

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 501

(ano VII)

(14/12/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



14/12/2015 Luiz Flávio Gomes

» [Quem é mais corrupto: o Estado ou o mundo empresarial e financeiro?](#)

ARTIGOS

14/12/2015 Alice Saldanha Villar

» [O sistema de escore de crédito no Brasil: limites legais e incidência de indenização por danos morais](#)

14/12/2015 Fernando João de Jesus Santana

» [A aplicação da Lei 4.717/65, em favor das praças públicas das árvores e seus benefícios](#)

14/12/2015 Esdras Silva Pinto

» [Relações entre o processo coletivo e o processo individual](#)

14/12/2015 Rafael Afonso Neves Torres

» [Desmaterialização de título de crédito](#)

14/12/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A Utilização do Inventário na Salvaguarda e Proteção dos Jardins Históricos](#)

14/12/2015 Sérgio Henrique da Silva Pereira

» [Arquitetura da Discriminação: Jogos olímpicos de 2016, Morro da Favela e Vila Autódromo](#)

MONOGRAFIA

14/12/2015 Bruna Mayara de Oliveira

» [Reprodução humana assistida homóloga post mortem e o direito sucessório: uma análise frente à bioética e o biodireito](#)

QUEM É MAIS CORRUPTO: O ESTADO OU O MUNDO EMPRESARIAL E FINANCEIRO?

LUIZ FLÁVIO GOMES: é professor e jurista, Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri e Mestre em Direito Penal pela USP. Exerce o cargo de Diretor-presidente do Instituto Avante Brasil. Atuou nas funções de Delegado, Promotor de Justiça, Juiz de Direito e Advogado. Atualmente, dedica-se a ministrar palestras e aulas e a escrever livros e artigos sobre temas relevantes e atuais do cotidiano.

*Aviso aos internautas que queiram nos honrar com a leitura deste artigo: abomino todos os políticos profissionais desonestos assim como sou radicalmente contra a corrupção cleptocrata de todos os agentes públicos (e privados) que já governaram ou que governam o País, roubando o dinheiro público (PT, PMDB, PSDB, PP etc.). Todos os partidos e agentes comprovadamente **envolvidos com a corrupção**, além de ladrões, foram ou são fisiológicos (toma lá dá cá) e ultraconservadores dos interesses das oligarquias bem posicionadas dentro da sociedade e do Estado. Mais: fraudam a confiança dos tolos que cegamente confiam em corruptos e ainda os defende.*

No período histórico que estamos chamando de **República Velhaca** (1985-2015), que coincide com a era da redemocratização, os agentes mais fortes da nossa corrupção cleptocrata (governo de ladrões) foram os poderosos do mercado (mundo empresarial e financeiro bem posicionado dentro do Estado: empreiteiras, bancos, setor automobilístico etc.) ou os funcionários públicos e representantes do poder político, que no trintênio foram dirigidos por Sarney, Collor, Itamar, FHC, Lula e Dilma? Quem é o grande corrupto (a erva daninha mais nefasta da cleptocracia brasileira): o Estado (o poder público) ou o mercado economicamente poderoso e cartelizado?

Até o advento do mensalão (2005-2013), para o senso comum (e parte considerável da doutrina[1]) o Estado era considerado o preponderantemente corrupto. Com a Operação Lava Jato, será que se mantém esse pensamento?

Vejamos os números da Operação[2]: até 9/12/15, mais de 150 inquéritos já tinham sido abertos pela Polícia Federal, na maior investigação criminal sobre corrupção (Lava Jato) na História do Brasil: a vida de 494 empresas e 56 políticos (citados até aqui) está sendo detalhadamente vasculhada; 941 procedimentos foram instaurados, com 360 buscas e apreensões, 88 mandatos de condução coercitiva e 116 mandados de prisão cumpridos, sendo 61 prisões preventivas e 55 temporárias.

Na primeira instância foram solicitados 86 pedidos de cooperação internacional, sendo 76 pedidos ativos para 28 países e 9 pedidos passivos com 8 países; foram firmados 85 pedidos de colaboração premiada, por pessoas físicas, sendo que 25 estavam soltas; 4 acordos de leniência com empresas já foram concretizados; 173 pessoas em 35 processos responderam pelos crimes de corrupção, contra o sistema financeiro internacional, tráfico internacional de drogas, formação e organização criminosa e lavagem de ativos, dentre outros; 5 das acusações foram por improbidade administrativa contra 24 pessoas físicas envolvendo 13 empresas, pedindo-se o ressarcimento de R\$ 14,5 bilhões. Segundo o MPF, os crimes já denunciados envolvem o pagamento de propina de cerca de R\$ 6,4 bilhões; R\$ 1,8 bilhão já foi recuperado por acordos de colaboração; R\$ 654 milhões se relacionam com o instituto da repatriação; R\$ 2,4 bilhões em bens de réus já foram bloqueados.

Até o momento já são 75 condenações, contabilizando 262 anos, 5 meses e 15 dias de pena; 28 inquéritos foram autorizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF), contra autoridades que contam com foro por prerrogativa de função. Tendo em vista as imunidades e prerrogativas dos políticos, não há dúvida que, até aqui, muito mais agentes do mercado (mundo empresarial e financeiro) foram investigados, presos, processados e condenados. Mas eles não são os únicos envolvidos na cleptocracia brasileira.

O fim do mito da corrupção apenas do Estado

A Operação Lava Jato, a maior investigação criminal sobre corrupção no Brasil, está derrubando, dentre tantos outros, um dos **mitos** mais aceitos pelo ingênuo senso comum: o de que os responsáveis pela corrupção são apenas os funcionários e agentes do demoníaco Estado, destacando-se os políticos.

Os números citados mostram que incontáveis *players* do (ilusoriamente ilibado) mercado (tanto econômico como financeiro) são tão ou mais corruptos (para os interesses da nação) que os funcionários e agentes públicos. Conclusão imediata: não é verdade que a corrupção esteja apenas dentro do demonizado Estado. Orbitam em torno dele inúmeros setores das oligarquias cleptocratas brasileiras, cujas fortunas emanam diretamente da posição privilegiada de que desfrutam.

Nunca na Justiça criminal brasileira houve tanta quebra de paradigmas. A Lava Jato está derrubando tradições (empresários ricos não vão para a cadeia, por exemplo), criando novos “heróis” no imaginário popular, recuperando muito dinheiro e aniquilando a lei mafiosa da “omertà” (silêncio), por meio das delações premiadas (que exigem provas de tudo que é delatado). Além disso, está evidenciando que a grande corrupção do Estado (funcionários e agentes, incluindo os políticos) está diretamente ligada ao mercado (mundo empresarial e financeiro).

A História do Brasil e a imagem que fazemos dos brasileiros estão repletas de equívocos (racistas) e interesses de dominação. Nunca nossos “intérpretes” (Freyre, Buarque de Holanda, DaMatta, Faoro, Celso Furtado etc.) foram tão questionados.[3] Um dos grandes “serviços” dos intelectuais brasileiros teria consistido na *justificação* de que os problemas socioeconômicos do Brasil não residem fundamentalmente na desigualdade e exclusão de milhões de pessoas, sim, na corrupção apenas do Estado. Esse pensamento conduz “a uma falsa oposição entre Estado demonizado e mercado – concentrado e superfaturado como é o mercado brasileiro -, como o reino da virtude e da eficiência”[4].

Os números e as provas da Operação Lava Jato, para além de hiperestrondosos (a nossa é uma cleptocracia megalomaníaca[5]), demonstram que muitas fortunas (ou boa parcela delas) foram construídas por força da compra de favores e privilégios junto ao poder público. Evidenciam, ademais, que a corrupção cleptocrata nacional jamais se tornaria sistemática (institucionalizada) nas proporções a que chegou sem a participação efetiva, a conivência e o estímulo dos agentes do mercado (econômico e financeiro).

Não há dúvida “que a presença de funcionários públicos nos escândalos políticos não pode ser descurada, mas com alguma frequência ela é apenas a ponta de um processo que transcende não apenas os limites do serviço público, mas também as fronteiras do Estado. Prestação atenção [apenas] à dimensão pública da corrupção pode levar a obscurecer o fato de que ela afeta igualmente os domínios privados. O funcionário corrupto é apenas uma parte de uma engrenagem que envolve atores privados, que representam interesses econômicos ou políticos que não são explicitados na esfera pública.”[6]

É praticamente impossível medir a proporção de efetividade de cada parte (Estado e mercado) na medonha corrupção brasileira. Como ideia preliminar talvez o melhor seja admitir que alguns setores elitizados de ambos os lados formaram (historicamente) um ambicioso clube mafioso cleptocrata, que drena, da nação, enormes quantidades dos seus recursos escassos. A cleptocracia brasileira se transformou num grande crime organizado que estamos chamando de P8, ou seja, é uma Parceria Público-Privada entre Poderosos, que une esforços para a Pilhagem do Patrimônio e do Poder Públicos.

Notas:

[1] Ver GARCIA, Maria Cristina; *Corrupção e perversidade do Estado e a nova ordem mundial*. São Paulo: Edicon, 2006.

[2] Ver Ministério Público Federal

(<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>) e Jornal Folha de SP: (<http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>).

[3] Ver SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*. São Paulo: LeYa, 2015; CALDEIRA, Jorge. *Nem céu nem inferno*. São Paulo: Três Estrelas, 2015.

[4] Ver SOUZA, Jessé. *A tolice da inteligência brasileira*. São Paulo: LeYa, 2015, p. 10.

[5] Ver AGUIRRE, Pedro Arturo. México: Penguin Randon House Grupo Editorial, 2014, p. 19 e ss.

[6] Ver AVRITZER *et alii*, organizadores, *Corrupção*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012, p. 13.

O SISTEMA DE ESCORE DE CRÉDITO NO BRASIL: LIMITES LEGAIS E INCIDÊNCIA DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

ALICE SALDANHA VILLAR: Advogada, autora de diversos artigos publicados em revistas jurídicas e das obras "Direito Sumular - STF" e "Direito Sumular - STJ", São Paulo: JHMizuno, 2015.

Resumo: Nosso artigo tem por objetivo analisar o sistema de escore de crédito no direito pátrio a fim de esclarecer sua natureza, disciplina e limites legais, bem como a possibilidade de incidência indenização por danos morais. A matéria encontra-se atualmente prevista na Súmula 550 do STJ, publicada em outubro de 2015, com a seguinte redação: “A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo”.

Sumário: 1. O sistema de escore de crédito: definição e previsão legal. 2. Natureza e limites legais dos sistemas de escore de crédito. 3. Incidência de indenização por danos morais. Conclusão.

1. O sistema de escore de crédito: definição e previsão legal

De acordo com Schrickel, crédito "é todo ato de vontade ou disposição de alguém de destacar ou ceder, temporariamente, parte do seu patrimônio a um terceiro, com a expectativa de que esta parcela volte a sua posse integralmente, depois de decorrido o tempo estipulado."[\[1\]](#)

O sistema de escore de crédito (escore = pontuação) também chamado “credit scoring” ou “credscore”, é um método desenvolvido para avaliação do risco de concessão de crédito, a partir de modelos estatísticos, considerando diversas variáveis, com atribuição de uma pontuação ao consumidor avaliado (nota do risco de crédito). O objetivo é classificar os

solicitantes de empréstimo ou financiamento de acordo com a sua probabilidade de inadimplência.

O score de crédito indica, de maneira estatística, a probabilidade de inadimplência de um determinado grupo ou perfil no qual um consumidor se insere, avaliando os prováveis comportamentos de pagamento do solicitante de crédito. Assim, o score pode ser utilizado para classificação de créditos como adimplentes ou inadimplentes, bons ou maus, desejáveis ou não, de acordo com a pontuação obtida por cada crédito. A classificação feita a partir do score de crédito do indivíduo pode orientar a decisão concessão ou não do crédito solicitado.

A prática comercial do score de crédito é lícita no Brasil, estando autorizada pelo art. 5º, IV, e pelo art. 7º, I, da Lei n. 12.414/2011 (lei do cadastro positivo). Confira:

CDC. Art. 5º São direitos do cadastrado: IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;(...)

Lei n. 12.414/2011. Art. 7º As informações disponibilizadas nos bancos de dados somente poderão ser utilizadas para: I - realização de análise de risco de crédito do cadastrado;

2. Natureza e limites legais dos sistemas de score de crédito

Muitas controvérsias surgiram a respeito da natureza dos sistemas de score de crédito e a possibilidade de violação a princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor capaz de gerar indenização por dano moral.

Instado a se manifestar, o STJ firmou o entendimento de que o escore de crédito não constitui um cadastro ou banco de dados de consumidores. Trata-se apenas de uma metodologia de cálculo do risco de crédito, utilizando-se de modelos estatísticos e dos dados existentes no mercado acessíveis via internet.^[2]

A instituição ou empresa que for aplicar o método do escore de crédito não precisa de autorização do consumidor. Entretanto, na avaliação do risco de crédito, deve ser respeitada a tutela da privacidade e a máxima transparência nas relações negociais, conforme previsão do CDC e da Lei n. 12.414/2011.^[3] Sendo assim, apesar de desnecessário o consentimento do consumidor consultado, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.^[4]

Além disso, as informações a serem consideradas no sistema de escore de crédito devem respeitar limitações temporais estabelecidas pelo CDC e pela Lei n. 12.414/2011, que são de 5 anos para os registros negativos (CDC) e de 15 anos para o histórico de crédito (Lei n. 12.414/2011, art. 14).

Cumprido observar que as empresas que prestam o serviço de *scoring* não têm o dever de revelar a fórmula do cálculo ou o método matemático utilizado. No entanto, devem informar ao titular da pontuação os dados utilizados para que tal valor fosse alcançado na avaliação de risco de crédito. Conforme destacou o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, “a metodologia em si constitui segredo de atividade empresarial, naturalmente não precisa ser revelada. Mas a proteção não se aplica aos dados quando exigidos por consulta pelo consumidor”.

Esse entendimento culminou na criação da Súmula 550 do STJ, em outubro de 2015, *verbis*:

Súmula 550: A utilização de escore de crédito, método estatístico de avaliação de risco que não

constitui banco de dados, dispensa o consentimento do consumidor, que terá o direito de solicitar esclarecimentos sobre as informações pessoais valoradas e as fontes dos dados considerados no respectivo cálculo.

As informações, quando solicitadas, devem ser prestadas com clareza e precisão, inclusive para que o consumidor possa retificar dados incorretos ou desatualizados, para poder melhorar a performance de sua pontuação. Além disso, é essencial a transparência para que o consumidor possa avaliar o eventual uso de informações sensíveis (como origem social, cor da pele, orientação sexual etc.), podendo impedir discriminações.

Em suma: o consumidor tem o direito de conhecer os dados que embasaram sua pontuação. Sendo assim, há interesse de agir para a exibição de documentos sempre que o autor pretender conhecer e fiscalizar documentos próprios ou comuns de seu interesse, notadamente referentes a sua pessoa e que estejam em poder de terceiro, sendo que "passou a ser relevante para a exibitória não mais a alegação de ser comum o documento, e sim a afirmação de ter o requerente interesse comum em seu conteúdo".^[5]

3. Incidência de indenização por danos morais

A simples existência de nota desfavorável ao consumidor solicitante de crédito não dá margem a indenização por dano moral. No entanto, havendo utilização de informações sensíveis e excessivas, ou no caso de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados, é cabível a indenização ao consumidor.

Nessa linha, conforme destacou o ilustre Ministro Paulo de Tarso Sanseverino:

“O desrespeito aos limites legais na utilização do sistema score de crédito configurando abuso de direito (art. 187 do CC), pode ensejar a

responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor do serviço, do responsável pelo banco de dados, da fonte e do consulente (art. 16 da Lei n. 12.414/2011) pela ocorrência de danos morais nas hipóteses de utilização de informações excessivas ou sensíveis (art. 3º, § 3º, I e II, da Lei n. 12.414/2011), bem como nos casos de recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados”. [\[6\]](#)

CONCLUSÃO

O sistema de score de crédito não é um cadastro ou banco de dados de consumidores, mas sim uma metodologia de cálculo do risco de crédito, ou seja, uma ferramenta estatística para avaliação do risco de concessão do crédito.

O score de crédito é um método legal de avaliação de risco e independe da autorização do consumidor. Porém, exige-se o cumprimento das seguintes exigências:

- a) Tutela da privacidade e transparência nas relações negociais: O consumidor tem o direito de conhecer os dados que embasaram sua pontuação. Portanto, devem ser a ele fornecidos esclarecimentos, caso solicitados, acerca das fontes dos dados considerados (histórico de crédito), bem como as informações pessoais valoradas.
- b) Limitações temporais: As informações a serem consideradas no sistema de score de crédito devem respeitar limitações temporais estabelecidas pelo CDC e pela Lei n. 12.414/2011, que são de 5 anos para os registros negativos (CDC) e de 15 anos para o histórico de crédito (Lei n. 12.414/2011, art. 14).

Ressalte-se que a simples existência de nota desfavorável ao consumidor solicitante de crédito não dá margem a indenização por dano moral. No entanto, havendo utilização de informações sensíveis e excessivas, ou no caso de comprovada recusa indevida de crédito pelo uso de dados incorretos ou desatualizados, é cabível a indenização ao consumidor.

NOTAS:

[1] Cf. SCHRICKEL, Wolfgang Kurt. Análise de crédito: concessão e gerência de empréstimos. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 25.

[2] Cf., nessa linha: STJ - REsp 1457199 RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 2ª Seção, DJe 17/12/2014

[3] Cf., nessa linha: STJ - REsp 1457199 RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 2ª Seção, DJe 17/12/2014

[4] Idem.

[5] Cf. SILVA, Ovídio A. Batista da. Do processo cautelar. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 376. – Citado no REsp 1457199 RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 2ª Seção, DJe 17/12/2014

[6] Cf., nessa linha: STJ - REsp 1457199 RS, Rel. Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO, 2ª Seção, DJe 17/12/2014

A APLICAÇÃO DA LEI 4.717/65, EM FAVOR DAS PRAÇAS PÚBLICAS DAS ÁRVORES E SEUS BENEFÍCIOS

FERNANDO JOÃO DE JESUS SANTANA: Professor de geografia; graduado pela faculdade José Augusto Viera, especialista em território, desenvolvimento e meio ambiente pela mesma instituição; funcionário público na Prefeitura Municipal de Campo do Brito-SE, requisitado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe na comarca de campo do Brito-SE e é graduando em Direito pela Faculdade de AGES.

1- INTRODUÇÃO

O presente artigo trará aos caríssimos leitores, onde de acordo com as mudanças no mundo moderno, o homem um ser racional vem transformando o espaço geográfico do qual ele vive.

No mais, é muito importante, frisar que, as transformações surtem efeito em suas vidas, uma vez que, quando o mesmo corta ou poda uma árvore esta causa trará para si e para outrem uma conseqüência que seja ela como um desastre ambiental ou estética do espaço no qual ele se relaciona, com a natureza e com seu semelhante. Uma vez só dá para concluir esta reflexão afirmando que ele, o homem não é mais o centro e sim uma vez e sempre surge a centralidade da natureza.

Neste trabalho a intenção é mostrar que, se o homem está danificando a natureza, o mesmo pode assim antes de mais nada para sua felicidade, preservar e evitar danos ambientais. Na constituição de 1988, no Brasil, a carta cidadã, o povo pode através de ação popular, defender uma árvore, uma praça de seu bairro, de sua cidade e de seu país, ele pode defender seu espaço, este instrumento é de legitimidade do cidadão, este consciente, com as causas ambientais.

Diante do que já foi exposto, esta obra intitulada como ação popular em defesa das praças, das árvores e do meio ambiente, traz em bojo teórico e também que é de legitimidade ativa do Ministério

Público, agir em favor do meio ambiente, praças e árvores, através de Ação Civil Pública, através de termo de ajustamento de conduta, quando encontrar atividades lesivas contra o meio ambiente e patrimônio público, lesado pelo poder público e outro danificador e causador do ato lesivo ao meio ambiente.

No transcorrer do trabalho, veremos que, assim que o cidadão entrar e em seguida ser o mesmo autor da ação Popular, este quando desistir ou estiver de forma negligente conduzindo este instrumento em favor do meio ambiente, o Ministério ou membro do Ministério Público pode entrar na causa em favor do patrimônio e bem comum de todos.

E para concluir este marco introdutório, temos de fato, a demonstração e escritos onde dará ênfase a importância, das árvores, das praças e do meio ambiente.

Esta importância, se em benefício que cada árvore traz para o ser humano, para o clima, para a estética da cidade, para a função psicológica da cidade, para a saúde dos seus habitantes e evitar danos maiores ao meio ambiente da cidade.

2- PRAÇA PÚBLICA E SUA FUNÇÃO PARA O MEIO AMBIENTE.

Inicialmente, o presente artigo demonstra ser interessante o conceito e definir a função em que as praças exercem. No entanto, Pacheco (2010), conceitua a praça como lugar, um belo lugar público, de uso comum é claro do povo, prescrito no artigo 99 do código civil, com determinadas funções como as; de higiene e estética para uma cidade, contendo também aproveitando o ensejo com espaço de função psicológica, onde desestressa a população, com seu lazer e harmonia.

Contudo, pode ser entendido para Machado (2013), que a praça possa ser um largo cercado de edifícios e construções, com funções de embelezamentos das cidades, conforme a citação abaixo:

“Lugar público, grande largo, ordinariamente cercado de edifícios para embelezamento de uma cidade, vila, etc.. e como meio ambiente higiênico para melhorar a circulação do ar e plantação de arvores” (MACHADO, P. 430, 2010).

Entretanto, conforme a citação do autor acima, a praça, passa a ser um local para a prática de reuniões e práticas de cidadania, no mais para disseminar boa qualidade de vida para as pessoas que dela usufrui seus melhores momentos e sentimentos. Uma vez que, as áreas verdes servem para a melhoria da qualidade da saúde física e mental da população, assim descrito por (PACHECO, 2013).

Para contribuir com as contribuições e funções das praças ou áreas verdes, os autores Loboda e Angelis (2005), de fato considera-se, como funções para a cidade e assim concomitantemente para o meio ambiente. Uma vez que os autores Loboda e Angelis (2005), afirmam, que as áreas verdes ou praças com funções e contribuições descritas como estética, social e ecológica. Esta ultima função vai está pautada no meio ambiente em geral e o clima urbano, uma vez taxado como meio ambiente urbano.

As contribuições ecológicas ocorrem na medida em que os elementos naturais que compõem esses espaços minimizam tais impactos decorrentes da industrialização. A funções estética está pautada principalmente no papel de interação entre os espaços construídos e os destinados a circulação. A função social está diretamente relacionada á oferta de espaços para o lazer da população. (LOBODA, ANGELIS, 2005).

Dando continuidade ao presente trabalho, as praças possuem de fato, contribuições e funções simultaneamente ecológicas, para assim transmitir melhor vivencia as pessoas que nela circula e habitam. Estas funções e contribuições ecológicas é , lembradas as das árvores e assim

lembra a sua importância, para o meio ambiente urbano. É através deste lugares e espaços geográficos da cidade que, a população realiza seu lazer e praticam sua mobilidade.

E com o desenvolvimento industrial a praça será um amenizador da poluição surgido nas cidades.

3- AÇÃO POPULAR, UM INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE, DAS ÁRVORES E DAS PRAÇAS PÚBLICAS.

Diante do que se pretende expor, este trabalho trará neste tópico, a ação popular como um direito subjetivo inerente ao cidadão, para servir como instrumento, e assim instrumentalizar no poder judiciário a defesa ao meio ambiente.

De fato, é um direito voltado ao cidadão, previsto no artigo 5º, inciso LXXII, da famosa carta cidadã de promulgação de 1988, onde garante que, qualquer pessoa é parte legítima a propor ação popular. (TAVARES, 2010).

Contudo é muito oportuno, apreciar o tema de ação popular, como uma ferramenta para uma propositura de defesa, da qual o cidadão tem para a proteção do meio ambiente, garantido por um direito positivo previsto na constituição, com previsão artigo 225 e a lei de ação popular, de número 4. 717/1965, onde é disposto no artigo 1º, onde qualquer cidadão poderá ser autor da ação. Com cabimento desde quando se tenha ato lesivo ao patrimônio público e ambiental. (MACHADO, 2013).

Dando continuidade ao trabalho, de acordo com os escritos na carta magna de 1988, Ulisses Guimarães, afirma que, a ação popular, será um meio de impugnar atos lesivos ao meio ambiente, proporcionado pelo poder público, (Miranda, 2011), será assim também considerado o povo como um fiscalizador dos atos poder público.

Com base na pesquisa, fica elencado, que o meio ambiente deve ser preservado. No entanto, o cidadão, que se beneficiar deste, é legítimo como já escritos nos parágrafos anteriores, para impugnar atos lesivos do estado, quando ocorrer contra o meio ambiente e ao patrimônio público, como as praças e o meio ambiente urbano em si.

Diante do exposto, a ação popular, como é o objetivo deste trabalho em mostrá-la como instrumento de defesa ambiental. Faz com que, seja importante em base com Silva (2010), que a ação popular tem como o seu objeto, o mediato e o imediato, sendo assim o último, segue para os responsáveis para os danos em até recuperar o meio degradado, ou seja o resultado do determinado remédio ou meio processual de agir em favor do meio ambiente e do patrimônio, segue até a recuperação, enquanto, para José Afonso da Silva, em sua obra intitulada, “Direito Ambiental Constitucional”, tem a ação popular temo como o objeto mediato, caracterizado como um meio de proteção da qualidade ambiental.(SILVA, 2010), sendo assim prevenir para não remediar.

Este meio é um processo de continuação de defesa para o meio ambiente, conforme cita, Silva (2010), para então evitar antes de ocorrer o dano, o quando assim não evitar, a propositura seja levada até a recuperação da área degradada.

“A responsabilidade pelos danos ambientais apura-se por meios processuais, segundo o princípio da legalidade e princípio da garantia de acesso a jurisdição. Mas, se os meios processuais constituem, por regra, em sistema de controle sucessivo da proteção ambiental, algumas vezes podem servir de instrumentos de controle preventivo, mas hipóteses em que se admite a tutela cautelar, como na ação popular, ou ação cautelar destinada a evitar o dano ambiental. (Lei 7.347 de 1985, artigo 4º) (SILVA, P, 320, 2010)

Contudo, é com base em autores com MACHADO (2013), os meios de processos para a proteção ambiental são muito importantes para evitar o dano, lógico a responsabilidade pelo risco e o dano, deve se aplicar os princípios legais, para se evitar ação degradadora ao meio ambiente, patrimônio este que, todos seres humanos precisam para sua sobrevivência, e que todo cidadão é possuidor comum deste, garantido constitucionalmente e pelas leis infraconstitucionais.

E é importante, afirmar quando o autor fala de acesso a jurisdição, o mesmo quer passar a idéia de que é, um meio em que os acusados serão responsabilizados, assim como penalmente, administrativamente ou civilmente. Para o direito penal, tende-se a ser aplicado a relação da jurisdição, como um meio de pleitear direitos, o cidadão ou pessoa jurídica, que cortar ou danificar árvores em logradouros públicos, o mesmo responderá penalmente, inclusive o artigo, 49 da lei 9.605/1998, prever esta tipificação, do crime ambiental.

Claro e lógico garantindo a cautelar, para que não surja situações no processo que impeça os resultados esperados, lógico é como José Afonso da Silva, demonstra em seus escritos, conforme a citação acima, que a ação cautelar poderá também ser proposta para se evitar um dano a natureza, ou seja ao meio ambiente.(SILVA, 2010).

3- MINISTÉRIO PÚBLICO, NA DEFESA DAS ÁRVORES, PRAÇAS E DO MEIO AMBIENTE.

É importante, afirmar segundo Tavares (2010), que pessoa jurídica, não pode propor ação popular, esta afirmativa e imperativa informação, se localiza e tem previsão no que está de acordo com a súmula 365 do (STF), Supremo Tribunal Federal, lógico assim como o Ministério Público passa ser vedado sua ação, como propositura de ação popular.

Também onde é dado a ele de acordo com a lei 7.347/1985, a ação civil pública, para assim ter a aplicabilidade na sua propositura com o mesmo objetivo, defender patrimônio e meio ambiente. (BULOS, 2011).

No entanto, este órgão fará jus sua importância dada constitucionalmente que é defender os direitos difusos e coletivos da sociedade.

Para em relação ao Ministério Público, Bulos (2011), afirma que o mesmo em alguns casos possui legitimidade ativa, conforme sua citação abaixo, escrita, de fato afirma o autor supramencionado que ao membro do Ministério Público lhe é atribuído:

“ Também lhe incumbe prosseguir no curso da ação popular, desde quando seu autor inicial desista de intentá-la ou dê ensejo à extinção do processo sem julgamento do mérito, por abandono de causa ou negligência. (BULOS, P. 785, 2011).

O que Bulos (2011) e os autores Praxedes et al (2012), abordam é que o acesso a justiça, feito pelo cidadão e este chegando a desistir, compete ativamente ao órgão como Ministério Público, fiscalizador das leis, torna-se autor da ação popular quando o cidadão desistir do processo e também quando o magistrado extinguir o feito com base do 267 do CPC. (PRAXEDES et al, 2012).

No entanto, um Ministério Público atuante, transforma uma celeridade da justiça que beneficie a sociedade em geral, assim como uma ferramenta em favor das causas ambientais. Contudo, para ação civil pública se concretizar deve ser instaurado o inquérito civil, este segundo Mazzilli (1991), denomina-se instrumento de investigação, concedido com determinada exclusividade ao Parquet, este fiscalizador e competente em favor do meio ambiente, que acolherá provas com seu promotor para apurar atos ou não lesivos ao meio ambiente e ao patrimônio, como as praças. Sendo este tendo um dever de publicar este ato administrativo que é o Inquérito Civil Público.

Em face da sabedoria do dano ambiental e da lesividade ao patrimônio público, o Ministério Público, deve de imediato ingressar em

juízo a ação civil pública ou instaurar o inquérito civil, para assim concretizar a apuração dos fatos.

O órgão ministerial poderá sim em defesa da ordem ambiental, a Constituição pelo seu artigo 129, esta irrogou ao Ministério Público em ser o guardião do meio ambiente com isso pode promover o Inquérito Civil Público, fundamentado na lei complementar 75/1993.

Feita as mais variadas digressões acerca ao que concernem as questões ambientais, além de ser veemente definida pela carta cidadã e por órgão que é de inteiro louvor mencionar que a CF, incumbiu ao Parquet para a proteção que é o Inquérito Civil para fins de instaurar as investigações (Bezerra, 2013).

O que enseja o tema, a lei 75/1993, que trata que esta organização do Ministério Público poderá ser competente para propor o inquérito, verificando assim no artigo 6º da supracitada lei.

Na oportunidade fundamental para a construção da pesquisa, o autor Freitas (2006), sintetiza dizendo que o inquérito é uma ferramenta proposital para ajuizamento de uma futura Ação Civil Pública, isto posto é baseado e fundamentado em uma legitimidade conferida pela lei 7.347/85, em seu artigo 5º, atribuída ao Ministério Público que assim passo a descrever:

O artigo 5º da lei 7347/85, atribui legitimidade para propor a ação civil pública ao Ministério Público, a união, aos Estados, aos Municípios, as autarquias, as empresas públicas, as fundações, às sociedades de economia mista e as associações (Freitas, 2006, p. 354)

Correlato ao tema é importante salutar que no Brasil o MP tem legitimidade para a propositura da ação defensiva diferente da Itália que se incumbe aos Estados e entes Regionais.

Destarte uma das mais relevantes e inegáveis características do Inquérito é firmar entre as partes um TAC, que desafogará o judiciário com a medida, ora louvável para a satisfação do direito coletivo, resolvido assim no meandro extrajudicial assim como descreve nos escritos de (Bezerra, 2013, p.83), no enfrentamento das mais diversas e complexas situações lesivas e ameaçadoras a biota.

4- A IMPORTÂNCIA E BENEFÍCIOS DAS ÁRVORES E DAS PRAÇAS, ASSIM COMO JUSTIFICANDO A PROPOSITURA DA AÇÃO POPULAR.

Diante do presente século, a expansão urbana vem crescendo e justificando o desenvolvimento e evolução das cidades no Brasil e no mundo.

De fato, com crescimento urbano, justamente com a malha urbana, é de consequência desta evolução das cidades que vem o surgimento da construção de edifícios e outras edificações como praças e outros equipamentos urbanos.

Segundo o autor Machado (2013), em sua brilhante obra intitulada de Direito Ambiental Brasileiro, conceitua este equipamento urbano como, um lugar público por excelência para reunião de pessoas, para exercícios de diversas atividades, para embelezamento da cidade e é considerada um meio higiênico da mesma, atinente a isso o autor fala da praça pública.

Neste trabalho, será apresentado a importância das áreas para o ambiente urbano, assim como para a vida humana e dos mais diversos tipos de animais, plantas e para seus próprios habitantes.

É oportuno falar que, não se pode apenas pensar que, as árvores servirão apenas para estética e sombreamento da cidade, ao determinado espaço geográfico dela, e assim entende Oliveira (2011).

Complementando a discussão do tema, sobre benefícios das árvores, como exemplo de justificativa da importância da propositura da ação popular em defesa do meio ambiente e do equipamento urbano, ou seja, o patrimônio público que é a praça. Logo, tem que se pensar que com grande desenvolvimento econômico nas cidades, com grande fluxo de pessoas e de capital, cumpre-se o bom dever de se pensar na defesa do meio ambiente, e com o desenvolvimento no urbano surge mais construções de edifícios e de residências, a tendência das áreas verdes é de diminuir.

Neste sentido da preocupação expressa no parágrafo anterior, deve-se também, lembrar de um ambiente equilibrado e ecologicamente correto para as cidades, bem como onde os municípios devem seguir a lei 10. 251/ 2001, estatuto da cidade. Ou seja para ser uma cidade sustentável, no mínimo deve se ter praças, por alguns autores ilhas de frescor e estes por Machado (2013), como bem de uso comum do povo e lugar de plantação de árvores e socialização com benefício para o clima natural da área urbana, ficando assim outra dinâmica do tema.

Recentemente, nos Estados Unidos, no estado de Abbama, registros apontam que foram ganhas de 12% de aumentos nas vendas em lojas, que ficam localizadas em áreas arborizadas ou com calçadas com arvores plantadas em relação as não existente a vegetação.

Com base no que foi escrito, no parágrafos anteriores e assim para a justificar os problemas ambientais e evitar os danos e atos lesivos procedente do poder público, em desfavor do meio ambiente, é interessante embasar-se em Carlos Minc (2005), quando ele caracteriza a cidade como um verdadeiro organismo doente, entendendo assim, como uma urgência que cidadão e poder público e entidades fiscalizadoras e protetoras do meio ambiente para propor a ação, seja ela popular, civil pública e outros meios processuais para gerenciar a proteção. Entretanto, Carlos Minc, (2005) afirma:

A grande cidade é um organismo vivo, muito doente. Ela é a expressão de desequilíbrios econômicos, ecológicos e espaciais que fazem do país um disforme: um corpo atrofiado com macrocefalia (uma imensa cabeça). (MINC, p,49, 2005).

O que Carlos Minc (2005), afirma é que com o crescimento das cidades, a mesma se submete ao desenvolvimento urbano, e assim junto com o industrial, a mesma, considera-se como um organismo doente, surgindo assim como um exemplo de desequilíbrio econômico e principalmente ecológico, verdadeiro organismo “enfermo”.

E quando o autor fala de desequilíbrios espaciais, são exemplo de áreas degradadas, incluindo praças e outros espaços, assim como os fatores, que os espaços geográficos das cidades se encontram com problemas ambientais.

Destarte, quando se fala de espaço geográfico da cidade, podemos lembrar de Santos (1997), o qual conceitua espaço, e relaciono com os desequilíbrios espaciais do qual Minc (2005) discute.

Pois no entender de Santos(1997) o espaço é:

“ o espaço é formado por um conjunto indissociável, solidário e também contraditório de sistemas de objetos e sistemas de ações, não considerados isoladamente, mas como o quadro único no qual a história se dá”. (SANTOS, p, 51, 1997).

Com base na citação acima, apesar de que para Santos(1997), ser indissociável, os espaços passam a não ser também isoladamente, uma vez que, o presente trabalho ver necessário apresentar os benefícios das árvores, que assim segue:

Áreas sem árvores, possui a tendência a esquentar mais durante o dia, que assim levam as impurezas para o alto, portanto, torna-se

importante a árvore, que pois assim, elas são capazes de reter e filtrar os gases da atmosfera, afirmado por Heirler, 1974, Akbari, 2002). Um dos grandes benefícios mais observados é a amenização do rigor térmico. (Mascaró, 2005). Assim como a conservação do asfalto.

Vejamos ainda outros exemplos na visão dos autores Mascarós, Mascaró (2005).

[...] pela absorção do som (elimina-se o som) pela desviação (altera-se a direção do som), pela reflexão (o som refletido volta a sua fonte de origem), pela refração (as ondas sonoras mudam de direção ao redor do objeto, [sic] por ocultamento(cobre-se o som indesejado com outro mais agradável). (MASCARÓ, MÁSCARÓ,p 52, 2005).

Compreende-se que, os valores podem contribuir para redução de sons nos grandes centros urbanos, graças ao desenvolvimento da urbanização.

Entre, outros benefícios, as arvores propiciara redução dos impactos das enxurradas das chuvas diante do solo, uma delas podem nas 2, primeiras horas de chuvas, liberar apenas 40% e reter 60% das águas, ou seja, segundo Assis (2013), o vegetal liberará aos poucos a água evitando enchentes.

O homem, sendo inteligente, protege a natureza, pois especialistas no assunto, alerta-os de que, as árvores liberam para atmosfera, através da evapotranspiração 400 litros diário de água em área geográfica da cidade, gerando umidade do ar, sendo este mesmo efeito de um ar condicionado de médio porte. (ASSIS, 2013).

Segue assim como exemplos de fatores benéficos ofertado pelas arvores, diante dos fatores climáticos para a cidade, mas deve ser destacada a importância delas para o equilíbrio da cadeia alimentar ao propiciar um bem à vida silvestre principalmente o saudável aspecto

urbano, sendo ajustado pela diminuição de roedores e agentes provocadores de doenças para as pessoas que, fazem da cidade um organismo vivo. (SANTOS, 2011).

Filtrar e desintoxicar o solo, são outros fatores benéficos, que as árvores nos traz, as raízes filtram as águas contaminadas, liberadas dos esgotos das residências e agrotóxicos usados na lavoura, além de metabolizar gases tóxicos da atmosfera, como dióxido de carbono, dióxido de enxofre e dióxido de nitrogênio.(PILOTTO, 1997). Além é claro de recuperar a biologia do solo.

Contudo, além de mencionar os benefícios para a cidade e a vida humana ofertada pelas árvores. Fica sendo importante, os benefícios das praças para o homem e para o meio urbano.

Entretanto, pode concluir que, assim como as plantas possui benefícios, incluindo as árvores, fica evidente que, como a praça é um logradouro público, existentes. Com estes elementos, o bem ofertado são evidentes e igualáveis aos das praças ou áreas verdes.

Para Lima (1991), as áreas verdes, que podem ser praças, possui importância para o ponto visual paisagístico e assim como psicológico, de fato apresenta como sem dúvida o bem estar físico e mental, podendo atender algumas necessidades do homem. Em benefício a isso, as cidades devem seguir os artigos 225 e 29 da CF/88, este último dispositivo, confere aos municípios a elaboração de suas leis, e assim promover um ambiente equilibrado e saudável para todos, conforme o artigo 225 da carta magna.

Com o mundo moderno o homem com os problemas ambientais, aproveite e preserve o meio ambiente urbano de forma sustentável. (COSTA, 2010). No entanto, a vida cotidiana do homem ele se depara com pressões e desgastes físicos e mentais, pois logo assim é necessário a presença de praças e árvores na vida cotidiana deste organismo e pessoas que habita ele.

Segundo o autor já mencionado, nesta obra, como o Costa (2010), combinado com um benefício a saúde, o mesmo vem a escrever que, nas cidades o desenvolvimento acelerado e a vida cotidiana de seus habitantes, promove, estresse, sendo assim justificando que qualquer cidadão, possui legitimidade ativa e deve ter consciência do por que propor, a ação popular em defesa deste bem comum a todos, que é a praça, garantido pela lei 4. 717/1965, a famosa “LAP” (lei de ação popular), que assim serve em defesa do meio ambiente.

Certamente, as áreas verdes, como praças não são apenas para habitar plantas e animais, mas sim para por exemplo um fator importantíssimo, quando Machado (2013), afirma que ela tem um função psicológica, onde as pessoas se sentem bem em está em contato com a natureza, assim combinado com o que, (COSTA, 2010), afirma em seus escritos.

Áreas verdes não é somente para plantas e animais, mas também funcionam como lugares da recreação e lazer, servindo para neutralizar os fatores urbanos estressantes, como ruído, calor e poluição do ar. O exercício do lazer e da recreação em espaços adequados funciona como antiestressante, já que as pessoas relaxam com o contato com os elementos naturais nessas áreas. (COSTA, 2010).

O que o autor citado acima afirma é que, as praças são estimulantes para a pratica do lazer e do bem estar das pessoas.

Entre outros benefícios que, as pessoas recebem das praças, uma destas vantagens é o alivio do estresse, uma vez que, com o desenvolvimento da cidade e as contribuições, por exemplo em bairros industriais e com casas insalubres, afirmando assim por Costa (2012), a praça pode ser uma das áreas verdes, que trará o bem e qualidade de vida para a população de forma sustentável.

Por conclusão, as praças possuem tais contribuições ao espaço geográfico da cidade e para que o constrói e quem habita, desta forma se faz necessário propor a ação popular, sendo o titular o cidadão e o Ministério Público, garantido pela lei 4. 717/65, este ultimo quando cidadão desistir da ação popular e ação civil pública é de legitimidade ativa das entidades, inclusivo ao MP, assim que houver ato lesivo aos bens comuns do povo, sendo praças e árvores.

5- O DIREITO AMBIENTAL EM RELAÇÃO A OUTROS RAMOS DO DIREITO.

A propedêutica do direito ambiental, guarda a relação das áreas com outros ramos do direito, assim como com outras ciências, (FARIAS, 2006).

No direito penal e processual penal, tende-se de afirmar que, temos a relação do direito ambiental, quando faremos a relação do artigo 322 do CPP e artigo 49 da lei 9.605/98, na aplicação das penas afiançáveis ou não pela autoridade policial.

No direito civil e processual civil, temos os instrumentos aqui elencados, como a ação popular e ação civil pública, esta ultima ação é de competência do Ministério Público, como já frisado neste artigo, esta no artigo 72 da lei 9.605/98, parágrafo 8º inciso V, terá pena de não contratar com a administração pública, quem for condenado por crime ambiental.(GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2014).

Lógico, temos também relação do direito ambiental com o processual do trabalho, quanto a relação trabalhista e esta não se cumpre com as normas técnicas de preservação ambiental e saúde no local de trabalho para o trabalhador, estas apuradas através de ação individual trabalhista e outras como ação popular, estas ações quem competente julgar é a justiça do trabalho, conforme a Súmula 736 do STF. (FARIAS, 2006).

No entanto, conforme lei 8666/93, temos a relação com estado e a sua organização no sentido de contratar com o particular e promover suas despesas, no mais atinente a questão é que se tem uma possibilidade de que o estado ou administração pública, deverá garantir a promoção do desenvolvimento sustentável na base da lei, como se aduz a citação da letra da lei abaixo:

A licitação destina-se a garantir a observância do principio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.(BRASIL,1993)

No tocante da mesma temática, anota-se que o direito administrativo que é uma das ferramentas do poder público é objeto de relação no qual neste artigo é um ramo do direito ambiental que se interligam.

Assim como pode-se fazer uma ligação é com o direito Penal, principalmente quando se trata de crime praticado por pessoa jurídica. Na continuidade deste texto, o STF, tem entendimento que a pessoa jurídica pode sim ser responsabilizada independentemente ou não da condenação penal for contra pessoa física. E no mais, como um dos muitos ramos do direito que assim se relaciona com o direito ambiental é o do consumidor, pelo fato de estimular o consumidor se proteger da produção e destinação e de procedência da produção se é de exploração ao não de matéria prima ilegal.

7- CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considera-se, que o presente trabalho, trará uma breve contribuição, para todos os cidadãos, uma vez que, todos precisam de um meio ambiente ecologicamente saudável e equilibrado, este garantido a todos os cidadãos, na carta magna de 1988.

No entanto, traz a conclusão de que os remédios constitucionais, seja eles coletivos ou não, só será eficaz tendo um Ministério Público ativo, independente e um cidadão ativo, com os assuntos políticos e ético ambientais de seu lugar.

De fato, a ação popular e ação civil pública, são dois instrumentos eficientes na defesa do meio ambiente, desde quando seja estes seus legitimados ativos e bem intencionados, para a defesa do bem comum a todos, que é o meio ambiente, assim como as árvores e praças públicas.

No entanto, é importante, que o povo tenha o Ministério Público para ajudá-los na propositura da ação popular, assim como no processo de apuração dos fatos, quando estes forem denunciados pelo cidadão, e o Ministério Público para assim iniciar uma ação civil pública, ele além de precisar que o povo denuncie o ato lesivo, ele contará com instrumento denominado inquérito civil, instrumento que concede a ele, investigar e colher provas que der convicção ao promotor, em favor do meio ambiente e do patrimônio. Na realidade é de fato que o meio ambiente necessita de um guardião como então este é conferido pela carta cidadã ao Ministério Público.

Considera-se que o trabalho pesquisado é de grande valia para a sociedade em geral e grupos de pesquisadores.

Importância esta que serve para as presentes e futuras gerações que ao ler trabalhos iguais a este e bem como o mesmo ofertará condições de ensinar que as árvores são para serem preservadas e aproveitar seus benefícios tanto para o homem quanto para a natureza em geral.

Na pesquisa considera que o meio ambiente já é titulado em nossa constituição vigente, então cabe por meios de iniciativas particulares bem como via judicial na ação popular fazer valer este direito coletivo para garantirmos nossa sobrevivência e a permanência de um meio ambiente equilibrado para as nossas futuras gerações.

REFERÊNCIAS BIBLIGRÁFICA

ASSIS, Luz Stephany, **ARBORIZAÇÃO URBANA: IMPORTÂNCIA E PARÂMETROS PARA UMA IMPLANTAÇÃO ADEQUADA**, Revista thêma et scientia, Vol 2, Nº 2, jul/Dez 2013, edição especial de arquitetura e Design.

BEZERRA, Denisson Soares, **O MINISTÉRIO PÚBLICO FRENTE À QUESTÃO AMBIENTAL, A ATUAÇÃO DO PARQUET COMO GUARDIÃO DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO**, Revista da Defensoria Pública do Estado de Sergipe, Maio de 2013, Edição 02.

COSTA, carlos, Smaniotto, **ÁREAS VERDES: UM ELEMENTO CHAVE PARA A SUSTENTABILIDADE URBANA**, Vitruvius, 2010.

LABODA, Carlos Roberto e ANGELIS, Bruno Luiz domingos de, **ÁREAS VERDES PÚBLICAS URBANAS: CONCEITOS, USOS E FUNÇÕES**.Ambiencian, Revista do Centro de ciência Agrária e ambientais V1 Nº 1, Jan/jun, 2005.

MACHADO, Paulo Afonso Leme, **DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO**, 21ª ed. Ver Ampliada e atualizada, 2013.

MASCARÓ L, MASCARÓ J, **VEGETAÇÃO URBANA: 2ª edição**, Porto Alegre: Rio Grande do Sul. Ed. Mais Quatro, 2005.

MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz, **A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE DEFESA DO MEIO AMBIENTE NATURAL**, Revista eletrônica Direito, Justiça e Cidadania, Vol 2 N 2, 2011.

MIRANDAS, Charlei Gomes de Souza, **AÇÃO POPULAR: LEGITIMIDADE ATIVA DO CIDADÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE EXTERNO**

SOBRE ATO LESIVO AO PATRIMONIO PÚBLICO. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n 86, Mar 2011. DISPONIVÉL EM: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9143&revista_caderno=4, ACESSADO EM: 30 de maio de 2014.

OLIVEIRA, Lamartine Soares Bezerra de, et all, **ÁRVORES URBANAS: MUITO ALÉM DE SOMBRA E BELEZA**, 2013.

POLITTO, Jane, **ÁREAS VERDES PARA A QUALIDADE DO AMBIENTE DE TRABALHO: UMA QUESTÃO ECO- ERGONOMICA.** Dissertação de mestrado submetida á UFSC, 1997.

PRAXEDES, Tayan Ferreira, LIRA, Daniel Ferreira de, MOTA, Tércio de Sousa, **A LEGITIMIDADE ATIVA DECORRENTE NA AÇÃO POPULAR: O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AUTOR DA AÇÃO POPULAR**, 2012. DISPONIVÉL EM: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12010&revista_caderno=21, ACESSADO EM: 20 de maio de 2014.

SANTOS, E, **CAMPANHIA ENERGÉTICA DE MINAS GERAIS, MANUAL DE ARBORIZAÇÃO.** Belo Horizonte: Cemig/ Fundação Biodiversitas, 2011.

SILVA, Afonso da, **DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL**, 8ª ed, 2010.

TAVARES, Andre Ramos, **CURSO DE DIREITO AMBIENTAL CONSTITUCIONAL**, ed. Ver e atual. São Paulo, 2010.

RELAÇÕES ENTRE O PROCESSO COLETIVO E O PROCESSO INDIVIDUAL

ESDRAS SILVA PINTO: Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília. Especialista em Processo Civil pelo Instituto Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

RESUMO: O presente trabalho busca apresentar algumas relações entre as demandas individuais e coletivas, notadamente quanto a institutos processuais civis da conexão, continência e litispendência. Busca mostrar as relações entre as demandas individuais e as demandas coletivas, como forma de analisar e aprimorar os estudos nas novas tendências do direito processual civil.

Palavras-Chaves: Processo Coletivo. Processo Individual. Relações.

INTRODUÇÃO

Muito embora a tutela coletiva e a tutela individual sejam perseguidas por instrumentos processuais próprios, por tratarem eventualmente de pedidos e causas de pedir semelhantes, surgem inúmeras questões sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada.

Esses institutos processuais tradicionais recebem novos contornos no âmbito do processo coletivo, o que justifica o seu aprofundamento.

1. CONEXÃO E CONTINÊNCIA

Inicialmente é necessário remeter-se aos conceitos de conexão e continência do direito processual civil comum. Conforme art. 102 do Código de Processo Civil, a modificação ou prorrogação da competência pode ocorrer em razão da conexão ou da continência. Assim, a conexão e continência são hipóteses de prorrogação da competência relativa, em que se reúnem duas ou mais causas em um único juízo para que sejam processadas conjuntamente.

De acordo com o art. 103 do Código de Processo Civil, ações conexas são aquelas que têm em comum o objeto e causa de pedir. Já o art. 104 do mesmo código traz a hipótese de continência, que consiste em duas ou mais ações que possuem as mesmas partes e causas de pedir.

Donizetti ressalta a relação entre a conexão e continência, em que esta é uma espécie daquela.

Na realidade, a continência nada mais é do que espécie de conexão. Por essa razão, o tratamento jurídico de ambos os fenômenos processuais é idêntico, o que explica a menção isolada do termo conexão em alguns dispositivos legais, como no caso dos arts. 106 e 301, VII, ambos do Código de Processo Civil. (DONIZETTI, 2010, p. 222).

Importante frisar que o conceito de conexão é jurídico-positivo, ou seja, cada ordenamento jurídico define as relações de semelhanças entre as ações que ensejaram em julgamento conjunto. Assim, não há um conceito universal de conexão.

No processo coletivo, a conexão, portanto, segue a mesma regra do processo individual, ou seja, a conexão se dá quando duas ou mais ações coletivas com semelhanças em seus elementos.

Além disso, a conexão, no processo coletivo, também pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, ou alegada por qualquer das partes, e a qualquer tempo.

Outra peculiaridade do processo coletivo quanto aos institutos da conexão e da continência é a de que, no processo coletivo, deve-se analisar com maior profundidade o direito material discutido. Assim, há maior flexibilização da competência quando se trata de tutela de direitos coletivos.

Enquanto no processo individual a competência absoluta é improrrogável e imodificável, no processo coletivo pode haver a prorrogação ou modificação da competência até mesmo para causas ligadas por conexão ou continência. Ressalte-se, entretanto, que a regra é a da competência absoluta nos processos coletivos.

Donizetti destaca, portanto, as duas características mais marcantes da conexão e continência na relação entre o direito coletivo e o direito individual, quais sejam, a competência absoluta e a possibilidade de modificação ou prorrogação da competência.

O exame do instituto da conexão no processo coletivo revela duas características marcantes em relação ao processo individual: 1) a competência para as ações coletivas, não obstante fixada por critério territorial, tem natureza absoluta (podendo, por isso, ser apreciada pelo juiz de ofício); 2) a despeito do caráter absoluto, admite-se a modificação/prorrogação da competência no processo coletivo para os casos de conexão ou continência, efeito que somente é previsto no CPC para as hipóteses de competência fixada por critério relativo. (DONIZETTI, 2010, p. 226).

A grande importância de se definir a conexão e a continência entre as ações coletivas é a de que, na existência de identidade entre as demandas, o julgamento em conjunto trará maior economia e efetividade processual. Além disso, há maior harmonia entre os julgados, pois é menor a possibilidade de julgamentos contraditórios.

A prevenção é um instituto processual diretamente relacionado com a conexão e continência das causas, pois a prevenção define a competência de determinado órgão de acordo com a demanda ou recurso distribuído. Assim, de acordo com o art. 253 do Código de Processo Civil, a prevenção define o juízo para o qual serão distribuídas, por dependência, novas ações unidas à demanda anteriormente ajuizada por vínculos previstos no Código de Processo Civil.

Art. 253 do Código de Processo Civil. Distribuir-se-ão por dependência as causas de qualquer natureza:

I - quando se relacionarem, por conexão ou continência, com outra já ajuizada;

II - quando, tendo sido extinto o processo, sem julgamento de mérito, for reiterado o pedido, ainda que em litisconsórcio com outros autores ou que sejam parcialmente alterados os réus da demanda;

III - quando houver ajuizamento de ações idênticas, ao juízo prevento.

Parágrafo único. Havendo reconvenção ou intervenção de terceiro, o juiz, de ofício, mandará proceder à respectiva anotação pelo distribuidor.

Da análise do dispositivo acima, pode-se concluir que os critérios de prevenção no processo individual se resumem à ordem cronológica de despacho ou citação no processo. O processo coletivo também utiliza o cronológico para determinar a prevenção, entretanto, é a ordem cronológica de proposição da ação coletiva.

De acordo com o art. 2º, parágrafo único, da Lei da Ação Civil Pública, e art. 5º da Lei da Ação Popular, a propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir, mesmo objeto ou, ainda, mesmas partes e mesmos fundamentos.

Da relação entre os processos coletivos e os processos individuais, tem-se que é impossível a continência ou litispendência entre ambas, pois, não há como haver as mesmas partes. Enquanto no processo coletivo, a parte é uma coletividade, no processo individual, a parte é singular ou um litisconsórcio. Assim, é possível apenas a conexão entre processo coletivo e processo individual. Houve uma tentativa confusa de normatizar tal situação no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor.

Art. 104 do Código de Defesa do Consumidor. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do

parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Com a confusão feita no art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, os doutrinadores se dividiram em entendimentos diversos sobre a existência da conexão entre causas coletivas de diferentes espécies e causas individuais.

A doutrina minoritária, liderada por Ada Pellegrini Grinover, entende que o art. 104 do referido código diz respeito apenas às relações entre causas coletivas de direitos difusos ou coletivos em sentido estrito e demandas individuais. Assim, tal artigo não seria aplicável ao caso de conexão entre causa coletiva de direito individual homogêneo e direito individual.

Já a doutrina majoritária defende que o art. 104 trata de toda e qualquer causa coletiva em conexão com qualquer causa individual.

Perceba-se, enfim, que entre as demandas coletivas tratando a respeito de qualquer espécie de direito coletivo e as ações individuais fundadas na mesma causa de pedir (situação de fato ou de direito) somente haverá conexão. (DONIZETTI, 2010, p. 235)

Da possibilidade de conexão entre causas coletivas e causas individuais surge um questionamento interessante: há obrigatoriedade de reunir as ações coletivas e as ações individuais que estejam em relação de conexão?

Levando em conta a extensão continental do Brasil e as dificuldades de locomoção que existe, há uma dificuldade prática na

reunião de processos, que podem chegar a milhares em um único juízo. Assim, o legislador, já no Código de Defesa do Consumidor (arts. 103, §2º, e 104), previu a possibilidade de suspensão das ações individuais para que seus autores se beneficiassem de sentença coletiva procedente.

O pedido de suspensão do processo individual deve ocorrer no prazo de trinta dias. Entretanto, a duração do prazo não é definida por lei, o que se subentende que terá a duração do prosseguimento da ação coletiva, até seu trânsito em julgado.

É importante ressaltar que o autor da ação individual deve ser devidamente cientificado da existência do processo coletivo, para que possa pedir a suspensão de seu processo individual. Caso isso não ocorra, o autor individual não poderá ser prejudicado, conforme ensinamento de Didier.

Se o indivíduo não teve ciência da existência do processo coletivo, não pode ser prejudicado com o prosseguimento do processo individual. O indivíduo tem o direito de ser informado sobre a pendência do processo coletivo, cabendo ao réu proceder a essa informação. (DONIZETTI, 2010, p. 235)

O pedido da suspensão do processo individual deve ocorrer até a sentença. Após esta fase, somente é possível a suspensão no caso de interposição de recurso.

Entretanto, apesar da possibilidade de suspensão das ações individuais, o problema complica na hipótese de o autor da ação individual se recusar a fazê-lo. A doutrina se pergunta se seria possível a obrigatoriedade da suspensão das causas individuais.

O empecilho para a obrigatoriedade de suspensão dos processos individuais quando da existência de ação coletiva em conexão, seria a violação do princípio do acesso à justiça, contraditoriamente, um dos corolários do processo coletivo. Tal violação se dá porque a obrigatoriedade de espera pelos autores individuais das ações individuais

por um provimento na ação coletiva poderia demorar e acabar por lesar os direitos dos interessados.

Embora se assegure o ajuizamento da demanda individual, retira-se do indivíduo a garantia constitucional de ter um provimento jurisdicional célere sob a justificativa de que seu direito material poderá ou não ser reconhecido em um processo coletivo no qual não haverá, necessariamente, adequada atuação do substituto processual. E, ao final, caso efetivamente se verifique a atuação deficiente do substituto e a improcedência do pedido formulado na via coletiva, de nada terá adiantado a espera desde a propositura da demanda, cabendo ao indivíduo percorrer toda a marcha processual até o trânsito em julgado da decisão final. (DONIZETTI, 2010, p. 239)

Donizetti destaca duas medidas cabíveis nesta situação, que seria, primeiramente, a concessão de medidas de urgência para que as partes não se prejudicassem e a fixação de um prazo máximo para a suspensão.

O mínimo que se poderia fazer para mitigar esses gravames, em prol da reconhecida necessidade de viabilizar a atividade judiciária em face da atomização do litígios, seria: a) autorizar o juízo perante o qual foi ajuizada a demanda individual a conceder medidas de urgência – apesar de que a despeito da existência do direito alegado, nem sempre estarão preenchidos os requisitos exigidos para a concessão de tutela antecipada; b) fixar prazo máximo para a suspensão, sob pena de total engessamento da tutela individual em prol de uma tutela coletiva que pode vir a ser excessivamente morosa. (DONIZETTI, 2010, p. 239-240)

Ressalte-se, entretanto, que há efetiva possibilidade de julgamentos contraditórios entre ação coletiva e ação individual de acordo com o ordenamento jurídico atual. O art. 104 do Código de Defesa do Consumidor não afasta essa possibilidade quando a suspensão do processo individual não for requerida por seu autor.

2. LITISPENDÊNCIA

Litispendência é um instituto processual que pode ser conceituado como a existência simultânea de dois ou mais processos referentes à mesma ação, sem que qualquer uma delas tenha decisão de mérito com trânsito em julgado. As ações em litispendência podem ser processadas tanto em órgãos jurisdicionais diversos, quanto no mesmo órgão jurisdicional.

O artigo 301, §3º, do Código de Processo Civil dispõe que litispendência ocorre quando se repete a ação que está e curso. Por repetição de ação deve-se entender identidade dos elementos da ação, que são as partes, a causa de pedir e o pedido.

Conforme Mattos (2007, p.194):

A configuração da litispendência como impedimento à formação válida da segunda relação processual exige a perfeita identidade das duas ações em curso, que, na verdade, representam uma só ação. Em outras palavras, deve estar presente a tripla identidade dos elementos identificadores da ação, quais sejam: partes, causa de pedir e pedido.

De acordo com os institutos processuais civis, a litispendência é consequência da citação válida, assim como a prevenção do juízo (art. 219 do Código de Processo Civil).

Conforme art. 267 do Código de Processo Civil, a litispendência promove a extinção do processo sem resolução do mérito. Entende-se por

litispendência, neste caso, a dupla litispendência, que seria a repetição do processo com os mesmos elementos.

Nas demandas coletivas, a litispendência entre as ações coletivas não é prevista nos microsistemas de processo coletivo. Assim, conforme princípio da aplicação residual do Código de Processo Civil, aplicam-se as regras do processo individual aos processos coletivos e ações coletivas. Quanto a litispendências entre ações coletivas e ações individuais, há previsão no Código de Defesa do Consumidor.

Neste ponto, portanto, surge outro conflito entre as ações coletivas e as ações individuais, qual seja a de que a ação coletiva não induz litispendência para a ação individual. Tal fato é justificado pelas diferenças estruturais entre as ações. Enquanto na ação coletiva há a tutela de direitos coletivos *lato sensu*, na ação individual, há a tutela de direitos individuais.

O Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu artigo 104, que as ações coletivas referentes a direitos e interesses difusos e direitos coletivos não induzem litispendência para as ações individuais. Entretanto, os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, previstos no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida a suspensão destas ações individuais no prazo de 30 dias, contados a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Assim, o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor trata de dois pontos muito importantes na relação entre as ações individuais e as ações coletivas. Primeiramente, não há litispendência entre as ações individuais e as ações coletivas. Desta maneira, ações individuais e ações coletivas com o mesmo objeto podem ser processadas simultaneamente e separadamente, sem problemas. Ressalte-se que, apesar da grande importância da norma apontada, o dispositivo do Código de Defesa do Consumidor, no que tange à inexistência de litispendência entre ações coletivas e ações individuais é repetitiva, tendo em vista o artigo 301 do Código de Processo Civil que prevê que para que haja litispendência é necessária tripla identidade dos elementos das ações. Ora, não há tripla identidade de elementos das ações entre ações coletivas e ações individuais porque as partes são diferentes: nas ações individuais, o legitimado é o próprio titular do direito, já nas ações coletivas, os legitimados são substitutos processuais. Assim, considerando o disposto no artigo 303 do Código de Processo Civil, tem-se que o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor repetiu dispositivo de inexistência de litispendência entre as ações individuais e as ações coletivas.

Outro ponto relevante do artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor é que, no caso de legitimado propor ação individual e, posteriormente, ação coletiva ser proposta por outro legitimado, o primeiro legitimado pode ser beneficiado pela extensão da coisa julgada na ação coletiva. Para, entretanto, que o primeiro legitimado possa ser beneficiado da extensão da coisa julgada na ação coletiva, este deve requerer a suspensão da ação individual no prazo de 30 dias, contados a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva, como já mencionado.

Conforme Mattos defende, a possibilidade de extensão da coisa julgada nas ações coletiva é instrumento que evita a sobrecarga do Poder Judiciário com grandes demandas repetitivas de ações individuais homogêneas.

O legislador, imbuído do propósito de evitar o congestionamento do Poder Judiciário com várias

ações relativas a direitos individuais homogêneos, nas quais são discutidas idênticas controvérsias fáticas ou jurídicas, não obstante já ter sido ajuizada a ação coletiva pertinente, com sérios prejuízos à economia processual, à racionalidade da máquina judiciária e à uniformidade dos julgados, prevê a faculdade de o autor individual requerer a suspensão da sua demanda até o desfecho da ação coletiva para que possa beneficiar-se da sentença de procedência proferida na última. (MATTOS, 2007, p. 197)

Tendo em vista que, para que haja litispendência entre ações coletivas é necessária identidade total dos três elementos da ação, quais sejam a causa de pedir, as partes e o objeto, é necessária a discussão sobre a possibilidade de litispendência entre ações coletivas.

A litispendência, também no processo coletivo, constitui pressuposto processual negativo que provoca a extinção do processo sem resolução do mérito.

As ações coletivas, entretanto, possuem natureza diversa das ações individuais, pois nas ações coletivas a legitimação é extraordinária ao passo que nas ações individuais a legitimação é ordinária. Tal característica influencia nas possibilidades de litispendência, pois como a legitimação extraordinária não é realizada pelo titular do direito em questão, diferentes legitimados extraordinários podem propor ações coletivas diversas com o mesmo direito a ser defendido. Ressalte-se, ainda, que existe a possibilidade dessas ações coletivas diversas serem instauradas em diferentes órgãos jurisdicionais do Brasil, país de extensões continentais.

Neste ponto, entretanto, há discordância entre os doutrinadores de direitos. Parte da doutrina entende que ocorrendo litispendência entre ações coletivas, a segunda ação coletiva proposta e demais, caso haja mais de duas ações coletivas em litispendência, deve ser extinta sem julgamento de mérito. Outra parte da doutrina entende que ocorrendo litispendência entre

ações coletivas idênticas propostas por substitutos processuais diferentes (legitimados extraordinários diferentes), a segunda ação proposta não deve ser extinta, mas reunida à primeira ação proposta.

Mattos afirma que a solução mais adequada é a extinção dos processos formados posteriormente ao ajuizamento da ação principal, com a possibilidade de remessa de cópias ou peças dos processos extintos no propósito de instruir o processo constituído inicialmente. O doutrinador afirma, ainda, que os autores dos processos extintos poderiam ingressar na ação coletiva principal como litisconsorte, conforme artigo 5º, §2º, da Lei nº 7.347/85. Mattos defende que o processamento de ações coletivas que defendem o mesmo direito, porém com legitimados extraordinários diversos ofende os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas.

O processamento conjunto de ações repetidas não acarreta qualquer vantagem para a eficiente prestação jurisdicional. Ao contrário, atenta contra os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, pois duplica o dispêndio de atividade processual, energias, dinheiro e tempo e retarda a entrega da tutela jurisdicional quando ela é prioritária. (MATTOS, 2007, p. 199)

Eduardo Arruda Alvim entende que, como o doutrinador Arruda Alvim, a litispendência de ações coletivas ocorre quando a defesa do mesmo direito, mesmo que por legitimados diferentes.

Resta saber se é possível afirmar a existência de litispendência entre duas ações coletivas. Ao que nos parece, no que estamos ancorados em opinião de juristas de peso, como a do professor Arruda Alvim, a despeito de os legitimados não serem precisamente os mesmos, mas tendo em vista a idêntica função que exercem no processo, levando o mesmo conflito de interesses ao juízo e com fundamento na mesma causa

de pedir, haverão de ser considerados, juridicamente, como a mesma parte. Daí se falar, à luz dessas considerações, em litispendência entre duas ações coletivas, desde que se esteja em defesa do mesmo direito. (ALVIM, 2007, p. 188)

O doutrinador Pedro Dinamarco (2001, p. 112) defende que no caso de ações coletivas que defendam o mesmo direito por legitimados extraordinários diferentes, devem-se reunir os processos. Segundo o autor, deve-se impedir que a defesa dos interesses e direitos em questão seja exercida por um legitimado extraordinário específico apenas por ter sido ele o primeiro a propor a ação coletiva.

Didier, defensor da ideia de reunião das causas para processamento simultâneo, acredita que a parte autora de um dos processos seria co-legitimada para intervir no outro processo como assistente litisconsorcial. O autor defende ainda que tal solução não violaria o princípio da economia processual.

Donizetti, por sua vez, entende que a reunião de processos em litispendência seria uma ofensa ao princípio da economia processual e da razoável duração do processo.

Se o escopo principal do processo coletivo é de servir à solução molecularizada, eficaz e célere do conflito metaindividual, não se pode admitir a convivência de dois processos coletivos idênticos. A solução mais adequada, assim, é a extinção dos processos ulteriores, compatibilizando-se as citadas garantias constitucionais dos legitimados com a possibilidade de intervenção, como litisconsortes, no processo pendente (art. 5º, §2º, da Lei da Ação Civil Pública). (DONIZETTI, 2010, p. 248)

Outros conflitos entre as ações coletivas e as ações individuais que envolvem os institutos da litispendência, conexão e continência, é o direito

à autoexclusão da jurisdição coletiva e a comunicação da existência de processos repetitivos ou que possam originar uma ação coletiva.

Quanto à possibilidade de autoexclusão da jurisdição coletiva, a consequência de uma parte renunciar ao seu direito seria a de sua exclusão na produção dos efeitos na situação jurídica.

No ordenamento jurídico brasileiro não há essa possibilidade, entretanto, se uma parte não quiser participar da produção dos efeitos, ela simplesmente não executa ou liquida sua pretensão individual. Há, ainda, a possibilidade desta parte ajuizar ação individual e, tomando conhecimento da ação coletiva, prosseguir com sua ação individual.

No Brasil, pelo menos por agora, para que o indivíduo se exclua da jurisdição coletiva, é preciso que, proposta sua ação individual e devidamente cientificado da existência de um processo coletivo, decida pelo prosseguimento do processo individual. Esse é o modo de abdicar expressamente da jurisdição coletiva no direito brasileiro, ato que não implica, repita-se, renúncia ao direito discutido. (DIDIER, 2011, p. 189)

Por fim, outra relação entre as demandas coletivas e as demandas individuais é a comunicação ao Ministério Público da existência de processos repetitivos ou outros fatores que deem origem a ações coletivas. Conforme art. 7º da Lei da Ação Civil Pública, os juízes e tribunais devem remeter peças ao Ministério Público para providências cabíveis nestes casos.

Assim, a comunicação de tais situações não é faculdade dos juízes, mas passam a ser um dever, conforme Didier ensina:

Note que a lei brasileira confere ao magistrado um poder-dever de conteúdo bem aberto, notadamente porque impõe a comunicação de fatos que possam dar

ensejo à propositura de qualquer ação coletiva.
(DIDIER, 2011, p. 194)

Ressalte-se, entretanto, que não há conversão de uma ação individual em uma ação coletiva, mas tão somente a comunicação ao órgão competente.

Sendo assim, as relações entre as demandas coletivas e as demandas individuais são complexas e serão ajustadas ao longo do tempo, com a concretização de seu uso, com as modificações legislativas e com o aprimoramento doutrinário sobre o tema.

3. COISA JULGADA

No Código de Processo Civil, o instituto da coisa julgada está disposto no artigo 472 e prevê que a coisa julgada atinge apenas quem tenha sido parte no processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros. Assim, a imutabilidade do que tenha sido decidido atinge apenas quem foi parte no julgamento. Tal instituto, também chamado de coisa julgada *inter partes* demonstra o caráter individualista do Código de Processo Civil.

Eduardo Arruda Alvim sobre o caráter individualista do Código de Processo Civil escreve:

É um sistema nitidamente idealizado para que cada um vá a juízo perseguir seus próprios interesses. Essa é a regra geral do Código de Processo Civil. Cada qual vai a juízo, se quiser, cuidar de seus próprios interesses, e, por isso mesmo, o que for decidido atinge apenas aquele que moveu a ação, não prejudicando, e tampouco beneficiando terceiros. (ALVIM, 2007, p. 175)

Já quando se trata de ações coletivas, o instituto da coisa julgada se adapta e aquilo que é exceção no Código de Processo Civil passa a ser a regra: a coisa julgada atinge quem não tenha atuado no processo. Esta é a

chamada coisa julgada *secundum eventum litis*, que norteia todas as ações coletivas. A coisa julgada *secundum eventum litis* tem origem nas *class actions* americanas e está presente no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor.

O inciso I do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que a coisa julgada terá efeitos *erga omnes* nas hipóteses de ações que versem sobre direito e interesses difusos. Entretanto, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, o legitimado poderá propor nova ação com idêntico fundamento e novas provas. Assim, pode-se dizer que no caso de direitos e interesses difusos os efeitos da coisa julgada será *erga omnes*, por atingir a todos indistintamente, mas o alcance subjetivo da coisa julgada dependerá do resultado da demanda.

Na primeira hipótese, portanto, se a demanda for julgada procedente, a coisa julgada atingirá a todos e não haverá qualquer hipótese de a mesma ação coletiva ser proposta novamente.

Na segunda hipótese, de a demanda ser julgada improcedente por falta de provas, não haverá coisa julgada e a ação poderá ser proposta novamente caso nova prova seja produzida.

Neste caso, é pacífico o entendimento da doutrina de que nova prova não é prova surgida posteriormente ao término da ação coletiva, mas tão apenas uma prova existente ou preexistente ao tempo da propositura da ação coletiva, mas que é novidade para o processo. Conforme Arruda Alvim, só é possível cogitar da insuficiência de provas quando tudo indicar que existam outros elementos probatórios.

Quanto à segunda hipótese, também é pacífico na doutrina o entendimento de que são legitimados para propor novamente a ação coletiva os mesmos legitimados da primeira ação coletiva julgada improcedente por insuficiência de provas. Conforme Ada Pellegrini Grinover e Barbosa Moreira, o legislador teria explicitado a negativa de propositura da ação coletiva pelos mesmos legitimados da primeira ação se

assim o quisesse. Portanto, é possível que a nova ação coletiva seja proposta por quaisquer dos legitimados, até mesmo pelo mesmo legitimado que promoveu a primeira ação coletiva.

Na terceira hipótese, de a demanda ser julgada improcedente por fato diverso da insuficiência de provas, haverá coisa julgada e a mesma ação coletiva não poderá ser proposta novamente. Entretanto, ações individuais versando sobre o mesmo objeto poderão ser propostas, conforme artigo 103, §1º, do Código de Defesa do Consumidor, que diz que os efeitos da coisa julgada não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Sendo a ação julgada improcedente (desde que não por falta de provas), isso impede apenas que nova ação coletiva versando a mesma matéria seja intentada. Obsta-se, portanto, apenas o agir dos co-legitimados do art. 82 (a legitimação desse artigo é concorrente e disjuntiva). Todavia, tal improcedência (da ação coletiva) não obsta a que os indivíduos afetados, isoladamente, pleiteiem o que foi negado em sede da ação coletiva. Na verdade, cada um dos afetados formulará, em seu próprio benefício, pedido distinto daquele antes formulado na ação coletiva (versando a sua situação específica), calcados, porém, na mesma *causa petendiremota*. (ALVIM, 2007, p.180)

Quanto ao inciso II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que a coisa julgada terá efeitos *ultra partes* no caso de direitos coletivos, isto é, os efeitos da sentença transcendem ou exorbitam os que são partes processuais e legitimados e atingem aqueles que constituem o grupo, a categoria ou a classe. Assim, os efeitos da coisa julgada serão limitados ao grupo, categoria ou classe, com exclusão daqueles que foram partes no processo.

No caso do inciso II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, caso a ação coletiva seja julgada improcedente, não cabe

propositura de nova ação coletiva, mesmo que presentes novas provas, conforme artigo 103, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, é possível a propositura de ações individuais no caso de julgamento improcedente da ação coletiva que tenha como objeto direito coletivo, tanto na insuficiência de provas ou não, conforme artigo 103, §1º, do Código de Defesa do Consumidor.

Enfim, quando aos efeitos da coisa julgada nas ações que envolvam direitos e interesses individuais homogêneos, é importante ressaltar que tais direitos podem ser pleiteados e usufruídos individualmente, o que modifica substancialmente o tratamento da coisa julgada.

No caso de direitos e interesses individuais homogêneos, somente é possível a possibilidade de a sentença fazer coisa julgada, se esta for julgada procedente. Assim, no caso de julgamento de sentença improcedente ou extinção da ação por insuficiência de provas, não ocorrerá os efeitos da coisa julgada. Da mesma maneira, no caso de julgamento de sentença improcedente ou extinção da ação por insuficiência de provas, não haverá relação com a possibilidade de nova propositura da mesma ação.

Ressalte-se, ainda, que no caso de improcedência da ação, seja por julgamento de sentença improcedente ou por extinção da ação por insuficiência de provas, qualquer legitimado, mesmo que não habilitado como litisconsorte na ação original, poderá propor nova ação individual com o mesmo pedido.

Entretanto, no caso de improcedência da ação coletiva, seja por julgamento de sentença improcedente ou por extinção da ação por insuficiência de provas, os legitimados que estavam em litisconsórcio na ação original não poderão propor nova ação coletiva com o mesmo pedido, mas tão somente ação individual, conforme §2º do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor. Portanto, os legitimados em litisconsórcio na ação

coletiva referente a direitos e interesses individuais homogêneos são afetados pela coisa julgada nas ações coletivas.

Os efeitos da coisa julgada em ações coletivas referentes a direitos e interesses individuais homogêneos, que tenha sido julgado procedente, serão extensíveis aos legitimados que não estavam em litisconsórcio. Este efeito extensível é cabível em virtude das características especiais das ações coletivas, aproveitadas pelas ações referentes a direitos e interesses individuais homogêneos. O efeito da coisa julgada é extensível, neste caso, desde que o interessado ingresse em juízo e demonstre que se enquadra no julgamento procedente e genérico da ação coletiva.

Este efeito é chamado por Arruda Alvim de *processo de enquadramento da situação individual na situação genericamente definida na sentença*.

CONCLUSÃO

Apesar de tutelarem direitos de natureza diversa, observa-se que os sistemas de tutela individual e de tutela coletiva não são estanques, sendo várias as formas de relacionamento entre os processos individuais e coletivos.

A melhor forma de tutela dos direitos é a conjunção através dos variados sistemas processuais, de modo que o desenvolvimento da tutela coletiva não irá prejudicar a tutela individual. Ao contrário, o sistema judicial se fortalece, na medida em que consegue dar tratamento especial a cada tipo de direito, evitando, diante do desenvolvimento do processo coletivo, inúmeras ações individuais, o que, sem dúvida, leva a uma melhoria qualitativa da função jurisdicional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispendência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: **Direito**

Processo Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. **Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo.** 6. Ed. Bahia: Editora Podvm, 2011. 514 p.

DINAMARCO, Pedro. **Ação Civil Pública.** São Paulo, Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio; CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. **Curso de Processo Coletivo.** 1. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010. 557 p.

MATTOS, Luiz Norton Baptista de. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de Defesa do Consumidor e os Anteprojetos do Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: **Direito Processo Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual.** São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

WATANABE, Kazuo. **Relação entre demanda coletiva e demandas individuais.** Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 31, n. 139, p. 28-35, set. 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo.** 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 319 p.

DESMATERIALIZAÇÃO DE TÍTULO DE CRÉDITO

RAFAEL AFONSO NEVES TORRES: Estudante; graduando em direito pela faculdade Estácio de Macapá.

JORGE KLEITON REIS DE ARAÚJO: *docente da Faculdade Estácio de Macapá.*

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a desmaterialização dos títulos de crédito, tendo como base os princípios do título de crédito. Os títulos de crédito se caracterizam por possuírem os princípios da cartularidade, literalidade e autonomia. Atualmente com o avanço da tecnologia e a globalização, os documentos tradicionais com suporte de papel têm sido substituídos ou replicados pelos denominados documentos eletrônicos, processo pelo qual é chamado de desmaterialização. Todavia, um documento desmaterializado deve ter o mesmo significado e alcance jurídico de um documento eletrônico. Assim, a desmaterialização de acordo com a literatura pesquisada, é o processo pelo qual o documento de suporte material transforma-se em um documento eletrônico, o que se denomina em matéria de títulos de crédito em transmutação de suporte. Pesquisas mostram que os títulos virtuais começaram a ganhar força e espaço. O método utilizado para a construção deste trabalho será a revisão bibliográfica. E com esse tema, espera-se encontrar respostas satisfatórias para melhor compreender o processo de desmaterialização dos títulos de crédito.

Palavras- chave: Desmaterialização. Título de crédito. Documento eletrônico.

Abstract: This article proposes to review the dematerialization of, based on the credit security principles. Credit titles are characterized by having the principles of credit bonds, literalness and autonomy. Currently with the advancement of technology and globalization, traditional documents

with paper have been replaced or replicated by what is called electronic documents, process that is called dematerialization. But a dematerialized document must have the same meaning and legal effect of an electronic document. So, dematerialization according to the literature, is the process by where the material support document turns into an electronic document what is called in the field of securities in support of transmutation. Research shows that virtual bonds started to gain strength and space. The method used for the construction of this work is the literature review. And with that theme, is expected to find satisfactory answers to better understand the dematerialization process of debt securities.

Key words: dematerialization. Credit title. Electronic document.

1 INTRODUÇÃO

O Direito, como forma de adaptar-se para caminhar com a evolução social, que estão relacionadas com as leis brasileiras, devendo analisar-se estão adequadas para um aproveitamento e aspiração da sociedade. A tecnologia evolutiva que ocorre no meio da informatização, vem sendo um dos grandes motivos para que sociedades modernas adaptem suas leis à realidade subjacente, visto o crescimento da informática em nosso meio, seria impossível não incorporá-la a legislação pátria.

Os títulos de crédito assumem a modernidade e a necessidade de estarem no meio cotidiano torna-se cada vez mais presente, para que possa ser gerada uma maior circulação de riqueza no Brasil. Visto isso é relevante a previsão de emissão na forma eletrônica no atual Código Civil. Na era virtual, em que as operações são marcadas pela informatização, não seria possível que a matéria ainda continuasse a ser tratada como o defasado modelo de título de crédito incorporado ao papel, não tirando a sua importância no passado, haja vista que hoje não mais pode nem deve ser tratado como fundamental à produção de riquezas.

Mas, o papel vem perdendo espaço para os meios magnéticos, no qual Fontes e Nunes (2007) apontam que servem de suporte mais prático e econômico para o armazenamento de informações. A essa prática dar-se o nome de desmaterialização dos títulos de crédito, que segundo Fontes e Nunes (2007) desvinculou-os da sua tradicional definição de documento cartular, fazendo-os integrar, cada vez mais, os meios eletrônicos de riqueza, não se pode mais negar, nos dias atuais, a estreita relação entre o progresso econômico e a realidade virtual.

No entanto nos dias atuais, tendo em vista se tratar de ramo do direito comercial, que está sujeito a mudanças constantes advinhas da vida prática dos que dele se utilizam, o instituto dos títulos de crédito não pode permanecer petrificado, haja vista as rápidas transformações que ocorreram nas décadas passadas. Desta forma a legislação e a doutrina dos títulos de crédito devem passar por uma revisão de conceitos e dogmas para que adaptação em sintonia com a realidade econômico-social atual, sob pena de passar a ser empecilho para efetividade do instituto.

Diante do que fora explanado, pretende-se responder a seguinte questão: o que vem gerando a desmaterialização dos títulos de créditos, quais os fatores positivos e negativos de tal fato para a sociedade e a sua relevância no atual cenário legislativo brasileiro?

1 TÍTULOS DE CRÉDITO: CARACTERÍSTICAS, CLASSIFICAÇÃO E PRINCÍPIOS

Os títulos de crédito, segundo Fontes e Nunes (2007), se consolidaram como instrumentos responsáveis pela circulação e transferência dos direitos, neles incorporados, com maior certeza e segurança. Sendo a certeza quanto à existência do direito e a segurança quanto à sua eficácia jurídica.

Para Boschetti (2014, p.06) o título de crédito “é um documento necessário para que o credor exerça os direitos literalmente nele contido,

de forma autônoma. O título, como documento, em princípio, mostra-se indispensável para o exercício dos direitos nele insertos e dele decorrentes”.

Nesse contexto, pode-se dizer que,

O título de crédito é um instrumento, devendo atender às exigências legais para que seja válido e, *mutatis mutandis*, perdendo sua validade caso não atenda a essas balizas, no mínimo em função do que consta o artigo 104, III, primeira parte do Código Civil, bem como em face do princípio do formalismo cambiário (MAMEDE, 2009, p. 6).

Nas palavras Boiteux apud (RIZZARDO, 2011, p. 8):

O título de crédito tem as funções de meio de pagamento e instrumento de crédito ou de investimento. Essas funções interessam não só à atividade empresarial, como também aos atos da vida civil, de modo geral, valendo notar não só o uso dos cheques, títulos de crédito eminentemente comerciais, por não comerciantes, como também o uso de crédito rural, tidos pelo legislador como civis, na atividade empresarial.

No entendimento de Negrão (2012, p. 24) “há de se ter em mente que os títulos são documentos que se reportam exclusivamente a relações que envolvam crédito e sua disciplina legal provê instrumentos ágeis de transmissibilidade, de segurança e de cobrança em juízo”.

Já o Código Civil Brasileiro de 2002 (CCB) adotou a definição concisa e precisa de Vivante *in* GONÇALVES, ROBERTO, (2007, p. 595), expressa no art. 887 “O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, que somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei”.

De acordo com Coelho (2014, p. 447) são classificações dos títulos de crédito:

a) Quanto ao modelo:

Títulos de crédito livres - podem adotar qualquer forma, desde que atendidos os requisitos da lei; são exemplos a letra de câmbio e a nota promissória.

Títulos de crédito vinculados - devem atender a um padrão obrigatório, o emitente não é livre para escolher a disposição formal dos elementos essenciais à criação do título; é o caso do cheque e da duplicata.

b) Quanto à estrutura:

Ordem de pagamento - o saque do título enseja três relações distintas: a do sacador (que dá a ordem), a do sacado (destinatário da ordem) e a do tomador (beneficiário da ordem); nessa modalidade o cheque, a duplicata e a letra de câmbio.

Promessa de pagamento - dá ensejo apenas a duas situações jurídicas, a do promitente, que assume a obrigação de pagar, e a do beneficiário da promessa; exemplo, a nota promissória.

c) Quanto à emissão:

Títulos causais – os que somente podem ser emitidos nas hipóteses autorizadas por lei; como a duplicata mercantil que só pode ser gerada para a documentação de crédito oriundo de compra e venda mercantil.

Títulos limitados – são os que não podem ser emitidos em algumas hipóteses circunscritas pela lei; exemplo a letra de câmbio que não pode ser sacada pelo comerciante, para documentar o crédito nascido da compra e venda mercantil.

Títulos não Causais – podem ser criados em qualquer hipótese. São dessa categoria o cheque e a nota promissória.

d) Quanto à circulação:

Títulos ao portador – não ostentam o nome do credor e, por isso, circulam por mera tradição; isto é, basta a entrega do documento para que a titularidade do crédito se transfira do antigo detentor da cártula para o novo.

Títulos nominativos à ordem – o emitente identifica o titular do crédito e se transferem por endosso, que é ato típico da situação cambiária;

Títulos nominativos não à ordem – que também identificam o credor, porém circulam por cessão civil de crédito.

Sendo assim, os títulos de crédito representam uma enorme contribuição do direito comercial na economia moderna, “embora atualmente venham sofrendo críticas em função dos avanços tecnológicos, que procuram, principalmente, afastar a sua existência física, enquanto cártula” (FERNANDES E TOLEDO, 2014, p. 04).

O Código Civil brasileiro considera o título de crédito não apenas como um instrumento ou mero elemento de prova da obrigação nele representada, mas como bem móvel conforme previsto em seus arts. 83, III, e 895.

“Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais: I – as energias que tenham valor econômico; II – os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; III – os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações”. “Art. 895. Enquanto o título de crédito estiver em circulação, só ele poderá ser dado em garantia, ou ser objeto de medidas judiciais, e não, separadamente, os direitos ou mercadorias que representa” (BRASIL. Lei nº 11.101, de 2005 apud FERNANDES E TOLEDO, 2014, p. 04).

O título de crédito, bem móvel, é o instrumento mais utilizado para a difusão do crédito, em razão “da certeza da obrigação neles mencionada

e da segurança de que se revestem em sua circulação” (VERÇOSA 2006, p.96)

Para Coelho (2014, p. 371) o título de crédito, enquanto documento, “prova a existência de uma relação jurídica, especificamente duma relação de crédito; ele constitui a prova de que certa pessoa é credora de outra; ou de que duas ou mais pessoas são credoras de outras.”

O mesmo autor aponta ainda três aspectos que diferenciam os títulos de crédito dos demais documentos representativos de direitos e obrigações. Como primeiro, “os títulos referem-se exclusivamente a relações creditícias. Por segundo, facilitam a cobrança do crédito em juízo, pois são definidos como título executivo extrajudicial (art. 585, I, do CPC). Por fim, como terceiro aspecto representa o atributo da negociabilidade” (COELHO, 2014, p. 372).

A “negociabilidade, consistente na mobilização imediata do seu valor, permitindo ao portador recebê-lo antes do vencimento mediante operação de desconto” (ROSA JUNIOR, 2009, p.52).

Segundo Fontes e Nunes (2007), o regime jurídico cambial permite extrair três princípios fundamentais que são responsáveis pela celeridade e dinamicidade do crédito. Dentre esses:

1º) Cartularidade: Segundo Oliveira (2014) a expressão cartularidade advém do latim *chartula* (*papel pequeno*, pedaço de papel, escrito de pouca extensão), que remonta a ideia de papel, no sentido de que a apresentação do documento seria essencial para o exercício do direito.

O princípio da cartularidade contempla segundo Oliveira (2014) principalmente as seguintes ideias: O crédito deve estar materializado em um documento (título); para a transferência do crédito, é necessária a transferência do título; Não há que se falar em exigibilidade do crédito sem a apresentação do documento.

A expressão cartularidade ou direito cartular (de chartula, do baixo latim) é empregada para significar tanto a incorporação do direito ao documento, como o direito decorrente do título em relação ao negócio fundamental, chamado por isso mesmo, o negócio subjacente, de relação extracartular (na Espanha, extracartaceo). Pelo direito cartular, o documento torna-se essencial à existência do direito nele mencionado, e necessário para sua exigência, tornando-se legítima a cobrança pelo titular que o adquiriu regularmente (função de legitimação). Portanto em decorrência da incorporação do direito no título:

1) quem detenha o título, legitimamente, pode exigir a prestação;

2) sem o documento, o devedor não está obrigado, em princípio, a cumprir a obrigação (BULGARELI 2003, p.30).

Pelo princípio da cartularidade, “o credor do título de crédito deve provar que se encontra na posse do documento para exercer o direito nele mencionado” (COLEHO, 2014, p. 439).

Nesse contexto, Gomes (2014) apud Grahl (2003, p. 25) apontam que:

A cartularidade, ou documento necessário, foi a alternativa necessária encontrada pelos comerciantes da Idade Média para conferir segurança às relações mercantis. A cártula, em verdade, passou a substituir os acordos verbais, fazendo com que os comerciantes passassem a dispor de um meio material para provar a existência do crédito.

Portanto, fica claro que o princípio da cartularidade manifesta-se em razão da necessidade de apresentação de um documento, o qual segundo Gomes (2014, OLIVEIRA) por meio do qual o portador provará o direito nele mencionado. Assim, entende-se que o direito incorporado ao título materializa-se por meio do papel ou cártula, o que viabiliza a instrumentalização da circulação do crédito.

2º) Literalidade: Etimologicamente, a palavra literal significa rigorismo, ou seja, algo está subordinado ao rigor das palavras ou restrito a uma questão formal (GOMES 2014 OLINE).

Este é um princípio que leva em consideração exatamente o que consta por escrito na cédula, Segundo Gomes (2014), possui relevante caráter formal vez que, obrigatório o preenchimento completo do título, significa que todas as informações quanto à obrigação cambial devem estar expressamente reveladas no documento para que produza os seus efeitos. Pelo princípio da literalidade só tem validade para o Direito Cambiário aquilo que está literalmente constando escrito no título de crédito.

“O título é literal porque sua existência se regula pelo teor de seu conteúdo, se enuncia em um escrito, e somente o que está nele inserido se leva em consideração; uma obrigação que dele não conste, embora sendo expressa em documento separado, nele não se integra” (REQUIÃO 2003, p. 29).

Outra definição é a trazida por Bulgareli (2003, p.30) é a “medida do direito contido no título. Vale, assim, o documento pelo que nele se contém, exprimindo, portanto, a sua existência, o seu conteúdo, a sua extensão, e a modalidade do direito nele mencionado”.

Ainda falando a respeito da literalidade, Negrão (2012, p. 44) afirma o seguinte:

Em todos esses casos a lei exige a inscrição da operação cambial na própria cédula porque desse ato é que se extraem o crédito, sua modalidade e tratamento jurídico, o *quantum* exigível, quem está obrigado a pagar e, ainda, a existência ou não de direito de crédito de uns contra os outros, conforme ordem de intervenção lançada no título.

Assim, de acordo com Oliveira (2014) observa-se que pelo princípio da literalidade só tem validade para o direito cambiário aquilo que está

literalmente escrito no título de crédito. Como aponta Ramos (2012, p. 433) “que a literalidade é o princípio que assegura às partes da relação cambial a exata correspondência do teor do título e o direito que ele representa”. Portanto, a importância desse princípio está na circulação do crédito, ou seja, a certeza que o portador do título tem, ao ler o seu conteúdo, do seu crédito.

Deste modo, o credor tem a possibilidade de exigir a totalidade do conteúdo do título e o devedor tem a prerrogativa de somente ser cobrado pelo que livremente se propôs a expressar na cártula, não se admitindo cobrança além dos limites expressos no documento cambial (GOMES 2014 ONLINE).

3º) Autonomia: segundo o princípio da autonomia, quando um único título representa mais de uma obrigação, a eventual invalidade de uma delas não prejudica as demais obrigações (GONÇALVES, 2007, p. 599).

Para Negrão (2014, p. 40) “a autonomia é o princípio que melhor garante a plena negociabilidade dos títulos de crédito, concedendo-lhe agilidade, dada à segurança jurídica com que se reveste o escrito cartular”.

De acordo com Oliveira (2014) com o princípio da autonomia as relações jurídicas cambiais são autônomas e independentes entre si. O devedor não poderá opor exceções pessoais a terceiros de boa-fé. Em razão do princípio da autonomia o vício em uma das relações não compromete as demais obrigações assumidas no título. A segurança que o credor tem para receber o título é que pouco importa o que aconteceu nas relações anteriores (a causa que deu origem).

Bulgareli (2003, p.30) define o princípio da autonomia como sendo:

A autonomia é requisito fundamental para a circulação dos títulos de crédito. Por ela, o seu adquirente passa a ser titular de direito autônomo, independente da relação anterior entre os possuidores. Em consequência, não podem ser oponíveis ao cessionário de boa-fé as exceções

decorrentes da relação extracartular, que eventualmente possam ser opostas ao credor originário.

O autor Requião (2003, p.29) ao tratar do assunto discorre:

Diz-se que o título de crédito é autônomo (não em relação à sua causa como às vezes se tem explicado), mas, segundo Vivante, porque o possuidor de boa-fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existente entre os anteriores possuidores e o devedor. Cada obrigação que deriva do título é autônoma em relação às demais.

O princípio da autonomia se desdobra em dois outros subprincípios, o da abstração e o da inoponibilidade das exceções pessoais aos terceiros de boa-fé.

De forma didática o autor Negrão (2014, p.42) define por força da “ABSTRAÇÃO as obrigações mantêm-se independentes umas das outras” e, por decorrência da “INOPONIBILIDADE das exceções pessoais, os devedores não podem alegar vícios e defeitos de suas relações jurídicas contra o portador de boa-fé que não participou do negócio jurídico do qual resultou a dívida que lhes é exigida”.

Para Mamede (2009, p.02) “o princípio da abstração traduz uma ausência de causa necessária para a emissão da cártula, que, destarte, pode decorrer de qualquer tipo de negócio jurídico e não de um negócio em especial”.

“A abstração somente aparece quando o título é posto em circulação, ou seja, quando ele passa a vincular duas pessoas que não contrataram entre si (possuidor atual e devedor emitente do título), de modo que são unidos apenas pela cártula” (GONÇALVES, 2011, p. 15).

Para Coelho (2014, p. 55), “a abstração prescreve que, após o título ser posto em circulação, ele se desliga da relação negocial originária e, em

consequência, eventuais vícios desta relação não são óbices à cobrança do título”.

1.1 ESPÉCIES DE TÍTULOS DE CRÉDITO

Atualmente, de acordo com Gomes (2014) o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) é o responsável por regular os títulos de crédito em nosso ordenamento jurídico, elenca as normas gerais no que tange às chamadas obrigações cambiais, tal regulamentação está presente nos artigos 887 a 926, porém não contempla a totalidade dos títulos de crédito vigente no país, ou seja, trata-se de um rol exemplificativo.

Os títulos de crédito propriamente ditos (letra de câmbio, nota promissória, cheque e duplicata) se destacam como tópico privilegiado no universo do direito econômico porque são agraciados pelo sistema jurídico-positivo, simultaneamente, com regras materiais que implementam sua circulação segura e regras processuais que lhes outorgam a possibilidade de realização forçada pela via jurisdicional da execução (FAZZIO JÚNIOR 2010, p. 318).

De acordo com Santos (2012) letra de câmbio e a nota promissória estão reguladas também, pelo Decreto n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908 (Lei Saraiva), e pelo Decreto n. 57.663, de 24 de janeiro de 1966, o qual introduziu as disposições da Convenção de Genebra, realizada em 07.05.1930, tendo o Brasil somente aderido em 26.08.1942, à chamada Lei Uniforme de Genebra (LUG), que esta em vigor no país, só corresponde em parte ao texto da Convenção de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias. O cheque é regulado por legislação especial (Lei do Cheque) Lei nº 7.357 de 1985, como também as duplicatas mercantis, pela Lei nº 5.474 de 1968 (Lei das Duplicatas).

Com a utilização da informática, os atos comerciais e os títulos de créditos evoluíram, como aponta Santo (2012) o Código Civil de 2002, em seu art. 212, II, c/c art. 22, preveem a juridicidade de documentos

mecânicos e eletrônicos, ao referir-se a reproduções mecânicas ou eletrônicas de fato ou de coisas, aceitando-os como meio para se fazer prova plena, de fatos, se a parte, contra quem for exibido, não lhes impugnar com exatidão.

Igualmente, segundo Albernaz (2005) o art. 332 deste mesmo diploma legal, admite que sejam aptas como formas de prova, todos os meios legais, mesmo não elencados no Código Civil. Tais disposições servirão para acolher e resolver parte dos conflitos instaurados com a multiplicação de relações que se dão através do mundo eletrônico. Os documentos eletrônicos estão devidamente aparelhados no ordenamento pátrio.

Coelho (2014) aponta que o princípio da equivalência funcional ou da não discriminação emana a regra de que nenhum ato jurídico pode ser considerado inválido somente por ter sido celebrado por transmissão eletrônica de dados. Esse princípio serve para preencher a lacuna existente no ordenamento, no que diz respeito aos documentos emitidos por meio eletrônico.

Atualmente, pouco a pouco vai desaparecendo a duplicata materializada em papel, em cópia, substituída pelo título eletrônico, os benefícios que a virtualização dos títulos pode trazer, segundo Santos (2012) é uma extensa via de mão dupla, que deve ser coordenada por legislação própria e específica de títulos dessa natureza. A agilidade em que se dá a transação feita por duplicata virtual, em conjunto com a segurança em que alguns implementos como a assinatura digital tornam a duplicata escritural no título pioneiro, de uma série de outros.

A assinatura eletrônica através das chaves públicas consegue exercer as funções declarativa, declaratória e probatória, provê a autenticidade e integridade de determinado título de crédito emitido eletronicamente, então em consequência, a validade e eficácia dos títulos eletrônicos, previstos pelos arts. 887 e 889, do novo Código Civil. (SANTOS 2012, ONLINE).

De acordo com Falconeri (2005), a assinatura eletrônica assegura aos documentos suas funções declarativa, de dizer quem é o autor da assinatura; probatória, que determina a veracidade dos dados e a vontade declarada; e a declaratória, que garante que o que há expressado no documento condiz com a vontade do contratante.

2 A DESMATERIALIZAÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO

Segundo Boiteux (2001, p. 46-47) o fenômeno da desmaterialização iniciou-se na França, por um sistema lá implantado, no ano de 1967, aperfeiçoado em 1973 que introduziu a chamada Lettre de Change-relevé, que seria uma letra de câmbio eletrônica remetida ao banco por meio de fitas magnéticas, acompanhadas de um borderô de cobrança, não havendo circulação material da mesma. Sendo posteriormente adotado pela Alemanha, através do LastschriHuerrehr (Desmaterialização dos Títulos de Crédito) tal fenômeno é responsável pela criação dos chamados títulos escriturais, que são aqueles armazenados em meio eletrônico, sendo este último, na definição de Fernando Netto Boiteux "qualquer meio de armazenamento ou documentação de dados por via eletrônica".

Na visão de Dias (2006) os títulos de crédito foram criados com o objetivo de promover a circulação de capital, mas devido aos fenômenos da globalização e informatização ocorridos nos últimos anos, os títulos também se desenvolveram para se adequarem às mudanças.

Para Dutra e Lemos (2013, p.164) “desmaterialização ou a inexistência da cártula não descaracteriza o título de crédito”,

O título escritural é aquele que não tem cártula; nasce e atua por via de computador, por e-mail, por Internet, não possui assinatura usual. Na assinatura digital há a transformação da comunicação criada e, com isso, surge o que autores costumam chamar de cártula eletrônica, conjunto de dados do título consubstanciado na memória do sistema eletrônico (MARTINS 2010, p.437)

A tecnologia está fazendo com que os documentos físicos estejam cada vez mais escassos. Para Oliveira (2014) com a introdução no nosso Direito dos títulos de crédito virtuais questionou-se se houve mitigação ao princípio da cartularidade, uma vez que não haverá sempre papel a ser apresentado. Este princípio vem perdendo espaço há cada dia.

Os avanços tecnológicos têm demonstrado a necessidade de se repensar a doutrina sobre a cartularidade ou a incorporação, como, ocorre, por exemplo, com os cartões de banco com tarja magnética, que permitem a retirada de dinheiro da conta corrente bancária em substituição ao cheque. O mesmo ocorre com as duplicatas virtuais, correspondentes a registros eletromagnéticos transmitidos via computador por empresário ao banco, que, também através do computador, pode processar a cobrança ao devedor. (ROSA JR, 2009, p.66)

Alves (2009) salienta que o princípio da cartularidade busca impedir a cobrança indevida dos títulos de crédito, ou seja, evita o pagamento por quem não é seu titular. No entanto, no caso dos títulos de crédito eletrônico, este princípio vem perdendo o seu espaço, pois a informação sempre será atualizada sobre o titular do crédito.

O registro da concessão e circulação do crédito em meio eletrônico tornou obsoletos os preceitos do direito cambiário intrinsecamente ligados a condição de documento dos títulos de crédito. Cartularidade, literalidade (em certa medida), distinção entre atos “em branco” e “em preto” representam aspectos da disciplina cambial desprovidos de sentido, no ambiente informatizado (COELHO 2014, p. 460).

Oliveira (2014 apud COSTA 2008,) discorre que apesar da importância de tais papéis e de toda a sistematização feita, nos nossos dias já encontramos situações que refutam e contradiz a definição clássica

de títulos de crédito, com o nascimento do Direito Comercial Virtual, qual seja o que decorre dos elementos da cibernética, considerada esta, como aquela que tem por objeto vários estudos, entre eles a programação das máquinas de computação eletrônica, os sistemas automáticos de controle, a teoria da informação, o processamento de dados e outros elementos.

O meio de realização por meio eletrônico fez com que houvesse uma grande velocidade no envio e recebimento de informações para a efetuação das transações. Segundo Melo (2013) o que se torna ainda mais interessante é que para o título ser cobrado ou até mesmo protestado, não há a necessidade de materializá-lo, pois o mesmo poderá ser cobrado e protestado por meio eletrônico e magnético, e o que dá a liberdade para realizar tais atos é o que está disposto na Lei 9.492, onde em seu artigo 8º, no parágrafo único dispõe que:

Poderão ser recepcionadas as indicações a protestos das Duplicatas Mercantis e de Prestação de Serviços, por meio magnético ou de gravação eletrônica de dados, sendo de inteira responsabilidade do apresentante os dados fornecidos, ficando a cargo dos Tabelionatos a mera instrumentalização das mesmas (BRASIL 1997).

Com isso, verificamos, por exemplo, que a assinatura do próprio punho do obrigado vem sendo gradualmente substituída. Hoje, não há mais necessidade de um cheque, devidamente preenchido e assinado, para sacar dinheiro em Banco.

Atualmente, por existirem meios muito mais eficientes para transportar informações, Boschetti (2014, p.13) assinala que com relação aos “títulos de crédito virtuais, há que se exigir do legislador a normatização específica da matéria, de modo à regular os institutos decorrentes e as formas de transação dos títulos”.

Embora se reconheçam os avanços tecnológicos e legislativos neste particular aspecto do Direito Empresarial, contribuindo para a celeridade

dos negócios realizados por meio eletrônico, há passos a serem dados para a plena conquista da segurança jurídica na emissão e circulação de títulos de crédito por meio desmaterializado. Medidas que conduzem à plena adoção e aceitação no meio jurídico, em especial nos meios forenses, dos títulos virtuais podem ser estudadas em quatro categorias: segurança de dados, assinaturas digitais, prova da operação e efeitos jurídicos (NEGRÃO 2014, p. 47-48)

Entretanto, Boschetti (2014) aponta que se necessita de regulação a assinatura eletrônica (digital), em que credor possa emitir o título de crédito e enviá-lo ao credor para aceite, possibilitando que o título circule inteira e exclusivamente por meio eletrônico. Isso possibilitará, também, a dispensa da nota fiscal e do comprovante de entrega da mercadoria/prestação do serviço a acompanhar a duplicata.

Na visão de Bertoldi e Ribeiro (2011, p. 365), há necessidade de se repensar os princípios informativos dos títulos de crédito, em especial “o princípio da cartularidade”, na medida em que convivemos “com títulos criados em meio eletrônico”, como é o caso frequente e cada vez mais disseminado da duplicata virtual, criada em meio magnético pelo empresário-credor, que a transmite, também em meio magnético, via internet, ao banco para que este proceda à cobrança.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo foram citados os três princípios do regime jurídico disciplinador dos títulos de crédito: cartularidade, literalidade e autonomia, como também as várias espécies existentes de títulos de crédito no Brasil, todos eles regulados por legislação específica.

Ao término deste estudo pode-se afirmar que ele atingiu aos objetivos a que se propôs, tendo em vista que atingiu o objetivo geral, uma vez que o processo de Desmaterialização dos Títulos de Crédito está passando por mudanças nas regras jurídicas para regular a nova realidade,

pois, na forma física estão perdendo o seu espaço no mercado financeiro, com o surgimento de meios eletrônicos.

Entendeu-se com as pesquisas que o título de crédito é uma promessa de pagamento futura onde o devedor se compromete a pagar a sua dívida com o credor na data combinada, as pesquisas também apontaram que embora se reconheçam os avanços tecnológicos, há passos a serem dados para a plena conquista da segurança jurídica na emissão e circulação de títulos de crédito por meio desmaterializado. As pesquisas mostraram ainda que a emissão dos títulos de crédito pela forma eletrônica foi um grande avanço na área empresarial.

Considera-se ainda que a desmaterialização, na modernidade e a transformação do uso do título em papel para meio eletrônico, fez bem ao meio ambiente, uma vez que economiza a questão de material e produção deste, passando a serem apenas dados eletrônicos. Pode-se incluir este meio de desmaterialização como um auxílio à luta de proteger o meio ambiente. Como também, não é necessário o contato pessoal entre credor e devedor e em qualquer lugar do mundo uma transação pode ser realizada com o uso de assinatura digital e sua inserção no título eletrônico com existência apenas virtual.

REFERÊNCIAS

ALBERNAZ, Lister de Freitas. Títulos de crédito eletrônicos. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n.554, 12 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6075>.> Acesso em: 10 set. 2015.

ALVES, Sérgio Henrique. **Contrato eletrônico e Títulos de Crédito: Nova realidade Brasileira** Goiânia. 2009.

Disponívelem:<<http://www.ibrademp.org.br/img/UserFiles/File/ARTIGO%20CONTRATO%20ELETRONICO.pdf>> Acesso em: 11 set. 2015.

BERTOLDI, Marcelo M e RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**. 6ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo. 2011.

BOITEUX. Fernando Netto. **Títulos de Crédito**: em conformidade com o novo código civil. 1ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 47.

BOSCHETTI, Mauro Luís. **Desmaterialização dos títulos de crédito á luz da evolução da informática**.2014

Disponível em:
<ojs.fsg.br/index.php/direito/article/view/787/1191> Acesso em: 10 set. 2015.

BRASIL, Lei 9.492 de 10 de setembro de 1997.

Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9492.htm>. Acesso em 11 set. 2015.

BULGARELLI, Waldirio apud GRAHL, Orival. **Título de Crédito Eletrônico**. 2003.162f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2003. Disponível em:
<http://www.btdt.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=105>.

Acesso em: 17 mai. 2015

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18º ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

COSTA, Wille Duarte. **Títulos de Crédito**. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

DIAS, Lucas Martins. **Títulos de Crédito não poderiam ficar imunes à globalização**.2006.Disponível em:< <http://www.conjur.com.br/2006->

abr06/títulos

[_crédito_nao_poderiam_ficar_imunes_globalizacao](#)> Acesso em: 11 set. 2015.

DUTRA, Maristela Aparecida. LEMOS, Florence Diniz dos Santos. Título de crédito eletrônico no direito brasileiro. **Revista Jurídica UNIARAXÁ**, Araxá, v. 17, n. 16, p. 149-178, 2013.

Disponível em:
<www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/download/428/407>.

Acesso em: 17 mai. 2015

FALCONERI, Débora Cavalcante de. A duplicata virtual e a desmaterialização dos títulos de crédito. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 799, 10 de set. 2005. Disponível em:
<<http://jus.com.br/revista/texto/7266>>. Acesso em: 11 set. 2015.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de Direito Comercial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FERNANDES, Jean Carlos Fernandes. TOLEDO, Alejandro Melo. **Desmaterialização e materialização dos títulos de crédito do agronegócio e sua executividade**. 2014

Disponível em:
<www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/.../266>
Acesso em: 12 set.2015

FONTES, Grazielly dos Anjos. NUNES, Lúcia Paula Faustino Matos. Uma análise da desmaterialização dos títulos de crédito com enfoque no direito comparado. **INTERFACE** - Natal/RN - v. 4 - n. 1 - jan./jun. 2007.

Disponível em: <www.spell.org.br/documentos/download/21256>
Acesso em: 17 mai. 2015

GOMES, Eliane. **O princípio da cartularidade dos títulos de crédito diante dos avanços tecnológicos dos meios eletrônicos na emissão da duplicata mercantil virtual**. 2014

Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=11922> Acesso em: 12 set.2015

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Títulos de Crédito e contratos mercantis**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: títulos de crédito**. 4. ed. São Paulo:

Atlas, 2008. v.3.

MARTINS, Fran. **Títulos de Crédito. v 1: Letra de Câmbio e Nota Promissória Segundo a Lei Uniforme**. 13^o ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998

MELO, Aldivano Lopes. **Títulos de crédito e o avanço tecnológico: A superação do princípio da cartularidade**. 2013. Disponível em:
<http://www.jurisway.org.br/V2/dhall.asp?id_dh=9967> Acesso em: 12 set.2015

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**, volume 2: Títulos de Crédito e Contratos Empresariais. 4^a ed. São Paulo: Saraiva 2014.

OLIVEIRA, Katiane da Silva. **O princípio da cartularidade e os títulos de crédito virtuais**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 29 dez. 2014.

Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.51879&seo=1>>.

Acesso em: 17 mai. 2015

RAMOS, André Luiz Santa Cruz.. **Direito Empresarial Esquemático**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2012.

ROSA JÚNIOR, Luiz Emygdio Franco da. **Títulos de crédito**: jurisprudência atualizada e esquemas explicativos. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

REQUIÃO, Rubens apud GRAHL, Orival. **Título de Crédito Eletrônico**. 2003.162f. Dissertação (Metstrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.bdttd.ucb.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=105>

Acesso em: 17 mai. 2015

SANTOS, Lais Andrade da Silva. **Títulos de crédito**: uma análise sobre o princípio da cartularidade diante da desmaterialização dos títulos virtuais. 2012

Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23073/titulos-de-credito-uma-analise-sobre-o-principio-da-cartularidade-diante-da-desmaterializacao-dos-titulos-virtuais#ixzz3ITLGRxr>> Acesso em: 12 set.2015

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Crédito e títulos de crédito na economia moderna: uma visão focada na cédula de produto rural – CPR. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo: Malheiros, n. 141, p. 96-104, jan./mar. 2006.

A UTILIZAÇÃO DO INVENTÁRIO NA SALVAGUARDA E PROTEÇÃO DOS JARDINS HISTÓRICOS

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: A cultura apresenta como traços estruturantes elementos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos, os quais caracterizam uma sociedade ou, ainda, um grupo social determinado, compreendendo, também, as artes e as letras, os modos de vida, as maneiras de viver juntos, os sistemas de valores, as tradições e as crenças. Neste passo, é possível evidenciar que, em sede de meio ambiente cultural, a linguagem se apresenta como um dos mais relevantes traços caracterizadores da cultural, não somente para a presente e as futuras gerações, viabilizando a compreensão da humanidade e toda a sua evolução histórica. Ao lado disso, a linguagem, enquanto manifestação cultural estritamente atrelada à liberdade e à essência da vida humana, pode ser considerada no plano jurídico como bem cultural que confere concreção aos direitos humanos e como axioma de sustentação do patrimônio cultural. Ora, não é possível olvidar, em razão da dinamicidade da vida contemporânea, tal como a difusão de informações e assimilação de valores diversificados, que o patrimônio cultural imaterial é constantemente recriado pelas comunidades e grupos, em razão da influência do ambiente, das interações com a natureza e com a história. Neste aspecto, é possível evidenciar que a tutela jurídica dispensada a diversidade linguística, no cenário nacional, busca

preservar elementos estruturantes da identidade pátria, tal como o patrimônio do meio ambiente cultural.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Cultural. Inventário. Tutela Jurídica. Jardins Históricos

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental; 2 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios; 3 Análise do Instituto do Inventário como Instrumento de Tutela e Salvaguarda do Patrimônio Cultural; 5 A Utilização do Inventário na Salvaguarda e Proteção dos Jardins Históricos.

1 Ponderações Introdutórias: Breves notas à construção teórica do Direito Ambiental

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o “*prisma de*

avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém"^[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião ("Olho por olho, dente por dente"), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, "*o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza*"^[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, “*esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação*”^[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: “*Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas*”^[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a

conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**”[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, de maneira pertinente as ponderações vertidas, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando destaca:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e

de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Mais que isso, cuida reconhecer que os direitos enquadrados sob a rubrica da terceira dimensão apresentam como aspecto caracterizador uma ótica alicerçada na solidariedade, compreendendo as presentes e as futuras gerações. Tal situação tende a ficar, ainda mais, robusta quando se tem em mente a proeminência do meio ambiente ecologicamente equilibrado como elemento indissociável da realização do ser humano, estando, por consequência, computado como baliza de promoção da dignidade de pessoa humana. Em tom de arremate, Bonavides explana que os direitos de terceira dimensão “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição da República Federativa de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Meio Ambiente e Patrimônio Cultural: Aspectos Introdutórios

Em sede de comentários introdutórios, cuida salientar que o meio ambiente cultural é constituído por bens culturais, cuja

acepção compreende aqueles que possuem valor histórico, artístico, paisagístico, arqueológico, espeleológico, fossilífero, turístico, científico, refletindo as características de uma determinada sociedade. Ao lado disso, quadra anotar que a cultura identifica as sociedades humanas, sendo formada pela história e maciçamente influenciada pela natureza, como localização geográfica e clima. Com efeito, o meio ambiente cultural decorre de uma intensa interação entre homem e natureza, porquanto aquele constrói o seu meio, e toda sua atividade e percepção são conformadas pela sua cultura. “*A cultura brasileira é o resultado daquilo que era próprio das populações tradicionais indígenas e das transformações trazidas pelos diversos grupos colonizadores e escravos africanos*”[9]. Desta maneira, cuida reconhecer que a proteção do patrimônio cultural se revela como instrumento robusto da sobrevivência da própria sociedade.

Nesta toada, ao se analisar o meio ambiente cultural, enquanto complexo macrossistema, é perceptível que é algo incorpóreo, abstrato, fluído, constituído por bens culturais materiais e imateriais portadores de referência à memória, à ação e à identidade dos distintos grupos formadores da sociedade brasileira. Meirelles anota que “*o conceito de patrimônio histórico e artístico nacional abrange todos os bens moveis e imóveis, existentes no País, cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da História pátria ou por seu excepcional valor artístico, arqueológico, etnográfico, bibliográfico e ambiental*”[10]. Quadra anotar que os bens compreendidos pelo patrimônio cultural compreendem tanto realizações antrópicas como obras da Natureza; preciosidades do passado e obras contemporâneas.

Nesta esteira, é possível subclassificar o meio ambiente cultural em duas espécies distintas, quais sejam: uma concreta e outra abstrata. Neste passo, o meio-ambiente cultural concreto,

também denominado material, se revela materializado quando está transfigurado em um objeto classificado como elemento integrante do meio-ambiente humano. Assim, é possível citar os prédios, as construções, os monumentos arquitetônicos, as estações, os museus e os parques, que albergam em si a qualidade de ponto turístico, artístico, paisagístico, arquitetônico ou histórico. Os exemplos citados alhures, em razão de todos os predicados que ostentam, são denominados de meio-ambiente cultural concreto. Acerca do tema em comento, é possível citar o robusto entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao apreciar o Recurso Especial N° 115.599/RS:

Ementa: Meio Ambiente. Patrimônio cultural. Destruição de dunas em sítios arqueológicos. Responsabilidade civil. Indenização. O autor da destruição de dunas que encobriam sítios arqueológicos deve indenizar pelos prejuízos causados ao meio ambiente, especificamente ao meio ambiente natural (dunas) e ao meio ambiente cultural (jazidas arqueológicas com cerâmica indígena da Fase Vieira). Recurso conhecido em parte e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ REsp 115.599/RS/ Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar/ Julgado em 27.06.2002/ Publicado no Diário da Justiça em 02.09.2002, p. 192).

Diz-se, de outro modo, o meio-ambiente cultural abstrato, chamado, ainda, de imaterial, quando este não se apresenta materializado no meio-ambiente humano, sendo, deste modo, considerado como a cultura de um povo ou mesmo de uma determinada comunidade. Da mesma maneira, são alcançados por tal acepção a língua e suas variações regionais, os costumes, os modos e como as pessoas relacionam-se, as produções acadêmicas, literárias e científicas, as manifestações decorrentes

de cada identidade nacional e/ou regional. Neste sentido, é possível colacionar o entendimento firmado pelo Tribunal Regional Federal da Segunda Região, quando, ao apreciar a Apelação Cível N° 2005251015239518, firmou entendimento que “*expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo*”[11]. Esses aspectos constituem, sem distinção, abstratamente o meio-ambiente cultural. No mais, insta salientar que “*o patrimônio cultural imaterial transmite-se de geração a geração e é constantemente recriado pelas comunidades e grupos em função de seu ambiente*”[12], decorrendo, com destaque, da interação com a natureza e dos acontecimentos históricos que permeiam a população.

Ao lado do explicitado, pontuar faz-se mister que o Decreto N°. 3.551, de 04 de Agosto de 2000[13], que institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências, consiste em instrumento efetivo para a preservação dos bens imateriais que integram o meio-ambiente cultural. Como bem aponta Brollo[14], em seu magistério, o aludido decreto não instituiu apenas o registro de bens culturais de natureza imaterial que integram o patrimônio cultural brasileiro, mas também estruturou uma política de inventariança, referenciamento e valorização desse patrimônio.

Ejeta-se, segundo o entendimento firmado por Fiorillo[15], que os bens que constituem o denominado patrimônio cultural consistem na materialização da história de um povo, de todo o caminho de sua formação e reafirmação de seus valores culturais, os quais têm o condão de substancializar a identidade e a cidadania dos indivíduos insertos em uma determinada comunidade. No mais, necessário faz-se salientar que o meio-ambiente cultural, conquanto seja artificial, difere-se do meio-ambiente humano em razão do

aspecto cultural que o caracteriza, sendo dotado de valor especial, notadamente em decorrência de produzir um sentimento de identidade no grupo em que se encontra inserido, bem como é propiciada a constante evolução fomentada pela atenção à diversidade e à criatividade humana.

3 Análise do Instituto do Inventário como Instrumento de Tutela e Salvaguarda do Patrimônio Cultural

Em um primeiro momento, cuida reconhecer que o artigo 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988^[16] estabelece, de maneira exemplificativa, os institutos e procedimentos a serem empregados em sede de tutela e salvaguarda do patrimônio cultural, comportando o alargamento do rol posto no texto constitucional. Nesta linha de exposição, quadra ponderar que o instituto do inventário não possui regulamentação infraconstitucional, de âmbito nacional, que estipule normas concernentes aos seus efeitos. Ao lado disso, não se pode olvidar que o Texto Constitucional estabelece que é competência concorrente da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal, bem como dos Municípios dispor acerca de mecanismos e instrumentos para proteger e salvaguardar o patrimônio histórico, cultural, artístico, turísticos e paisagísticos.

Diante desse cenário, no qual se constata a omissão da norma infraconstitucional federal em estabelecer regramento que disponha acerca do inventário, na condição de instituto protetivo do patrimônio cultural, poderão os demais entes federativos legislar sobre a proteção e preservação de seus patrimônios culturais. Nesta senda, o inventário, na condição de instrumento de preservação e salvaguarda cultural, consiste na identificação das características, particularidades, histórico e relevância cultural, objetivando dispensar a proteção dos bens culturais materiais, públicos ou privados, devendo-se, para tanto, adotar, no que tange à execução, critérios técnicos objetivos e alicerçados de natureza

histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica. Nesta toada, quadra primar que inventariar significa descrever, de maneira minuciosa, a relação e conjunto de bens culturais. “O inventário, na seara patrimonial, é instrumento de conhecimento de bens culturais, seja de natureza material ou imaterial, que subsidia as políticas de preservação do patrimônio cultural”[\[17\]](#).

Há que se destacar, assim, que o inventário dos bens culturais implica no levantamento minucioso e completo dos bens culturais, objetivando abarcar a diversidade de patrimônio existente. Insta anotar que o inventário é uma das atividades elementares para o estabelecimento e priorização de ações dentro de uma política volvida para a preservação e gestão do patrimônio cultural, notadamente quando há que se considerar que toda medida de proteção, intervenção e valorização do patrimônio cultural reclama o prévio conhecimento dos acervos existentes. Sobre a temática colocada em exame, Marcos Paulo de Souza Miranda, em seu magistério, explica:

Sob o ponto de vista prático o inventário consiste na identificação e registro por meio de pesquisa e levantamento das características e particularidades de determinado bem, adotando-se, para sua execução, critérios técnicos objetivos e fundamentados de natureza histórica, artística, arquitetônica, sociológica, paisagística e antropológica, entre outros. Os resultados dos trabalhos de pesquisa para fins de inventário são registrados normalmente em fichas onde há a descrição sucinta do bem cultural, constando informações básicas quanto a sua importância histórica, características físicas, delimitação, estado de conservação, proprietário etc[\[18\]](#).

A essência do inventário é o de apreciar o bem, porquanto só se pode proteger aquilo que se conhece fundamentando, inclusive, um posterior pedido de tombamento. O pedido do tombado não é uma consequência imediata, sendo possível, após o estudo propiciado pelo instituto em comento, que determinado bem não seja passível de tombamento, o que mostra a incoerência de se atrelar ao inventário o efeito de restrição da propriedade. Prima sublinhar que a ausência de uma norma infraconstitucional regulamentadora do instituto do inventário não obsta o Poder Público utilizar-se de tal instrumento na condição de fonte de conhecimento dos bens culturais alvos da patrimonialização. De igual modo, é defeso falar em produção da insegurança jurídica, eis que o inventário se encontra previsto constitucionalmente, afigurando-se como prática corriqueira dos órgãos da preservação do patrimônio. “*O que gerará turbulência no ofício dos gestores do patrimônio é a previsível relutância dos proprietários de imóveis a ser inventariados de abrir suas portas para o levantamento de dados desse bem cultural, o que já acontece com os proprietários de imóveis tombados*”[\[19\]](#). Com propriedade, Miranda apresenta a seguinte distinção:

O Inventário e o Tombamento não se confundem. Trata-se de instrumentos de efeitos absolutamente diversos, embora ambos sejam institutos jurídicos vocacionados para a proteção do patrimônio cultural. O inventário é instituto de efeitos jurídicos muito mais brandos do que o tombamento, mostrando-se como uma alternativa interessante para a proteção do patrimônio cultural sem a necessidade Administração Pública de se valer do obtuso e, não raras vezes, impopular instrumento do tombamento[\[20\]](#).

Nesta linha, o tombamento, por mais que ainda sobrepuje os demais instrumentos elencados como mecanismos de preservação cultural, há muito não é destinado apenas à excepcionalidade. Com efeito, cuida pontuar que o inventário instrumentaliza o tombamento, não podendo, portanto, ser com ele confundido, eis que encerra aspectos característicos próprios. Ao lado disso, os bens inventariados devem, imperiosamente, ser conservados adequadamente por seus proprietários, eis que ficam submetidos ao regime jurídico específico dos bens culturais protegidos. Em igual sedimento, os bens inventariados somente poderão ser destruídos, inutilizados, deteriorados ou alterados por meio de prévia autorização do órgão responsável pelo ato protetivo, que deve exercer singular vigilância sobre o patrimônio inventariado. Olender, ao esmiuçar o instituto em comentário, explicita que:

Entendemos que, a partir do momento que, historicamente, o inventário se consolida, no Brasil, como aquilo que denominamos de “inventário de conhecimento ou de identificação” e que, nos últimos anos – principalmente a partir da própria atuação do poder judiciário – começa, concomitantemente, a ser utilizado como sinônimo daquilo que na França é denominado de “inventário suplementar” nos cabe, para não incorrerem em uma confusão que será bastante prejudicial para o desenvolvimento das políticas e das práticas de preservação do patrimônio em nosso país, partir para uma melhor denominação das ações hoje empreendidas com este nome. Penso que possuímos, neste caso, duas opções: 1) manter-se a denominação de inventário para aquela ação que se já encontra há mais tempo consolidada e criando-se outra denominação

para o citado “tombamento flexível”; ou 2) adjetivar, sempre, os dois tipos de inventário aqui apresentados, denominando-se aquele inventário que entendemos já consolidado como “inventário de conhecimento”, “inventário de identificação” ou “inventário de proteção” e o segundo tipo de “inventário para a preservação” (como faz a legislação baiana), ou “inventário de estruturação e de complementação” (como faz a gaúcha), ou algum outro termo que o diferencie do anterior. Só assim, poderemos contribuir para a resolução desta questão que, infelizmente, provoca um desacordo entre diversos e importantes agentes responsáveis pela preservação deste patrimônio^[21].

Cuida mencionar, assim, no processo de preservação do patrimônio cultural, o instituto do inventário, como parte dos procedimentos de análise e compreensão da realidade, constitui-se na ferramenta elementar para o conhecimento do acervo cultural e natural. Ao lado disso, a realização do inventário com a participação a comunidade proporciona não somente a obtenção do conhecimento do acervo por ela atribuído ao patrimônio, mas, ainda, o fortalecimento dos seus vínculos em relação ao patrimônio. Verifica-se, assim, que, mesmo não havendo disposição infraconstitucional expressa sobre o instituto em comento, tal fato não obstaculariza a utilização do instrumento em comento pelo Poder Público, notadamente em decorrência da proeminente atenção reclamada pela tutela e salvaguarda de tal bem jurídico.

5 A Utilização do Inventário na Salvaguarda e Proteção dos Jardins Históricos

À luz das ponderações apontadas, cuida explicitar que se denomina *jardim histórico* uma composição arquitetônica e vegetal,

dotada de interesse público do ponto de vista artístico e histórico e como tal é considerado um monumento. Ao lado disso, é possível considerar os jardins como criações espaciais, poéticas e pictóricas, obra das sociedades, edificada a partir de uma composição de elementos arquitetônicos e vegetais, organizados conforme uma determinada forma. Dessa forma, pode se referir a um ou vários momentos de evolução de uma cultura, os jardins materializam um documento histórico de grande valor e interesse científico, testemunho cultural e contínuo do decurso do tempo, da vontade das sociedades e dos seus estados de alma. Dessa sorte, surge como um artifício pleno de simbolismos e de arte, com uma identidade peculiar, personificando uma cultura, a aspiração do homem, a tradição de uma sociedade, sendo, por meio do decurso do tempo, um dos indicadores das mudanças de atitude da humanidade em relação à natureza e à paisagem.

Tecidos tais comentários, considerado como elemento fundamental para o fortalecimento de uma política de salvaguarda do patrimônio e, sobretudo, um instrumento de apoio na edificação das decisões para a sua tutela e recuperação, o inventário se apresenta como de proeminente relevância para a proteção dos jardins históricos. Não é fácil a catalogação de jardins históricos, pois se trata, em larga medida, de patrimônio privado, fechado ao público, frequentemente em estado de abandono, destruído ou transformado. Os instrumentos cartográficos e bibliográficos que se utilizam no inventário podem reduzir o problema técnico da sua individualização, mas só um reconhecimento integral, *in situ*, pode garantir uma maior certeza cognitiva.

Considerando que os inventários registram o valor dos jardins históricos e a sua importância na paisagem, uma das principais vantagens da sua divulgação é a de conferir a este tipo de patrimônio um estatuto especial, que permita criar e desenvolver políticas para sua proteção, apoiadas em bases oficialmente

reconhecidas. A ficha compõe-se de uma parte escrita (informação e relatório propriamente dito) e de uma parte desenhada (planos, desenhos, fotografias e ilustrações), que contém a estrutura do jardim, a sua localização e a identificação de todos os seus componentes principais. São objetivos do inventário em sede de promoção da salvaguarda de jardins históricos: (i) devolver à sociedade estas paisagens eruditas e vernaculares, de modo a que sirvam de base à compreensão de questões relacionadas com o patrimônio natural e cultural; (ii) incentivar novas utilizações destas paisagens, valorizando-as, mantendo as estruturas e dinâmicas destes ecossistemas e dando especial destaque à arte, no estrito respeito pelo seu caráter histórico; (iii) contribuir para uma maior divulgação e promover o interesse nos jardins históricos por meio de técnicas de interpretação inovadoras e eficazes.

Referência:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **Decreto-Lei N° 25, de 30 de novembro de 1937**. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **Ministério da Cultura.** Disponível em: <<http://portal.iphan.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 09 set. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 09 set. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, a. 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135, mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 09 set. 2015.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

OLENDER, Marcos. Uma “medicina doce do patrimônio”. **Vitruvius**. a. 11, set 2010. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização.

Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ag. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 09 set. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[7] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta

precedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 09 set. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BROLLO, Sílvia Regina Salau. **Tutela Jurídica do meio ambiente cultural: Proteção contra aexportação ilícita dos bens culturais**. 106f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2006. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucpr.br/tede/tde_arquivos/1/TDE-2006-10-05T061948Z-421/Publico/SilviaDto.pdf>. Acesso em 23 fev. 2014, p. 15-16.

[10] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2012, p. 634.

[11] BRASIL. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Acórdão proferido em Apelação Cível N° 2005251015239518. Direito da propriedade industrial. Marca fraca e marca de alto renome. Anulação de marca. Uso compartilhado de signo mercadológico (ÔMEGA). I – Expressões tradicionais e termos de uso corrente, trivial e disseminado, reproduzidos em dicionários, integram o patrimônio cultural de um povo. Palavras dotadas dessas características podem inspirar o registro de marcas, pelas peculiaridades de suas expressões eufônicas ou pela sua inegável repercussão associativa no imaginário do consumidor. II – É fraca a marca que reproduz a última letra do alfabeto grego (Omega), utilizado pelo povo helênico desde o século VIII a.C., e inserida pelos povos eslavos no alfabeto cirílico, utilizado no Império Bizantino desde o século X d.C. O propósito de sua adoção é, inegavelmente, o de fazer uso da familiaridade do consumidor com o vocábulo de uso corrente desde a Antiguidade. III – Se uma marca fraca alcançou alto renome, a ela só se pode assegurar

proteção limitada, despida do *jus excludendi* de terceiros, que também fazem uso do mesmo signo merceológico de boa-fé e em atividade distinta. Nessas circunstâncias, não há a possibilidade de o consumidor incidir erro ou, ainda, de se configurar concorrência desleal. IV – Apelação parcialmente provida tão-somente para ajustar o pólo passivo da relação processual, fazendo constar o Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI como réu, mantida a improcedência do pedido de invalidação do registro da marca mista OMEGA (nº 818.522.216), classe 20 (móveis e acessórios de cozinha), formulado por Ômega S.A. Órgão Julgador: Segunda Turma Especializada. Relator: Desembargador Federal André Fontes. Julgado em 25.08.2007. Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 09 set. 2015.

[12] BROLLO, 2006, p. 33.

[13] BRASIL. **Decreto N° 3.551, de 04 de Agosto de 2000**. Institui o Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

[14] BROLLO, 2006, p. 33.

[15] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 80.

[16] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 09 set. 2015: “Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços

destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. § 2º - Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem. § 3º - A lei estabelecerá incentivos para a produção e o conhecimento de bens e valores culturais. § 4º - Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei. § 5º - Ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de reminiscências históricas dos antigos quilombos”.

[17] CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135, mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015, p. 121.

[18] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 09 set. 2015.

[19] CAMPOS, Yussef Daibert Salomão de. O inventário como instrumento de preservação do patrimônio cultural: adequação e usos (des) caracterizadores de seu fim. **Revista CPC**, São Paulo, n. 16, p. 119-135, mai.-out. 2013. Disponível em: <<http://www.revistasusp.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015, p. 124-125.

[20] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. O inventário como instrumento constitucional de proteção ao patrimônio cultural brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2008. Disponível em:<<http://jus.com.br/revista>>. Acesso em 09 set. 2015.

[21] OLENDER, Marcos. Uma “medicina doce do patrimônio”. **Vitruvius**. a. 11, set 2010. Disponível em: <<http://www.vitruvius.com.br>>. Acesso em 09 set. 2015.

ARQUITETURA DA DISCRIMINAÇÃO: JOGOS OLÍMPICOS DE 2016, MORRO DA FAVELA E VILA AUTÓDROMO

SÉRGIO HENRIQUE DA SILVA PEREIRA: Jornalista, professor, produtor, articulista, palestrante, colunista. Articulista nos sites: Academia Brasileira de Direito (ABDIR), ABJ (Associação Brasileira dos Jornalistas), Âmbito Jurídico, Conteúdo Jurídico, Editora JC, Fenai/Faibra (Federação Nacional da Imprensa), Investidura - Portal Jurídico, JusBrasil, JusNavigandi, JurisWay, Observatório da Imprensa.

Resumo: Este artigo foi originalmente divulgado em outubro de 2015.[1] A Emissora de Televisão Record, no Jornal da Record, apresentou aos telespectadores o “milagre” da prosperidade das obras públicas.[2] A reportagem corrobora com o que explanei. Fiz acréscimos nele, o que poderá ser constatado pela leitura do original e deste artigo editado. Como defensor dos Direitos Humanos, denuncio práticas de exclusão social no Brasil. Na normalidade que se apresenta no Brasil, principalmente justificado pelo engodo do “interesse público”, a Administração Pública vem servindo aos interesses nefastos de parcerias entre administradores públicos e lobistas. As manifestações de 2013 evidenciaram que o povo não é mais tão ignorante, como pensavam os administradores públicos. A internet tem proporcionado conhecimento, porque sua plataforma original é de fornecer elucidações. A liberdade de expressão e de pensamento, conforme a Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH), é um direito humano e tem duas finalidades primordiais: a liberdade individual e a liberdade coletiva. Juntas, fortalecem as democracias, ajudam a derrubar Estados déspotas.

Palavras-chave: eugenia; darwinismo social; democracia; imoralidade administrativa; Parceria Público Privada.

Abstract: This article was originally published in October 2015. [1] the television station Record, the paper of Record, introduced

viewers to the "miracle" of prosperity of public works. [2] the report corroborates with what explained. I made additions in it, which can be found by reading the original and this article edited. As a defender of human rights, denounce social exclusion practices in Brazil. On the normality that presents itself in Brazil, mainly justified by the lure of the "public interest", the Public Administration has been serving the nefarious interests of partnerships between public administrators and lobbyists. Manifestations of 2013 showed that the people are not so ignorant, as they thought the public administrators. The internet has provided knowledge, because its original platform is to provide elucidations. Freedom of expression and of thought, as the International Commission on human rights (IACHR), is a human right and has two primary purposes: individual freedom and collective freedom. Together, strengthen democracies, help topple despots States.

Keywords: Eugenia; social Darwinism; democracy; administrative immorality; Private Public Partnership.

Sumário: Introdução. I. Favela. Do significado ao reduto dos párias. II. Os párias do século XXI. III. Após os Jogos, o Parque Olímpico terá uma utilidade, para os lobistas. IV. Desodorante existe. O preconceito também. V. Brasília, Rio de Janeiro e demais cidades! Algo de comum há! VI. O interesse público na visão dos doutrinadores. VII. Direitos Humanos. VII. Direitos Humanos. Conclusão.

Introdução

Jogos olímpicos de 2016. Muitos empreendimentos, modernizações na cidade para sediar uma dos mais importantes eventos mundial. E os moradores que não são emergentes, ou elitizados de berço, como ficam? Não ficam. A modernização do RJ sempre visou à modernização através da exclusão social. Foi assim

no Morro da Favela (atual Providência) e é assim aos ex-moradores de Vila Autódromo.

Morro da Favela, uma das primeiras favelas do Brasil. Após a abolição da escravidão, ex-escravos não tinham para onde ir. Formaram-se cortiços pertos das residências das baronesas e barões. Esses tipos de moradias incomodavam a elite da época. Não tardou para que eugenistas influenciassem a sociedade — ou seria apenas uma boa desculpa para a sociedade discriminadora sobre higiene urbana? — sobre a insalubridade dos cortiços para os moradores elitizados.

Na gestão do então prefeito Francisco Pereira Passos, o Bota Abaixo — mistura de modernização e expulsão dos indesejáveis ex-escravos — causou a demolição de centenas de prédios, principalmente os cortiços, nas ruas centrais da cidade do Rio de Janeiro. A modernização das vias públicas foi inspirada nas vias largas da França, já que naquele século a França era a menina dos olhos da elite brasileira. A Avenida Central (atual Avenida Rio Branco), então, foi um grande empreendimento da prefeitura para o povo — Qual povo? — do Rio de Janeiro.

I. Favela. Do significado ao reduto dos párias

O Morro da Favela – o termo “favela”, colocado junto ao “morro”, tem referência à árvore arbustiva nativa da localidade onde ocorreu a vitória contra os rebeldes de Canudos – serviu de moradia a duas castas indesejáveis, os ex-escravos e os nordestinos. Não obstante, o Morro foi criado graças aos corajosos soldados do Rio de Janeiro, que participaram da Guerra de Canudos (1895 – 1896). O governo prometeu entregar-lhes residências caso saíssem vitoriosos do conflito. Promessa por promessa, como estamos acostumados pelos nossos “representantes”, os soldados ficaram suas novas residências no Morro. Os ex-escravos aproveitaram a oportunidade.

Talvez, senão fossem os soldados, os ex-escravos teriam destino pior.

Moradia aos párias sempre foi problemática. Por séculos, as políticas segregacionistas limitaram os párias à ascensão socioeconômica. Sem a possibilidade de acesso as universidades, ou aos cursos técnicos, serviram como mão de obra de larga escala ao desenvolvimento econômico do Brasil. Brasília se modernizou através das mãos dos nordestinos, assim como demais cidades. A concentração de riquezas em determinadas localidades apenas favorece, ainda mais, o abismo social brasileiro. A mobilidade urbana, se analisada profundamente, fora para permitir que os párias se deslocassem de suas residências – sem água e esgoto canalizados, luz elétrica, ruas asfaltos –, pelo transporte público, desumano, para os centros urbanos. Centros estes que favoreciam o desenvolvimento das elites brasileiras [aristocracia]. Ao término do trabalho [escravo, mas com conotações de “liberdade”], os párias retornavam para suas residências. Sendo o transporte público o primeiro algoz; o segundo, as condições de suas moradias e a ausência do Estado. E a ausência do Estado era por motivos aristocráticos, soberbos e mesquinhos.

II. Os párias do século XXI

E, novamente, o Rio de Janeiro presenciou políticas públicas aristocráticas [eugenistas]. Os moradores da Vila Autódromo se surpreenderam com a decisão do gestor público Eduardo Paes. O prefeito prometera que não tiraria nenhum morador da localidade, a não ser que os próprios moradores quisessem. O Parque Olímpico seria um vizinho [edificação] muito bem estruturado para comportar os atletas, num contratos vergonhoso, ao Estado, das condições de vida dos residentes da Vila do Autódromo. Paes utilizou o DECRETO-LEI Nº. 3.365, DE 21 DE JUNHO DE 1941, para expulsar os moradores da Vila Autódromo. Na norma contida no

artigo 5º, do Decreto, constam as possibilidades da Administração Pública desapropriar em caso de utilidade pública.

“Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

- a) a segurança nacional;
- b) a defesa do Estado;
- c) o socorro público em caso de calamidade;
- d) a salubridade pública;
- e) a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;
- f) o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica;
- g) a assistência pública, as obras de higiene e decoração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;
- h) a exploração ou a conservação dos serviços públicos;
- i) a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)
- j) o funcionamento dos meios de transporte coletivo;
- k) a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda,

a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

l) a preservação e a conservação adequada de arquivos, documentos e outros bens moveis de valor histórico ou artístico;

m) a construção de edifícios públicos, monumentos comemorativos e cemitérios;

n) a criação de estádios, aeródromos ou campos de pouso para aeronaves;

o) a reedição ou divulgação de obra ou invento de natureza científica, artística ou literária;

p) os demais casos previstos por leis especiais”.

A alínea “i”, do art. 5º — “a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais”. (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999) — , do Decreto, tem servido muitíssimo bem para empurrar os párias [negros e nordestinos, e quem não tem condições econômicas de pagar pelo preço da “igualdade” social], cada vez mais, para bem longe dos principais centros urbanos.

III. Após os Jogos, o Parque Olímpico terá uma utilidade, para os lobistas.

Ora, por que a prefeitura não cuidou das melhorias físicas [infraestrutura urbanística] para os cidadãos ali residentes há tempo? Por que somente se preocupou com a modernização da localidade quando o Brasil foi escolhido para sediar a Copa do Mundo e os Jogos Olímpicos? Por que não fez a PPP [Parceria

Público Privada] muito antes desses eventos para melhorar a vida dos párias? Eis as questões que ficam abertas para o prefeito responder.

IV. Desodorante existe. O preconceito também

Outro evento esdrúxulo foi o discurso do “Dono da Barra” ao proferir:

“Você não pode ficar morando num apartamento e convivendo com índio do lado, por exemplo. Nós não temos nada contra o índio, mas tem certas coisas que não dá. Você está fedendo. O que eu vou fazer? Vou ficar perto de você? Eu não, vou procurar outro lugar para ficar”.

V. Brasília, Rio de Janeiro e demais cidades! Algo de comum há!

Letra: Brasília. A esperança e enganação ao povo brasileiro

Autor: Sérgio Henrique da Silva Pereira

“Era uma casa muito engraçada

Não tinha teto, não tinha nada.

Ninguém podia entrar nela, não

Porque na casa não tinha chão.

Ninguém podia dormir na rede

Porque na casa não tinha parede.

Mas tiveram ideias

E passaram a construir.

Eram promessas

De dias melhores.

Inventaram-se formas de incentivar os trabalhadores

Para a chapada brasiliense.

Construíram as "dobradinhas"

Salários em dobro, para os destemidos pioneiros.

Com muito custo (dinheiro do povo)

Brasília foi se erguendo.

Durante anos, todos os políticos

Cantaram em prosa e verso.

A grande conquista da nacionalidade:

A construção de Brasília.

Criou-se uma filosofia defendendo

Que a inflação era positiva.

Gerava riqueza

Certamente, para os ricos.

E o povo

Historicamente

Empobreceu (mais uma vez) desgraçadamente.

E assim nasceu

A nova esperança brasileira.

A capital

Com sonhos de prosperidade a todos os brasileiros.

Mas a realidade

Sempre foi outra.

Amigo de amigo

É ter dinheiro do povo.

E o povo

Acreditou nas esperanças.

Felizes e enganados

Sambaram e comemoraram.

Agora, todos vestem

A camisa.

Fazendo jus

De povo enganado”.

VI. O interesse público na visão dos doutrinadores

Para encerrar, transcrevo valorosas lições de Maria Sylvia Di Pietro:

"não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna".

Para Bandeira de Mello:

"Violar a moral corresponde a violar o próprio Direito".

VII. Direitos Humanos

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS

“Artigo 7.

Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

“Artigo 17.

1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros.

2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade”.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (Pacto de São José da Costa Rica)

“Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

(...)

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

“Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei”.

“Artigo 24. Igualdade perante a lei

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”.

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

“Artigo 4º

Os Estados Membros no presente Pacto reconhecem que, no exercício dos direitos assegurados em conformidade com o presente Pacto pelo Estado, este poderá submeter tais direitos unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida

compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

“Artigo 11

§1º. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medida apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento”.

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

Artigo 2º

§1º. Os Estados-partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação.

§3. Os Estados-partes comprometem-se a:

1. garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto hajam sido violados, possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

2. garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade

competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

3. garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso”.

“Artigo 25

Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas:

1. de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos”.

Conclusão

Direitos Humanos, para quais pessoas? Pelo exposto [VII. Direitos Humanos], compreende-se que tais Direitos são, ainda, infelizmente, desumanamente, para pouquíssimos cidadãos brasileiros. Dizer que não são todos que podem morar de frente para praia é confirmar que a propriedade privada [moradia] é um luxo no Brasil. Se antes as populações carentes moravam de frente para as praias, como explicar que a especulação imobiliária, somada ao abismo social, pelo darwinismo social brasileiro, retirou tais populações carentes pelo prisma do “interesse público”, senão pela ótica de que igualdade existe enquanto há dinheiro para pagar o preço da “igualdade” social.

Pode parecer discurso “comunista”, entretanto o que vem acontecendo no Brasil é Apartheid. Os párias estão sofrendo reducionismos em seus direitos fundamentais [CF/88] e em seus Direitos Humanos [Trados Internacionais em que o Brasil é signatário; e o Brasil já assinou quase todos os Tratados]. E tudo justificado pelo “interesse público”.

Mesmo que a prefeitura do Rio de Janeiro diga que “Não gastou nada!” [Parceria Público Privada], mesmo assim, por que não se vez a PPP muito antes dos eventos esportivos para melhorar a qualidade de vida dos moradores da Vila? Além disso, por que não dá apartamentos aos moradores originais. Não precisaria expulsá-los. Será que removê-los é preciso? A Arquitetura da Discriminação não terminará enquanto os administradores públicos dão lições de como se perpetuar o sectarismo.

O Brasil, como já profetizava Dacy Ribeiro, não é um país de amor, mas um país de ódio racial. A construção de tudo que existe no Brasil foi direcionada para massacrar os párias, ou para perpetuá-los como escravos para manter a fidalguia dos que se acham semideuses.

“O Brasil cresceu visivelmente nos últimos 80 anos. Cresceu mal, porém. Cresceu como um boi mantido, desde bezerro, dentro de uma jaula de ferro. Nossa jaula são as estruturas sociais medíocres, inscritas nas leis, para compor um país da pobreza na província mais bela da terra. Sendo assim, no Brasil do futuro, a maioria da gente nascerá e viverá nas ruas, em fome canina e ignorância figadal, enquanto a minoria rica, com medo dos pobres, se recolherá em confortáveis campos de concentração, cercados de arame farpado e eletrificado.

Entretanto, é tão fácil nos livrarmos dessas teias, e tão necessário, que dói em nós... A nossa convivência culposa”. (Dacy Ribeiro)

Repetem-se, secularmente, a mobilidade [êxodo] dos párias pelos conluos entre agentes públicos e lobistas. À razão, as justificativas ao “bem-estar” do povo. O Rio de Janeiro, mais uma vez, se transforma, para pequenos grupos, os lobistas, para pequena parcela da população, as classes A, B e C — não a Nova Classe Média — em nome da modernidade, da higiene.

Rio de Janeiro é um canteiro de obras, obras faraônicas, que de nada melhoram a vida de toda a população carioca. As “obras de fachada”, isto é, algumas máquinas, como retroescavadeiras, alguns servidores públicos, em certas localidades consideradas comunidades carentes — dizer favelas é politicamente incorreto; entendeu? —, principalmente em véspera de eleições são condutas típicas dos “representantes”, que querem se reeleger, para demonstrarem que “do povo, ao povo, pelo povo” não há esforços pessoais para dar “dignidade” aos párias.

Nota:

[1] — PEREIRA, Sérgio Henrique da Silva. Arquitetura da Discriminação: Jogos olímpicos de 2016, Morro da Favela e Vila Autódromo. Disponível em: <<http://sergiohenriquepereira.jusbrasil.com.br/artigos/246070912/privatizacoes-delegacoes-de-servicos-publico-a-galinha-de-ovos-de-ouro>>.

[2] — JR mostra como políticos fluminenses conseguem prosperar com o Estado falido. Disponível em: <<http://noticias.r7.com/jornal-da-record/videos/jr-mostra-como-politicos-fluminenses-conseguem-prosperar-com-o-estado-falido-23112015>>

Referências:

Castilho, Ricardo. Direitos humanos / Ricardo Castilho. São Paulo: Saraiva, 2011. (Coleção sinopses jurídicas; v. 30)

Comunidade Vila Autódromo. Disponível em: <http://www.comunidadevilaautodromo.blogspot.com.br/>

IPEA. O destino dos negros após a Abolição. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?id=2673%3Ahistoria-o-destino-dos-negros-apos-a->

abolicao&tmpl=component&page=&option=com_content&Itemid=23

Jogos Limpos. Moradores da Vila Autódromo divulgam nota dizendo que não serão removidos. Prefeitura não confirma. Disponível em: <http://www.jogoslimpos.org.br/destaques/moradores-da-vila-autodromo-divulgam-nota-dizendo-nao-serao-mais-removidos-prefeitura-nao-confirma/>

BBC – Brasil. 'Como é que você vai botar o pobre ali?', diz bilionário 'dono da Barra da Tijuca'. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150809_const_rutora_olimpiada_jp

BBC – Brasil. Paes ataca 'dono da Barra': 'Não entendeu significado dos Jogos para o Rio'. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/08/150815_entrevista_eduardo_paes_hb_jp

BBC – Brasil. 'Fomos surpreendidos', diz morador de comunidade que será removida para Jogos do Rio. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/03/150323_rio2016_vila_autodromo_novas_remocoes_jp_rm

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 extasiantes.

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 nidação, 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: Cladir 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) 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 11.105/2005¹²⁹, 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 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%2E+OU+99038%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/kk9xt5n>. Acesso em: 18 ago. 2014.

¹²⁹ 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. § 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 irrepetível. [...] 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, nº. 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 às 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: Ediuero, 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 Machester, 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 paterna, 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 desde 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 Rosenthal⁴⁷⁹, 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-se 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 cujus*, 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 diferencia 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-implanto 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+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. Legitima-se a suceder as pessoas nascidas, as já concebidas no momento da abertura da sucessão, ou as que nascerem por concepção artificial, até dois anos após 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/porta/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 entaves ainda 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 **pessoas 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, Hideliza 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%2E%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%2E%2E>

%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, nº 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, nº 1, p. 31-47, 2014.

LEVY, Laura Affonso da Costa. Inseminação artificial *post mortem* e a reflexão constitucional. **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XIV, nº 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, nº 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://bvsmis.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.