordem de vocação hereditária até 1907 foi a seguinte: descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau, cônjuge sobrevivente e Fisco. Com o Decreto nº 1.839 /1907⁵¹⁰, o cônjuge supérstite passou para o terceiro grau de vocação e o parentesco colateral foi limitado ao sexto grau⁵¹¹.

O CC de 1916, reproduzindo o modelo da sociedade do início do século XX, apenas reconhecia como família aquela constituída através do casamento, que era

⁵⁰⁴ COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961. p. 105.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, p. 118.

⁵⁰⁶ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 25.

⁵⁰⁷ COULANGES, Numa Denis Fustel de, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁰⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 22.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p.23.

⁵¹⁰ BRASIL. Decreto nº 1.879, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança *ab intestato*. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 08 jan. 1908. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 01 set. 2014.

⁵¹¹ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 4.

indissolúvel. Não se permitia o reconhecimento de filhos havidos fora da sociedade conjugal, que não tinham assegurado direito sucessório⁵¹².

Com a Lei nº 883/1949⁵¹³, autorizou-se o reconhecimento dos filhos adulterinos após a dissolução da sociedade conjugal, casos em que lhes seriam assegurados direitos sucessórios. Importante citar a relevância da Lei nº 6.515/1977⁵¹⁴ em termos de igualdade de tratamento dos filhos em matéria de sucessão⁵¹⁵, em que pese neste contexto os filhos adotivos ainda recebiam tratamento diferenciado, pois

[...] caso, no momento da adoção, o adotante já possuísse filhos legítimos ou legitimados, o adotado não tinha direito hereditário, a teor do artigo 337 do Código Civil de 1916; enquanto que, se tivesse filhos, posteriormente, o filho adotivo herdaria metade da herança cabível a cada um deles, nos termos do artigo 1.605, parágrafo 2º do Código Civil de 1916⁵¹⁶.

Foi com a promulgação da CRFB que se banuiu todo tratamento discriminatório em relativo à filiação, nos termos do seu artigo 227 § 6º. É sabido que: “A Constituição é uma fonte que exerce uma influência, tanto direta, através de normas operativas, quanto indiretas, modificando o espírito informador do Direito, e mudando os princípios gerais⁵¹⁷”. Dessa forma, o Direito Privado, em especial o Direito Civil, inclusive no que tange à matéria sucessória adota permanente “perspectiva constitucional”, ascendendo progressivamente, pretendendo-se dar caráter fundamental a muitas de suas regras, “[...] produzindo-se então uma ‘constitucionalização do Direito Civil’⁵¹⁸”.

Parece indiscutível a afirmação de que a evolução legislativa em matéria de Direito de Família, notadamente em relação à filiação, refletiu diretamente no Direito das Sucessões. Nesse sentido:

O direito das sucessões é profundamente informado pelo direito de família. A ordem de vocação hereditária é o mais acabado exemplo. A escolha do destinatário dos bens deixados pelo *de cuius* é uma opção do legislador. [...] Assim, -

⁵¹² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26.

⁵¹³ BRASIL. Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 26 out. 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0883.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

⁵¹⁴ BRASIL. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

⁵¹⁵ VELOSO, Zeno *apud* COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 200.

⁵¹⁶ COLOMBO, Cristiano, *loc. cit.*

⁵¹⁷ LORENZETI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 252.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 253.

desmentindo os que dizem que o direito das sucessões está infenso às modificações sociais – **as modificações no conceito de família repercutem direta e grandemente no direito das sucessões.** [...] Vale dizer: as relações conjugais e parentais importam para o direito das sucessões, e delas ele depende⁵¹⁹. (Grifou-se).

É o que se verifica da influência constitucional quanto a eliminação das diferenças entre filhos, nos termos do artigo 227 § 6º da CRFB que, por consequência, implica na busca pela igualdade também no campo sucessório. Da mesma forma, a imbricada relação entre Direito de Família e Sucessões se verifica diante do reconhecimento de que a nova ordem constitucional alargou o conceito de família para além do casamento, tutelando a união estável e a estrutura monoparental. Verifica-se, portanto, que:

A mudança de paradigmas emprestou mais valor à realização plena da pessoa. Ocorreu o fenômeno que se passou a chamar de **repersonalização** do direito, ou seja, o respeito à pessoa humana coloca o patrimônio e o próprio direito a serviço das pessoas, razão de ser e fim derradeiro de todos os sabores⁵²⁰. (Destaque no original).

Assim, a CRFB, ao afirmar que a família é a base da sociedade e merece especial proteção do Estado, nos termos do artigo 226, elevou a afetividade à categoria de direito constitucionalmente tutelado, de modo que: “Ainda que a transmissão da herança se trate de direito individual, **o que fundamenta o direito sucessório nos dias atuais é o afeto**⁵²¹” (Grifou-se).

Sob esta mesma orientação, Cimbali, D’Aguano e Carlos Maximiliano⁵²² afirmam que: “A lei, ao permitir a transmissão patrimonial, o faz em homenagem [...] à afeição e unidade familiar”.

De fato, tendo como escopo garantir a segurança familiar, o Direito Sucessório ganha uma dimensão social, sendo impositivo invocar o valor dignidade humana. A ideia de cuidado e de proteção que o afeto desperta não afasta seu viés econômico, ou seja, de que essa proteção também se manifeste através da destinação de bens e direitos àqueles que lhe são importantes⁵²³.

O princípio da solidariedade e assistência no âmbito das relações familiares pode ser vislumbrado no Direito através da instituição do poder familiar dos pais em relação

⁵¹⁹ CORTIANO JUNIOR, Eroulths; ROBL FILHO, Ilton Norberto *apud* COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 206.

⁵²⁰ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 30.

⁵²¹ DIAS, Maria Berenice, *loc. cit.*

⁵²² *Apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p 26.

⁵²³ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 30.

aos filhos menores de idade (artigo 1.630 do CC de 2002)⁵²⁴, do dever de alimentar que existe entre parentes (art. 1.694 do CC de 2002)⁵²⁵, cônjuges (artigo 1.566, III do CC de 2002)⁵²⁶ e companheiros (artigo 1.724 do CC de 2002)⁵²⁷, bem como da herança, pois: “Mesmo depois da morte, ninguém pode deixar desassistidas as pessoas para quem tinha obrigações de sustento e assistência. Daí a instituição de herdeiros necessários⁵²⁸”.

Destarte, ao buscar a identificação do sucessor, deve-se analisá-lo neste contexto do Direito Civil, constitucionalizado e repersonalizado, de modo que a interpretação desta figura deva

[...] perfazer-se não pela letra do texto, mas pelo espírito da Carta, ou seja, em consonância com a sua índole e a natureza de seus comandos, que, pelo porte das mudanças ditadas impunha a reformulação de todo o direito posto no Código Civil de 1916 e em leis outras de cunho privado, caracterizadas todas por constituírem normas individualistas, paternalistas e não-intervencionistas, inspiradas em idéias (sic) ora superadas⁵²⁹.

Contudo, antes de passar à análise da figura do sucessor, necessário se faz identificar os tipos de sucessão existentes no Direito brasileiro. É o que se passa a fazer.

5.5.2 Tipos de Sucessão no Direito Brasileiro

Como delineado no item 5.5.1, o termo “sucessão” implica na substituição do titular de um direito ou obrigação⁵³⁰. Esta transferência pode ocorrer em relação a totalidade dos direitos, quando se tem a sucessão a título universal, ou limitada a alguns, tratando-se da sucessão a título singular. Pode também estar-se diante de transferência ocorrida em vida ou em razão da morte de um dos sujeitos da relação⁵³¹.

⁵²⁴ Art. 1.630 do CC de 2002 – Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.

⁵²⁵ Art. 1.694 do CC de 2002 - Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

⁵²⁶ Art. 1.566 do CC de 2002 - São deveres de ambos os cônjuges: [...] III- mútua assistência; [...]

⁵²⁷ Art. 1.724 do CC de 2002 - As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

⁵²⁸ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 30.

⁵²⁹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 23-24.

⁵³⁰ DIAS, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 28.

⁵³¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

O Livro V do CC de 2002 trata justamente da sucessão decorrente do falecimento da pessoa, assumindo o vocábulo “sucessão” um “[...] sentido estrito, para identificar a transmissão do patrimônio, apenas em razão da morte, como fato natural, de seu titular, tornando-se o sucessor sujeito de todas as relações jurídicas que àquele pertenciam⁵³²”. É neste cenário que a questão da RHA homóloga *post mortem* ganha importância.

Inicialmente, cumpre salientar que somente a morte pode dar margem à sucessão e diga-se, a morte física, entendida como o desaparecimento da vida do titular, pois “[...] o direito moderno já não conhece a morte civil⁵³³”. Com a morte, momento em que se tem como aberta a sucessão, o patrimônio hereditário se transmite imediatamente aos herdeiros, ou seja, de pleno direito. É a aplicação do sistema da *saisine*, mencionado anteriormente, o qual

[...] representa uma apreensão possessória autorizada. É uma faculdade de entrar na posse de bens, posse essa atribuída a quem ainda não a tinha. Na herança, o sistema da *saisine*, é o direito que têm os herdeiros de entrar na posse dos bens que constituem a herança⁵³⁴. (Destaque no original).

Há que se esclarecer que a morte e a transmissão da herança não se confundem, sendo a primeira pressuposto e causa da segunda. Acontece que, “[...] a lei, por uma ficção, torna-as coincidentes em termos cronológicos, presumindo que o próprio *de cujus* investiu seus herdeiros no domínio e na posse indireta de seu patrimônio, porque este não pode restar acéfalo⁵³⁵”.

Importante ressaltar que, além da morte real, o Direito brasileiro também trata da morte presumida, sendo que os artigos 26 a 39 do CC de 2002 dispõem da sucessão do patrimônio do ausente.

Pois bem. De acordo com o artigo 1.786 do CC de 2002: “A sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Evidenciam-se neste dispositivo os dois tipos de sucessão no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam, a legítima, resultante da lei, e a testamentária, decorrente de testamento válido⁵³⁶.

⁵³² CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 20.

⁵³³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. 7: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 11.

⁵³⁴ *Ibid.*, p. 15.

⁵³⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

⁵³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões: lei nº 10.406, de 10. 01. 2002**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7.

A sucessão testamentária deriva de ato de última vontade, “[...] representado por testamento promovido pelo autor da herança, na forma e condições estabelecidas em lei. Nesta hipótese, não é a lei, mas a pessoa que elege seus sucessores⁵³⁷”.

Contudo, mesmo havendo disposição de última vontade, o legislador brasileiro impõe determinadas restrições à liberdade de testar do autor da herança, indicando os chamados “herdeiros necessários”, que de acordo com o artigo 1.845 do CC de 2002⁵³⁸ são os descendentes, ascendentes e cônjuges, aos quais é reservado ao menos metade do patrimônio do *de cuius*, conforme o artigo 1.846 do CC de 2002⁵³⁹. Esta parcela representa a legítima dos herdeiros necessários.

Além da necessidade de se respeitar a legítima no momento de testar, consistente em metade do patrimônio do autor da herança, também se promove a sucessão legítima quando o testamento não contemplar a destinação de toda herança, de modo que os dois tipos de sucessão podem operar-se simultaneamente na mesma transmissão *causa mortis*⁵⁴⁰.

Daí se dizer que, “[...] somente na falta de cônjuge-herdeiro, descendentes e ascendentes haverá plena liberdade para testar, permitindo seja a sucessão exclusivamente testamentária, com a exclusão de colaterais (CC, art. 1850)⁵⁴¹”.

Ocorre que, no Brasil, a sucessão testamentária tem uma minúscula difusão, sendo que, em regra, as pessoas não se preocupam em deixar disposição de última vontade. Essa característica do povo brasileiro, sua aversão em testar e, de modo geral, diligenciar questões para o momento posterior à morte, segundo Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁵⁴²:

[...] é devida, certamente, a razões de caráter cultural ou costumeiro, folclórico, algumas vezes, psicológico, outras tantas.

O brasileiro não gosta, em princípio, de falar a respeito da morte, e sua circunstância é ainda bastante mistificada e resguardada, como se isso servisse para ‘afastar maus fluidos e más agruras...’. Assim, por exemplo, não se encontra arraigado em nossos costumes o hábito de adquirir, por antecipação, o lugar destinado ao nosso túmulo ou sepultura, bem como não temos, de modo mais amplamente difundido, o hábito de contratar seguro de vida, assim como, ainda, não praticamos, em escala significativa, a doação de órgãos para serem utilizados após a morte. Parece que essas atitudes, no dito popular, ‘atraem azar’ [...].

⁵³⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

⁵³⁸ Art. 1.845 do CC de 2002 - São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁵³⁹ Art. 1.846 do CC de 2002 - Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

⁵⁴⁰ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁴¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *loc. cit.*

⁵⁴² *Ibid.*, p. 215.

Desta forma, quando uma pessoa detentora de patrimônio falece sem deixar disposição de última vontade ou quando o testamento caducar, for julgado nulo ou revogado, prevalece quanto a sucessão a ordem prevista em lei⁵⁴³. Trata-se da sucessão legítima ou *ab intestato*⁵⁴⁴ que, nas palavras de François Laurent⁵⁴⁵, “[...] corresponde ao testamento presumido daqueles que não chegaram a testar”. Encontra-se prevista no artigo 1.788 do CC de 2002⁵⁴⁶ e, como exposto, é o tipo de sucessão de maior incidência no Brasil.

No Direito brasileiro, a ordem de vocação prevista no artigo 1.829 do CC de 2002⁵⁴⁷ é de caráter excludente, de modo que, ao serem chamados a suceder herdeiros de determinada classe, os das classes subsequentes são afastados. Entre os parentes da mesma classe, os mais próximos em grau de parentesco excluem os mais remotos, ressalvado eventual direito de representação. Contudo, quando o título hereditário dos herdeiros for idêntico, por exemplo, sendo todos filhos, a princípio, receberão por cabeça, operando-se a divisão do patrimônio em tantas partes iguais quantos forem os sucessores. Diz-se “a princípio”, porque, operando-se a sucessão por representação ou estirpe, os herdeiros representantes (os netos, no exemplo), receberão o que o representado (seu pai e filho do autor da herança), por cabeça, receberia, partilhando em quinhões iguais esta parcela da herança⁵⁴⁸.

O critério adotado pelo Direito brasileiro para estabelecer os sucessores legítimos, bem como a ordem de vocação hereditária tem em conta, segundo Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁵⁴⁹,

[...] os laços familiares dos convocados com o falecido, incluídos nestes o parentesco consanguíneo (sic) ou civil e o vínculo decorrente do casamento ou da união estável, **considerando-se que a eles desejaria o falecido destinar a sua herança, mesmo sem qualquer manifestação expressa de vontade.**(Grifou-se).

⁵⁴³ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

⁵⁴⁴ “A palavra *ab intestato* significa a sucessão sem testamento, proveniente de *testare*, com o acréscimo do prefixo *in*, traduzido como *não*. Portanto, considerada a palavra *testato* com o *in*, tem-se a sucessão não testamentada. (Destaque no original). (RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: lei nº 10.406, de 10. 01. 2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7).

⁵⁴⁵ *Apud* MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**, vol. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

⁵⁴⁶ Art. 1.788 do CC de 2002 - Morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

⁵⁴⁷ Art. 1.829 do CC de 2002 -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.

⁵⁴⁸ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 124.

⁵⁴⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *loc. cit.*

Ocorre que, nos termos do artigo 1.798 do CC de 2002, apenas as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, diga-se, da morte do autor da herança, é que legitimam-se a suceder. Implica dizer que, **pela literalidade** do artigo mencionado, apenas as pessoas naturais nascidas com vida ou já concebidas por ocasião da abertura da sucessão possuem capacidade para suceder o falecido em relação ao seu patrimônio. Ressalte-se que o artigo 1.799, I do CC de 2002⁵⁵⁰, exclusivamente quanto à sucessão testamentária, acrescenta como legitimados a suceder - no que tem pertinência com a temática - os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas no momento da morte do testador.

Portanto, a RHA homóloga *post mortem* encontra campo fértil para inquietações em termos sucessórios quando o doador do material genético não tenha deixado disposição de última vontade destinando seu patrimônio ao filho posteriormente concebido (ou implantado, como se discutirá). Logo, a questão que enseja esforço investigativo é quanto a viabilidade de **sucessão legítima** do filho concebido ou implantado através de RHA após a morte de seu pai biológico, sem que a conclusão proposta esteja maculada de ilegalidade ou inconstitucionalidade. Para tanto, tem-se como premissa para a análise deste embate a investigação da figura do sucessor do doador do material genético.

5.5.3 A Figura do Sucessor

Inicialmente, há que se esclarecer que ao se referir a pessoa falecida, por cuja morte se abre a sucessão, a doutrina utiliza-se de termos como autor da herança, inventariado, *de cujus hereditatis agitur* ou apenas *de cujus*, além das designações vulgares como morto, defunto, finado, entre outras⁵⁵¹.

Quanto a pessoa que recebe ou adquire os bens, ou seja, que “[...] toma lugar na titularidade das relações jurídicas até então exercidas pelo falecido, em substituição a este [...]”⁵⁵², é o sucessor, que poderá ser herdeiro ou legatário.

O legatário é a “[...] pessoa contemplada em testamento com coisa certa e determinada”⁵⁵³. Por sua vez, o herdeiro pode ser classificado como testamentário, também

⁵⁵⁰ Art. 1799 do CC de 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. [...].

⁵⁵¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 23.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 24.

chamado de instituído, que é o “[...] beneficiado pelo testador no ato de última vontade com uma parte ideal do acervo, sem individuação de bens⁵⁵⁴”, ou legítimo, que é o indicado pela lei, na ordem preferencial estabelecida pelo artigo 1.829 do CC de 2002. Há ainda que se destacar o herdeiro necessário, legitimário ou reservatário, que é o descendente ou ascendente sucessível e o cônjuge, conforme artigo 1.845 do CC de 2002⁵⁵⁵.

Diante desses conceitos, insta reforçar que a pretensão deste estudo é a investigação acerca da viabilidade jurídica do concebido e do implantado *post mortem* (mediante a utilização de técnicas de RHA homóloga) serem sucessores legítimos do doador do material genético. É o que se passa a analisar.

5.5.4 A (Im) possibilidade do Concebido e do Implantado *Post Mortem* Participar da Sucessão Legítima

O primeiro requisito para se assumir a condição de herdeiro legítimo é a verificação de sua qualidade, ou seja, pela identificação do pretense sucessor na ordem de vocação hereditária prevista no artigo 1.829 do CC de 2002. Contudo, além disso, é necessário que se tenha legitimação para suceder, a qual “[...] consiste na aptidão para receber a herança, ou seja, é a condição da pessoa que lhe permite ser titular do direito sucessório invocado”, sendo que o “[...] momento em que se verifica a legitimação é a abertura da sucessão (CC, art. 1.798)⁵⁵⁶”.

Assim, a aptidão para suceder afere-se de acordo com a possibilidade da pessoa vir a ser titular de uma herança. Para tanto, entende-se que o primeiro passo para a verificação da legitimação, seja na sucessão legítima ou testamentária é “[...] a constatação da personalidade de quem reclama a vocação hereditária, representada pela existência da pessoa, física ou jurídica, no momento da abertura da sucessão⁵⁵⁷”.

Contudo, para Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁵⁵⁸ há situações especiais previstas pelo legislador em que “[...] defere-se a herança a pessoa ainda não existente no momento da abertura da sucessão”, como no caso do nascituro e da prole (ou filiação) eventual, através de disposição testamentária. Há que se notar que,

⁵⁵³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 47.

⁵⁵⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁵⁵⁵ Art. 1.845 do CC de 2002 - São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.

⁵⁵⁶ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 100.

⁵⁵⁷ *Ibid.*, p. 101.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 102.

para os citados autores, o nascituro, ainda que biologicamente vivo, é desprovido de personalidade, o que segue a lógica da teoria natalista.

Aos que se filiam a teoria concepcionista, nem mesmo haveria que se falar em exceção a regra, porque ao se compreender que desde o momento da concepção adquire-se a personalidade, o nascituro preencheria o citado requisito. Neste sentido, poderia se utilizar como argumento o disposto no artigo 1.798 do CC de 2002, o qual preconiza que: “Legitimam-se a suceder as peessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (grifou-se).

Em se tratando de sucessão testamentária, reforce-se, o artigo 1.799, I do CC de 2002 também possibilita que sejam chamados a suceder os filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que estas estejam vivas ao abrir-se a sucessão. Nesse caso, os bens da herança serão confiados, após a partilha, a curador nomeado pelo juiz, conforme artigo 1.800 do CC de 2002⁵⁵⁹ e, salvo disposição do testador em sentido contrário, se após 2 (dois) anos da abertura da sucessão não nascer o herdeiro esperado, os bens reservados caberão aos herdeiros legítimos, consoante se depreende do artigo 1.800, § 4º do CC de 2002⁵⁶⁰.

Portanto, para que seja reconhecida a legitimidade do herdeiro na sucessão *ab intestato*, este deve existir no momento da morte do autor da herança, de modo que: “Somente pessoas já nascidas ou já concebidas – os nascituros com vida intra-uterina e os embriões concebidos *in vitro* – têm capacidade sucessória⁵⁶¹”.

Neste ponto, surge a questão central deste estudo, qual seja, **se o concebido e o implantado *post mortem* possuem legitimidade para serem herdeiros do pai biológico, considerando a ausência de disposição de última vontade neste sentido. Seriam eles herdeiros legítimos?**

Inicialmente, há que se advertir que

[...] a doutrina brasileira se inclina no sentido de negar a legitimação para suceder aos filhos havidos por métodos de reprodução assistida, quer na hipótese de a morte do ascendente preceder à concepção, quer na de implantação de embriões depois de aberta a sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*⁵⁶².

⁵⁵⁹ Art. 1.800 do CC de 2002 - No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz. [...].

⁵⁶⁰ Art. 1.800, § 4º do CC de 2002 - Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.

⁵⁶¹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 113.

⁵⁶² GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

Neste sentido, inclina-se Maria Helena Diniz⁵⁶³, ao sustentar que:

‘Filho’ póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu ‘pai’ genético e por isso afastado da sucessão legítima ou *ab intestato*. Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador de sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento.

De fato, a legislação brasileira, como exposto no item 5.4, apenas faz referência às técnicas de RHA no contexto do Direito de Família, no que tange ao estabelecimento da paternidade. Lacunosamente, não há qualquer previsão dos reflexos do uso dessas técnicas no âmbito do Direito das Sucessões. Isso não implica na afirmação de que o impasse que se busca analisar neste estudo não encontra respostas no ordenamento jurídico. Aliás, é necessário que sejam distinguidas duas situações - que para alguns autores têm diferentes consequências jurídicas - que é o caso de ter havido a fertilização *in vitro* quando da morte do genitor, ainda que a implantação do embrião ocorra em momento posterior; e no caso de apenas existir sêmen congelado no momento da morte do doador, ocorrendo a inseminação postumamente⁵⁶⁴. Inicialmente, analisemos a situação do implantado *post mortem*.

Zigoto, embrião, feto, nascituro, criança, etc. São apenas alguns dos termos empregados ao ser humano de acordo com a fase de seu desenvolvimento biológico. Contudo, não há que se falar em uniformidade mundial acerca de em que momento biológico cada termo deva ser empregado, sendo tais definições variáveis de país para país, havendo que se reconhecer, inclusive, a existência de divergências doutrinárias dentro de um mesmo espaço geográfico.

Alguns o fazem de forma escalonada, classificando o fecundado nos termos: ovo fecundado, pré-embrião e por fim embrião. A palavra feto é utilizada para o concebido depois dos principais órgãos já se encontrarem formados (após a oitava semana de gravidez)⁵⁶⁵.

Como já delineado no capítulo 1 deste estudo, no tópico 1.7.1.3 tratou-se dos conceitos de concepturo, nascituro e embrião, de acordo com uma doutrina⁵⁶⁶.

⁵⁶³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 576.

⁵⁶⁴ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 116-117.

⁵⁶⁵ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 69.

⁵⁶⁶ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 137.

Analisando o artigo 2º do CC 2002, não obstante as discussões acerca do início da personalidade jurídica, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro assegura, desde a concepção, direitos ao nascituro.

Mas, diante das diferenças terminológicas entre nascituro e embrião, a questão que se coloca em evidência, neste contexto, é acerca do *status* jurídico do embrião fecundado artificialmente enquanto não implantado no corpo da mulher. Há que se notar que o artigo 1.789 do CC de 2002 dispõe que legitimam-se a suceder **as pessoas já concebidas** no momento da abertura da sucessão. Dessa forma, importante para o desenrolar deste estudo entender como deveria o embrião fecundado *in vitro*, mas ainda não implantado ser qualificado. Afinal, poderia ser ele considerado um sucessor legítimo?

Pois bem. Quanto a sua qualificação, para Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus Maluf⁵⁶⁷: “O nascituro e o embrião possuem proteção aos olhos da lei. Seja na Lei Máxima do país, seja nos Tratados e Convenções Internacionais relativos aos direitos humanos, genética e biotecnologia”.

Neste sentido, o Conselho da Europa, através da Recomendação nº 1.146/1986 e da Recomendação nº 1.110/1989, dirigida aos vinte e um países que o compõe, mas desejando que sejam respeitadas pelos demais países, regulamentou o uso de embriões e fetos humanos na pesquisa científica, afirmando que desde o momento da concepção, aquela diminuta célula já é considerada pessoa e recebe proteção legal⁵⁶⁸.

Tratando-se de fertilização *in vitro*, a concepção não é acompanhada da imediata implantação do embrião no corpo da mulher, sendo possível, inclusive, que permaneça criopreservado por até 3 (três) anos, nos termos do artigo 5º, II da Lei nº 11.105/2005, a Lei de Biossegurança⁵⁶⁹.

Para Maria Helena Diniz⁵⁷⁰, mesmo o embrião ainda não implantado terá assegurado direitos personalíssimos, sendo-lhe devido o respeito à vida e à integridade física e

⁵⁶⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 110.

⁵⁶⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 74-82 *passim*.

⁵⁶⁹ Art. 5º da Lei nº. 11.105/2005 - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. [...].

⁵⁷⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.116.

mental, nos termos do artigo 949 do CC de 2002⁵⁷¹, sendo passível de indenização por danos morais em decorrência de lesão que venha a sofrer como deformações, traumatismos, enfim, danos decorrentes do procedimento de RHA. Nesse sentido, assevera que:

O embrião, o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica própria, independente de sua mãe. Se as normas o protegem, é porque tem personalidade jurídica. **Na vida intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente**, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular de direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito à indenização por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (Grifou-se).

No mesmo sentido, Gerard Cornu⁵⁷² defende a existência de direitos desde a concepção, inclusive ao embrião criopreservado, ainda não implantado. Para o autor: “A lei civil, por seu turno, garante respeito à vida humana desde a concepção, ali também iniciando a sua personalidade”. Reconhece, contudo, que a personalidade jurídica antes do nascimento não pode ser plena, “[...] pois as vicissitudes da sua condição intrauterina não permite que assim seja. Mas impõe-se desde a concepção os efeitos jurídicos essenciais, notadamente no âmbito do direito civil e penal”.

Diante disso, afere-se que a questão acerca do *status* jurídico do embrião ainda não implantado remonta as longas, acaloradas e ainda presentes discussões acerca do início da personalidade jurídica, abordadas neste estudo do capítulo 1, item 1.7, notadamente as teorias natalista e concepcionista.

Para Eduardo de Oliveira Leite⁵⁷³, não é possível submeter a condição de ser humano a atributos como tamanho, forma, função ou tempo decorrido após a fecundação, porque após esta não há um “antes” e “depois” objetivos, semelhante ao que existe antes da fecundação, quando o que se tem são células germinais de diferentes pessoas, sem a formação de um ser distinto, e depois da fecundação. Dessa forma, leciona que: “Os direitos do nascituro são tutelados desde a concepção, logo, o embrião, ainda que ‘*in vitro*’ também se insere nesta proteção; isto é, o conceito é considerado sujeito de direito **reconhecendo-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação**” (grifou-se).

⁵⁷¹ Art. 949 do CC de 2002 - No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido.

⁵⁷² *Apud* MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 112.

⁵⁷³ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito**: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 387.

Visualizada a questão por este ângulo, poderia se afirmar, por consequência, que o embrião ainda não implantado teria o mesmo *status* do nascituro. Nesse sentido, Maria Dolores Vila-Coro Barrachina⁵⁷⁴ defende que:

No tiene sentido diferenciar entre embrión en el útero femenino o embrión sin anidar. Su situación es posicional pero no esencial y no efecta a su cualidad o condición. La única diferencia es la mayor viabilidad que tiene, hoy por hoy, el que se halla alojado en la matriz: en el punto de partida está ya, embrionariamente, todo lo que es el hombre⁵⁷⁵. (Grifou-se).

Contudo, a questão é polêmica e mostra-se distante de alcançar um consenso.

Heloísa Helena Barboza⁵⁷⁶, posicionando-se frente a tal dilema, pontua: “Não nos parece razoável considerar o embrião antes da transferência para o útero materno um *nascituro*. Porém, se negada a qualidade de pessoa, como devemos qualificá-lo? Será coisa? [...]” (destaque no original). Entende a autora, citada por Eduardo de Oliveira Leite, que o embrião, ainda que não transferido para o corpo da mulher, é pessoa, mesmo que não investido de capacidade jurídica e não pode ser objeto de direito.

Defendendo a necessidade de conferir direitos ao embrião não transferido, inclusive por considerá-lo como “pessoa”, Eugênio Carlos Calliolo⁵⁷⁷ fundamenta sua conclusão no que chama de “verdades científicas fundamentais constatadas”, quais sejam,

[...] desde o momento da fusão do espermatozóide (sic) com o óvulo existe um novo organismo com todas as características que fazem dele um indivíduo único, distinto do organismo da mãe; **desde a concepção até a morte, trata-se sempre do mesmo ser humano, cujo desenvolvimento realiza-se de modo perfeitamente continuado, não tendo, em momento algum, qualquer modificação fundamental que atinja *status* de ser humano; a natureza do embrião é sempre a mesma, quer sua concepção tenha sido realizada no interior ou no exterior do organismo da mãe.** (Grifou-se).

De outro vértice, destacam-se também os defensores da tese de que o embrião ainda não implantado não pode ser considerado nascituro, entendendo como tal aquele que está para nascer, que se desenvolve no ventre da mulher, sendo que tal

⁵⁷⁴ *Apud* MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 83.

⁵⁷⁵ Não há sentido em diferenciar o embrião anidado no útero feminino do embrião não anidado. A diferença é apenas posicional, porque no essencial não afeta sua qualidade ou condição. A única diferença é a maior viabilidade que tem, dia por dia que se haja alojado na matriz: no ponto de partida está lá, embrionariamente, tudo o que é o homem. (Tradução nossa).

⁵⁷⁶ *Apud* LEITE, Eduardo de Oliveira. **Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 391.

⁵⁷⁷ *Apud* MACHADO, Maria Helena, *op. cit.*, p. 81.

desenvolvimento somente se torna viável com a nidação do ovo. Para alguns juristas, diante desta constatação (de que o embrião não implantado não pode ser considerado nascituro), ele não é protegido, nem tutelado juridicamente⁵⁷⁸.

Quanto ao argumento levantado pelos defensores de que o embrião, mesmo que ainda não implantado, já seria uma unidade biológica individualizada, o cientista Jacques Testart⁵⁷⁹ contrapõe-se, asseverando que, na opinião dos biólogos, somente se constitui um novo ser por ocasião da “última fase”, ou seja,

[...] quando o masculino se confunde intimamente, de modo indissociável, com o feminino. Somente a partir daí se inicia uma nova entidade, com qualidades genéticas próprias que a diferenciam de seus genitores. Esse novo ser só existiria, dois ou três dias após a penetração do espermatozóide (sic) no óvulo.

Há quem defenda ainda que o embrião, como ser individualizado, somente existiria a partir do 14º (décimo quarto) dia após a fecundação, sob o fundamento de que até este período não existe nem mesmo esboço da estrutura nervosa⁵⁸⁰. Esta tese, ao que parece, foi absorvida na Inglaterra no relatório *Warnoch*, no qual se “[...] autoriza a realização de experiências com embriões, até o 14º dia, [...] contrapondo-se à teoria concepcionista que admite ser o embrião desde o momento da fecundação, algo distinto da mãe, com autonomia genético-biológica⁵⁸¹”.

No Brasil, a questão sobre o *status* jurídico do embrião fecundado *in vitro* já foi (ainda que indiretamente) analisada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 3.510, onde se discutia a constitucionalidade da autorização legal para manipulação de células-tronco de embrião excedentário sem finalidade reprodutiva, prevista no artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, a Lei de Biossegurança. Como já exposto no capítulo 1, item 1.7.1.1, por seis votos a cinco prevaleceu o entendimento do Relator, o Ministro Carlos Ayres Britto, no sentido da constitucionalidade do artigo da citada Lei. De acordo com trecho da ementa do julgado: “[...] O embrião pré-implante é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição. [...]”⁵⁸².

⁵⁷⁸ MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2012. p.79.

⁵⁷⁹ *Apud ibid.*, p. 70.

⁵⁸⁰ *Ibid.*, p.71.

⁵⁸¹ MACHADO, Maria Helena, *loc. cit.*

⁵⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Impugnação em bloco do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, a Lei de Biossegurança. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**, Tribunal Pleno, Requerente: Procurador Geral da República, Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgado em 29 maio.2008, Publicado no Diário de Justiça 27 maio. 2010. EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em:

Por certo que o entendimento da Corte Maior brasileira traz um grande impacto para o ordenamento jurídico nacional, principalmente quando se trata de uma questão onde inúmeros posicionamentos e teses são levantados pela doutrina e pelos tribunais, em detrimento de uma escassa produção legiferante. Contudo, o Direito não é constituído de apenas uma fonte e uma questão de tamanha relevância certamente não resta pacificada com tal decisão, de modo que a ordem principiológica nacional e a Hermenêutica jurídica, com amparo de uma forte corrente doutrinária permitem e incitam a continuidade dos debates sobre o *status* jurídico do embrião não implantado, bem como dos limites da intervenção científica sobre esta célula e da existência e extensão de direitos que possui.

Controvérsias a parte, o fato é que **o artigo 1.798 do CC de 2002 não se refere expressamente ao nascituro como legitimado a suceder, mas usa um termo mais amplo, qual seja, “concebido”**.

Pois bem. Importante se ter em vista que quando o legislador utiliza o termo “concepção”, há que se entender “[...] o momento em que os cromossomos masculinos se encontram com os femininos, definindo os dados genéticos do ser humano [...]”⁵⁸³

Dessa forma, entendendo-se que a fecundação (inclusive *in vitro*) é “[...] o processo através do qual o gameta masculino, o espermatozoide, e o gameta feminino, o ovócito, se unem formando um zigoto [...]”, de modo que: “O desenvolvimento embrionário tem início com a fecundação⁵⁸⁴”, possível concluir que os conceitos de concepção e fecundação se confundem. Nesse sentido: “A vida humana teria seu início com a concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide (sic), da qual resulta um ovo ou zigoto⁵⁸⁵”.

Dessa forma, se no momento do óbito do autor da herança existia um embrião criopreservado, gerado com seu material genético em decorrência de fertilização *in vitro* homóloga, identificada a vontade (expressa ou tácita) do *de cujus* em sua implantação, ainda que póstuma, o filho “[...] terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida [...]”⁵⁸⁶.

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2E%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pdr2rft>. Acesso em: 18 ago. 2014.

⁵⁸³ CAMILLO, Carlos Eduardo Nicolleti *et al.* **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 78.

⁵⁸⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010. p. 90.

⁵⁸⁵ NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008. p. 263.

⁵⁸⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 6: direito das sucessões. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 47.

Da mesma forma, para Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida⁵⁸⁷ existindo embrião fertilizado *in vitro* por ocasião da morte do pai, há que se reconhecê-lo como detentor de capacidade sucessória, aplicando as mesmas regras relativas ao nascituro, ou seja, que após implantado, nasça com vida.

Não há que se duvidar que a questão posta em evidência é bastante tormentosa, e, nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite⁵⁸⁸ “[...] vai se colocar à argúcia dos magistrados”, como de fato já vem ocorrendo, citando-se como exemplo o caso julgado pelo 13º Ofício Cível de Curitiba, em que pese tenha se tratado de inseminação homóloga *post mortem*, a qual será analisada adiante.

Diante dessa constatação, ao atualizar sua posição quanto ao tema, pontua o mesmo autor⁵⁸⁹:

De imediato assalta-nos o questionamento crucial: estariam os filhos, concebidos através de procriações artificiais, fora do rol dos legitimamente habilitados para receber a reserva?

Certamente que não. Uma exegese conciliadora se impõe para contornar o impasse garantindo a legítima daqueles filhos oriundos das procriações artificiais. E, certamente, esta exegese exigirá releitura do **art. 1.798** que passaria a ter a seguinte redação: “*Art. 1.798. Legítima-se a suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após abertura da sucessão*”. (Destques no original).

Quer parecer que quando o autor se refere a “uma exegese conciliadora” está a se referir a leitura sistemática do artigo 1.597 e 1.798 do CC de 2002, em sincronia com princípios fundamentais adiante abordados, notadamente a igualdade entre os filhos e a liberdade nas relações de família.

Enfim, o entendimento esposado - no sentido de que o embrião fertilizado *in vitro* antes da morte do pai biológico (tratando-se de fertilização homóloga), mas ainda não implantado tem legitimidade para suceder o *de cujus* sem violar o artigo 1.798 do CC de 2002, uma vez que já concebido no momento da abertura da sucessão - é compartilhada pelo CJF nos termos do Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil⁵⁹⁰, que assim preconiza:

Enunciado nº 267 - Art. 1.798: A regra do **art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de**

⁵⁸⁷ *Apud* DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

⁵⁸⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**, vol. 6: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 70.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 71.

⁵⁹⁰ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil/** Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2007. p. 58. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>. Acesso em 14. ago. 2014.

reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.(Grifou-se).

Por certo que a questão está longe de ser considerada pacífica, levantando-se neste estudo, contudo, uma proposta interpretativa. Apenas para exemplificar o dissenso quanto ao tema, cita-se a ponderação de Francisco José Cahali e Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka⁵⁹¹, que de modo enfático ressaltaram sua posição “no momento”:

[...] concluímos, em edições anteriores desta obra, terem os filhos assim concebidos o mesmo direito sucessório que qualquer outro filho, havidos pelos meios naturais. Porém, melhor refletindo sobre a matéria, **no momento**, estamos mais inclinados a considerar herdeiros apenas os filhos nascidos e nascituros existentes no momento da abertura da sucessão, excluindo-se, pois, do direito sucessório aqueles descendentes que vieram ser gerados após a morte de seu ascendente, através da utilização de embriões excedentários até então crio-conservados (sic) em laboratórios. (Grifou-se).

De outro vértice, se a sucessão legítima do embrião fecundado *in vitro* e implantado após a morte do pai biológico já é controversa, mais entretanto encontra a situação do inseminado *post mortem*, uma vez que, faticamente, no momento da abertura da sucessão o que se tinha era apenas o sêmen armazenado, e não uma vida biologicamente individualizada.

No direito estrangeiro, destaca-se como posicionamento preponderante a impossibilidade jurídica da sucessão legítima ao concebido *post mortem*. Nesse sentido, cita-se o direito argentino, o italiano, suíço e francês⁵⁹².

No ordenamento jurídico brasileiro, em se tratando de sucessão testamentária, o legislador atribuiu ao não concebido a legitimidade para suceder, conforme se depreende do artigo 1.799, I do CC de 2002, já citado. Contudo, mesmo neste caso, há que se fazer uma análise, ainda que perfunctória, tendo em vista que não é o objeto deste estudo, mas sim a sucessão legítima.

É que o citado dispositivo garante que o *nondum concepti*, ou seja, aquele que ainda não foi concebido, possa ser beneficiado pelo testador, contando que venha a ser concebido e nasça com vida, no prazo de 2 (dois) anos da abertura da sucessão, conforme o artigo 1.800, § 4º do CC de 2002, mas ressalva que, para tanto, deve ser filho de pessoa indicada pelo testador, a qual deve estar viva no momento da abertura da sucessão. Logo, a

⁵⁹¹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104.

⁵⁹² COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 220-223 *passim*.

princípio, não seria possível a sucessão testamentária do próprio filho inseminado *post mortem*, porque evidentemente a pessoa indicada seria o próprio testador, que logicamente não estaria vivo no momento da abertura de sua própria sucessão. Contudo, poderá o pai testador assim deliberar por via reflexa. Isso porque: “É necessário que o testador indique a pessoa cujos filhos quer contemplar. Pode haver a eleição de um dos dois genitores⁵⁹³”. Portanto, autorizando a utilização do seu material biológico, poderia indicar no testamento como seu herdeiro o filho de sua esposa ou companheira.

Ressalte-se, por oportuno, a posição de Maria Berenice Dias⁵⁹⁴, ao defender que

[...] não há como impedir que sejam beneficiados os **filhos do testador**, exatamente em face das possibilidades de reprodução assistida, Havendo material genético armazenado em laboratório, pode o proprietário nomear seus próprios filhos como herdeiros eventuais. (Destaque no original).

Contudo, como anteriormente exposto, verifica-se que faz parte da cultura do brasileiro não deixar disposição de última vontade⁵⁹⁵, de modo que a investigação acerca da possibilidade do inseminado *post mortem* participar da sucessão legítima ganha maior relevância.

Inicialmente, cumpre salientar que tal possibilidade encontra grande resistência da doutrina, cujo principal argumento jurídico é o “[...] princípio da coexistência: o sucessor (herdeiro ou legatário) e o *de cujus* devem coexistir no momento da morte, ao tempo da abertura da sucessão, em que, pela *saisine*, dá-se a transmissão da herança⁵⁹⁶”, nos termos do artigo 1.798 do CC de 2002. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa assevera que⁵⁹⁷:

No sistema do mais recente Código, o princípio geral sucessório é o mesmo: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão” [...]. Desse modo, **os filhos concebidos, *post mortem*, sob qualquer técnica, não serão herdeiros**. O atual Código abre uma válvula restrita para esta hipótese, permitindo que unicamente na sucessão testamentária possam ser chamados a suceder o filho chamado da pessoa indicada. Mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento após a abertura da sucessão, com a reserva de bens da herança (arts. 1.799, I, e 1.800). (Grifou-se).

⁵⁹³ DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 323.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 327.

⁵⁹⁵ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 215.

⁵⁹⁶ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**, vol. 7: direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

⁵⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229.

Ocorre que, de acordo com o que foi apresentado no item 5.4, o CC de 2002, em seu artigo 1.597, III estabelece a regra de que o filho havido por fertilização homóloga, - leia-se, mediante uma das técnicas de RHA - , mesmo que após a morte do marido, presume-se concebido na constância do casamento. Diante de uma leitura constitucional, torna-se possível estender tal preceito também para a união estável, como já disposto. Tendo em vista que o estabelecimento da paternidade não pode se restringir ao critério biológico, defende-se que o artigo referido apenas traz como consequência a filiação do havido com material genético do marido ou companheiro de sua mãe, após a morte deste, quando restar demonstrado que esta era a vontade do *de cujus*, que o filho fazia parte do projeto parental do casal. Assim sendo, será reconhecido que o inseminado ou implantado após a morte do doador do material genético é filho deste.

Porém, para uma corrente doutrinária⁵⁹⁸, mesmo que reconhecida a paternidade, o inseminado *post mortem* não teria direito de participar da sucessão legítima do pai, uma vez que ainda não concebido no momento da abertura da sucessão.

Pois bem. O fato é que tal conclusão esbarra no princípio constitucional da igualdade dos filhos, estampada no artigo 227 § 6º da CRFB, sendo razoável o entendimento, reforce-se, de que tal igualdade deve alcançar também o campo sucessório. Assim, torna-se pertinente se questionar: Excluir o inseminado *post mortem* da sucessão legítima, embora seja o mesmo reconhecido como filho do autor da herança, em contrapartida a participação de outro filho na herança pelo simples fato deste ter sido concebido antes da abertura da sucessão seria uma violação ao princípio antes citado ou se estaria diante de uma “desigualdade justificada”?

Destaque-se que o referido princípio também encontra-se estampado no artigo 1.834 do CC de 2002⁵⁹⁹ e artigo 20⁶⁰⁰ do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)⁶⁰¹.

Quanto a essa questão, há uma corrente doutrinária que se posiciona pela necessidade de observância do princípio da igualdade entre os filhos na sucessão, citando-se como representante deste entendimento Maria Berenice Dias⁶⁰², para quem:

⁵⁹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**, vol. 6: direito de família. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229.

⁵⁹⁹ Art. 1.834 do CC de 2002 - Os descendentes da mesma classe têm os mesmos direitos à sucessão de seus ascendentes.

⁶⁰⁰ Art. 20 do ECA - 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.

⁶⁰¹ BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

⁶⁰² DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 117.

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

No mesmo sentido, Cristiano Colombo⁶⁰³, ao advogar que “[...] não se verifica ‘razão valiosa’ à luz do interesse público para que se estabeleça diferente tratamento entre os filhos do mesmo pai por existirem ou não no momento da abertura da sucessão”, em que pese verifique o autor justificado fundamento para se afastar da herança aqueles que “[...] foram gerados a partir de ato ilícito, como a inseminação artificial *post mortem* contra a vontade do falecido ou, ainda, decorrente de furto ou fraude do laboratório, através de ato criminoso”, os quais, inclusive, nem poderiam ser considerados filhos, sob uma perspectiva que considera como critério para o estabelecimento da paternidade não apenas o biológico, mas também o afetivo, como delineado no item 5.4.

Sob este enfoque, em face do atual ordenamento jurídico brasileiro, não mais subsistem quaisquer desigualdades entre os filhos, sejam eles consanguíneos, adotivos, legítimos ou ilegítimos, de modo que “[...] todos herdam em igualdade de condições (CC/2002, art. 1.834)⁶⁰⁴”.

Ademais, diante do princípio da liberdade nas relações de família, o qual compreende “[...] o livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar [...]; à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar [...]”⁶⁰⁵, é possível defender que, havendo um projeto parental onde o casal planejava a reprodução, ainda que esta se concretize após a morte do cônjuge ou companheiro e mesmo que isso não esteja escrito, contanto que seja passível de ser identificada tal vontade (seja por testemunhas, outros tipos de documentos, enfim), a paternidade deve ser reconhecida e, por extensão, os direitos sucessórios do filho havido postumamente.

De outro vértice, ainda que a observância do princípio da liberdade (também nominado de princípio da autonomia da vontade, o qual compreende, entre outros, o princípio do planejamento familiar)⁶⁰⁶ e da igualdade entre os filhos, inclusive no que tange à sucessão,

⁶⁰³ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 224.

⁶⁰⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 166.

⁶⁰⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 69.

⁶⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto, *loc. cit.*

seja um forte argumento para se defender a sucessão legítima do inseminado *post mortem*, não há como se ignorar o conteúdo do artigo 1.798 do CC de 2002, o qual, como já exposto, estampa que a legitimação para sucessão *ab intestato* depende da constatação de que no momento da morte do autor da herança o sucessor (no caso, legítimo) deveria ter nascido ou ao menos ter sido concebido, pois é com base nesta regra que a maioria da doutrina entende que não é possível a sucessão legítima do inseminado *post mortem*⁶⁰⁷.

Entretanto, entende-se que a partir de uma visão sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, e especificadamente inter-relacionando normas do Direito de Família e das Sucessões, é possível identificar uma perspectiva lógico-jurídica que legitima o inseminado *post mortem*, reconhecido como filho do *de cuius*, participar da sucessão legítima do pai.

Como já delineado, o artigo 1.597 do CC de 2002 preconiza não apenas situações em que a paternidade se estabelece, mas vai além, pois “[...] o dispositivo em comento presume fictamente o momento em que ocorreu a concepção, qual seja, ‘na constância do casamento’, estabelecendo, portanto, termo presuntivo ficto de concepção para a hipótese de inseminação artificial homóloga *post mortem*⁶⁰⁸”.

De fato, quando se busca descobrir a norma jurídica, o “[...] primeiro dever do intérprete é analisar o dispositivo legal para captar o seu pleno valor expressional⁶⁰⁹”, ou seja, “[...] é necessário indagar do exato sentido de um vocábulo ou do valor das proposições do ponto de vista sintático⁶¹⁰”. Trata-se de uma interpretação realizada sob o prisma gramatical ou literal, que embora importante, não basta para se identificar o real sentido da norma jurídica.

Após a perquirição filológica pelo intérprete, impõe-se uma análise lógico-sistemática, pois “[...] nenhum dispositivo está separado dos demais. [...] É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores lingüísticos (sic), mas sempre situando-as no conjunto do sistema⁶¹¹”.

Desta feita, ao se tratar de inseminação artificial homóloga *post mortem* e a sucessão legítima, inicialmente, há que se reconhecer que, apenas é possível falar em sucessão *ab intestato* quando se considera o inseminado como filho do autor da herança, o que é possível na legislação brasileira, de acordo com artigo 1.597, III do CC de 2002. Tal artigo, ao

⁶⁰⁷ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 104.

⁶⁰⁸ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 229.

⁶⁰⁹ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 279.

⁶¹⁰ REALE, Miguel, *loc. cit.*

⁶¹¹ REALE, Miguel, *loc. cit.*

estabelecer, ainda que por uma ficção jurídica, que o momento da concepção foi a constância do casamento (e inclui-se a união estável) não deve ficar restrito apenas ao Direito de Família, mas partindo-se de uma visão sistêmica, ser elasticado para alcançar também outros efeitos decorrentes da inseminação artificial homóloga póstuma, notadamente o Direito Sucessório. Logo,

[...] se, por presunção legal admite-se que a inseminação artificial homóloga ‘mesmo que falecido o marido’ deu-se na constância do casamento, por conexão e inter-relação do Direito de Família e das Sucessões há que se entender esta mesma presunção ao Direito Sucessório, considerando também a presunção legal de concepção para fins de vocação hereditária. Por conseguinte, **aquele nascido decorrente de inseminação artificial homóloga *post mortem* estaria, por presunção legal, presente no momento da abertura da sucessão**⁶¹². (Grifou-se).

Destarte, sob esta perspectiva, quando se interpreta o artigo 1.798 do CC de 2002, entende-se que a sucessão do embrião implantado, assim como do inseminado *post mortem* estaria ínsita na expressão “já concebidas”. Advogando pela tese da legitimação sucessória do concebido *post mortem* mediante RHA homóloga, assevera Silvio Rodrigues que⁶¹³:

A dificuldade, nesses incisos, nasce da permissão outorgada pela lei em se promover a chamada inseminação *post mortem*, quando boa parte da doutrina e legislação estrangeira tendem a proibir essa procriação. **Em nosso sentir, o filho assim concebido após a morte do pai será herdeiro em igualdade com os demais descendentes**, ensejando até mesmo a vulneração do inventário e até da partilha de bens se já realizada por ocasião do seu nascimento. (Grifou-se).

Tal possibilidade também é defendida por Carlos Roberto Gonçalves⁶¹⁴ que, valendo-se da interpretação lógico-sistemática, assevera:

Se, assim, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e **se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como tendo sido ‘concebido na constância do casamento’, não se justifica a exclusão de seus direitos sucessórios. Entendimento contrário conduziria à aceitação da existência, em nosso direito, de filho que não tem direitos sucessórios, em situação incompatível com o proclamado no artigo 227, § 6º da Constituição Federal.** (Grifou-se).

Diante disso, possível afirmar que mostra-se juridicamente possível o entendimento favorável à sucessão legítima do filho havido por inseminação artificial

⁶¹² COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 229.

⁶¹³ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, vol. 6: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 315.

⁶¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 76.

homóloga *post mortem*, diante de uma interpretação sistemática e ampliativa do princípio da coexistência. Contudo, ainda que assim se entenda, não se pode olvidar a existência de argumentos referentes a necessidade de limitações quanto a esta prática, principalmente em vista ao princípio da segurança jurídica⁶¹⁵, como se analisará adiante.

5.5.5 Limites da Oponibilidade dos Direitos Sucessórios do Concebido e do Inseminado *Post Mortem* Perante Terceiros

Como delineado, ainda que se reconheça a possibilidade do filho havido por RHA homóloga *post mortem* participar da sucessão legítima do pai, não se desconhece a necessidade de se apontar alguma direção para a celeuma da violação ao princípio da segurança jurídica.

Inicialmente, permeando os pensamentos acerca do que vem a ser a segurança jurídica, afere-se que relaciona-se a

[...] nuances concernentes à previsibilidade, à legalidade, ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada, à discricionariedade judicial, ao efeito vinculante dos precedentes, à fundamentação das decisões judiciais e aos óbices defluentes do modo de pensar⁶¹⁶.

Deveras, é certo que o ser humano aspira por segurança e no que diz respeito ao fenômeno jurídico, implica na busca por certa estabilidade nas relações, sendo que tal desiderato,

[...] constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988 [...]⁶¹⁷.

Em relação a CRFB, a segurança foi mencionada como valor fundamental no preâmbulo, além de constar no elenco dos direitos invioláveis do artigo 5º, *caput*. Embora o constituinte não tenha se referido expressamente à segurança jurídica, este direito acabou sendo contemplado em diversos dispositivos constitucionais, como por exemplo, artigo 5º,

⁶¹⁵ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 232.

⁶¹⁶ ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. **Revista de processo**. São Paulo, ano 32, nº 149, p. 52-70, jul. 2007. p. 53.

⁶¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, vol. 4, nº.57, p. 5-48, out./dez. 2006. p. 6.

II⁶¹⁸, XXXVI⁶¹⁹, XXXIX⁶²⁰, LIV⁶²¹, LV⁶²² entre outros. Dessa forma, como destaca Ingo Wolfgang Sarlet⁶²³,

[...] ainda que estejamos cada vez mais inseridos [...] num contexto marcado pelas incertezas (e incerteza, em determinado sentido, sempre será indicativo de insegurança), segue sendo certo que **também no direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental.**(Grifou-se).

Tratando-se de RHA homóloga *post mortem*, o princípio da segurança jurídica desponta como um argumento negativo a tal prática em termos de Direito Sucessório, tendo em vista que, diante da ausência de normas a respeito, a princípio, seria possível que a ordem sucessória ficasse indefinidamente sujeita a modificações, a depender da ocorrência ou não da RHA homóloga.

Neste contexto, surgem alternativas levantadas pela doutrina que permitem conciliar a legitimidade para suceder com a preservação da segurança jurídica, como o estabelecimento de “[...] prazo máximo permitido que dista da morte do marido ou companheiro ao dia do procedimento da inseminação artificial homóloga [...]”⁶²⁴, ou, de modo geral, de qualquer das técnicas de RHA homóloga implementada após a morte do doador do material genético.

Inicialmente, cumpre ressaltar que, a própria natureza já age como um freio inibitório para a configuração de situações indefinidas em matéria de RHA, pois o material biológico ou o embrião criopreservado, com o passar do tempo, tem diminuída a potencialidade de dar ensejo a uma reprodução bem sucedida. Assim, “[...] não se estaria tratando da possibilidade de um filho concebido 40 (quarenta) anos da morte de um pai, por exemplo”, de modo que a temática refere-se a situações em que “[...] a mãe, ora sozinha ou

⁶¹⁸ Art. 5º, II da CRFB - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...].

⁶¹⁹ Art. 5º, XXXVI da CRFB - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; [...].

⁶²⁰ Art. 5º, XXXIX da CRFB - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; [...].

⁶²¹ Art. 5º, LIV da CRFB - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; [...].

⁶²² Art. 5º, LV da CRFB - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; [...].

⁶²³ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, vol. 4, nº 57, p. 5-48, out./dez. 2006. p. 13.

⁶²⁴ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 232.

com outros irmãos, tendo acesso ao material seminal congelado do morto, decide realizar o procedimento [...] imediatamente a morte do marido ou passados alguns anos⁶²⁵”.

Pois bem. Em vista à pretensão de resguardar a segurança jurídica, uma corrente doutrinária, defende o estabelecimento de limites para o reconhecimento de direitos sucessórios aos filhos havidos por RHA homóloga *post mortem*⁶²⁶.

Quanto a este aspecto, levanta-se a possibilidade de, valendo-se da analogia, utilizar-se da regra do artigo 1.800 § 4º do CC de 2002, que estabelece o prazo decadencial de 2 (dois) anos a contar da abertura da sucessão para que o herdeiro legítimo seja efetivamente implantado ou inseminado na cônjuge ou companheira supérstite⁶²⁷.

Nesse caso, valendo-se das regras referentes à sucessão da prole eventual, a administração da herança caberá, até o compromisso do inventariante, a cônjuge ou companheira supérstite, mãe do filho do *de cuius*, nos termos do artigo 1.800, § 1º do CC de 2002⁶²⁸.

Contudo, também quanto a este aspecto não se vislumbra unanimidade, havendo quem defenda que⁶²⁹:

Esta limitação não tem qualquer justificativa. Não se pode discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen de 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.** (Grifou-se).

Desta forma, outra perspectiva desponta na doutrina, baseada na premissa de que: “O estabelecimento de regras prescricionais colabora para o atingimento do princípio da segurança jurídica⁶³⁰”, estabelecendo-se prazo prescricional não para que haja a implantação ou inseminação *post mortem*, mas para que, a contar da partilha, possa haver reinvidicação da herança pelo sucessor legítimo⁶³¹.

Nesse sentido, Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho⁶³² assevera que “[...] a possibilidade jurídica da utilização da ação de petição de herança, nos termos do artigo

⁶²⁵ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 234.

⁶²⁶ *Ibid.*, p. 233.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 236.

⁶²⁸ Art. 1.800 § 1º do CC de 2002 - Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

⁶²⁹ DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 118.

⁶³⁰ AMARAL, Francisco *apud* COLOMBO, Cristiano, *op. cit.*, p. 233.

⁶³¹ *Ibid.*, p. 235.

⁶³² *Apud* CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ALVES, Mariane Ferraz. **Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga *post mortem***. Disponível em:

1.824 do Código Civil, dá a perfeita noção de segurança jurídica apenas relativa de qualquer sucessão”.

Cabe salientar que, em que pese o direito ao reconhecimento da paternidade seja imprescritível, a ação de petição da herança não é, conforme preconiza a Súmula 149 do STF⁶³³, de modo que **os direitos sucessórios sujeitam-se a prescrição**.

Da mesma forma, nos termos do Enunciado nº 267 da III Jornada de Direito Civil⁶³⁴ antes citado, ao tratar especificadamente da legitimidade dos embriões formados mediante uso de técnicas de RHA, preconiza que os efeitos patrimoniais decorrentes de sua vocação hereditária submetem-se às regras previstas para petição da herança. O mesmo poderia se aplicar em relação aos filhos havidos por inseminação *post mortem*, que por força da perspectiva estampada no decorrer deste estudo, forte na interpretação lógico-sistêmica, reconhece-se como sucessor legítimo.

Pois bem. A petição de herança, nos termos do citado artigo 1.824 do CC de 2002⁶³⁵, tem como objetivo “[...] incluir um herdeiro na herança mesmo após a sua divisão⁶³⁶”. Sendo procedente o pedido, o possuidor da herança estará obrigado a restituir os bens do acervo, sendo que a partir da citação a responsabilidade do herdeiro possuidor será aferida de acordo com as regras concernentes à posse de má-fé e mora, conforme o artigo 1.826, parágrafo único do CC de 2002⁶³⁷.

Inexistente previsão específica, o prazo prescricional para o ingresso da ação de petição de herança é de 10 (dez) anos, com fulcro no artigo 205 do CC de 2002⁶³⁸⁶³⁹.

Dessa forma, a partir desta perspectiva, aplicar-se-ia ao filho havido por RHA homóloga *post mortem* o prazo de 10 (dez) anos, a contar da partilha, para buscar seus direitos sucessórios, cabendo-se destacar que quanto aos absolutamente incapazes não corre

http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20131029210144.pdf. Acesso em: 10 ago. 2014.

⁶³³ Súmula 149 STF - É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.

⁶³⁴ CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornada de Direito Civil** / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. – Brasília: CJF, 2007. p. 58. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>. Acesso em 14. ago. 2014.

⁶³⁵ Art. 1.824 do CC de 2002 – O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possui.

⁶³⁶ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. São Paulo: Método. p. 1217.

⁶³⁷ Art. 1.826 do CC de 2002 - O possuidor da herança está obrigado à restituição dos bens do acervo, fixando-se-lhe a responsabilidade segundo a sua posse, observado o disposto nos arts. 1.214 a 1.222. Parágrafo único. A partir da citação, a responsabilidade do possuidor se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora.

⁶³⁸ Art. 205 do CC de 2002 - A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor.

⁶³⁹ CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 383.

prescrição, nos termos do artigo 198, I, do CC de 2002⁶⁴⁰ e, portanto, a contagem do prazo somente se iniciaria a partir dos 16 (dezesseis) anos⁶⁴¹.

Não há que se olvidar ainda a análise dos limites da oponibilidade dos direitos sucessórios do filho havido por RHA homóloga *post mortem* no campo da Bioética, a qual, como estudo transdisciplinar entre a Biologia, Medicina, Filosofia e Direito, preocupa-se em investigar as condições necessárias para a manutenção da dignidade humana⁶⁴², valor fundamental para a República Federativa do Brasil.

Como disposto no capítulo 2, tópico 2.3, foram consignados no *Belmont Report*, ou Relatório de Belmont, publicado em 1978 pela Comissão Nacional para Proteção dos Seres Humanos em Pesquisa Biomédica e Comportamental quatro princípios “enaltecedores da pessoa humana”, nas palavras de Maria Helena Diniz⁶⁴³, tidos como princípios basilares da Bioética. Entre eles está o da autonomia, tratado no Relatório de Belmont como princípio do respeito às pessoas⁶⁴⁴.

Enuncia a valorização da vontade do paciente ou de quem o represente, respeitando seus valores morais e religiosos. Assim: “A autonomia seria a capacidade de atuar com conhecimento de causa e sem qualquer coação ou influência externa⁶⁴⁵”.

Em termos de RHA homóloga *post mortem*, tal princípio desponta como de suma importância, sendo inclusive estampado na Resolução nº 1.957/2010 do CFM⁶⁴⁶, item VIII, que assim preconiza:

VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM. Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente. (Grifou-se).

Estabelecendo-se a paternidade, a qual, ressalte-se, teve como premissa a identificação de que essa era a vontade (manifestada expressamente ou não) do *de cuius*, torna-se possível se falar em sucessão legítima, de modo que a autonomia da vontade,

⁶⁴⁰ Art. 198 do CC de 2002 - Também não corre a prescrição: I - contra os incapazes de que trata o art. 3º. [...].

⁶⁴¹ COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga *post mortem* e o direito à sucessão legítima.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012. p. 235.

⁶⁴² MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito.** São Paulo: Atlas. 2010. p. 6

⁶⁴³ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 14.

⁶⁴⁴ MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano.** São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. p. 62.

⁶⁴⁵ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus, *op. cit.* p. 11.

⁶⁴⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. **Diário Oficial da União**, 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

princípio basilar da Bioética, coloca-se também como um freio ao reconhecimento de direitos sucessórios ao filho havido por RHA homóloga *post mortem*.

Da mesma forma, outro princípio da Bioética de grande relevância no contexto da sucessão legítima do filho havido por RHA homóloga *post mortem* é o da justiça, nos termos do qual “[...] os iguais deverão ser tratados igualmente”, de modo que, sendo “[...] expressão da justiça distributiva, exige uma relação equânime nos benefícios [...]”⁶⁴⁷,

Isso porque, como exposto, um dos principais argumentos a legitimar a sucessão *ab intestato* do inseminado ou implantado após a morte do pai é a vedação constitucional à desigualdade dos filhos, de modo que, reconhecido aquele como tal, não haveria como negar-lhe o direito fundamental à herança, previsto no artigo 5º, XXX da CRFB.

Enfim, há que se reconhecer que o tema em análise encontra-se em um limbo legislativo, havendo pouca contribuição do legislador para que as situações fáticas que despontam na sociedade sejam solucionadas. Porém, como demasiadamente exposto, a existência ou ausência de dispositivos legais não pode ser vista como a inquestionável solução ou como o intransponível entrave para celeumas relacionadas aos avanços biotecnológicos, em especial os relacionados à RHA. Daí a proposta deste estudo, que longe de aspirar pelo esgotamento das discussões sobre o tema, busca evidenciar uma das perspectivas, que sob o enfoque lógico-sistêmico, o mesmo pode ser analisado.

⁶⁴⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 15-16.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No transcorrer deste estudo, buscou-se demonstrar o intenso desenvolvimento da Biotecnologia nos últimos tempos, de modo que algumas situações que despontam na sociedade decorrentes desse avanço tecnológico esbarram em reflexões (Bio)éticas e jurídicas. Somado a isso, afere-se que a produção legiferante brasileira não acompanhou o ritmo da Biotecnociência, de modo que cabe aos operadores jurídicos buscar nas outras fontes jurídicas respaldo para solucionar os casos concretos.

As técnicas para RHA são exemplos desse cenário de alta tecnologia e embate ético/jurídico, sendo relevante campo de estudo para a Bioética e o Biodireito. Um dos temas imersos em todo este contexto é a RHA homóloga *post mortem*, entendida restritivamente para fins desta pesquisa como a procriação ocorrida artificialmente com material genético do cônjuge ou companheiro, extraído enquanto vivo, mas utilizado após a sua morte.

Neste estudo, propôs-se analisar a possibilidade do filho havido mediante RHA homóloga após a morte do doador do material genético participar da sucessão legítima deste. Para tanto, investigou-se a RHA homóloga *post mortem* no Direito brasileiro, constatando-se que, em que pese a temática seja abordada em Enunciados do CJF e na Resolução nº 1.957/2010 do CFM, o único instrumento normativo que expressamente se refere a esta prática é o CC de 2002, no artigo 1.597, III, elencando-a como hipótese de estabelecimento de paternidade, definindo ainda o momento em que se presume ter ocorrido a concepção do filho.

Sob a ótica do neoconstitucionalismo apresentou-se uma perspectiva de interpretação do citado artigo, na qual a despeito da certeza (e diga-se, não mera presunção) de que entre o filho gerado e o doador do material genético há um vínculo biológico, já que se trata de reprodução artificial homóloga, faz-se necessário que, simultaneamente se analise e identifique o critério afetivo para que só então se reconheça a paternidade.

Tratando-se de RHA homóloga *post mortem*, é fato que o doador do material biológico jamais conviverá fisicamente com o filho, de modo que a uma primeira vista, não seria possível falar em afetividade. Contudo, apresenta-se outra perspectiva, em que a posse do estado de filho depende da vontade dos pais.

Nesta senda, possível concluir que, ainda que o *de cujus* não tenha deixado expresso consentimento quanto à utilização de seu material biológico para fins de inseminação artificial homóloga, mas que seja possível se aferir por outros elementos

probatórios que a paternidade (ainda que póstuma) era seu desejo, há que se reconhecê-la, nos termos do artigo 1.597, III do CC de 2002, presumindo-se que a concepção tenha ocorrido na constância do casamento ou da união estável, extensão esta possível frente a uma leitura constitucional.

Diante das considerações acerca da RHA homóloga *post mortem* no Direito de Família, passou-se a analisar a questão dos direitos sucessórios do filho assim havido, concluindo-se que o legislador não atentou para os avanços biotecnológicos, notadamente quanto às técnicas de RHA, de modo que, por uma interpretação literal do artigo 1.798 do CC de 2002, que estampa o princípio da coexistência, não seria possível reconhecer a sucessão legítima do inseminado após a morte do pai, pois ainda não concebido naquele momento.

Contudo, apresentando um viés centrado na interpretação lógico-sistêmica, tendo em vista a ficção jurídica estampada pelo legislador no artigo 1.597 do CC de 2002 quanto ao momento em que se tem por ocorrida a concepção, possível o entendimento de que o inseminado *post mortem* possui legitimidade para participar da sucessão legítima do pai.

Quanto ao embrião fertilizado *in vitro* antes da morte do doador do material genético, mas implantado após este momento, da mesma forma conclui-se que restando demonstrado que esta era a vontade do doador, a criança será tida como sua filha e terá direitos sucessórios, ainda que o pai não tenha deixado disposição de última vontade neste sentido.

Contudo, a fim de que seja resguardada a segurança jurídica, não se descarta o estabelecimento de prazos para que a RHA homóloga *post mortem* seja implementada, seja utilizando-se analogicamente do prazo decadencial de 2 (dois) anos para que a criança nasça, previsto no artigo 1.800, § 4º do CC de 2002, ou o prazo prescricional de 10 (dez) anos, a contar da partilha, para que o filho possa buscar seus direitos sucessórios.

Ainda, quanto aos limites para que a RHA homóloga *post mortem* seja implementada, não há como se descuidar dos preceitos trazidos pela Bioética, como o princípio da autonomia, incorporado pela Resolução nº 1.957/2010 do CFM no item VIII, que ao tratar da RHA *post mortem* enuncia que não se constitui ilícito ético, contanto que haja autorização do marido falecido (que diante de uma interpretação constitucional estende-se para o companheiro) para utilização de seu material biológico criopreservado.

Da mesma forma, outro princípio da Bioética de grande relevância no contexto da sucessão legítima do filho havido por RHA homóloga *post mortem* é o da justiça, de modo que, estabelecendo-se a paternidade, a qual, ressalte-se, teve como premissa a identificação de que essa era a vontade do *de cuius* (manifestada expressamente ou não),

veda-se a desigualdade dos filhos, não havendo como negar ao havido por RHA homóloga póstuma o direito fundamental à herança, previsto no artigo 5º, XXX da CRFB.

Por fim, cabe salientar que a CRFB, ao consolidar a família como base da sociedade, merecedora de especial proteção do Estado, nos termos do artigo 226, elevou a afetividade à categoria de direito constitucionalmente tutelado.

Assim, ainda que a herança seja um direito individual carregado de conotação patrimonialista, o que a fundamenta é o afeto, conclusão que se extrai de uma análise do Direito das Sucessões constitucionalizado. Isso porque, visando garantir a segurança familiar, o Direito Sucessório ganha uma dimensão social, sendo impositivo invocar o valor dignidade humana. Quanto mais, a ideia de cuidado, de proteção que o afeto desperta não afasta seu viés econômico, ou seja, de que essa proteção também possa se manifestar através da destinação de bens e direitos àqueles que lhe são importantes, especialmente os filhos, que antes mesmo de nascerem já eram amados por aqueles que compõe seu núcleo biológico.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução de Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ALENCAR, Rosmar Antonni Rodrigues Cavalcanti de. Segurança jurídica e fundamentação judicial. **Revista de processo**. São Paulo, ano 32, nº149, p. 52-70, jul. 2007.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Bioética e dano pré-natal. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, nº 17, p. 297-328, 1999.

_____. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris**: revista do curso de mestrado em direito negocial da UEL, Londrina, vol. 7-8, nº 1, p. 87-104, 2004.

_____. **Comentários ao Código Civil**, vol. 18: parte especial: do direito de família (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004.

ALVES, Sandrina Maria Araújo Lopes; OLIVEIRA, Clara Costa. Reprodução medicamente assistida: questões bioéticas. **Revista Bioética** [online], Brasília-DF, vol. 22, nº1, p. 66-75, jan./abr. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade de acordo com o novo código civil**. São Paulo: Atlas, 2005.

BERNARD, Jean. **A bioética**. São Paulo: Ática, 1998.

BINEMBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

_____. **Os direitos da personalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Direito civil constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Direito Civil. Venda de imóvel de ascendente à descendente e direito do nascituro. **Recurso Extraordinário nº 99038**, Segunda Turma,

Recorrente: Margarida Ilza de Lima e outro, Recorrido:Geraldo Magela de Lima, Relator(a): Ministro Francisco Rezek, Julgado em 18 out.1983, Publicado no Diário da Justiça em 05 out. 1984. PP-16452 EMENT VOL-01352-02 PP-00256. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2899038%2EENUME%2E+OU+99038%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kk9xt5n>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (1916). Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 05 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

BRASIL. Código Civil Brasileiro (2002). Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. Código de Ética. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.246/1988, de 8 de janeiro de 1988. Publicada no **Diário Oficial da União** em 26 jan. 1988. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso em 15 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 fev. 2014.

BRASIL. Decreto Executivo nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 09 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em: 01 set. 2014.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1.184/2003**. Define normas para realização de inseminação artificial *in vitro*, proibindo a gestação de substituição – barriga de aluguel – e os experimentos de clonagem radical. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 01 set. 2014.

BRASIL. Decreto nº 1.879, de 31 de dezembro de 1907. Regula o deferimento da herança *ab intestato*. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 08 jan. 1908. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-1839-31-dezembro-1907-580742-republicacao-103783-pl.html>. Acesso em: 01 set. 2014.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de setembro de 1942. Institui a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 09 set. 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 883 de 21 de outubro de 1949. Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 26 out. 1949. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0883.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao-1/leis-ordinarias/2005#content>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 27 dez. 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6515.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição da República Federativa do Brasil, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao-1/leis-ordinarias/1996#content>. Acesso em: 20 ago. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Direito civil. Danos morais e materiais ao nascituro. **Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº150.297/DF**, Terceira Turma, Relator: Ministro Sidnei Beneti, Julgado em 19 fev.2013, Publicado no Diário de Justiça em 07 maio.2013. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visuallizacao=null&processo=150297&b=ACORD&thesaurus-JURIDICO. Acesso em: 18 ago.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Impugnação em bloco do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005, a Lei de Biossegurança. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510**, Tribunal Pleno, Requerente: Procurador Geral da República, Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional, Relator(a): Ministro Ayres Britto, Julgado em 29 maio.2008, Publicado no Diário de Justiça 27 maio. 2010. EMENT VOL-02403-01 PP-00134 RTJ VOL-00214- PP-00043. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%283510%2EENUME%2E+OU+3510%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pdr2rft>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado como manifestação do princípio da solidariedade, direito de terceira geração, **Mandado de Segurança nº 22164**, Tribunal Pleno, Impetrante: Antonio De Andrade Ribeiro Junqueira, Impetrado: Presidente Da República, Relator (a): Ministro Celso De Mello, Julgado em 30 out. 1995, Publicado no Diário de Justiça em 17 nov. 1995. PP-39206 EMENT VOL-01809-05 PP-01155. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2822164%2EENUME>

%2E+OU+22164%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/mtvt8g3. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 149**. Ação de investigação de paternidade é imprescritível, mas não o é a de petição de herança. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=149.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 14 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito Civil. Pagamento de seguro obrigatório decorrente de acidente de trânsito que resultou em abortamento. **Apelação Cível nº 70002027910**, Sexta Câmara Cível, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Julgado em 28 mar. 2001. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70002027910&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito Civil. Pagamento de seguro obrigatório decorrente de acidente de trânsito que resultou em abortamento. **Recurso Cível nº 71003041936**, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 29 fev.2012, Publicado no Diário da Justiça em 06 mar. 2012. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21345325/recurso-civel-71003041936-rs-tjrs>. Acesso em: 18 ago.2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Direito de Família. Impossibilidade de registro civil de nascituro sem vida.Acento de óbito. **Apelação Cível nº 70020535118**, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 25.out. 2007, Publicado no Diário da Justiça em 01 nov. 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70020535118&tb=jurisnova&pesq=ementario&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%>. Acesso em: 18 ago. 2014.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo *et al.* Biodireito e saúde reprodutiva: permanências e transformações no exercício do planejamento familiar no Brasil. In: BRAUNER, Maria Claudia Crespo. (Org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Unijui, 2007.

_____. Os dilemas do avanço biotecnológico e a função do Biodireito. In: LOBATO, Anderson O. Cavalcante. (Org.). **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 1, nº 1, Caxias do Sul, p. 93-109, jan./jun, 2002.

CABRAL, Hildeliza Lacerda Tinoco Boechat; ALVES, Mariane Ferraz. **Direitos sucessórios na fecundação artificial homóloga post mortem**. Disponível em: http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20131029210144.pdf. Acesso em: 10 ago. 2014.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMILLO, Carlos Eduardo Nicolleti *et al.* **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito**: transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

CHAVES, Antônio. **Tratado de direito civil**: parte geral. Tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção Realista da Personalidade Jurídica e Estatuto do nascituro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, nº 17, p. 261-296, 1999.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, vol. 5: família, sucessões. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLOMBO, Cristiano. **Da reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito à sucessão legítima**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **Jornadas de Direito Civil** / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr.–Brasília: CJF, 2007. Disponível em: <http://columbo2.cjf.jus.br/portal/publicacao/download.wsp?tmp.arquivo=1296>. Acesso em: 14 ago. 2014.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1.957/2010. **Diário Oficial da União**, 06 de janeiro de 2011, Seção I, p.79. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm. Acesso em: 14 ago. 2014.

COULANGES, Numa Denis Fustel de. **A cidade antiga**. Tradução de Frederico Ozanan Pessoa de Barros. São Paulo: EDAMERIS, 1961.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética**: segundo o enfoque da filosofia do direito. Tradução de Luisa Raboline. São Leopoldo: UNISINOS, 2006.

DIAS, Maria Berenice. **Família**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

DIAZ, Margarita; CABRAL, Francisco; SANTOS, Leandro. Os direitos sexuais e reprodutivos. In: RIBEIRO, CAMPUS, M.T.A. (ed.). **Afinal, que paz queremos?** Lavras: Editora UFLA, 2004.

DICCIONARIO del Cristianismo, vol. 131. Barcelona: Herder, 1974.

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

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, vol. 1: teoria geral do direito civil. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O estado atual do biodireito**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ENCICLOPÉDIA Barsa. vol.3. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica do Brasil, 1977.

ESPAÑA. Lei nº 14, de 26 de mayo de 2006. Sobre técnicas de reproducción humana asistida. Publicada en 27 de mayo de 2006. Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-9292>. Acesso em: 01 set. 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIÚZA, César. Direitos da personalidade. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, vol. 3, nº 75, abr.2010.Disponível em:http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7340&revista_caderno=7>. Acesso em 30 jun.2014.

FRANÇA, Rubens Limongi. Coordenadas Fundamentais dos Direitos da Personalidade. **Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro**, Rio de Janeiro, ano II, nº. 2, p.45-59, jan. 1983.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GILMAN, Alfred Goodman. **As bases farmacológicas da terapêutica**. Tradução de Carla de Mello Vosatz et al. 10. ed. Rio de Janeiro: McGraw-Hill, 2005.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Sucessões**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 1: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito civil brasileiro**, vol. 7: direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUERRA, Roberta Freitas; SILVA, Fernando Laércio Alves da; NERO, Patrícia Aurélio Del. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: UFV, 2014.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Bioética e Biodireito: revolução biotecnológica, perplexidade humana e prospectiva jurídica inquietante. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n° 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/4193>>. Acesso em: 13 maio. 2014.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito civil aplicado**, vol. 6: direito das sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

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

LEITE, Tatiana Henriques; HENRIQUES, Rodrigo Arruda de Holanda. Bioética em reprodução humana assistida: influência dos fatores sócio-econômico-culturais sobre a formulação das legislações e guias de referência no Brasil e em outras nações. **Physis**: revista de saúde coletiva [online]. Rio de Janeiro, vol. 24, n° 1, p. 31-47, 2014.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XIV, n° 86, mar. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9192&revista_caderno=9>. Acesso em: 12 ago. 2014.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos fundamentais e qualidade de vida**. São Paulo: Iglu, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LORENZETI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida**: aspectos éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2012.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. São Paulo: Atlas. 2010.

MARINHO, Angela de Souza Martins Teixeira. **Reprodução humana assistida no direito brasileiro**: a polêmica instaurada após o novo código civil. Porto Alegre: S.A Fabris, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo cautelar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MÖLLER, Letícia Ludwig. Bioética e direitos humanos: delineando um biodireito mínimo universal. **Filosofazer**, Passo Fundo, n° 30, p. 153-172, jan./jun. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. **Curso de direito civil**, vol. 1: parte geral. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de direito civil**, vol. 6: direito das sucessões. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORGATO, Melissa Cabrini. **Bioética e direito: limites ético-jurídicos na manipulação do material genético humano**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**, vol. 5: direito de família. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NASCIMENTO, Alexandre Lescura do. A Bioética e o (Bio) Direito de Família. **Direito & Paz**, Lorena, vol. 5, n° 8, p.67-84, 2003.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NOVO dicionário jurídico brasileiro, vol. II. 2. ed. Rio de Janeiro: José Konfino, 1959.

OLIVEIRA, Fátima. **Engenharia genética: o sétimo dia da criação**. 5. ed. São Paulo: Moderna, 1995.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, de 16 de outubro de 2004. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 01 set. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 19 de outubro de 2005. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 01 set. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas, de 11 de novembro de 1997. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/direitoglobais/paradigmas.../genomahum.htm. Acesso em: 01 set. 2014.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe *et al.* Biodireito e Bioética: realidade de perspectiva. In: BOFF, Salete O. (Org.). **Direito e cidadania: multiculturalismo e novas formas de solução de conflitos**. Santo Ângelo: Ediuro, 2004.

_____; GIRON, Jerônimo. Os caminhos para o Biodireito. **Revista Trabalho e Ambiente**, vol. 3, n° 5, Caxias do Sul, p.187-204, jul./dez., 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. 1: introdução ao direito civil. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. **Instituições de direito civil**, vol. 5: direito de família. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo I. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 1977.

PORTUGAL. Lei nº 32 de 14 de julho de 2006. Regula a utilização de técnicas de procriação medicamente assistida (PMA). Publicada em 26 de julho de 2006. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=903&tabela=leis. Acesso em: 20 ago. 2014.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RINALDI, Norberto Dario. *El Derecho Romano Acepta El Comienzo De La Existencia De Las Personas Desde La Concepción En El Seno Materno*. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, vol.7, nº13, p.122-132, jul./dez. 1992.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**: lei nº 10.406, de 10. 01. 2002. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**, vol. 7: direito das sucessões. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito civil**, vol. 6: direito de família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANCHES, Mário Antonio. **Bioética**: ciência e transcendência. São Paulo: Loyola, 2004.

SANTOS, Ana Célia de Julio. Da Bioética ao Biodireito. In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). **Lições fundamentais de direito**, vol. 2: negócios jurídicos. Londrina: [o autor], 2006. cap. 6.

SANTOS, Natália Bstistuci; NUNES, Lydia Neves Bastos Telles. Os reflexos jurídicos da reprodução humana assistida heteróloga e *post mortem*. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**. Bauru, v. 41, n. 48, p. 253-278, jul./dez. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista de direito constitucional e internacional**. São Paulo, vol. 4, nº57, p. 5-48, out./dez. 2006.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte: Del Rey, nº 1, p. 607-630, jan./jun. 2003.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil:** volume único. São Paulo: Método.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil**, vol. 1: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

_____. **Direito civil**, vol. 7: direito das sucessões. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética:** temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília: Consulex, 2006.

WALD, Arnaldo. **Curso de direito civil brasileiro:** direito das sucessões. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de direito civil brasileiro:** introdução e parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.