



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS

DÉBORA REGINA DE SOUZA XAVIER

DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

**BRASÍLIA
2018**

DÉBORA REGINA DE SOUZA XAVIER

DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. Luciano de Medeiros Alves.

BRASÍLIA
2018

DÉBORA REGINA DE SOUZA XAVIER

DIREITO SUCESSÓRIO DOS EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Brasília, _____ de _____ de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Luciano de Medeiros Alves – Orientador

Prof. _____ – Examinador(a)

AGRADECIMENTOS

Primeiro à Deus, por proporcionar essa vitória, sem o qual eu não teria conquistado.

Aos meus pais, Marilene Domingues e Eurípedes Xavier, e minha irmã Priscylla Xavier, por todo amor, dedicação, incentivo, ajuda e confiança que depositaram em mim.

Ao meu orientador, Prof. Luciano de Medeiros Alves, pelos seus ensinamentos e auxílio durante a realização deste trabalho acadêmico.

Por fim, a todos os meus professores e professoras que contribuíram para minha formação na assimilação de conhecimentos no ensino fundamental, médio e acadêmico.

“Falou-lhe, pois, Jesus, outra vez, dizendo: Eu sou a luz do mundo; quem me segue não andará em trevas, mas terá a luz da vida”.

(Evangelho de João 8:12)

RESUMO

A monografia aqui apresentada tem como escopo esclarecer os direitos dos concebidos por inseminação artificial póstuma, na sucessão. A evolução na ciência gerou diversas consequências no âmbito do Direito Constitucional, do Biodireito e do Direito Civil. As questões que antes não eram pauta de discussão, passaram a gerar conflitos na jurisprudência e na doutrina, em razão de que as lacunas existentes necessitam serem supridas pelo legislador. Para chegar neste tópico será necessário ser explanado no que tange a reprodução assistida, quais espécies, breve relato histórico, assim como uma análise da personalidade, direito do embrião e por fim acerca do direito sucessório. A metodologia usada para elaboração desta monografia será o princípio da analogia, da doutrina, da Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM) e da Lei de Biossegurança. Atualmente, nota-se que a falta de regulamentação, cria embaraços jurídicos que apenas a normatização desta lacuna poderá pôr fim a este tema tanto debatido e de diferentes opiniões, obviamente, portanto é necessário um estudo detalhado da hermenêutica relativa ao assunto dos direitos dos concebidos por inseminação artificial póstuma.

Palavra-chave: Biodireito. Direito da Sucessão. Direito dos embriões. Embrião congelado. Início da vida. *Post mortem*. Reprodução humana.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	10
1.1 Esterilidade.....	10
1.2 História da técnica da reprodução assistida	13
1.3 As técnicas de reprodução humana assistida	16
1.3.1 <i>Inseminação artificial</i>	17
1.3.1.1 Inseminação artificial homóloga e <i>post mortem</i>	17
1.3.1.2 Inseminação artificial heteróloga	18
1.3.1.3 Inseminação artificial bisseminal	19
1.3.2 <i>Fecundação in vitro (FIV ou FIVETE)</i>	19
1.3.3 <i>Transferência intratubária de gametas (GIFT)</i>	21
1.3.4 <i>Transferência de zigoto para as trompas (ZIFT)</i>	21
1.3.5 <i>Sub-rogação de útero</i>	22
1.3.6 <i>Congelamento de embriões (criopreservação de embriões)</i>	23
1.4 Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre a reprodução assistida.....	25
1.5 Projetos de Lei do Estatuto da Reprodução Assistida.....	29
2 TEORIA DO INÍCIO DA VIDA E DIREITOS DOS EMBRIÕES.....	32
2.1 Momento histórico dos direitos da personalidade	32
2.1.1 <i>Definição da personalidade</i>	33
2.1.2 <i>Capacidade jurídica</i>	33
2.1.3 <i>Os sujeitos da relação jurídica</i>	35
2.1.4 <i>Começo da personalidade natural</i>	35
2.1.4.1 Teoria da personalidade civil	35
2.1.4.1.1 <i>Teoria natalista</i>	36
2.1.4.1.2 <i>Teoria condicionada</i>	36
2.1.4.1.3 <i>Teoria concepcionalista</i>	37
2.2 Embrião e os seus direitos.....	38
2.3 Lei da Biossegurança sobre os embriões	41
3 DIREITO À SUCESSÃO DOS EMBRIÕES POST MORTEM.....	49
3.1 Conceito fundamental da sucessão	49

3.1.1	<i>Abertura da sucessão</i>	50
3.1.2	<i>Princípio da Saisine</i>	53
3.1.3	<i>Espécies de sucessão</i>	54
3.1.4	<i>Legitimidade para suceder</i>	55
3.1.5	<i>Prole eventual: sucessão testamentária</i>	57
3.2	Análise hermenêutica com o Código Civil de 2002 sobre direito sucessório do embrião <i>post mortem</i>	59
3.2.1	<i>Presunção da paternidade</i>	59
3.2.2	<i>O embrião post mortem e o direito de herança</i>	61
3.2.3	<i>Herdeiros já concebidos ao tempo da abertura da sucessão</i>	63
3.2.3.1	Criopreservação de embriões antes da morte do pai e ser concebido no momento da abertura da sucessão	64
3.2.3.2	O filho concebido em laboratório depois da abertura da sucessão	65
3.3	Direito sucessório do embrião congelado <i>post mortem</i> à luz da Constituição Federal de 1988	68
3.4	Projeto de Lei nº 7.591/2017 e 9.403/2017	71
	CONCLUSÃO	73
	REFERÊNCIAS	75
	ANEXO A – Reportagem do Correio Braziliense	84

INTRODUÇÃO

Reprodução assistida é um conjunto de técnicas, utilizadas por médicos especializados, que têm como principal objetivo tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades para engravidar. Nesse sentido, esse método é um assunto delicado na nossa sociedade, mesmo se apresentando como um mecanismo que se propõe a resolver o problema da esterilidade do casal que almeja ter um filho. Assim, a falta de legislação que regularize questões como os direitos dos embriões congelados gera problemas não apenas jurídicos, mas, também, sobre questões éticas, sociais, morais, religiosas, psicológicas, médicas e bioéticas.

A fecundação *in vitro* pode ser feita com os componentes genéticos advindos do casal ou com o material fertilizado de terceiro, cujo embrião poderá ser implantado no útero da companheira ou de terceira pessoa.^{1; 2}

Contudo, essa técnica de fecundação, com transferência de embrião, possui um certo problema ético-jurídico, que é a possibilidade de aplicação de lei específica e a garantia do direito sucessório para o embrião de uma fertilização *in vitro post mortem*, no ordenamento jurídico brasileiro, com base no qual não tem nenhuma legislação que o regulamente.

Diante disso, o capítulo 1 desta pesquisa analisa a reprodução, propriamente dita, trazendo a definição de esterilidade, a história da reprodução humana, as técnicas da reprodução, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) e os projetos de lei que propõem o Estatuto da Reprodução Humana assistida.

O capítulo 2 trata das teorias do início da vida, o momento em que o ser humano adquire a personalidade no ordenamento jurídico, os direitos do embrião,

¹ A fertilização *in vitro*, é o tratamento de reprodução humana realizado como opção da medicina reprodutiva que oferece mais chances de gravidez para aqueles que enfrentam dificuldades para engravidar após um ano de tentativas a partir dos 35 anos. O tratamento consiste em realizar a fecundação do óvulo com o espermatozoide no laboratório de embriologia; um processo *in vitro*, que requer o cultivo em laboratório para permitir a observação do correto desenvolvimento dos embriões e posterior transferência ao útero materno para a confirmação da gravidez.

² No caso de gestação do embrião por terceira, o procedimento, também conhecido por "barriga de aluguel", é o seguinte: o casal gera o embrião através de técnicas de fertilização *in vitro* e, em seguida, este embrião é transferido para o útero de outra mulher, que "carrega" o bebê por nove meses. Após o nascimento, o bebê é devolvido aos pais.

para o qual, atualmente, não possui um estatuto que venha regulamentar e sobre a Lei da Biossegurança.³

O capítulo 3 discorre sobre o direito fundamental da herança na reprodução póstuma, que é estudada por meio da hermenêutica. Nesse sentido, parte-se da presunção *pater is est*, para os arts. 1.798 e 1.829, inciso I, do Código Civil (CC), de 2002, que assinalam o filho como herdeiro necessário e legítimo. Ainda, será apresentada a interpretação, conforme a Constituição, que aponta para o deferimento do direito da herança para todos os filhos, sem distinções. Além disso, serão verificados os projetos de lei que buscam pôr fim à omissão acerca dos filhos gerados pela inseminação artificial *post mortem*.

³ A Lei de Biossegurança tenta regulamentar duas polêmicas de uma só vez, a saber, (i) a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados, e (ii) a pesquisa com células-tronco.

1 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A reprodução assistida é a união de técnicas que favorecem a fecundação humana, a partir da manipulação de gametas. Nesse sentido, Ribeiro (2002 apud SÁ, 2002, p. 286), diz que esse procedimento é um “conjunto de técnicas da manipulação de gametas e embriões, objetivando principalmente combater a infertilidade e propiciando o nascimento de uma nova vida humana”.

Para Azevedo (1996, p. 44), é a “fecundação, com artificialidade médica, informada e concedida por escrito, por meio de inseminação de gameta humanos, com probabilidade de sucesso e sem risco grave de vida ou saúde, para paciente e para o seu futuro filho”.

Contudo, em sua origem, a fecundação é um processo biológico, formado por uma sequência, que começa com união do espermatozoide com o óvulo e termina com a fusão dos núcleos desses dois gametas e a mistura dos seus cromossomos, formando um embrião (MOORE, 1994).

Ademais, deve-se lembrar que a fecundação não constitui *per si* uma garantia de gravidez ou nascimento de uma nova pessoa, uma vez que o embrião tem a missão de desenvolver-se, naturalmente, no interior do corpo feminino (SÁ, 2002).

1.1 Esterilidade

No ano de 1590, o estudo da esterilidade conjugal alcançou foros de cientificidade, com a invenção do microscópio, atribuída a Leeuwenhoek.⁴ Porém, um século depois, Johann Ham surpreende a comunidade científica, afirmando que a esterilidade não tinha origem exclusivamente feminina, mas, antes, poderia ser também causada pela falta de espermatozoide. Portanto, a noção sobre esterilidade conjugal surgiu, apenas, no século XVII (CAMARGO, 2003).

Com isso, os estudos sobre (in)fertilidade foram se aprofundando e, com

⁴ Leeuwenhoek foi o primeiro a observar e descrever as fibras musculares, espermatozoides e bactérias, utilizando o microscópio, um sistema óptico utilizado na obtenção de imagens ampliadas de objetos de dimensões extremamente pequenas.

isso, abrindo possibilidades de intervenções médicas nessa área (CAMARGO, 2003).

A partir do conhecimento dos hormônios, no século XX, é que, realmente, aconteceu uma evolução nesse campo. Na década de 1970⁵, várias descobertas foram capazes de garantir uma evolução das procriações artificiais (CAMARGO, 2003).

Assim sendo, os avanços biotecnológicos permitiram que casais com problemas de fertilidade pudessem reverter esse quadro, através das técnicas de inseminação e fertilização assistida (CAMARGO, 2003).

Todavia, faz-se necessário uma distinção mais específica entre os conceitos de esterilidade e de infertilidade, para designar a incapacidade de reprodução (MACHADO, 2005).

A esterilidade caracteriza-se pela impossibilidade de ocorrer a fecundação. É, nesse sentido, a incapacidade biológica de conceber um ser humano. Esse diagnóstico pode ser percebido quando o casal, depois de um ano de relacionamento sexual, com uma determinada frequência e sem uso de controle de natalidade, não consegue a gravidez (MACHADO, 2005).

Já a infertilidade, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), é a falha em conceber um ser humano depois de, no mínimo, um ano de vida sexual sem uso de controle de natalidade. A infertilidade⁶ pode acontecer em função de problemáticas biológicas, as quais podem recair sobre um ou ambos os cônjuges (OLIVEIRA, 2000).

⁵ Tratamentos foram desenvolvidos, a partir da década de 1970, tais como: a maturação dos óvulos, a superovulação, o uso de drogas indutoras de fertilidade, o refinamento da fertilização e os meios de cultura embrionários, a transferência adiantada de embrião, a redução do número de espermatozoides usados na fertilização em placa ou tubo, e melhorias no equipamento, possibilitando, por exemplo, coleta de óvulos e transferências de embrião mais suaves.

⁶ As causas da infertilidade podem ser: 30% de causas masculinas, tais como alterações no âmbito testicular, obstrução de dutos, patologias na próstata, alterações na ejaculação ou ereção e alterações no esperma; 30% de causas femininas, como menopausa precoce, endometriose, obstruções ou lesões das trompas de Falópio, anomalias uterinas e cervicais ou problemas ovulatórios; 20% de causas mistas ou combinadas, nas quais os dois membros do casal são os responsáveis; e 20% chega a ser uma causa inexplicável, dado que não foi possível identificar a causa. (IVI. *Causas da infertilidade*. 2018. Disponível em: <<https://ivi.net.br/causas-da-infertilidade/>>. Acesso em: 24 mar. 2018).

Nesse âmbito, usa-se o termo “infertilidade primária” nos casos em que nunca ocorreu uma gestação, e, por sua vez, “infertilidade secundária” é o termo utilizado quando já houve ao menos uma gestação, mesmo que tenha sido ectópica ou tópica⁷, as quais tenham terminado em aborto (ABDELMASSIH, 2007).

Já a hipofertilidade é determinada pela ausência de uma quantidade mínima de espermatozoide, por ml. Além disso, observa-se, também, fatores como a sua mobilidade e normalidade, em índices considerados necessário para determinar a fertilidade masculina (PESSINI, 1997).

Com base nesses estudos, a reprodução humana assistida foi se desenvolvendo, com objetivo de resolver os problemas gerados pela infertilidade ou pela esterilidade, trazendo, de certa maneira, uma possibilidade para pessoas que desejam gerar um filho, mas que não o conseguem pelas vias naturais.

Nesse viés, dentre as questões que surgem com essa nova realizada tecnológica, é necessário pensar acerca das implicações jurídicas de se manipular embriões.

O direito à concepção e à descendência está previsto no artigo 5º, L, 7º, XVIII e XIX, 208, IV e 226 § 7º, da Constituição Federal (CF), de 1988.

Art. 5º

[...]

L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Art. 7º

[...]

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-maternidade, nos termos fixados em lei;

Art. 208

[...]

IV - o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

Art. 226

[...]

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da

⁷ Gravidez tópica é a que ocorre dentro do útero, que é local correto e seguro para o desenvolvimento do bebê. Já a gravidez ectópica ocorre fora da cavidade uterina, geralmente, nas trompas; como essas não apresentam a elasticidade do útero, conforme o feto se desenvolve, pode apresentar uma ruptura das trompas, o que causa grande hemorragia que, não sendo contida a tempo, pode levar a morte.

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. (BRASIL, 1988).

Já o Código Civil prevê, no seu artigo 1.565, que:

[..] § 2º - 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. (BRASIL, 2002).

Por fim, nos casos de infertilidade, a Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), nº 2.168, de 10 de novembro de 2017 (publicada no Diário Oficial da União (DOU), de 10 de novembro de 2017, Seção I, p. 73, em seu Anexo, no Título I), preconiza que “as técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos” (BRASIL, 2017).

Assim, pode se concluir, a partir das diretrizes legais existentes, que no Brasil há uma garantia ao direito daqueles que desejam se tornar pais.

1.2 História da técnica da reprodução assistida

As reflexões acerca da reprodução, do nascimento de um ser humano e da vida sempre estiveram presentes na história da humanidade.

O primeiro relato na história da reprodução humana, pelo viés religioso, foi com o nascimento de Caim, filho de Adão e Eva (BÍBLIA, Gênesis, 4-1, 2014, p. 6). Contudo, outras culturas também construíram as suas narrativas religiosas no tocante à reprodução humana. De acordo com Aldrovandi e França:

a mitologia é rica em casos de mulheres que engravidam fora do ato sexual, como, por exemplo: Ates - filho de Nana, filha do sei Sangário, que teria colhido uma amêndoa e colocado seu ventre (Grécia) Kwayin - deusa que possibilitava a fecundidade das mulheres que prestassem culto (China); Vanijin - deusa da fertilidade, mulheres que se dirigiam sozinhas a seu templo retornavam grávidas (Japão); [...] no Brasil, é conhecida a lenda amazônica do boto que engravidava as mulheres que lhe dirigem o olhar. (ALDROVANDI; FRANÇA, 2002, p. 1).

Na Ásia, a China, por exemplo, possui a lenda dos dragões, dos quais um é a representação do bem e outro do mal. Nessa perspectiva, a luta que travaram

gerou uma espuma fecundante, da qual foram gerados os heróis da dinastia His (FERNANDES, 2000).

No ocidente, a mitologia grega narra, por exemplo, a lenda do nascimento do herói Perseu. Nessa narrativa, Acrísio recebe o vaticínio de que, caso a sua filha, Danae, viesse a engravidar, a criança se tornaria o seu algoz. Numa tentativa de burlar o destino, Acrísio aprisiona Danae. Do Olimpo, Zeus, vendo a beleza da jovem, é tomado pelo desejo sexual e vai ao seu encontro, durante o seu sono. Contudo, a moça, assustada, foge do contato com o deus, que, não aceitando a rejeição, transforma o seu próprio sêmen em chuva de ouro, que, caindo sobre o corpo de Danae, a insemina (GOLDMAN, 2017).

Mais tarde, a narrativa cristã apresenta, ainda, outras passagens relativas à concepção humana. Uma delas diz respeito à mensagem dado pelo anjo Gabriel à Maria, sobre a concepção e o nascimento de Jesus.

Eis que conceberá e dará à luz um filho, a quem chamarás pelo nome de Jesus. Este será grande será chamado filho do Altíssimo; Deus, o Senhor, Lhe dará o trono de Davi, Seu pai;
Então, disse Maria ao anjo: como será isto, pois não tenho relação com homem algum? Respondeu-lhe o anjo: Descerá sobre ti o Espírito Santo, e o poder do Altíssimo te envolverá com a Sua sombra; por isso, também o ente santo Que há de nascer será chamado Filho de Deus. (BÍBLIA, Lucas, 1, 31-32; 34-35, 2014, p. 1131).

Assim, a respeito da reprodução fora do ato sexual, a tradição cristã apresenta outras soluções, como, por exemplo, o nascimento de Ismael, em que se vislumbra a noção da barriga solidária.

Ora, Sarai, mulher de Abrão, não lhe dava filhos; tendo, porém, uma serva egípcia, por nome Agar, disse Sarai a Abrão: Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz filhos; toma, pois, a minha serva, e assim me edificarei com filhos por meio dela. E Abrão anuiu ao conselho de Sarai. (BÍBLIA, Gênesis, 16,1-2;4, 2014, p. 17).

Na mesma linha de pensamento, tem-se o nascimento de Dã:

Vendo, pois, Raquel que não dava filhos a Jacó, teve Raquel inveja de sua irmã e disse a Jacó: Dá-me filhos, senão morro. Então, se acendeu a ira de Jacó contra Raquel e disse: Estou eu no lugar de Deus, que te impediu o fruto de teu ventre? E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; entra ela, para que tenha filhos sobre os meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim, lhe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó entrou a ela. E

concebeu Bila e deu a Jacó um filho. Então, disse Raquel: Julgou-me Deus, e também ouviu a minha voz, e meu deu um filho; por isso, chamou o seu nome Dã. (BÍBLIA, Gênesis, 3,1-6, 2014, p. 5).

Nesse sentido, nas sociedades antigas, a capacidade ou não de gerar um filho estava diretamente vinculada ao viés mítico-religioso. Assim, a esterilidade e a infertilidade⁸ eram vistas como uma “maldição”, enquanto que a fecundidade era vista como “graça”. Portanto, a chegada da prole é associada às noções de fortuna, riqueza, prazer, fartura e dádiva divina (LEITE, 1995).

Contudo, com o desenvolvimento metódico das tecnologias científicas, o modo como compreendemos a reprodução humana foi se modificando, saindo de uma visão totalmente religiosa para um conhecimento mais próximo dos preceitos científicos, tal como o entendemos, atualmente. Acerca desse desenvolvimento, Fernandes afirma que:

Saindo da área não-científica, tem-se como marco inicial das técnicas de reprodução assistida as civilizações babilônicas e árabes que polinizavam palmeiras com o objetivo de produzir mais e melhores frutos.

Refere-se, ainda, que já no século XIV se realizava a inseminação artificial em peixes, e, no século XV, no bicho de seda.

Afirma-se que em 1332 se teria obtido a fecundação de uma égua com interferência humana, sendo relato que a técnica era utilizada como artifício de guerra, seja pela inseminação de égua dos inimigos com sêmen de cavalos velhos ou doentes, seja por furto do sêmen dos bons cavalos dos adversários.

[...] No século XVIII foram produzidas algumas experiências nesta área, sendo que em 1767 o alemão Ludwing Jacobi trabalhava com a reprodução de peixes, enquanto o abade italiano Lazzaro Spallanzani, em 1777, logrou obter a fecundação de uma cadela por meio da inseminação artificial, nascendo, daí três crias.

Já no século XIX a inseminação artificial foi aplicada em outros mamíferos como éguas, vacas e ovelhas, destacando-se nas pesquisas com mamíferos o russo Elie Ivanoff.

Especificamente no ser humano, as primeiras notícias históricas datam do século XV, quando a técnica teria sido utilizada em D. Joana de Portugal, casada com Henrique IV de Castela, ‘o Impotente’.

Posteriormente, em 1785, Thoret, decano da Faculdade de Medicina de Paris, fecundou sua mulher estéril, aplicando-lhe uma injeção intravaginal de seu esperma.

Em 1790, o inglês John Hunter obteve a gravidez de uma mulher aplicando-lhe na vagina o esperma do marido hipospádico.

O francês Girauld, em 1838, relatou o sucesso em oito casos experimentados, um dos quais com gravidez gemelar.

Jaime Marion Sims, no ano de 1838, obteve sucesso em experimento com a introdução do líquido seminal no canal cervical de mulher o que foi repetido em 1871 por Gigon d’ Angulême [...]

Durante a II Guerra Mundial, milhares de crianças nortes americanas foram geradas com sêmen de soldados ingleses durante a Guerra da Coréia. Nos

⁸ Ver seção 1.1.

Estados Unidos a Suprema Corte de Nova Iorque declarou a legitimidade dessas crianças, porém, a Inglaterra a Câmara dos Comuns proibiu a inscrição, como legítimo, de crianças nascidas em razão da doação de sêmen de doador anônimo.

[...] em 25 de julho de 1978 nasceu na Inglaterra Louise Bown, o primeiro ser humano fruto de uma reprodução *in vitro*, técnica pela qual também foi concebida Ana Paula Caldeira que veio a nascer em 7 de outubro de 1984, tornando-se o primeiro ser humano nascido no Brasil pela mesma técnica.

Ainda naquele ano, Randolph W. Seed e Richard W. Seed desenvolveram técnica que permitia a transferência de um embrião de uma mulher para outra.

Para o sucesso da fertilização *in vitro* foi extremamente importante o desenvolvimento da criopreservação, primeiro de espermatozoides, depois de embriões, e recentemente, de óvulos, sendo que a primeira gestação com um embrião congelado foi obtida na Austrália, no ano de 1983, por equipe dirigida pelo cirurgião Wood. (FERNANDES, 2000, p. 49).

Assim, percebe-se que, com os resultados obtidos, ao longo do tempo, as pesquisas, os estudos e as tecnologias continuaram se desenvolvendo, permitindo um conhecimento cada vez mais amplo sobre os processos de reprodução humana e sobre os meios de intervenção possíveis, nos casos em que a concepção natural não ocorre.

1.3 As técnicas de reprodução humana assistida

No Brasil, atualmente, as técnicas de reprodução assistida já são bastante avançadas, o que faz com que muitas pessoas com problemas de fertilidade procurem por esses tratamentos. Contudo, apesar do grande avanço científico, a reprodução assistida ainda, é um método que suscita questões de ordem jurídica, ética, social, moral, religiosa, psicológica, médica e bioética (DINIZ, 2002a).

Nesse sentido, de acordo com Pessini e Barchifontaine (1991), compreende-se a técnica de reprodução assistida, também chamada de Técnica de Reprodução Medicamente Assistida, como um conjunto de operações para unir, artificialmente, os gametas femininos e masculinos, dando a origem a um ser humano. Nesse sentido, em algumas ocasiões, haverá uma indicação médica de uma técnica que se adegue melhor para cada caso, em específico.

Na atualidade, as principais técnicas de reprodução assistida são a inseminação artificial (IA), a fecundação *in vitro* (FIV), a transferência intratubária de gametas (GIFT), a transferência de zigoto nas trompas de falópio (ZIFT), além de

técnicas mais complexas que podem envolver doação de óvulo, congelamento de embrião, doação de embrião, e, até mesmo, a maternidade de substituição.

1.3.1 Inseminação artificial

A inseminação artificial é uma técnica de reprodução assistida em que se tem a introdução do sêmen na cavidade uterina, podendo, nesse caso, ocorrer, ou não, a fecundação, através da fusão do óvulo e do espermatozoide. Já na fecundação artificial, o embrião, fecundado *in vitro*, será transferido para o útero materno (RAFFUL, 2000).

De acordo com o Enunciado nº 105 do Conselho da Justiça Federal, aprovada na I Jornada de Direito Civil, a inseminação artificial pode ser classificada em quatro tipos: (i) homóloga; (ii) homólogos *post mortem*; (iii) heteróloga; e (iv) bisseminal (LIMA JÚNIOR, 2013).

1.3.1.1 Inseminação artificial homóloga e *post mortem*

A concepção artificial homóloga é a implantação dos espermatozoides do doador no óvulo da mulher, em seu período fértil, sendo indicado quando se tem a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia e a retroejaculação (SCARPARO, 1991). Essa modalidade de concepção não gera nenhum tipo de problema jurídico, uma vez que os materiais genéticos utilizados pertencem aos cônjuges. Nesse âmbito, o nosso ordenamento jurídico, no artigo 1597, III, do Código Civil de 2002, dispõe sobre o reconhecimento da filiação, tendo expresso que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Ainda dentro desse tipo de concepção, existe a modalidade *post mortem*, que consiste na possibilidade da técnica homóloga ser usada no período em que o marido ou companheiro de uma união estável já faleceu, desde que seja utilizado os embriões excedentários, os quais são, também, denominados como embriões congelados (FERRAZ, 2017). Essa ação está prevista no artigo 1597, IV, do Código Civil, de 2002, sendo expresso que “havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga”.

1.3.1.2 Inseminação artificial heteróloga

A inseminação heteróloga pode ser realizada de duas formas: (i) com a utilização de um gameta doado por um homem que não é o marido ou companheiro da requerente para a fecundação do seu próprio óvulo; ou (ii) com a utilização tanto do sêmen quanto do óvulo de terceiros, não tendo a hospedeira, portanto, qualquer contribuição genética para a formação do embrião (MACHADO, 2005). Nesse sentido, o artigo 1597, V, do Código Civil, de 2002 (CC, 2002) entende que “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

Assim, conforme os dispositivos legais, é possível perceber que a lei em vigor não exige que um ou ambos os requerentes sejam estéreis ou, por qualquer outra razão física ou psíquica, não possam procriar. A única exigência é que o companheiro ou marido tenha previamente autorizado a utilização do sêmen de estranhos, através de uma confirmação verbal e comprovada em juízo, sem a necessidade de um documento escrito. Com isso, o consentimento é irrevogável e em momento algum a paternidade pode ser impugnada pelo companheiro, não podendo, assim, este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé (LÔBO, 2011).

Nessa perspectiva, a Resolução do CFM, nº 2.168/2017, dispõe que:

[...]

IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

1 - A doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

3 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.

4 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).

5 - As clínicas, centros ou serviços onde é feita a doação devem manter, de forma permanente, um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, de acordo com legislação vigente.

6 - Na região de localização da unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes. Um(a) mesmo(a) doador(a) poderá contribuir com quantas gestações forem desejadas, desde que em uma mesma família receptora.

7 - A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior

semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.

8 - Não será permitido aos médicos, funcionários e demais integrantes da equipe multidisciplinar das clínicas, unidades ou serviços, participarem como doadores nos programas de RA.

9 - É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido. (BRASIL, 2017, p. 5-6).

Nesse sentido, a inseminação heteróloga é, geralmente, usada como um tratamento para: (i) casais sem filhos, onde se constata que a causa de infertilidade é a azoospermia ou oligospermia extrema e severa, doenças hereditárias graves do companheiro, incompatibilidades do tipo sanguíneo do casal, que pode gerar a interrupção da gravidez; (ii) por casais homoafetivos; ou (iii) por aqueles que não são casados ou estejam em uma união estável, mas que desejam gerar um filho (NAKAMURA, 1984).

1.3.1.3 Inseminação artificial bisseminal

O método da inseminação artificial do tipo bisseminal é empregado quando ocorre a oligospermia, ou seja, quando se tem a insuficiência de espermatozoides do marido ou companheiro. Portanto, é realizado com a implantação no útero da mulher de uma determinada mistura de sêmen do doador anônimo ao do marido ou companheiro (DELLAGNEZZE, 2017).

1.3.2 Fecundação *in vitro* (FIV ou FIVETE)

A fecundação *in vitro* (*In Vitro Fertilization*), mais conhecida como “bebê de proveta”, permite o encontro entre o óvulo e os espermatozoides fora do corpo da mulher. Esse processo ocorre com a coleta do óvulo e do sêmen dos futuros pais. Após a coleta, os gametas são fundidos, *in vitro*, e, após um período que pode durar de um a três dias, o embrião é inserido no útero da mãe, para que a gestação transcorra a partir daí (TESTART, 1995). Nesse sentido, a Resolução do CFM, nº 2.168/2017, no Título I – Princípios Gerais, nº 7, estabelece que:

7 – Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulheres até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação

de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta do oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões e serem transferidos não pode ser superior a quatro. (BRASIL, 2017).

Ademais, há, também, a possibilidade de se congelar os embriões excedentes, para uma posterior utilização.

Nesse sentido, além da FIV clássica, existe a técnica de microinjeção, conhecida como *intra cytoplasmic sperm injection* (ICSI), utilizada nos casos em que o espermatozoide que não consegue fecundar no óvulo. Essa técnica faz uso de microscópio e micromanipuladores, introduzindo o espermatozoide dentro do óvulo (FERTILIDADE, 2017).

De acordo com *site* do Hospital Sírio-Libanês, o processo de fertilização consiste em três etapas, que acontecem em, aproximadamente, em quinze dias. Segundo as diretrizes médicas, o processo ocorre através das etapas de:

Indução da ovulação – os ovários são estimulados por medicações habitualmente administradas por via subcutânea. Durante a indução, é realizada o acompanhamento ultrassonografia do crescimento dos folículos, as bolsinhas que contêm os óvulos. Quando atingirem aproximadamente 18 milímetros, os óvulos estarão maduros e é, então, programada a coleta de óvulos.

Coleta de óvulos – é o procedimento de aspiração dos folículos para captação dos óvulos. Ocorre dentro do centro cirúrgico do Hospital Dia do Sírio-Libanês, onde fica o laboratório de reprodução humana. A paciente é sedada e uma agulha, guiada por ultrassom, é introduzida no interior dos ovários, por via vaginal, para que os óvulos sejam captados. O procedimento dura aproximadamente 20 minutos e a paciente recebe alta no mesmo dia.

Transferência embrionária – É a transferência de embriões para o interior do útero da mulher, realizada após dois a cinco dias de desenvolvimento embrionário in vitro. Ocorre também no centro cirúrgico, porém não requer anestesia. (HOSPITAL SÍRIO-LIBANÊS, 2017).

Nesse sentido, é importante lembrar que essa fecundação pode ser classificada em três tipos: (i) homóloga; (ii) heteróloga; ou (iii) mista.

Na reprodução homóloga, utiliza-se os gametas (espermatozoides e óvulos) que pertencem ao próprio casal solicitante da técnica. Por sua vez, na reprodução heteróloga, ocorre a doação de gametas de um terceiro para ser realizada a inseminação. Já a modalidade mista consiste na realização da fecundação de uma mulher com sêmen de vários homens, entre os quais se

encontra incluído o do seu parceiro; ou com a fecundação realizada com óvulos da parceira do casal que deseja ter filhos (CAMARGO, 2003).

No entanto, a utilização da FIV (ou FIVETE) necessita da realização de alguns exames preliminares do casal, tais sejam:

- a) para a mulher, precisa de uma avaliação da normalidade do útero e da acessibilidade dos ovários. Para tanto, é examinada a cavidade uterina, no intuito de se saber se existe a possibilidade de recepção e implante do embrião. Além disso, a mulher se submete ao controle dos ciclos menstruais, por meio da obtenção da curva de temperatura, elaborada à base de dados diários, além do sangue coletado, no período da manhã, com o objetivo de se descobrir a dosagem hormonal exata da paciente;
- b) já o homem é submetido ao controle de qualidade do esperma, devendo ser realizado o exame bacteriológico (espermocultura), a fim de se detectar possíveis presenças de germes.

Para ambos, é realizado o exame para constatação, ou não, da soropositividade do HIV.

1.3.3 Transferência intratubária de gametas (GIFT)

A transferência intratubária de gametas (GIFT) acontece por intermédio da aspiração do ovócito e da sua transferência nas trompas, juntamente com os espermatozoides (RUSSO, 1997). Nesse sentido, a GIFT possibilita à fecundação *in vivo* somente para mulheres que têm trompas falópia consideradas saudáveis.

O procedimento inicial é o mesmo utilizado na técnica de inseminação *in vitro*, com a estimulação da ovulação e preparação do esperma. Sua taxa de êxito é de, aproximadamente, de 30% a 40 % (trinta a quarenta por cento), uma vez que o encontro do óvulo com o esperma ocorre de forma natural.

1.3.4 Transferência de zigoto para as trompas (ZIFT)

O tratamento intitulado *Zigot Intra Fallopian Transfer* (ZIFT) exige os

mesmos procedimentos da GITF, com a diferença de ser a fecundação realizada dentro de um laboratório.

Esse procedimento é uma variante da ectogênese, ou fertilização *in vitro*, que acontece com a retirada de óvulo da mulher para que este seja fecundado com o espermatozoide, através de um cateter. Após a obtenção a fertilização, o embrião será introduzido no seu útero, no prazo de 24 horas, contados a partir do início da fecundação.

1.3.5 Sub-rogação de útero

A gestação de substituição não é uma técnica de reprodução assistida, é, antes, um modo de aplicar as técnicas de reprodução humana por empréstimo do útero. Nesse caso, a gestação do embrião ocorrerá no útero de uma terceira mulher, e, após o nascimento do bebê, este é entregue aos pais biológicos (MACHADO, 2005).

A expressão “barriga de aluguel”, nesse sentido, é imprópria, pois, no Brasil, não é permitido ter caráter lucrativo na sub-rogação de útero. Assim, o termo mais adequado seria “barriga solidária”.

Esse procedimento abrange diversos contextos. No primeiro caso, a mulher gestante não tem ligação genética com o bebê. Assim, os gametas utilizados na fertilização podem ser de um ou ambos os pais, ou podem, ainda, ser provenientes de terceiros (ABDELMASSIH, 2007).

Há, ainda, a possibilidade na qual a mãe gestante tem ligação genética com a criança, através da utilização do seu próprio óvulo no processo (ABDELMASSIH, 2007).

Na atualidade, não há, no Brasil, uma norma jurídica que regulamenta os casos de conflito de maternidade, a Resolução do CFM nº 2.168/2017, no item VII – sobre a gestação de substituição de doação temporária do útero, regula que:

As clínicas, centro ou serviços de reprodução assistida podem usar técnicas de RA para criarem a situação, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética em, união homoafetiva ou pessoa solteira.

1 - A cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos

parceiros em parentesco consanguíneo até o quatro (primeiro grau - mãe/filha; segundo grau - avó/irmã; terceiro grau - tia/sobrinha; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A cessão temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução assistida, os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

3.1. Termo de consentimento livre e esclarecido informando assinado pelos pacientes e pela doadora temporária do útero, contemplado aspecto biopsicossociais e riscos envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, bem como aspecto legais da filiação;

3.2. Relatório médico com o perfil psicológico, atestado adequação clínica e emocional de todos os envolvidos;

3.3. Termo de compromisso entre o(s) paciente(s) e a doadora temporária do útero (que receberá o embrião em seu útero), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

3.4. Compromisso, por parte do(s) paciente(s) contratante(s) de serviços de RA, de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes multidisciplinares, se necessário, à mãe que cederá temporariamente o útero, até o puerpério;

3.5. Compromisso, do registro civil da criança pelos pacientes (pai, mãe ou pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez Garantia do registro civil pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser proveniente durante a gravidez;

3.6. Aprovação do cônjuge ou companheiro, apresenta por escrito, se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável. (BRASIL, 2017).

Diante dos conflitos psicológicos que a mãe solidária pode sofrer, chega-se a um consenso de que esse tipo de gestação não é a melhor forma de resolver a infertilidade. Com isso, a própria ciência está estudando uma forma de solucionar essa questão, por meio do desenvolvimento de um útero artificial, ou através de transplante de útero.

O transplante de útero que já foi realizado, pela primeira vez, na América Latina, pela equipe de ginecologista da Divisão de Clínica Ginecológica, do Hospital das Clínicas, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP), em colaboração com grupo de transplante hepático dessa instituição. Porém, esse transplante, de acordo com o Dr. Baracat, diretor da Divisão de Ginecologia do Hospital das Clínicas, é um projeto experimental e não está aberto à população, em geral, embora tenha sido aprovado pelo Conselho Nacional de Ética e Pesquisa (JORNAL DA USP, 2016).

1.3.6 Congelamento de embriões (criopreservação de embriões)

O congelamento de embriões é uma técnica para conservação de embriões, em temperatura de -196°C (cento e noventa e seis graus celso negativo),

para que esse possa ser transferido para o útero, posteriormente (CLÍNICA ORIGEM, 2017).

Atualmente, o congelamento de embriões tem duas opções de procedimento, a saber, (i) a vitrificação (ultrarrápido), e (ii) o congelamento lento. (CENATTE EMBRIÕES, 2017).

O congelamento lento é considerado como o método clássico de criopreservação de embriões. Nesse método, no momento do congelamento, os embriões são removidos através do cultivo e expostos à concentração crescente do crioprotetor. Em seguida, eles são aspirados, com o auxílio de seringa de insulina para o interior de uma *paillete*, e transferidos para a câmara de armazenamento do equipamento de congelamento lento. A queda da temperatura ocorre gradativamente, até o momento da pausa, para o *seeding*, quando se encosta em um fórceps resfriado em nitrogênio líquido nas *pailletes*, para indução de formação de gelo. A seguir, a temperatura continua a cair, lentamente, de 0,3°C (zero vírgula três graus Celsius), por minute, até uma temperatura de -40°C (quarenta graus Celsius negativo), podendo atingir os -180°C (cento e oitenta graus Celsius negativo). Nessa fase, as *pailletes* são removidas da câmara do aparelho de congelamento e levadas para o interior de um recipiente contendo nitrogênio líquido (NL₂), de onde são captadas e colocadas em grupos, de uma mesma paciente, no interior de um pequeno cilindro plástico aderido a uma haste metálica. Por fim, essa haste é, então, imersa em nitrogênio líquido, em recipientes cilíndricos metálicos, nos botijões de armazenamento (UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL, 2017).

Já no congelamento de vitrificação, a taxa de sobrevivência pós-descongelamento é superior a 90% (noventa por cento), e as taxas de gravidez com embriões vitrificados têm se mostrado igual ou até superior, se comparada com a transferência de embriões frescos (RODRIGUES, 2015).

De acordo com Abdelmassih, no processo do congelamento ultrarrápido, as:

amostras são expostas por curtos períodos (2-3 minutos) em concentrações alta de DMSO (3,5 M) e sucrose (0,25 M), seguida por uma colocação direta dentro do NL₂. As amostras são descongeladas rapidamente em banho maria à 37°C para remover o crioprotetor em um só passo. (ABDELMASSIH, 2007, p. 377).

Entretanto, o congelamento de embriões é, também, uma técnica discutida no campo ético, pois pode ferir a dignidade do embrião, uma vez que muitos embriões não sobrevivem ao processo de congelamento e descongelamento.

Outro problema seria o tempo de armazenamento (há casos de crianças nascidas de embriões que permaneceram congelados por um período de 10 anos), além do abandono do embrião. Na verdade, não existem estudos que avaliem a viabilidade embrionária em relação ao tempo de criopreservação. Alguns países têm diretrizes legais em relação ao tempo de congelamento, como a Inglaterra, que optou por destruir milhares de embriões não reclamados (BADALOTTI, 2002).

Portanto, no Brasil, há, ainda, a necessidade de se refletir acerca das diretrizes legais em relação ao uso dos embriões, e sobre quais os direitos lhes deveriam ser outorgados.

1.4 Resolução do Conselho Federal de Medicina sobre a reprodução assistida

Não há em vigor no Brasil uma lei específica que trate sobre o assunto relativo à reprodução assistida. Dessa forma, o Conselho Federal de Medicina (CFM) tomou a iniciativa de criação de resoluções, no sentido de regulamentar o uso dos procedimentos de reprodução humana assistida.

A primeira resolução do CFM foi publicada no Diário Oficial da União, em 19 de novembro, de 1992, na Seção I, p. 16053. Nela, o Conselho expôs normas éticas para utilização desses métodos (BRASIL, 1992).

Nesse documento, o CFM prevê que os usuários das técnicas de Reprodução Humana (RA) poderiam ser apenas as mulheres. Regula, também, que a doação de gametas só poderia ocorrer desde que os doadores fossem anônimos. Além disso, o útero de substituição só seria permitido se tivesse parentesco de, até, o 4º (quarto grau) com um dos parceiros, e que fosse respeitada a idade máxima de 50 (cinquenta) anos.

Na segunda Resolução do CFM, de nº 1.957, publicada no Diário Oficial da União em 6 de janeiro, de 2011, Seção I, p. 79, dispõe que todas as pessoas

capazes podem se submeter ao tratamento de inseminação artificial, determinando que o número máximo de ovócitos (óvulo) e embriões a serem transferidos para a receptora não poderia ser superior a quatro.

Nesse caso, a transferência dos embriões só poderia ser feita com:

- a) mulheres com até 35 anos: respeitando um limite de, até, dois embriões;
- b) mulheres entre 36 e 39 anos: até um limite de três embriões; e
- c) mulheres com 40 anos ou mais: no máximo de quatro embriões.

Em relação à criopreservação de gametas ou embriões, de acordo com o item V (sobre a criopreservação de gametas ou embriões), a Resolução 1.957 regula que:

- 1 - As clínicas, centro ou serviços podem criopreservar espermatozoides, óvulos e embriões.
- 2 - Do número total de embriões produzidos em laboratórios, os excedentes, viáveis, serão criopreservados.
- 3 - No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos pré-embriões criopreservados em caso de divórcio, doença grave ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (BRASIL, 2010, p. 6).

Quanto à Reprodução assistida póstuma, o item VIII, da Resolução de nº 1.957, determina que: “não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem*, desde que haja autorização prévia específica do falecido(a) para o uso do material biológico criopreservados, de acordo com a legislação vigente” (BRASIL, 2010).

Novos acréscimos foram realizados na terceira Resolução, de nº 2.013, do CFM, publicada no Diário Oficial da União, de 9 de maio de 2013, Seção I, p. 119, que estabeleceu:

o limite de 50 anos, ampliou a possibilidade do útero substituição para parentes até quatro grau do pai ou da mãe (situações excepcionais poderiam passar pelo crivo do Conselho Federal Regional de Medicina) permitiu o uso da técnica para relacionamentos homoafetivos, trazia regras para o registro civil da criança pelos pais genéticos, estabelecia o limite para doação de gametas (35 anos para mulher e 50 para homens), permitia a doação compartilhada de óvulos e o uso da tipagem genética como forma de evitar doenças hereditária ou para beneficiar filho do casal que poderia ser beneficiado pelo transplante de célula-tronco. (BRASIL, 2015).

A quarta Resolução do CFM, de nº 2.121, publicada no Diário Oficial da União, de 24 de setembro de 2015, na Seção I, p. 117, teve a finalidade de preencher as lacunas que existiam na Resolução anterior. Nessa, os principais pontos estabeleceram que:

- 1 - As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação.
- 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para o (a) paciente ou possível descendente, sendo a idade máxima das candidatas à gestação de RA de 50 anos.
- 3 - As exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos.
- 4 - As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças do filho que venha a nascer.
- 5 - É proibida a fecundação de oócito humano com qualquer outra finalidade que não a procriação humana.
- 6 - O número máximo de oócito e embriões a serem transferidos a receptora não pode ser superior a quatro. Quanto ao número de embriões a serem transferidos, fazem-se as seguintes determinações de acordo com a idade: a) mulher até 35 anos: até 2 embriões; b) mulheres entre 36 e 39 anos: até 3 embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até 4 embriões; d) nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos.
- 7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente de uso de técnica de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária.
- 8 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito a objeção de consciência por parte do médico.
- 9 - É permitida a gestação compartilhada em união homoafetiva feminina em que não exista infertilidade.
- 10 - A doação de gametas não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
- 11 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.
- 12 - A idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para a mulher e de 50 anos para o homem.
- 13 - Será mantido, obrigatoriamente, o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, informações sobre os doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do(a) doador(a).
- 14 - Na região de localização de unidade, o registro dos nascimentos evitará que um(a) doador(a) tenha produzido mais de duas gestações de crianças de sexos diferentes em uma área de um milhão de habitantes.
- 15 - A escolha dos doadores é de responsabilidade do médico assistente. Dentro do possível, deverá garantir que o(a) doador(a) tenha a maior semelhança fenotípica e a máxima possibilidade de compatibilidade com a receptora.
- 16 - É permitida a doação voluntária de gametas masculinos, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora, participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.

17 - O número total de embriões gerados em laboratório será comunicado aos pacientes para que decidam quantos embriões serão transferidos a fesco. Os excedentes, viáveis, devem ser criopreservados.

18 - No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doença grave ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

19 - Os embriões criopreservados com mais de cinco anos poderão ser descartados se esta for a vontade dos pacientes. A utilização dos embriões em pesquisas de células-tronco não é obrigatória, conforme previsto na Lei de Biossegurança.

20 - As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnósticos de alterações genéticas causadoras de doenças - podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

21 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau - mãe; segundo grau - irmã/avó; terceiro grau - tia; quarto grau - prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

22- A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

23 - É permitida a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservados, de acordo com a legislação vigente. (FERTIBABY CEARÁ, 2015).

No entanto, a Resolução nº 2.121/2015 foi revogada pela Resolução nº 2.168, publicada no Diário Oficial, de 10 de novembro de 2017, na Seção I, p. 73. Com isso, as principais mudanças estabeleceram que:

A nova resolução permite que os pacientes sem problemas reprodutivos diagnosticados possam optar às técnicas de reprodução assistida, tendo a possibilidade de planejar sua família de acordo com seu calendário pessoal; Foi estendida a possibilidade de cessão temporária do útero para familiares até 4º grau de parentesco, como por exemplo, filha e sobrinha que agora também pode ceder temporariamente seus úteros;

Foi reduzido de cinco para três anos o período mínimo descarte de embriões. O novo critério vale tanto em casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situações de abandono;

Sobre a doação voluntária de gametas, a nova resolução abriu a possibilidade também para mulheres, sendo que os homens já eram contemplados;

A idade máxima para ser doador em processo de reprodução assistida será de 35 anos para mulheres e de 50 anos para homens. No caso de transferência do embrião para útero de paciente, não podem se submeter a este tratamento mulheres com mais de 50 anos.

O número máximo de embriões a serem transferidos será quatro, podendo ser menor de acordo com a idade do paciente. (CLÍNICA CONCEPTUS, 2018).

Portanto, as demais regras, principalmente éticas, permanecem inalteradas pela Resolução nº 2.168/2017, que possui o objetivo de proteger os indivíduos envolvidos no processo de reprodução assistida.

1.5 Projetos de Lei do Estatuto da Reprodução Assistida

Como foi discorrido nas seções anteriores deste estudo, no Brasil, existe apenas a resolução do Conselho Federal de Medicina para regulamentar o uso da tecnologia da reprodução humana assistida. No Congresso Nacional, várias propostas de projetos de lei que visam a regulamentar essas práticas foram levadas à discussão, porém, a maioria foi arquivada.

Nesse âmbito, contudo, pode-se destacar o Projeto de Lei de nº 4.892/2012 e o de nº 115/2015, que possuem a finalidade de instituir o Estatuto de Reprodução, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos nas relações civis sociais.

O Projeto de Lei nº 4.892, de 2012, possui a indexação de:

criação, Estatuto de Reprodução Assistida, normas, utilização, reprodução humana assistida, inseminação artificial, fertilização *in vitro*, diagnóstico, princípios, proteção, critérios, doação, gameta, cessão útero, gravidez de substituição, preservação, embrião, limitação, quantidade, transferência, autorização, reprodução *post mortem*, direitos, deveres, filiação, ação de investigação de paternidade, Sistema Nacional de Reprodução Assistida, Sistema Nacional de Produção de Embriões, Banco de Células e Tecidos Germinativos, Conselho Nacional de Reprodução Assistida, Cadastro Nacional de Adoção de Embriões, tipicidade, infração penal, penalidade. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Os artigos 27 a 34, do Projeto de Lei nº 4.892, regulamentam a criopreservação de gametas ou embriões, dispondo que:

Art. 27. É permitido o congelamento de óvulo e espermatozoides pelas Clínicas, centro médicos ou hospitais que disponibilizem tratamentos de reprodução humana assistida, cadastros na Agencia Nacional de Vigilância Sanitária.

Art. 28. É vedada a produção de embriões supranumerários, entendidos como aqueles que excedem o número necessário à transferência em razão da idade da mulher.

Art. 29. O número de embriões a serem transferidos para a receptora será de:

I - até dois embriões em mulheres com até 35 anos;

II - até três embriões, em mulheres entre 36 e 39 anos;

III - até quatro embriões, em mulheres com 40 anos ou mais.

Art. 30. Em caráter excepcional, caso haja a indicação médica de não transferir imediatamente os embriões para a receptora, eles poderão ser criopreservados.

Art. 31. No momento da criopreservação, a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva, juntamente com seu cônjuge ou companheiro, deve expressar sua vontade, por escrito, quando ao destino que será dado aos embriões

criopreservados em caso de rompimento da sociedade conjugal, união estável, doença grave ou falecimento de um deles ou ambos em virtude de desistência, por qualquer motivo, do tratamento proposto.

Art. 32. Os destinos possíveis a serem dados aos embriões criopreservados são a implantação pelo(s) beneficiário(s), entrega para a doação ou envio para pesquisa científica.

§ 1º Caso a pessoa beneficiada pela técnica reprodutiva seja casada ou viva em união estável, obrigatoriamente a escolha do destino do embrião deverá ser tomada em conjunto pelo casal.

§ 2º As pessoas que tem embriões criopreservados na data de entrega em vigor deste Estatuto terão o prazo de 1 (um) ano, contado a partir da vigência desta Lei, para cumprirem integralmente o disposto no artigo 31, se já não o fizeram.

Art. 33. Os embriões não serão, em qualquer hipótese, descartados.

Art. 34. A adoção de embriões seguirá as regras previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, no que couberem e não contrariarem o presente Estatuto.

Parágrafo único. Para atender os fins propostos neste artigo, será criado no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contado da entrega em vigor desta lei, pelo Conselho Nacional de Reprodução Assistida, um Cadastro Nacional de Adoção de Embriões. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012, p. 8-9.).

Em relação à reprodução humana *post mortem*, os artigos 35 e 36, do Projeto de Lei nº 4.892, dispõe que:

Art. 35. É permitido uso de material genético de qualquer pessoa, seja óvulo, espermatozoide ou embrião já formado, após a sua morte, desde que haja manifestação específica, em documento escrito, dado por ela em vida, para o uso do seu material biológico criopreservados, descrevendo:

I - a pessoa que deverá gestar o ser concebido, em caso de embrião;

II - a quem deverá ser destinado o gameta, seja óvulo ou espermatozoide, e quem o gestará após a concepção.

Parágrafo único. A pessoa escolhida como destinatária deverá dar sua anuência ao documento.

Art. 36. Não serão permitidas a coleta e a utilização de material genético daquele que não consentiu expressamente, ainda que haja manifestação uníssona de seus familiares em sentido contrário. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012, p. 9).

Já o Projeto de Lei nº 115, de 2015, regula que:

Criação, Estatuto da Reprodução Assistida, normas, utilização, técnica, reprodução humana assistida, princípios, direitos, deveres, filiação, ação de investigação de paternidade, Sistema Nacional de Reprodução Assistida, Sistema Nacional de Produção de Embriões, Banco de Células e Tecidos Germinativos, Conselho Nacional de Reprodução Assistida, Cadastro Nacional de adoção de Embriões, tipicidade, infração penal, penalidade. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015).

O artigo 7º, VI, do Projeto de Lei 115/2015, tratou de forma precisa da responsabilidade paterna, essencial para o desenvolvimento e bem-estar da família. Nessa perspectiva, segundo o entendimento jurídico, o marido/companheiro que

consentiu para a realização da inseminação heteróloga deve assumir a paternidade, sendo vedada a sua impugnação. Havendo a inseminação sem o consentimento do marido, este poderá ser impugnado da paternidade, de acordo com o artigo 1.597, inciso V, do Código Civil de 2002, e artigo 37, do Projeto de Lei nº 115. Nesse sentido, de acordo com o Projeto de Lei nº 115, os pais que desejam formar uma família por meio da inseminação artificial devem ter a certeza dessa decisão (BURGAT, 2016).

2 TEORIA DO INÍCIO DA VIDA E DIREITOS DOS EMBRIÕES

A vida é um pressuposto dos Direitos Fundamentais, expressos pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, o ponto inicial da vida humana é um dos temas mais polêmicos nos âmbitos das ciências humanas. Diante disso, faz-se necessária uma reflexão sobre as discussões que tratam sobre o momento inicial da vida humana.

2.1 Momento histórico dos direitos da personalidade

O direito da personalidade tem uma formação jurídica, que surgiu na doutrina germânica e francesa, após o período da Segunda Guerra Mundial (CARVALHO NETO; FUGIE, 2002).

Em suas bases legais, os gregos não se preocupavam com uma categoria jurídica especificando e explicando o direito da personalidade. O que existia era uma certa proteção à personalidade a partir da ideia de *hybris*, que legitima a ação que se chama *dike kakegoric*, para atender à punição para o indivíduo que viole algum interesse físico e moral de outrem.

Por sua vez, o Direito Romano não tratou dos direitos da personalidade, mas contempla a chamada *action injuriarum*, a ação contra a injúria, que foi adicionado para abranger qualquer atentado contra a vida humana (SZANIAWSKI, 1993).

Nessa perspectiva, de acordo com Farias:

[...]

A Carta Magna Inglesa, de 1215, estabeleceu a proteção de aspectos fundamentais da personalidade humana, como a liberdade, vindo a reconhecer, implicitamente, os direitos da personalidade. Mais adiante, a Declaração dos Direitos do Homem, em 1789, valorizou a tutela da personalidade humana e a defesa de direitos individuais.

No entanto, somente após a Segunda Grande Guerra Mundial, consideradas as atrocidades praticadas pelo nazismo contra a individualidade da pessoa humana e contra a humanidade como um todo, sentiu-se a necessidade de proteção de uma categoria básica de direitos reconhecidos à pessoa humana. Era preciso assegurar uma tutela fundamental, elementar, em favor da personalidade humana, salvaguardando a própria raça. Nesse passo, em 1948, foi promulgada a Declaração Universal de Direitos do Homem.

Naturalmente, os Códigos Civis, como todo, não faziam menção aos direitos da personalidade. O Código Civil francês (Code de France), o alemão (BGB) e o italiano eram silentes, não possuindo qualquer referência, até porque a categoria ainda não era tutelada. Com o pós-guerra, os Códigos foram paulatinamente reformados, vindo a sua grande maioria, na atualidade, a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade. Importante colaboração adveio do Direito alemão, preocupado, após os lamentáveis episódios ali ocorridos, atentatórios contra a humanidade, em afirmar a relevância na proteção da pessoa humana e de sua integridade. (FARIAS, 2013, p. 175).

No Brasil, os direitos da personalidade só foram possíveis por conta das contribuições doutrinárias, que alcançaram o nível legislativo por normas esparsas, e consagrados pela CF (1988). Com isso, a CF prevê a subjacente da cláusula geral de tutela da personalidade, ao afirmar, como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana, que precisará ser protegida e promovida individualmente e socialmente. Por sua vez, o Código Civil, de 2002, reconheceu os direitos da personalidade, no seu Capítulo II, Título I, Livro I, pelos artigos 11 a 21.

2.1.1 Definição da personalidade

Todo ser humano possui personalidade, desde do início da sua existência, ou seja, todo o ser humano que nasce com vida se torna, automaticamente, uma pessoa e adquire, por consequência, uma personalidade. Mas não podemos confundir personalidade com a pessoa. Esta é o ser humano, o qual se atribuem direitos e obrigações, já a personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações (GONÇALVES, 2008).

2.1.2 Capacidade jurídica

De acordo com a acepção clássica, a personalidade é a capacidade de direito ou de gozo da pessoa titular de direitos e obrigações, independentemente de seu grau de discernimento (LISBOA, 2004).

Para Flores (2013), a capacidade, em seu sentido *lato*, significa idoneidade para adquirir direitos; a possibilidade jurídica de o homem apropriar-se de direitos e contrair obrigações.

Neste sentido, algumas pessoas têm a capacidade plena ao atingir 18 (dezoito) anos, ou a atinge nas condições estabelecidas no artigo 5º, do Código Civil de 2002, segundo o qual:

Art. 5º - A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvindo o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria. (BRASIL, 2002).

De acordo com os artigos 3º e 4º, do Código Civil de 2002, outras pessoas vão adquirir a capacidade de forma limitada, por precisarem ser apresentadas ou assistidas no exercício de seus direitos.

Art. 3º - São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16(dezesseis) anos.

Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxicos;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

Parágrafo único - a capacidade dos indígenas será regulada por legislação própria. (BRASIL, 2002).

Apesar disso, é importante destacar que não se deve misturar personalidade jurídica com a capacidade jurídica. Para entender melhor, é preciso fazer algumas distinções:

- a) capacidade para aquisição de direito é aquela que todos adquirem ao nascer com vida, significa a possibilidade de receber e utilizar os bens e direitos que lhes possam ter sido deixados por herança ou por doação (MELO, 2014a);
- b) capacidade para o exercício de ação refere-se àqueles que necessitam ser representados (os menores até 16 anos incompletos; aqueles que não tenham discernimento para compreensão do ato; e

aquele que, mesmo temporariamente, não possam exprimir sua vontade) e aos assistidos (menores entre 16 anos e 18 anos; os ébrios, viciados e aqueles que tenham a capacidade mental reduzida; e os excepcionais) (MELO, 2014a);

- c) por sua vez, legitimação que não se deve confundir com a capacidade, porque, muitas vezes, o indivíduo tem plena capacidade, mas não tem legitimidade para praticar determinados atos (MELO, 2014a).

2.1.3 Os sujeitos da relação jurídica

O livro I da parte geral do Código Civil de 2002 diz sobre as pessoas como sujeito de direitos. Nesse sentido, o dispositivo legal apenas admite que sejam titulares de direitos os entes a que atribui personalidade jurídica.

No Brasil, o direito atribui personalidade jurídica às pessoas: (i) física, pessoa natural; e (ii) pessoa jurídica, que são pessoas naturais com o objetivo de alcançarem fins de interesse comum.

2.1.4 Começo da personalidade natural

A determinação exata do momento em que se inicia a personalidade da pessoa natural é importante, pois somente podem ser sujeitos de direito a quem se atribui personalidade jurídica (DONIZETTI; QUINTELLA, 2014).

No ordenamento jurídico Brasileiro, pessoa natural é o ser humano com vida. O artigo 2º do Código Civil de 2002 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 (BRASIL, 2002). Em complemento, temos o artigo 53, § 2º, da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, na qual existe uma compreensão de que o nascimento com vida, para fins legais, independe do corte do cordão umbilical.

2.1.4.1 Teoria da personalidade civil

Na doutrina, se tem três teorias fundamentais sobre a personalidade, a saber: (i) a teoria natalista, que sustenta que a personalidade começa com a vida; (ii) a teoria da personalidade condicional ou convencionalista imprópria, que defende

que a personalidade começa com a concepção, com a condição de nascimento com vida; e (iii) a teoria concepcionista, que considera que o início da personalidade se inicia com a concepção.

Nas subseções seguintes serão discutidas cada uma dessas teorias.

2.1.4.1.1 Teoria natalista

A teoria natalista é adotada, majoritariamente, tanto entre os autores do Direito Civil Brasileiro. Nesta tese, a personalidade jurídica civil se inicia a partir do nascimento com vida. Com isso, os nascituros não teriam direitos, mas, apenas, uma mera expectativa de direito.

Assim, para essa teoria, a aquisição da personalidade jurídica depende de dois requisitos: nascimento e vida. Nesse sentido, o nascimento seria o fato, natural ou artificial, de separação entre o feto e o ventre materno. A vida é comprovada com a presença de ar nos pulmões, ou seja, pela respiração, verificado pelo procedimento médico, denominado docimasia hidrostática de Galeno (CARNACCHIONI, 2002).

Nesse sentido, o problema da teoria natalista:

[...] é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos. Além disso, a teoria natalista está totalmente distante do surgimento da nova técnica de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno. (TARTUCE, 2007, p. 75).

Contudo, essa teoria não é contra o Código civil de proteção especial aos embriões e aos nascituros, mesmo não reconhecendo a sua personalidade jurídica.

2.1.4.1.2 Teoria condicionada

A teoria condicionada é a teoria pela qual a personalidade civil começa com o nascimento, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, o nascituro teria uma simples personalidade formal, lhe sendo permitido gozar de direito personalíssimo. Contudo, o nascituro só viria a adquirir direitos patrimoniais ao nascer com vida.

Para Gonçalves:

[...] a da personalidade condicionada sustenta que o nascituro é pessoa condicionada, pois a aquisição da personalidade acha-se sob dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida, não se tratando propriamente de uma terceira teoria, mas de um desdobramento da teoria natalista, visto que também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. (GONÇALVES, 2013, p. 103).

De certa forma, essa teoria corrobora com a natalista, pois ambas defendem que a aquisição da personalidade só acontece com o nascimento com vida. Nessa perspectiva, é possível compreender que a lei conferiu proteção ao nascituro – e, por analogia, ao embrião – desde a sua concepção, na qualidade de pessoa em potencial ou ente, a merecer especial olhar do Estado, com respeito aos seus direitos, pois, mesmo não sendo dotado de personalidade própria, espera o implemento do evento futuro e incerto, qual seja o seu nascimento com vida (DUFNER, 2015).

Na defesa de que o nascituro é uma pessoa adotada pela teoria condicionada, Monteiro (1989, p. 60) sustenta que “por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”.

O grande dilema dessa teoria é sobre as questões patrimoniais, as quais não respondem ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro e do embrião.

2.1.4.1.3 Teoria concepcionalista

A teoria concepcionalista é inspirada nos pressupostos do Direito francês, e reconhece a personalidade ao nascituro, desde a sua concepção. Contudo, essa aquisição da personalidade, desde da concepção, ocorre apenas para titularidade de direitos da personalidade, sem conteúdo patrimonial.

Nesse viés, a doutrina classifica a personalidade jurídica de duas formas: (i) a formal; e (ii) a material.

A personalidade jurídica formal é aquela relacionada com os direitos da personalidade, os quais o nascituro já possui desde a sua concepção; já a

personalidade material mantém relação com os direitos patrimoniais, e o embrião e o nascituro só poderiam adquiri-los a partir do seu nascimento com vida.

Nesse sentido, Diniz afirma que:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independentemente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, 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 dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002a, p. 113).

Com isso, ao receber direitos, é afirmada a sua personalidade. O artigo 2º, da segunda parte, do Código Civil de 2002, reconhece ao nascituro direitos e status de filho, e não expectativa de direitos.

De acordo o Pacto de São José da Costa Rica⁹, é entendido que o nascituro adquire personalidade civil com a concepção. No seu artigo 4º, I, estabelece-se que “toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da sua vida arbitrariamente” (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Além disso, com a Lei nº 11.105/2005, ganha ainda mais força a teoria concepcionista, pela proibição da aplicação indiscriminada da engenharia genética em embriões humanos.

Portanto, nessa teoria são protegidos os direitos da personalidade do embrião fertilizado *in vitro* e do nascituro, por esses serem considerados como pessoa, mesmo que, ainda, não tenham nascido com vida.

2.2 Embrião e os seus direitos

Como não se tem uma definição a respeito do “direito do embrião”, é importante entender os conceitos das palavras embrião, feto ou nascituro.

⁹ O Pacto foi derivado da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, que foi promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, pelo artigo 5º § 3º, da Constituição Federal.

O nascituro é aquele que irá nascer, que foi gerado, porém não nasceu ainda. Em outras palavras, nascituro é o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está no ventre materno. [...]

O embrião humano é a fusão dos gametas masculinos (espermatozoide) e feminino (óvulo), determinante da união de seus núcleos numa única célula (zigoto), num processo que se denomina fecundação. É como uma célula ou grupo de células capazes de se desenvolver em um ser humano, desde que interagindo em ambiente adequado. Haverá embrião a partir da fecundação, isto é, da união dos gametas masculino e feminino, que constituem uma nova célula composta de 46 cromossomos e vocacionada à vida autônoma.

Já o feto é um estágio de desenvolvimento intrauterino que tem início após oito semanas de vida embrionária, quando já se podem ser observados braços, pernas, olho, nariz e boca, e vai até o fim da gestação. (MENDONÇA, 2016).

No artigo 2º do Código Civil, de 2002, é disposto que a “personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Houve, por parte do legislador, a escolha de usar a palavra “pessoa”, ao invés de utilizar a expressão “ser humano”, a qual já configurava no artigo 4º do Código Civil, de 1916. Com essa mudança legislativa, pode surgir uma conclusão equivocada, no sentido de que o sujeito de direito, no âmbito civil, só existiria com o seu nascimento com vida. Na verdade, não é o sentido da legislação civil, porque antes do nascimento com vida, já temos uma pessoa apta a exercer os seus direitos, só que sem a personalidade civil, que pressupõe o seu nascimento com vida.

Com isso, no ordenamento jurídico brasileiro, a pessoa existe desde a sua concepção, seja ela de forma natural ou artificial, sendo esses fenômenos que antecedem ao próprio direito. Assim, o direito positivo vem, depois dos fatos, regulamentar e reconhecer esse fenômeno, conferindo a personalidade civil apenas àquele produto da concepção que venha a nascer com vida. É importante observar que o direito não cria um fenômeno natural, mas a sua função é, apenas, regulamentá-lo, seja ele *a priori* ou *posteriori*, com o objetivo de gerar segurança à comunidade, por meio da pacificação social (CORRÊA, 2007).

Já no âmbito dos direitos do embrião, a partir da emancipação de regras jurídicas próprias sobre a matéria, o que se pretende é criar mecanismos eficientes de proteção desse ser, minimizando, tanto quanto possível, os conflitos que vêm envolvendo os cientistas, a igreja e a comunidade, no tocante ao momento inicial da vida humana.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 6.960/2002, o qual se encontra arquivado, propôs alterar ações legislativas no Código Civil brasileiro em vigor. No seu artigo 2º, há as diretrizes que protegem os direitos do embrião e do nascituro, desde a sua concepção.

É encontrado na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional elementos que apontam para a defesa de tais direitos:

a) Direito à vida, previsto no artigo 5º, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, a liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. (BRASIL, 1988).

b) defesa da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III e artigo 3º, IV, da Constituição Federal:

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;

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).

Contudo, há a necessidade da criação de um Estatuto do Embrião, para que fique claro os limites de atuação dos cientistas com a manipulação da vida humana, uma vez que o nosso ordenamento jurídico atual protege apenas parcialmente os direitos do embrião.

O conceito da vida humana, não se delimita, contudo, na definição científica, mas abrange, também, uma análise ética e religiosa, dentre outras. É através dessa conjunção que conseguimos obter os limites do que se entende por existência da vida humana, e a sua base seria alicerçada na dignidade da pessoa humana.

Todo os direitos elencados no ordenamento jurídico de proteção ao nascituro, enquanto não estabelecido um Estatuto do Embrião, devem ser estendidos, igualmente, aos embriões *in vitro* e *in vivo*, posto que eles devem ser

vistos como pessoa e não como coisa passível de transferência, alienação e destruição (CORRÊA, 2007).

Ao embrião, além do direito à dignidade humana, também são resguardados outros direitos, estendendo-lhe o direito à adoção e ao não abandono, entre outros.

2.3 Lei da Biossegurança sobre os embriões

A manifestação jurídica na área da genética vem se desenvolvendo, cada vez mais, sendo já uma realidade em muitos países, como, por exemplo, no Reino Unido, Alemanha, Espanha, França, Itália e Noruega.

Com isso, o Brasil apresenta a Lei nº 8.978, de janeiro de 1995, modificada pela Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, regulamentada pelo Decreto nº 1.752, de 20 de dezembro de 1995. Neste dispositivo, cuida-se do organismo geneticamente modificado e do conceito de engenharia genética, além de abordar a manipulação genética de células germinais humanas.

Nesse sentido, a manipulação, produção e armazenamento de embriões humanos destinados a servir como material biológico disponível passou a ser proibida. Essa lei previa a severa pena de seis a vinte anos para o transgressor, de acordo com o artigo 3º, IV e V; artigo 8º, II e IV e; artigo 13, III, da Lei nº 8.974/1995, mas que foram revogadas pela Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 (SARTORI, 2005).

A Lei nº 11.105/2005, conhecida como a Lei de Biossegurança, é fruto de uma evolução da Lei nº 8.974/1995. Após várias polêmicas, foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República, entrando em vigor na data de sua publicação, conforme publicação no Diário Oficial da União, de 28 de março de 2005, Seção 1, p. 5, regulamentado o artigo 225, § 1º, II, IV e V, da Constituição Federal:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
[...]

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, método e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente. (BRASIL, 2005).

Em resumo, a Lei nº 11.105/2005 autoriza o uso de embriões criopreservados há mais de 3 (três) anos ou que não seriam usados em processos de fertilização para pesquisas que englobam o uso de células-tronco.

Takeuchi e Tannuri definem células-tronco como sendo:

células indiferenciadas e não especializada com as características de auto-renovação ilimitada, ou seja, de gerar células iguais a si mesmas durante toda a vida e também diferentes tipos celulares com funções específicas. As pesquisas mostram a existência de célula-tronco adultas em diversos tecidos como hematopoiético, hematopoiéticas já são usadas, com sucesso, no tratamento de linfomas, leucemias e algumas doenças lissomais. (TAKEUCHI; TANNURI, 2006).

Existe um limite nas pesquisas para a manipulação das células-tronco. Não existem ainda meios para determinar qual é o momento em que se deve cessar a reconstrução de um tecido danificado, para que as células-tronco não venham a desenvolver tumores no local (CORRÊA, 2007).

Mas não é apenas a célula-tronco embrionária que é objeto de discussão ética e jurídica. As células-tronco adultas se apresentam como um meio menos contravertido para sua obtenção, como a extração do material do próprio paciente, proveniente do seu do cordão umbilical ou da placenta (SARTORI, 2005). Estudos mais recentes permitem, ainda, a utilização de células-tronco originadas de tecido humano adiposo, ou mesmo da sua coleta de embriões, sem que esses sejam destruídos.

Contudo, de todas as capacidades de extração de célula-tronco, a que mais provoca interesse na medicina são as células-tronco embrionárias ou células pluripotentes, obtidas por meio dos embriões humanos, pela sua extraordinária possibilidade de se transformar em qualquer tipo de células adultas e por regenerar

todo tipo de células de um corpo, o que permite dar mais chances de obter mais êxito nos tratamentos de doenças degenerativas, lesões, medulares, dentre outras (CÉLULAS TRONCORS, 2017; SUA PESQUISA, 2017).

O emprego de embriões congelados, autorizado pela Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/2005), ocorre em decorrência dos embriões descartados na fertilização assistida *in vitro*. Isso acontece porque nesse procedimento são produzidos cerca de 7 (sete) a 8 (oito) embriões e, após a seleção, são introduzidos no útero materno até 4 (quatro) desses embriões. O restante, de acordo com a Lei de Biossegurança, mediante a observância de alguns critérios específicos, podem ser destinados para pesquisas com célula-tronco. Existe ainda outro meio de produção de células-tronco, através da clonagem, contudo, essa prática é vedada por lei, por questões éticas (CORRÊA, 2007).

Nesse sentido, a Lei nº 11.105/2005 nasceu em meio à divergências, com protestos de dirigentes ligados à igreja, que, por razões morais, manifestaram-se contrários ao uso de célula-tronco embrionária de seres humanos. Nessa perspectiva, os embriões são uma forma de vida, e, assim, não podem sofrer modificações ou manipulações genéticas.

Por meio dos protestos religiosos e com o apoio da comunidade científica, a Lei de Biossegurança resistiu, mas teve diversas modificações no seu projeto inicial. Assim, após a sua aprovação, a Lei de Biossegurança venceu sua segunda etapa, sendo regulamentada pelo Decreto nº 5.591, de 22 de novembro de 2005.

Lemes e Crepaldi (2005) consideram insano o ato permissivo de utilização de células-tronco embrionárias obtidas por meio de embriões humanos, por fertilização *in vitro*, porque, segundo eles, a Lei da Biossegurança fere a dignidade humana, além de ser antiética e imoral. De acordo com os autores, o embrião, esteja ou não acolhido no ventre materno, é um ser humano que já possui dignidade.

O artigo 5º da Lei de Biossegurança foi, nesse sentido, objeto de uma ação Direta de Inconstitucionalidade, movida pelo ex-Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles:

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;

[...]

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

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. (BRASIL, 2008).

Defende a Procuradoria Geral da República que a vida tem início na fecundação, e, nesse sentido, qualquer manipulação genética no embrião é um ato que viola ao direito à vida, contrariando, assim, o artigo 1º, III e artigo 5º, da Constituição Federal, os quais dispõe que:

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;

[...]

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]. (BRASIL, 1988).

Contudo, o assunto questionado pela ADIN nº 3.510, de 29 de maio de 2008, do STF, sobre o início da vida, foi julgado improcedente, nos termos do relator, o Ministro Ayres Britto, e por maioria de voto, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes.

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS- TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULA-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARECTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO À

SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As "células-tronco embrionárias" são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou "*in vitro*", e não espontaneamente ou "*in vida*". Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquele incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. A pesquisa científica com células-tronco embrionárias, autorizada pela Lei nº 11.105/2005, objetiva o enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as neuropatias e as doenças do neurônio motor). A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião "*in vitro*", porém a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "*in vitro*", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade (Ministro Celso de Mello).

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 da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa (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 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 Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento "*in vitro*". Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado "*in vitro*" é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extra-corporalmente produzido e também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A "controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto." (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "*in vitro*" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "*in vitro*". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidificação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF),

porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

VI - DIREITO À SAÚDE COMO COROLÁRIO DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DIGNA. O § 4º do art. 199 da Constituição, versante sobre pesquisas com substâncias humanas para fins terapêuticos, faz parte da seção normativa dedicada à "SAÚDE" (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Direito à saúde, positivado como um dos primeiros dos direitos sociais de natureza fundamental (art. 6º da CF) e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social (cabeça do artigo constitucional de nº 194). Saúde que é "direito de todos e dever do Estado" (*caput* do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como "de relevância pública" (parte inicial do art. 197). A Lei de Biossegurança como instrumento de encontro do direito à saúde com a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental.

VII - O DIREITO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO CIENTÍFICA E A LEI DE BIOSSEGURANÇA COMO DENSIFICARÃO DESSA LIBERDADE. O termo "ciência", enquanto atividade individual, faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana (inciso IX do art. 5º da CF). Liberdade de expressão que se afigura como clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade. Por isso que exigente do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida coletiva civilizada. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os mistérios da Ciência que o Magno Texto Federal abre todo um autonomizado capítulo para prestigiá-la por modo superlativo (capítulo de nº IV do título VIII). A regra de que "O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas" (art. 218, *caput*) é de logo complementada com o preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que autoriza a edição de normas como a constante do art. 5º da Lei de Biossegurança. A compatibilização da liberdade de expressão científica com os deveres estatais de propulsão das ciências que sirvam à melhoria das condições de vida para todos os indivíduos. Assegurada, sempre, a dignidade da pessoa humana, a Constituição Federal dota o bloco normativo posto no art. 5º da Lei 11.105/2005 do necessário fundamento para dele afastar qualquer invalidade jurídica (Ministra Cármen Lúcia).

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do açodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas.

IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de "interpretação conforme" para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da "interpretação conforme a Constituição", porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de

inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (BRASIL. Superior Tribunal de Federal. ADIN nº 3.510/DF. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. p. 134-141. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 de nov. 2017.).

Porém, mesmo a ADIN nº 3.510/2008 nos gera uma reflexão, uma vez que a vida, em seu termo inicial, é um *leit-motiv*, o que nos leva a um debate sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, na Constituição Federal, o princípio da dignidade humana vai além da pessoa, posto que mais amplo do que a vida humana digna, englobando todos os seres humanos.

Diante disso, nos resta entender que a saída não é tentar encontrar uma solução do que é dignidade, mas, sim, encontrar valores acerca da dignidade do homem. Por isso, é necessário entender que o embrião tem a sua própria dignidade e os seus direitos tanto quanto um indivíduo que se encontra com enfermidade.

3 DIREITO À SUCESSÃO DOS EMBRIÕES *POST MORTEM*

O Código Civil Brasileiro de 2002, por meio do Projeto nº 634 de 1975, não avançou na área da reprodução humana assistida, deixando lacunas legislativas, principalmente referentes à inseminação artificial *post mortem*, além de não regular os direitos dos embriões criopreservados, os quais necessitam de uma tutela jurídica específica.

3.1 Conceito fundamental da sucessão

O livro das Sucessões é o último do Código Civil de 2002, assim como acontecia com a codificação privada brasileira de 1916, e ocorre com o vigente código civil português. E não poderia ser diferente, pois a morte deve fechar qualquer norma geral da vida privada da pessoa humana (TARTUCE, 2016).

A ideia de sucessão, genericamente, sugere uma transmissão de bens, que implica na existência de um adquirente de valores, o qual ocupa a posição jurídica do antigo titular. Desse modo, em tese, a sucessão opera-se a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*, em que alguns doutrinadores dividem em sentido amplo e estrito (RODRIGUES, 2003).

A palavra “sucessão”, no sentido amplo, decorre somente pela sucessão *inter vivos*, e, de acordo com Gonçalves significa:

[...] o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar de outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens. Numa compra e venda, por exemplo, o comprador sucede ao vendedor, adquirindo todos os direitos que a este pertencia. De forma idêntica, ao cedente sucede o cessionário, o mesmo acontecendo em todos os modos derivados de adquirir o domínio ou direito. A ideia de sucessão, que se revela na permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança dos respectivos titulares, não ocorre somente no direito das obrigações, encontrando-se frequentemente no direito das coisas, em que a tradição a opera, e no direito de família, quando os pais decaem do poder familiar e são substituídos pelo tutor, nomeado pelo juiz, quando ao exercício dos deveres elencados nos arts.1740 e 1741, do Código Civil. (GONÇALVES, 2017, p. 19).

Já o direito das sucessões no sentido estrito se refere à transferência, total ou parcial, de herança, por morte de alguém, a um ou mais herdeiros. Esse ramo do direito das sucessões compreende-se num conjunto de normas que

disciplinam a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte, ou seja, o ativo e o passivo do *de cujus* ou autor da herança a seus sucessores (GLACIANO, 2017).

A expressão “*de cuju*” é a abreviatura da frase “*de cujus successione*” (ou *hereditatis*) e “*agitur*” significa “aquele de cuja sucessão (ou herança) se trata”.

O direito das sucessões é a parte especial do Direito Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa que veio a óbito. Refere-se, apenas, às pessoas físicas, pelo fato de que as pessoas jurídicas não se configuram nesse âmbito, nem têm natureza de disposição de última vontade, que regulam o patrimônio social (GOMES, 2012).

Nesse sentido, Beviláqua (1945) conceitua o direito sucessório como um complexo dos princípios nos quais é realizada a transmissão do patrimônio de alguém que deixou de existir. Essa transmissão constitui a sucessão; o patrimônio transmitido denomina-se herança; e quem o recebe se diz herdeiro.

3.1.1 Abertura da sucessão

A abertura da sucessão hereditária é um fenômeno sucessório que ocorre com a morte da pessoa natural ou física, sendo esta a causa e pressuposto da sucessão *causa mortis*, pois não existe herança de pessoa viva, embora possa ocorrer a abertura da sucessão do ausente, presumindo-se lhe a morte (arts. 26 e ss., do Código Civil de 2002).

Com a morte, transmite-se a herança aos herdeiros, de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida no artigo 1.829, do Código Civil. Na inexistência destes, será a herança recolhida pelo Município, pelo Distrito Federal ou pela União, com o entendimento do artigo 1.844 do mesmo diploma (GONÇALVES, 2017).

A morte a que se refere o legislador é a morte natural, real ou biológica, que é dada com a constatação ou com a presunção do cadáver, mediante atestado médico, ou, ainda, na ausência deste, de duas testemunhas qualificadas que tiverem presenciado ou atestado o falecimento. Há, também, a possibilidade de atestar o óbito por meio da constatação médica da cessação da atividade encefálica, ao

atingir as funções cerebrais e respiratórias (e não pelas funções circulatórias) (CARVALHO, 2015).

Assim sendo, o meio para se atestar a morte natural é, hoje, realizado através da verificação da completa cessação das atividades cerebrais, e não mais pela paralisação definitiva da atividade cardíaca, conforme o rol do artigo 3º, da Lei de remoção dos órgãos, de 1997 (Lei nº 9.434/1997):

Art. 3º - A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

1º Os prontuários médicos, contendo os resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º, e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos.

§ 2º Às instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema Único de Saúde.

§ 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica. (BRASIL, 1997).

No tocante à morte real sem cadáver essa é chamada de morte assemelhada a real ou presunção de morte. Acerca desse tema, Carvalho explica que:

[...] esta surge ao ocorrer uma catástrofe ou acidente (p. ex.: inundação, incêndio, naufrágio, queda de aeronaves etc.) de tal magnitude que é perfeitamente perceptível o inevitável perigo de vida das pessoas nela diretamente envolvidas, plasmando-se no desaparecimento do cadáver ou na impossibilidade de seu reconhecimento, tudo com indício tais que levam à certeza (ou quase certeza) de que o desaparecido, nessas circunstâncias, foi vítima fatal. (CARVALHO, 2015, p. 64).

Dessa forma, a lei autoriza os herdeiros do ausente a, inicialmente, ingressarem com um pedido de abertura de sucessão provisória. Se, depois de 10 (dez) anos da abertura dessa sucessão, o ausente não tiver retornado, ou não se tiver confirmação de sua morte, os herdeiros poderão requerer a sucessão definitiva, que também terá o prazo de 10 (dez) anos.

Nesse sentido, o artigo 88 da Lei dos Registros Públicos, de 31 de dezembro de 1973, já autorizava a justificação da morte:

Art. 88. Poderão os Juizes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame. (BRASIL, 1973).

Há, ainda, o disposto no parágrafo único do artigo 88, da Lei nº 6.015/197, que admite a justificação da morte nos casos de desaparecimento em campanha, em que é provada a impossibilidade de ter ocorrido o seu registro, nos termos do artigo 85 do mesmo diploma, e os fatos que convençam da ocorrência do óbito. Contudo, nos casos em que tenham sido lavrados incorretamente o óbito, por erro ou malícia, as consequências jurídicas transportam-se para o campo da responsabilidade civil (artigo 186, do Código Civil de 2002).

O artigo 7º, do Código Civil de 2002, legitima, ainda, a hipótese de morte declarada, independentemente da declaração da ausência, no caso da morte presumida sem decretação de ausência dentro do sistema sucessório:

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:
I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;
II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.
Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento. (BRASIL, 2002).

Existe o caso da comoriência, que acontece quando dois ou mais pessoas falecem em condições que impossibilitam identificar qual morreu primeiro, e se ocorreu ou não a sobrevivência do herdeiro. Essa hipótese está disciplinada no rol do artigo 8º do Código Civil, da seguinte forma: “se dois ou mais indivíduos falecem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos” (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, Gonçalves explica sobre a mortes simultâneas e os efeitos que essas geram para o direito sucessório:

Quando duas pessoas morrem em determinado acidente, somente interessa saber qual delas morreu primeiro se uma for herdeira ou beneficiária da outra. Do contrário, inexistente qualquer interesse jurídico nessa pesquisa.
O principal efeito da presunção de morte simultânea é que não tendo havido tempo ou oportunidade para a transferência de bens entre os comorientes, um não herda do outro.

Não há, pois, transferência de bens e direitos entre comorientes. Por conseguinte, se morre em acidente casual sem descendentes e ascendentes, sem saber qual morreu primeiro, um não herda do outro. Assim, os colaterais da mulher ficaram com a meação dela; enquanto os colaterais do marido ficaram com a meação dele.

Diversas seria a solução se houvesse prova de que um faleceu pouco antes do outro. O que viveu um pouco mais herdaria a meação do outro e, por sua morte, a transmitiria aos seus colaterais. O diagnóstico científico do momento exato da morte, hodiernamente representado pela paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória, só pode ser feita por médico legista. Se este não puder em adiantado estado de putrefação, por exemplo, presumir-se à morte simultânea, com as consequências já mencionadas. A situação de dúvida que o art. 8º pressupõe é a incerteza invencível.

Para que se configure a comoriência não é mister que as mortes tenham ocorrido no mesmo lugar. Pode, por exemplo, uma ter ocorrido na Europa e outra na América. (GONÇALVES, 2017, p. 849).

Por isso, a *successio causa mortis* é aberta no momento do óbito do seu autor, quando cessa a sua personalidade jurídica. Assim, o artigo 1.784 do Código Civil de 2002 nos diz que a “abertura da sucessão, da herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

3.1.2 Princípio da Saisine

No ordenamento jurídico brasileiro permite-se a transmissão da posse automática sem o consentimento ou a aceitação dos herdeiros beneficiados, ou decisão de qualquer natureza. Até mesmo o herdeiro que não tenha tido conhecimento da abertura da sucessão, a transmissão se dá a seu favor, desde do momento do falecimento do autor da herança. A transmissão ocorre, assim, por força da lei. Com isso, o indivíduo que herdou e ainda não sabe, ou não aceitou, já ingressou em seu patrimônio, conquanto não definitivamente (LÔBO, 2014).

Nesse sentido, trata-se da consagração da máxima chamada *droit de saisine*, uma regra fundamental do Direito das Sucessões de origem germânica, que foi incorporada pelo direito francês, por volta do século XIII, e, depois, foi positivada no Código Napoleônico, de 1804. Nessa perspectiva, os herdeiros legítimos, bem como os testamentários e o cônjuge sobrevivente, entram na posse da herança, no mesmo instante em que se constata a morte do *de cuius* (MELO, 2014b).

Esse princípio de *saisine* encontra-se no nosso ordenamento jurídico, no artigo 1.784, do Código Civil de 2002, *in verbis*: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários” (BRASIL, 2002).

De acordo com Carvalho:

[...] o fenômeno da *saisine* exsurge através de uma ficção jurídica (*ficta iuris*), cujo sentido primeiro é evitar que o patrimônio do morto, dele destacado com morte, fique sem titular (acéfalo).

Diante de tais circunstância, a transferência opera-se diretamente do morto para seus sucessores universais dentro da antiga fórmula: *les mort saisit le vif, son hoir plus proche et habli a succéder* (o morto prende o vivo, seu herdeiro mais próximo é hábil a lhe suceder).

Sem demitir-se dessa qualidade, a transmissibilidade só será efetiva se os sucessores universais do falecido estejam vivos, mesmo por fração ínfima de tempo, ou ao menos concebidos, ao abrir a sucessão (art. 1.798 do CC, de onde extrai o princípio da coexistência), sendo previamente designados, e agora vocacionados, para recolher a respectiva herança – na sucessão legal, em regra através da ordem preferencial da vocação hereditária, prevista nos artigos 1.829 e 1.790, ambos do Código Civil, e, na sucessão testamentária, por virtude da vontade do hereditando, consoante os arts.1.857 e ss. do Código Civil. (CARVALHO, 2015, p. 63).

Por fim, devemos mencionar a consequência decorrente do princípio da *saisine*, em que o herdeiro que sobrevive ao *de cuius*, ainda que por instante, herda os bens por este deixados e os transmite aos seus sucessores, se falecer em seguida (GONÇALVES, 2017).

3.1.3 Espécies de sucessão

Em termos gerais, duas são as modalidades básicas de sucessão *mortis causa*. De acordo com o artigo 1.786 do Código Civil: “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade” (BRASIL, 2002). Quando decorre de manifestação de última vontade, expressa em testamento, é denominada de sucessão testamentária; quando se dá em virtude da lei, chama-se sucessão legítima.

A sucessão legítima ocorre quando em virtude de lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É, também, chamada de sucessão *ab intestato*, legal ou intestada justamente nos casos de ausência, nulidade, anulabilidade ou caducidade de testamento, conforme os arts.1.786 e 1.788 do Código Civil.

Um exemplo de sucessão legítima é quando o falecido deixou de fazer um testamento. Nesse caso, o seu patrimônio, por força de lei, irá a seus descendentes; inexistindo descendentes, aos ascendentes; não tendo descendentes e ascendentes, ao seu cônjuge; à falta daqueles parentes e de cônjuge, aos colaterais até 4º (quarto) grau.

Já a sucessão testamentária ou voluntária ocorre no momento da manifestação de última vontade, expressa em testamento, legado ou codicilo, mecanismo sucessório para o exercício da autonomia privada do autor da herança. A esse respeito, Gonçalves, explica que:

a sucessão testamentária dá se por disposição de última vontade. Havendo herdeiros necessários (ascendentes, descendentes ou cônjuges), divide-se a herança em duas partes iguais e o testador só poderá dispor livremente da metade, denominada porção disponível, para outorgá-la ao cônjuge sobrevivente, a qualquer de seus herdeiros ou mesmo a estranhos, pois a outra constitui a legítima, àqueles assegurada no art. 1.846 do Código Civil. (GONÇALVES, 2017, p. 857).

Além dessas duas modalidades acima mencionadas, existe uma outra modalidade que é denominada de simultânea legítima e testamentária ou sucessão mista, que ocorre quando o testamento do defunto não abrange todos os bens, dessa forma, os não incluídos passarão a seus herdeiros legítimos (RODRIGUES, 2003).

3.1.4 Legitimidade para suceder

O Código Civil de 2002, adicionou no Título I do livro V, da parte geral especial sobre a vocação hereditária. Neste capítulo denominado “da vocação hereditária” trata-se da legitimação para suceder o *de cuius*.

A origem da palavra “vocação” vem do latim *vocation*, cujo o significado vem de convocação, chamamento feito em face do falecido (DOMINGUES, 2014). A vocação hereditária abrange a capacidade para suceder, ou aquela que decorre da lei, na qual determina a ordem sucessória, ou de testamento, quando a pessoa, independentemente da classificação de herdeiro ou não, é contemplada com bens do falecido.

Contudo, devemos lembrar que a legitimidade para sucessão não se confunde com a capacidade civil, pelo fato de estar atribuído às pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Para Lôbo:

[...] A legitimação para sucessão não se confunde com a capacidade civil, pois esta é atributo das pessoas físicas (seres humanos nascidos com vida) ou de pessoas jurídicas. A legitimação para a sucessão hereditária é mais ampla que a capacidade civil, pois alcança outros sujeitos de direito que não são pessoas, sendo esta espécie daquele. Todos aqueles entes ou

entidades que sejam legitimados a adquirir, defender e transmitir direito dotados de plenitude de capacidade civil. Porém, há outros sujeitos de direito não personalizados, dotados de capacidade jurídica ou exercício limitadas, que são legitimados parcialmente a adquirir, defender e transmitir direitos. O Código Civil tomou o rumo certo quando substituiu a expressão capacidade por legitimação para suceder, atendendo à crítica da melhor doutrina. Não há, portanto, de se falar em capacidade ou incapacidade para suceder.

A evolução do direito e as exigências do mundo da vida levam à necessidade de se conferir a certos entes partes ou parcelas de capacidades para aquisição, exercício e defesa de direitos, dispensando-lhes a personalidade. São os entes não personificados. Para a realização dos fins a que estão destinados, ou para sua tutela jurídica, não precisam ser personalizados nem equiparados a pessoas. Para que possam defender seus interesses em juízo basta que lhes atribua excepcional capacidade processual. (LÔBO, 2014, p. 62).

Por sua vez, Farias explica que:

a capacidade sucessória é a aptidão que alguém possui para receber a herança deixada pelo falecido. Diferente da capacidade civil, que é a qualidade de que uma pessoa possui para a prática dos atos da vida civil. O incapacitado mental, apesar de ser incapaz para prática dos atos da vida civil, tem capacidade para ser herdeiro em um inventário. (FARIAS, 2013, p. 11).

Já Diniz (2002b, p. 25-27), para apurar a capacidade sucessória, afirma que é necessário se observar a ocorrência dos seguintes pressupostos:

- 1º) morte do *de cuius*;
- 2º) o herdeiro, seja ele legítimo ou testamentário, adquiere a posse e a propriedade dos bens que constituem o acervo hereditário, ou seja, há necessidade de apuração da capacidade sucessória;
- 3º) é necessário que o herdeiro pertença à espécie humana, em razão que somente o homem e as pessoas jurídicas têm legitimidade para adquirir a herança *causa mortis*; e
- 4º) o herdeiro deve estar vivo ou, pelo menos, concebido, ou, ainda, que seja nascituro para ocupar a ordem da vocação.

O artigo 1.798 do Código Civil de 2002 consagra a regra geral do Direito Sucessório, que é aplicável tanto na sucessão legítima como na sucessão testamentária, segundo a qual tem legitimidade para suceder “as pessoas nascidas ou já concedidas no momento da abertura da sucessão”.

Portanto, se o sucessor, beneficiário da herança, já é falecido ao tempo da morte do autor da herança, é evidente que não vai herdar absolutamente nada, bem como, nesta mesma linha, as pessoas ainda não foram concebidas, em regra, também não herdam.

Todavia, no âmbito da sucessão testamentária, podem ainda ser chamados a suceder, *in verbis*:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de função. (BRASIL, 2002).

A respeito dos herdeiros ainda não concebidos, os bens serão confiados a um responsável, nomeado pelo juiz (SANTANA, 2014).

Com relação ao nascituro, nascido com vida, são feitos os trâmites sucessórios, no momento da abertura da sucessão. Mas, nascendo sem vida, e se com a passagem de 2 (dois) anos ainda não tiver herdeiro esperado, serão distribuídos para os herdeiros legítimos os bens resguardados, salvo se o *de cujus* tenha deixado um testamento com disposição contrária.

É, ainda, permitida a sucessão de pessoas jurídicas não existentes, mas que, futuramente, serão constituídas ou personalizada, após a abertura da sucessão, com bens deixados pelo testador. Nesse sentido, a única maneira aceita é a fundação de direito privado, excluída as associações civis, sociedade empresárias ou quaisquer entidades admitidas em direito civil ou direito empresarial (LÔBO, 2014).

3.1.5 Prole eventual: sucessão testamentária

No artigo 1.718 do Código Civil de 1916 (o qual foi revogado), dizia que o testador designasse prole eventual de pessoas existentes, ao abrir a sucessão. No Código Civil de 2002, isso está prevista no seu artigo 1.799, I.

A respeito dessa capacidade testamentária passiva da prole eventual que, no atual Código Civil, é denominada de concepturo, a lei está se referindo ao

testamento condicional, pelo fato de que depende de 2 (dois) eventos futuros e incertos, a saber, (i) a concepção e (ii) o nascimento da prole eventual da pessoa viva, ao abrir a sucessão do testador. Por exemplo, no caso em que a Senhora Maria redija um testamento em que especifica que deixará 50% (cinquenta por cento) do seu patrimônio para a prole futura da sua colega de trabalho, caso venha falecer. Com isso, a prole eventual é uma expressão que só compreende os filhos e não os netos indicados pelo testador (DINIZ, 2002b).

Diante da atual lei, o testador deveria excluir o filho adotivo, expressamente, em razão da pessoa indicada que poderia adotar, para conseguir o benefício do testamento, por força do artigo 41 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Nesse estatuto é definido que “a adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessório, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais” (BRASIL, 1990).

Nesse sentido, Rizzardo afirma que:

o testador indica a prole que terão determinadas pessoas, reservando-lhe a participação ou quinhão da herança que no futuro se abrir. É evidente que se trata de uma previsão incerta e condicionada. Opera-se a sucessão se nascerem os filhos da pessoa indicada. (RIZZARDO, 2001, p. 48).

Na abertura da sucessão, caso a prole futura não seja concebida, a primeira providência a ser feita é a partilha, e essa deve ser nomeada por um curador pelo juiz, com a finalidade de resguardar e administrar os bens (artigo 1.800, do Código Civil) (RIZZARDO, 2001). Dessa forma, salvo em disposição contrária por parte do testador, será a pessoa cujo o filho se espera ser sucessor ou, então, sucessivamente, aqueles previstos na ordem preferencial, indicada no artigo 1.775 §§ 1º, 2º e 3º; e artigo 1.800, § 1º, ambos do Código Civil.

Conforme o artigo 1.800, § 3º, do referido Código, “nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferido a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador” (BRASIL, 2002). De acordo com Venosa (2017, p. 223), “é relevante a administração do curador no tocante a esses bens, sujeita-se ele a todas as responsabilidades inerentes à curatela de incapazes (artigo 1.800, § 2º). Essa matéria pode, como se nota trazer incontáveis problemas na prática”.

Além disso, o artigo 1.800, § 4º, do Código Civil, entende quem “se decorrido 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” (BRASIL, 2002). Nota-se que, como a herança não pode ficar sem dono, a parte reservada à prole futura, que ainda não nasceu, vai para os herdeiros legítimos que fazem parte da ordem da vocação, ou seja, aqui, não entra a figura da fiduciária, que exerceria na situação fideicomisso¹⁰ (VENOSA, 2017).

3.2 Análise hermenêutica com o Código Civil de 2002 sobre direito sucessório do embrião *post mortem*

Nesta seção, realizar-se-á uma análise hermenêutica dos dispositivos do Código Civil de 2002, que são:

- a) Artigo 1.597, que trata da presunção da paternidade dos filhos havidos na constância do casamento;
- b) Artigo 1.798, que elenca os sujeitos da relação da herança;
- c) Artigo 1.799, inciso I, que tratada dos filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que estejam vivas ao abrir-se a sucessão;
- d) Artigo 1.829, inciso I, que estabelece a ordem da vocação hereditária da sucessão legítima.

3.2.1 Presunção da paternidade

O Código Civil Brasileiro de 2002, tentando acompanhar a evolução da tecnológica sobre a reprodução humana, incluiu, no artigo 1.597, entre as diversas hipóteses de filhos presumidos na constância do casamento e da união, que são: (i) os nascidos por fecundação artificial homóloga, mesmo falecido o esposo; (ii) os

¹⁰ Fideicomisso é um ato de disposição de vontade expressa em testamento, pelo qual uma pessoa pode deixar um bem imóvel para o sucessor do seu herdeiro. O herdeiro ou legatário que recebe em primeiro grau o imóvel denomina-se fiduciário, ficando ele com o encargo de transmitir a propriedade para aquele que será o proprietário final do bem, designado fideicomissário. O Código Civil de 2002, no seu art. 1.951, assim define o fideicomisso: “pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário” (BRASIL, 2002).

nascidos, a qualquer tempo, quando se trata dos embriões congelados excedentários, consecutivos da concepção homóloga; e (iii) os nascidos por inseminação heteróloga, quando se tem uma autorização prévia do esposo.¹¹

Para efeito da reprodução assistida do tipo homóloga, regula-se, *ab initio* (DUFNER, 2015), pelos prazos e situações dos incisos III e IV, do artigo 1.597, do Código Civil, o qual regula que “será considerada quando o falecido o marido e para o embrião excedentário dar-se á a qualquer tempo” (BRASIL, 2002). Já na reprodução assistida do tipo heteróloga, inexistindo prévia autorização do marido, é facultado a ele negar o reconhecimento, uma vez que não se configura a presunção de paternidade. Havendo autorização, quando o pai ou a mãe não contribuiu com seu material genético para ser fecundado, configura-se numa modalidade de parentesco civil chamada de “outra origem”, constante do artigo 1.593 do Código Civil, ao lado da adoção e da filiação sociafetiva (LUZ, 2009).

Por consequência deste efeito referente que o embrião excedentário, o qual pode ser gerado antes ou depois da morte do pai, e congelado, há chances de esse ser implantado a qualquer tempo. Nesse sentido, portanto, é questionado em que momento se teria a presunção de paternidade.

Como existe a dúvida acerca do momento da presunção, o Enunciado nº 106, da I Jornada de Direito Civil, decidiu fazer a seguinte orientação:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatoriamente que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução humana assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatório, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte. (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, de acordo com Dufner:

A presunção de paternidade em caso de utilização de embriões excedentários e formados com gametas do marido ocorrerá a qualquer tempo após o óbito, desde que – segundo o enunciado n. 106 – a viúva ainda esteja nessa condição e exista autorização por escrito do falecido para utilização de seu material após sua morte. Os dois últimos requisitos não foram exigidos por lei, mas pelo Enunciado n. 106, logo, plenamente possível, o questionamento da viúva à luz do princípio da legalidade. (DUFNER, 2015, p. 98).

¹¹ Ver seção 3.1, e suas subseções, deste estudo.

Desse direito de filiação que o embrião excedentário possui, surgem os direitos e os deveres, como esclarecem Lamenza, Costa e Chinellato:

a filiação constitui o vínculo entre pais e filho. Analisando a filiação do ponto de vista do parentesco, pode ser classificado como um liame consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre determinado indivíduo e os pais [...]. Nem sempre a filiação é oriunda de relacionamento sexual entre pai e mãe. Pode decorrer de inseminação artificial ou fertilização *in vitro*. O direito à filiação não é nominalmente indicado pela legislação, mas há o direito ao reconhecimento da filiação (art. 26 da Lei n. 8.069/90). De forma mais ampliada, há o direito da criança e do adolescente (art. 17 da Lei n. 8.069/90) que abrange o direito da preservação da identidade. Este, por sua vez agrega o direito a ter um pai e uma mãe, de ter um nome a ostentar perante a comunidade e de ser reconhecido como perante a este ou aquele grupo familiar. (LAMENZA; COSTA; CHINELLATO, 2009, p. 1277).

Em regra, o artigo 2º do Estatuto da Criança e do adolescente dispõe que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompleto, e adolescente aquele entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990), não se excluindo a proteção ao nascituro.

Diante dessa omissão jurídica em relação ao embrião congelado, deve-se fazer o uso da analogia entre o nascituro e o embrião, conforme se estabelece no rol do artigo 4º do Código Civil (BRASIL, 2002).

Para que se possa proceder à análise dos direitos decorrentes da presunção de paternidade, declarada no artigo 1.597 do Código Civil, é considerada a equiparação como um resultado da integração entre os direitos resguardados ao embrião criado pela técnica de reprodução humana assistida (DUFNER, 2015).

3.2.2 O embrião post mortem e o direito de herança

Em Portugal e na Itália, a fertilização póstuma com o sêmen do falecido é uma prática proibida, mesmo com autorização expressa do marido; nos Estados Unidos é permitida, com a autorização prévia do marido; e, no Brasil, esse consentimento é imposto pelo Enunciado nº 106 da I Jornada de Direito Civil e pela Resolução do CFM nº 2.168/2017 (GOZZO, 2013).

Essa proibição de realizar a técnica de fertilização póstuma, em alguns países, é plausível, em razão de acarretar instabilidade jurídica em matéria sucessória para todos os herdeiros; tanto aos filhos já nascidos quanto aos gerados *post mortem* (MALUF; MALUF, 2016).

Assim sendo, a partir da interpretação do rol do artigo 1.597 do Código Civil, extrai-se as premissas de que é permitida a procriação *post mortem*; e de que há a possibilidade de presunção da paternidade. Com isso, Dufner, com referência aos argumentos dos valores morais, diz que:

O filho privado da convivência paterna biológica poderá ser contemplado durante sua existência com a paternidade sócioafetiva, fato comum na construção das relações familiares, mas ainda que isso não ocorra, o filho terá memórias do pai falecido, sua estória com a mãe biológica, fotos, cartas, vídeos e outros pertences pessoais que retrataram a dignidade e personalidade do pai morto. O direito brasileiro contemporâneo vislumbrou na vida do seu filho, a despeito da ausência paterna, a crença de que terá uma vida digna, pois a dignidade se expressa em várias vertentes. (DUFNER, 2015, p. 126).

Dessa maneira, tem-se como garantia fundamental do filho privado a existência do pai, mesmo por sua morte prévia, e, por consequência, o seu direito a receber sua herança, conforme o dispõe o artigo 5º, XXX, da Constituição Federal de 1988.

Como foi mencionado no começo deste capítulo, a herança é dividida em testamentária e legítima, e, se no caso de existir herdeiros necessários, que são os descendentes, os cônjuges e os ascendentes, pertencem a esses herdeiros a metade dos bens da herança (artigo 1.846, Código Civil). Assim, o sujeito poderá, em vida, realizar o testamento para destinar até a metade do seu patrimônio a quem deseja, conforme o artigo 1.857 do Código Civil.

Em outras palavras, se o *de cuius* não fez a delegação dos seus bens aos seus herdeiros enquanto ainda estava com vida, ou a fez somente relativa a parte disponível, a outra parte será levada pelas normas da sucessão legítima, que fala sobre a ordem da vocação, no artigo 1.829, do Código Civil:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:
I - Aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou seja, no regime da comunhão parcial da herança não houver deixado bens particulares.
II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
III - ao cônjuge sobrevivente;
IV - aos colaterais. (BRASIL, 2002).

Essa ordem da vocação, imposta pelo artigo 1829 do Código Civil para os herdeiros legítimos, é organizada com relação ao grau de parentesco e à afinidade. Assim, o artigo 1.594 do mesmo diploma legal dispõe que:

Art. 1.594. Contam-se, na linha reta, os graus de parentesco pelo número de gerações, e, na colateral, também pelo número delas, subindo de um dos parentes até ao ascendente comum, e descendo até encontrar o outro parente. (BRASIL, 2002).

Portanto, dessa ordem de preferência é contemplada o parente mais próximo com a herança, e se exclui o parente mais remoto o direito de a receber.

3.2.3 Herdeiros já concebidos ao tempo da abertura da sucessão

Os artigos mencionados na seção anterior podem ter uma interpretação de oposição com relação ao dispositivo no artigo 1.798, do Código Civil, porque traz uma limitação temporal à legitimidade da sucessão legítima, ou seja, segundo a lei, “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (BRASIL, 2002).

Com relação ao filho já nascido ao tempo da abertura da sucessão não existem polêmicas. Em razão da isonomia, quando o filho é nascido antes da morte do pai, seja biológico (pela reprodução natural ou artificial) ou adotivo, sucederá ao pai, pelo fato de ser considerado pessoa e sujeito de direito, para todos os fins (DUFNER, 2015).

Com relação ao nascituro em desenvolvimento no ventre materno, não há dúvida, porque é um ser concebido antes do óbito do pai, de modo que:

- a) só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência de transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva;
- b) se nascer com vida, ainda que a mãe tenha falecido no trabalho de parto ou em acidente colapso, terá capacidade para suceder;
- c) se nascer morto é como se nunca tivesse existido, logo a sucessão será ineficaz (DINIZ, 2007).

Nessas hipóteses, por igualdade material, é irrelevante se o nascituro foi concebido por via natural ou artificial.

A polêmica aparece na reprodução assistida *post mortem*, uma vez que, em razão do avanço da medicina, há duas situações possíveis de acontecer: (i)

quando o embrião excedente é criopreservado à época do óbito do pai; e (ii) quando o embrião é gerado após o falecimento do pai (DUFNER, 2015, p. 130).

3.2.3.1 Criopreservação de embriões antes da morte do pai e ser concebido no momento da abertura da sucessão

A partir da explicação feita no capítulo 1 deste estudo acerca do momento da concepção e da reprodução humana assistida, podemos ter mais facilidade para interpretar o conjunto normativo do artigo 1.798 do Código Civil, no qual “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da sucessão” (BRASIL, 2002).

Em razão de o embrião já existente antes do óbito do *de cuius*, sendo esse pré implantatório e congelado para ser utilizado e concebido ao tempo da morte do pai, mesmo que venha a nascer depois da sua morte, não há desrespeito com a lei civil, por esse ser considerado herdeiro do genitor.

Dufner afirma, a partir da interpretação do artigo 1.798, do Código Civil, que é legítimo para herdar ao tempo da abertura da concepção os já concebidos que:

- a) pode encontra-se no ventre materno ou fora dele, fruto do uso das técnicas de reprodução assistida, uma vez que, desde o surgimento do zigoto humano, no primeiro dia da fertilização – conforme abalizada corrente científica – conhecido por embrião ou pré-embrião, isto é, desde o surgimento da vida em potencial, há proteção jurídica da vida (art. 2º e 1.798 CC);
- b) a rigor, desde a concepção ser-lhe á deferida legitimação para suceder, conforme análise do texto normativo, em outras palavras, quando do surgimento do zigoto ou pré-embrião formando antes do falecimento do pai, pouco importando se a implantação em útero materno ou nascimento ocorram bem depois do óbito.
- c) o texto do artigo 1.798 elegeu o momento da concepção e não o do nascimento como marco da legitimação à qualidade de herdeiro, pois desde o zigoto formado antes da morte do pai é garantido o direito à herança, ainda que esteja congelado. (DUFNER, 2015, p. 184).

Por sua vez, Lamenza, Costa e Chinellato, ao esclarecer o artigo 1.597, IV, do Código Civil, sustentam que:

no caso de embriões excedentários ainda não implantados, considera-se a existência de um ser já concebido que está aguardando *in vitro* ou na crioconservação a implantação no ventre materno (segundo Silmara Juny de Abreu Chinellato). Aplica-se aqui o dispositivo nos arts. 2º e 1.798, ambos do CC, pois já há uma concepção. Ainda segundo os princípios

gerais das normas éticas para as técnicas de reprodução humana (Resolução n. 1.957/2010), há restrições à implantação de embriões no ventre materno (não deve ultrapassar o número de quatro) e, em caso de gravidez múltipla, proíbe-se a manobra de redução embrionária. (LAMENZA; COSTA; CHINELLATO, 2017, p. 1408).

É significativo lembrar que o direito de herança é dado condicionalmente ao nascimento com vida, por ser atribuído aquisição plena dos direitos patrimoniais, quando o beneficiado possui a personalidade e a capacidade de direito, conforme os artigos 1º e 2º do Código Civil (BRASIL, 2002).

Diniz reconhece também esse direito sucessório do embrião:

A capacidade sucessória do embrião, implantado no útero após o óbito de seu pai, ou do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que sucederá se nascer com vida. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquirir, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade jurídica material (CC, art. 2º), nomeia-se-lhe um curador ao ventre [...]. (DINIZ, 2011, p. 533).

Portanto, podemos entender que os embriões excedentários congelados *post mortem*, quando concebidos antes da abertura da sucessão, podem herdar em ambas espécies de sucessão: legítima e testamentária.

3.2.3.2 O filho concebido em laboratório depois da abertura da sucessão

Os procedimentos de reprodução humana assistida não resultam apenas dos filhos fecundados antes do falecimento do genitor, pois a criopreservação do sêmen e do ovócito possibilita a fertilização depois do falecimento do pai ou da mãe. Sendo assim, pela interpretação literal do artigo 1.798 (CC, 2002), os filhos concebidos depois da abertura da sucessão não possuem legitimidade para suceder.

Contudo, a hermenêutica não usa somente a interpretação gramatical, porque acarretaria num resultado desprovido do espírito da lei e das considerações harmoniosas do ordenamento jurídico. De acordo com Monteiro e Pinto (2012, p. 47), a interpretação gramatical é: “[...] fundada sobre as regras da linguística, examina-se literalmente cada termo do texto, que isola, quer sintaticamente, atendendo-se a pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica e outros dados”.

Já para Dantas (2010), a hermenêutica é um processo plural consolidado

na utilização de inúmeros métodos de interpretação jurídica, para se analisar o direito, enfatizando que cabe ao intérprete não usar uma técnica que menospreza outra, mas defende um manejo de todas em conjunto, a que chamou de princípio do terceiro incluído. Segundo o autor:

assim, conjecturamos que será o direito bem interpretado- pelo menos para os fins de solução de litígio – se aquele a quem compete produzir a subsunção não operar racionalmente apenas guiado pelo princípio do terceiro excluído (“ou este ou aquele método de interpretação podem ser aplicados”) mas também aberto à possibilidade de fundar e aplicar o direito com base – na falta de expressão melhor – no princípio do terceiro incluído (“este e todos os métodos de interpretação jurídica são válidas, não se excluem, mas poderão ser concomitante empregados tendo em vista as exigências do caso concreto”). (DANTAS, 2010).

Nessa perspectiva, os métodos de interpretação se somam a uma racionalidade sensível, capazes de defender a dignidade humana, a verdade e a justiça, solucionando os problemas que surgem, ao longo do tempo.

Desse modo, a interpretação gramatical da expressão contida no artigo 1.798 do Código Civil, “já concebidos no momento da abertura da sucessão” fere os outros dispositivos (a saber, os artigos 1.597, III e IV, 1.829, I, do Código Civil e o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988).

Assim, Barboza (2008) propôs o uso da conjunção literal (interpretação sistemática), e nos remete ao exato momento da concepção, que se inicia com a fertilização do ovócito pelo espermatozoide. De fato, essa autora pauta-se na presunção da paternidade instituída pelo artigo 1.597, III e IV, para adotar, por ficção jurídica, a constância do casamento ou da união estável como momento da concepção. Com isso, o filho concebido e nascido depois será, para fins sucessórios, herdeiro, antes mesmo da morte do genitor.

O tema da assertiva vai de encontro com a hermenêutica constitucional, mediante o princípio da concordância prática ou da harmonização, de acordo com Sarlet, Marinoni e Mitidiero, que:

[...] também designa pela doutrina germânica de princípio da harmonização, o princípio da concordância prática implica que bens jurídicos reconhecidos e protegidos constitucionalmente precisam ser ordenados de tal forma que, notadamente onde existirem colisões, um não se realize às custas do outro, seja pela ponderação apressada de bens, seja pela ponderação de valores em abstrato. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2014, p. 223).

Os argumentos constitucionais do posicionamento de Barboza (2008) repousam numa alteração importante do papel do direito sucessório brasileiro, pelo fato de sustentar que o direito à herança necessita ser regulamentado, interpretado e aplicado à luz de princípios constitucionais, como o da dignidade humana.

Com a III Jornada de Direito Civil, o seu Enunciado nº 267 trouxe uma explicação sobre a expressão “já concebido antes da abertura da sucessão”, escrita no artigo 1.798 do Código Civil, da seguinte forma:

a regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de 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. (BRASIL, 2004).

Dessa forma, o Conselho da Justiça Federal adotou a hermenêutica e obteve um resultado extensivo da norma, com a finalidade de beneficiar todos os filhos com a herança legítima do ascendente.

No entanto, o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil, considera que o “ainda não concebido” (prole eventual) só pode ser titular de direito sucessório na sucessão testamentária. Nesse caso, após a partilha, os bens serão entregues a um curador, que será o seu administrador, até o prazo de 2 (dois) anos da morte do testador (artigo 1.800, § 1º do Código Civil). Se, decorrido o prazo de 2 (dois) anos, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados retornarão ao espólio e serão divididos entre os herdeiros legítimos (artigo 1.800, § 4º, do Código Civil).

De acordo com Tartuce e Simão (2010), o embrião, apesar de ter personalidade formal (direito de personalidade), não tem a personalidade jurídica material (direito patrimoniais), e só será herdeiro por força de disposição testamentária.

Em resposta à essa problemática (sobre quem seria aquele concebido à época da abertura da sucessão e legitimado ao direito de herança), há três posicionamentos na doutrina:

- a) O primeiro sustenta que seria somente o nascituro gestado em ventre materno e nenhum filho decorrente da reprodução artificial *post mortem*;
- b) outro alude que além do nascituro, encontram-se os embriões excedentários e congelados porque já concebido ou fertilizado antes do falecimento do genitor;
- c) terceiro consiste como herdeiro, além do nascituro, todos os embriões

gerados na reprodução assistida, em qualquer tempo e por gozar de presunção de paternidade, têm direito sucessório por força da isonomia constitucional estabelecida entre filhos. (DUFNER, 2015, p. 145).

Assim sendo, cabe à doutrina e à jurisprudência fornecer elementos para solucionar esse problema, uma vez que os seus pressupostos se inclinam pela negação legítima dos filhos nascidos por método de reprodução humana artificial, quer na hipótese de concepção após a morte do ascendente, quer na implantação após a abertura da sucessão (GONÇALVES, 2003).

3.3 Direito sucessório do embrião congelado *post mortem* à luz da Constituição Federal de 1988

As normas constitucionais que regulam a matéria de direito sucessório dos embriões congelados *post mortem* estão dispostos nos artigos 5º, inciso XXX, e 227, § 6º. O primeiro dispositivo garante o direito fundamental de herança como cláusula pétrea; o segundo, estabelece a igualdade entre os filhos de qualquer natureza, proibidas as distinções entre eles.

À princípio, o conjunto normativo que elimina o filho gerado pela reprodução *post mortem da vocação* hereditária fere o preceito constitucional da igualdade. Considerado como aparente conflito entre as normas usadas no critério hierárquico para a solução ao artigo 227, § 6º, da Constituição Federal de 1988, que indica para inconstitucionalidade do artigo 1.798 do Código Civil, configure-se como um problema de controle de constitucionalidade das normas, ao ser realizado pelo modo difuso e concentrado (DUFNER, 2015).

Segundo Lenza (2016), o controle de constitucionalidade concentrado de lei recebe essa denominação pelo fato de “concentrar-se” em único tribunal.

Já o controle difuso ou concreto é exercido por qualquer juiz ou tribunal, ou seja, qualquer pessoa pode levantar a questão diante de qualquer juízo ou grau. Contudo, o seu uso é condicionado à relação de prejudicialidade, em face do objeto central.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade das normas inferiores dá-se por outras vias, em especial, pela via hermenêutica, pelo fato de que a

interpretação se adequa ao texto constitucional, o que impede a retirada do sistema e garante uma aplicação justa e correta.

Kelsen (2003) ressalta que a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito, por meio do órgão jurídico que fixa o sentido das normas que irá aplicar.

O autor explica o processo de interpretação de forma singular:

se por “interpretação” se entende a fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei, não significa, na verdade, se não que ela se contém dentro da moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é norma individual, mas apenas que é uma das normas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral. (KELSEN, 2003, p. 390-391).

Há, ainda, outros métodos modernos, além dos tradicionais de interpretação, que são utilizados com a finalidade de se alcançar uma maior clareza de algum conflito normativo que venha a surgir.

Desse modo, pode-se compreender que existem diferentes soluções para o problema da inconstitucionalidade do artigo 1.798 do Código Civil. Dentre elas, a melhor opção é a da interpretação conforme os dispostos na Carta Magna, por não ter a necessidade de se eliminar a lei civil do sistema brasileiro.

Sobre essa questão, Barroso explica que:

Como mecanismo de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição permite que o intérprete, sobretudo o tribunal constitucional, preserve a validade de uma lei que, na sua leitura mais óbvia, seria inconstitucional. Nessa hipótese, o tribunal, simultaneamente, infirma uma das interpretações possíveis, declarando-a inconstitucional sem redução de texto. Figura próxima, mas não equivalente, é a da interpretação conforme a Constituição para declarar que uma norma válida e em vigor não incide sobre determinada situação de fato. Em qualquer caso, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto. (BARROSO, 2014, p. 325-326).

A partir desse critério hierárquico, se tem a solução da divergência e da

interpretação, de acordo com a Constituição, para se conseguir o resultado constitucional do conjunto normativo, buscando-se responder se o filho concebido depois da morte do pai estaria excluído da sucessão, como é sustentado por parte da doutrina.

Segundo os princípios constitucionais, da norma de direitos fundamentais e hermenêutica plural contemporânea, nenhum filho pode ser excluído da herança legítima do seu pai, pelo entendimento da igualdade entre os filhos (artigo 227, § 6º, da CF/88).

A esse respeito, Gozzo, explica que:

Independentemente, todavia, de filho ser matrimonial ou não, o art. 227, par. 6º, da Constituição, impede que se façam diferenças entre eles, mesmo nos casos de adoção. O texto constitucional vai além, inclusive, no estabelecimento desta igualdade no campo dos direitos fundamentais e das normas de direito de família, para disciplinar a equiparação dos filhos no âmbito do direito sucessório. (GOZZO, 2013, p. 263).

Assim sendo, a melhor interpretação constitucional do artigo 1.798 (CC, 2002) é a que confirma a dignidade humana dos envolvidos na reprodução *post mortem*, posto que a herança na acepção constitucional é:

- a) direito fundamental material a garantir a transmissibilidade da propriedade privada no âmbito familiar;
- b) é meio de assegurar os rumos do destino do órfão de pai e outros direitos e garantias fundamentais desse ser como acesso à moradia, convivência familiar, educação, saúde física e psicológica, trabalho, e tantos outros. (DUFNER, 2015, p. 152).

O direito de herança do embrião e nascituro serão resguardados, desde da concepção, mas adquiridos em sua plenitude como seu nascimento com vida. Assim, caso venha a nascer com vida, ele deve ter os mesmos direitos, em relação aos outros descendentes.

Gozzo sustenta este resultado hermenêutico como único aceitável, diante o nosso ordenamento jurídico pátrio.

Ora, o chama direito fundamental de herança, [...], tem a ver com o direito de todo e qualquer herdeiro, legítimo ou testamentário, de suceder o autor da herança em seu patrimônio ativo e passivo, conforme consta dos já mencionados art. 5º, XXX da Constituição, e art. 1.784 do Código Civil. Desde modo, como afirma-se que o filho nascido por meio de reprodução assistida homóloga *post mortem* (CC, art. 1.597, III e IV) não é herdeiro de

seu falecido pai? A única resposta consoante com o ordenamento jurídico brasileiro é no sentido de que esse filho tem direito à devolução da herança de seu pai, já morto por ocasião de seu nascimento e, mais, morto por ocasião de seu nascimento e, mais, morto há mais de trezentos dias, como presunção constante do art. 1.797, II, da lei civil. Se este direito fundamental do filho de lhe de exercer seu direito de herança. Afinal, se ele é filho biológico do autor da herança, não pode ser excluído dela. (GOZZO, 2013, p. 271).

Dessa maneira, a resposta da problemática presente no artigo 1798 (CC, 2002), conforme o conjunto normativo do artigo 1º, III; artigo 5, XXX e o artigo 227, § 6º da CF/88, apontam para o resultado de interpretação extensiva do texto, a fim de incluir os filhos concebidos pela fertilização artificial em vida ou depois da morte do pai, e a qualquer tempo, como herdeiro necessário na sucessão legítima (DUFNER, 2015).

3.4 Projeto de Lei nº 7.591/2017 e 9.403/2017

Diante da multiplicidade de questões referentes às técnicas de reprodução humana, foi criado o Projeto de Lei nº 7.591, de 2017, de autoria do Deputado Carlos Bezerra, filiado ao Partido do Movimento Democrático do Mato Grosso (PMDB-MT); e o Projeto de Lei nº 9.403, de 2017, de autoria do Deputado Vitor Valim, filiado ao Partido do Movimento Democrático do Ceará (PMDB-CE). Ambos têm o intuito de modificar a redação do artigo 1.798 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, para estabelecer o direito à sucessão do filho gerado pela inseminação artificial após a morte do autor da herança.

Com isso, o artigo 2º do Projeto de Lei nº 7.591/2017 propõe que o artigo 1.798 do Código Civil passe a ter a seguinte redação:

Art. 1.798. Legitima-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Parágrafo único. Legitimam-se a suceder, ainda, as pessoas concebidas após a abertura da sucessão com o auxílio de técnicas de reprodução assistida. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017a, p. 1).

Já o artigo 2º do Projeto Lei nº 9.403/2017 propõe que o artigo 1.798 do CC (2002) tenha a seguinte disposição:

[...] Art. 1798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão bem como os filhos gerados por meio de inseminação artificial após a morte do autor da herança, desde que:

I - os cônjuges ou companheiros expressem sua vontade, por escrito, quando ao destino que será dado aos embriões, em caso de divórcio, doença graves ou de falecimento de um deles ou de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los, através:

a) Testamento público; ou

b) Testamento particular; ou

c) Documento assinado em clínica, centros ou serviços de reprodução humana, serviços médico-hospitalares, todos devidamente cadastrados e reconhecidos pelo Conselho Federal ou Conselho Regional de Medicina.

II - nos casos de necessidade de gestação em útero diversos a um dos cônjuges, será obedecido o disposto na legislação vigente ou na Resolução do Conselho Federal de Medicina ou determinação judicial. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2017b, p. 1-2).

Portanto, pode-se concluir que o Projeto de Lei nº 7.591/2017 permite que o concebido no momento da abertura tenha legitimidade para suceder à herança do *de cuius*, independentemente de este ter deixado ou não um testamento. Em contrapartida, caso fosse aprovado o Projeto de Lei nº 9.403/2017, o concebido gerado por meio da inseminação artificial no momento da abertura da sucessão só teria direito à herança do *de cuius* caso este tivesse feito um testamento ou um documento assinado pelo casal, em uma clínica especializada na reprodução humana artificial.

CONCLUSÃO

A reprodução humana assistida, homóloga e heteróloga, é autorizada pela lei brasileira, mas ainda não foi totalmente regulamentada, de modo que existem várias dúvidas sobre os efeitos jurídicos que podem ser gerados.

Por intermédio da técnica de reprodução humana, onde se faz o procedimento da criopreservação (congelamento) de gametas masculinos, femininos e embriões excedentários, que pode ser fecundado um embrião, o qual pode vir a nascer, mesmo depois da morte dos pais. Contudo, no ordenamento jurídico brasileiro, existe uma indagação sobre o caso de, se esse filho nasça posteriormente, ele teria direito a filiação e o direito à herança.

O artigo 1.597, inciso III e IV, do Código Civil de 2002 estabeleceu a presunção da paternidade do marido/companheiro quanto aos embriões *in natura* e congelados que são fertilizados na constância do matrimônio ou da união estável, ou mesmo em uma situação de inseminação artificial homóloga póstuma, quando o marido deixa o seu material genético para ser usado depois de sua morte, sendo dada a presunção da paternidade, em qualquer momento.

No artigo 1.798 do Código Civil são legitimados a suceder apenas os nascidos ou já concebidos ao tempo da abertura da sucessão, o que, de acordo com a doutrina civilista, traz uma discussão acerca da possibilidade ou não desse herdeiro vir a receber a herança, a qualquer tempo.

Conforme os artigos 1.829, inciso I, e 1.845 da lei civil, os descendentes aparecem na primeira classe e grau, e os filhos, possuem o direito reservado e prioridade ao recebimento da herança do pai que veio a óbito. Dessa aparente divergência entre as normas, nasce o choque de ideias entre os doutrinadores, dos quais, em certos momentos, concordam que os embriões excedentários têm o direito à herança, mas, em outros, não.

Já no âmbito do Direito Constitucional, temos o artigo 5º, XXX, e o 227, §§ 6º e 7º, que garantem o direito à herança como uma cláusula pétrea. Nessa perspectiva, o artigo 227 estabelece a igualdade entre os filhos de qualquer natureza, tratando, assim, do princípio da dignidade da pessoa humana e da

paternidade responsável, além da questão do livre planejamento familiar do casal. Com isso, esses dispositivos garantem ao filho fruto da fertilização *in vitro post mortem* ter o direito sucessório do pai que veio a óbito. Nesse sentido, uma interpretação distinta nos levará ao tratamento distintivo entre os filhos, o que violaria o artigo 227, § 6º, da Carta Magna.

Como existe uma omissão no ordenamento jurídico sobre o tema da reprodução humana assistida, a solução seria a alteração do artigo 1.798 da lei civil, conforme os Projetos de Lei nº 7.591/2017 e nº 9.403/2017.

O Projeto de Lei nº 7.591 de 2017, caso seja aprovado, irá dar o direito à herança ao que já está concebido e ao nascituro, no momento da abertura da sucessão, além de garantir o direito à herança para as pessoas concebidas com auxílio da reprodução *in vitro*, depois da abertura da sucessão.

Já o Projeto de Lei nº 9.403/2017 determina que só teria direito à sucessão o concebido por meio da inseminação artificial *in vitro*, caso o autor da herança tenha deixado um testamento ou um documento assinado em uma clínica especializada na reprodução humana assistida.

Desse modo, como ainda não foi aprovado nenhum Projeto de Lei que venha por fim à omissão legislativa acerca do direito da herança dos filhos frutos da inseminação artificial *post mortem*, fica a cargo da interpretação dos operadores de direito, levando em conta os princípios e as regras constitucionais, bem como preservação da cláusula pética e da dignidade do herdeiro.

REFERÊNCIAS

ABDELMASSIH, Roger. *Avanços na reprodução humana assistida*. São Paulo: Atheneu, 2007.

ALDROVANDI, Andréa; FRANÇA, Danielle Galvão de. *A reprodução humana assistida e as relações de parentesco*. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em: 5 out. 2017.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Ética, direito e reprodução humana assistida. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 729, p. 43-51, jul./1996.

BADALOTTI, Mariangela. *Bioética e reprodução assistida*. 2002. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/bioetica/cont/mariangela/bioeticaereproducao.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.

BARBOZA, Heloisa Helena. Aspecto controverso do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 321-322.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BEVILÁQUA, Cloves. *Direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

BÍBLIA, A. T. Gênesis. In: BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2014. p. 3-63.

BÍBLIA, N. T. Lucas. In: BÍBLIA. Português. *Bíblia sagrada*. Tradução de João Ferreira de Almeida. 2. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2014. p. 1130-1176.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 106*. In: I JORNADA DE DIREITO CIVIL, 12-13 set. 2002. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado n. 267*. In: III JORNADA DE DIREITO CIVIL, 1-3 maio 2004. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/526>>. Acesso em: 4 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Mulheres com mais de 50 anos poderão utilizar técnicas de reprodução assistida desde que assumam riscos justamente com o médico*. 22 set. 2015. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=25753:2015-09-22-15-52-49&catid=3>. Acesso em: 15 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.168, de 10 de novembro de 2017*. Disponível em: <[https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search="n%C2%BA 2.168"](https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168#search=)>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.358, de 11 de novembro de 1992*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 1.957, de 15 de dezembro de 2010*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução nº 2.013, de 9 de maio de 2013*. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2013/2013>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 8 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

BRASIL. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. Lei de Biossegurança. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2005/lei-11105-24-marco-2005-536209-norma-pl.html>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973*. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 3 nov. 2017.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 1 mar. 2018.

BRASIL. *Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 10 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Federal. *ADIN nº 3.510/DF*. Tribunal Pleno. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 29 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 10 de nov. 2017.

BURGAT, Victor. *Efeitos da PL 115/2015 e sua influência na sociedade*. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52338/efeitos-da-pl-115-2015-e-sua-influencia-na-sociedade>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 115*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 4.892*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1051906&filename=PL+4892/2012>. Acesso em: 14 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 7.591, de 2017a*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1556651&filename=PL+7591/2017>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 9.403, de 2017b*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=954E1597A1B82307DAF56014F499B61A.proposicoesWebExterno2?codteor=1634728&filename=PL+9403/2017>. Acesso em: 18 mar. 2018.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de nº 6.960, de 2002*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=50233&filename=PL+6960/2002>. Acesso em: 8 nov. 2017.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana: ética e direito*. Campinas: Edicamp, 2003.

CARNACCHIONI, Daniel Eduardo. *Curso de direito civil: parte geral – institutos fundamentais*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2002.

CARVALHO NETO, Inácio; FUGIE, Érica Harumi. *Novo Código Civil comparado e comentado*. Curitiba: Juruá, 2002. v. 1.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de. *Direito das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CÉLULAS TRONCORS. *Célula-tronco*. 2017. Disponível em: <<http://celulastroncors.org.br/celulas-tronco-2/>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

CENATTE EMBRIÕES. *Congelamento de embriões*. 2017. Disponível em: <<https://www.cenatte.com.br/solucao?id=3&title=Congelamento%20de%20Embri%C3%B5es>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CLÍNICA CONCEPTUS. *Reprodução assistida: conheça as novas regras no Brasil*. 16 fev. 2018. Disponível em: <<http://clinicaconceptus.com.br/2018/02/reproducao-assistida-novas-regras/>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

CLÍNICA ORIGEM. *Reprodução humana: transferência de embriões congelados*. 2017. Disponível em: <<https://origem.com.br/reproducaohumana/tratamentos/transferencia-de-embrioes-congelados/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Pacto de San José da Costa Rica, de 1969*. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 8 nov. 2017.

CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade. *Biodireito e dignidade da pessoa humana: diálogo entre a ciência e o direito*. Curitiba: Juruá, 2007.

DANTAS, Luís Rodolfo Ararigboia de Souza. *Hermenêutica constitucional e transponibilidade das cláusulas pétreas*. 2010. Disponível em: <<http://bugiosepapagaios.blogspot.com.br/2010/06/hermeneutica-constitucional-e.html>>. Acesso em: 6 mar. 2018.

DELLAGNEZZE, Réne. *A maternidade por substituição, é um direito ou é um crime?* 2017. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19484&revista_caderno=14>. Acesso em: 23 mar. 2018.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002b. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil: direito das sucessões*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 6.

DINIZ, Maria Helena. *Manual de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002a.

DOMINGUES, Euler da Silva. *Da vocação hereditária: histórico, doutrina e aplicação*. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30742/da-vocacao-hereditaria>>. Acesso em 28 fev. 2018.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUFNER, Samantha Khoury Crepaldi. *Direito de herança do embrião*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2015.

FARIAS, Mario Roberto Carvalho de. *Direito das sucessões: teoria e prática*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

FERNANDES, Tycho Brahe. *A reprodução humana em face da bioética e do biodireito: aspectos do direito de família e do direito das sucessões*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. *Reprodução humana assistida e filiação*. 2017. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/33154/34980/Ana+Claudia+Brando+de+Barros+Correia+Ferraz.pdf/921bad92-94c9-4205-81/0b-5c3d1b24d751>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FERTIBABY CEARÁ. *Novas regras para reprodução assistida: nova resolução CFM 2.121/2015*. 10 nov. 2015. Disponível em: <<http://www.fertibabyceara.com.br/novas-regras-para-reproducao-assistida-nova-resolucao-cfm-2-121-2015/>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

FERTILIDADE. *Fertilização in vitro por ICSI*. 2017. Disponível em: <<https://fertilidade.org/content/fertiliza%C3%A7%C3%A3o-vitro-por-icsi>>. Acesso em: 23 out. 2017.

FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. *Direito civil: parte geral: das pessoas dos bens e dos fatos jurídicos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GLACIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil: direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 7.

GOLDMAN, Elisa. *O mito de Perseu*. 2017. Disponível em: <<http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/historia/0013.html>>. Acesso em: 20 out. 2017.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 3.

GOZZO, Débora. Direito fundamental de herança e inseminação *post mortem*. In: GOZZO, Débora; BITTAR, Eduardo G. B; LEISTER, Margareth (Org.). *Direitos humanos fundamentais: doutrina, prática e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. p. 263-271.

HOSPITAL SÍRIO-LIBANÊS. *Reprodução humana: fertilização in vitro*. 2017. Disponível em: <<https://www.hospitalsiriolibanes.org.br/hospital/especialidades/centro-reproducao-humana/Paginas/reproducao-humana-fertilizacao-in-vitro.aspx>>. Acesso em: 23 out. 2017.

IVI. *Causas da infertilidade*. 2018. Disponível em: <<https://ivi.net.br/causas-da-infertilidade/>>. Acesso em: 24 mar. 2018.

JORNAL DA USP. *HC realiza primeiro transplante de útero da América Latina*. 6 out. 2016. Disponível em: <<http://jornal.usp.br/atualidades/hc-realiza-primeiro-transplante-de-utero-da-america-latina/>>. Acesso em: 22 out. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LAMENZA, Fracismar; COSTA, Antonio Cláudio Machado; CHINELLATO, Silmara Juny (Org.). *Código Civil interpretado*. São Paulo: Manole, 2009.

LAMENZA, Fracismar; COSTA, Antonio Cláudio Machado (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord.). *Código Civil: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 10. ed. Barueri, SP: Manole, 2017.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológico, ético e jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEMES, Ana Maria Nogueira; CREPALDI, Joaquim Donizete. A lei do biocrime: lei nº 11.105/2005. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 795, 6 set. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7243/a-lei-do-biocrime>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA JÚNIOR, Daniel Veríssimo de. *Reflexos da inseminação artificial homóloga post mortem no âmbito do direito sucessório*. 1 fev. 2013. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj041943.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: família*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: sucessões*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUZ, Valdemar P. da. *Manual de direito de família*. Barueri, SP: Manole, 2009.

MACHADO, Maria Helena. *Reprodução humana assistida: aspecto ético e jurídico*. Curitiba: Juruá, 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de direito de família*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de direito civil: família e sucessões: para concursos, exame da ordem e graduação em direito*. São Paulo: Atlas, 2014b. v. 5.

MELO, Nehemias Domingos de. *Lições de direito civil: teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2014a. v. 1.

MENDONÇA, Leonardo Araújo Porto. *Dos direitos do nascituro e do embrião no direito brasileiro*. 2016. Disponível em: <<https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 7 abr. 2017.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1989.

MONTEIRO, Washington de Barros; PINTO, Ana Cristina de Barros Monteiro França. *Curso de direito civil: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2012. v. V.

MOORE, Keith L. *Embriologia clínica*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1994.

NAKAMURA, Milton. *Inseminação artificial humana*. São Paulo: Rocco, 1984.

OLIVEIRA, Neiva Flávia de. A evolução da pesquisa genética e o novo conceito de família. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 777, p. 57-74, jul./2000.

PESSINI, Léo. *Problema atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1997.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Cristian de Paul. *Problemas atuais da biótica*. São Paulo: Loyola, 1991.

RAFFUL, Ana Cristina. *A reprodução artificial e os direitos de personalidade*. São Paulo: Themis, 2000.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das sucessões*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

RODRIGUES, Fábio Eugênio. *Transferência de embriões congelados: mudança de paradigma da FIV?* 2015. Disponível em: <<https://medicinareprodutiva.com.br/fertilizacao-in-vitro/transferencia-de-embrioes-congelados-mudanca-de-paradigma-na-fiv/>>. Acesso em: 25 out. 2017.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: direito das sucessões*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 7.

RUSSO, Giovanni. *Educar para a bioética*. São Paulo: Ed. Universidade de São Paulo, 1997.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTANA, Flávia Cristina Venâncio. *Capacidade para suceder, indignidade e deserdação*. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34116/capacidade-para-suceder-indignidade-e-deserdacao>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARTORI, Ivan Ricardo Garisio. *Célula tronco: o direito*. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7186/celula-tronco-o-deireito>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SCARPARO, Monica Sartori. *Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

SUA PESQUISA. *Célula-tronco: o que são, tipos e pesquisa com células-tronco, resumo, embrionárias e adultas, as terapias, clonagem, tratamentos para doenças, genética, questões éticas e religiosas, citologia*. 2017. Disponível em: <<https://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/celulas-tronco.htm>>. Acesso em: 10 nov. 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TAKEUCHI, Carlos Augusto; TANNURI, Uenis. A polêmica da utilização de células-tronco embrionárias com fins terapêuticos. *Rev. Assoc. Med. Bras.*, São Paulo, v. 52, n. 2, mar./abr. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-42302006000200001&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>. Acesso em: 10 nov. 2017.

TARTUCE, FLÁVIO. *Direito civil: direito das sucessões*. 10. ed. Forense, 2016. v. 6.

TARTUCE, FLÁVIO. *Manual de direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Método, 2007. v. único.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil: direito das sucessões*. São Paulo: Método, 2010.

TESTART, Jacque. *O ovo transparente*. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: USP, 1995.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL. *Criopreservação*. 2017. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/topicosembriao/Criopreserv.html>>. Acesso em: 26 out. 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: sucessões*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ANEXO A – Reportagem do Correio Braziliense

Revista
Correio
Braziliense
16 de maio de 2017

Revista
Correio
Braziliense
16 de maio de 2017

Revista de Saúde

Recurso de congelar óvulos é opção para mulheres que acabam adiando a maternidade e que são impedidas de engravidar por alguma doença grave de tratamento irreversível

POUR CAROLINA MILITÃO*

A criopreservação de óvulos — ou congelamento de óvulos — é um recurso para mulheres com dificuldade de engravidar e preservar a fertilidade feminina. O procedimento é um dos métodos de reprodução assistida mais procurados entre as mulheres que desejam ter filhos após os 40 anos. O preço varia entre R\$ 4 mil e R\$ 15 mil, a depender do uso de medicação especial e do tipo de técnica utilizada.

A paciente que opta pelo congelamento deve se submeter ao estímulo ovariano regulado e passar por uma punção ovariana — coleta dos óvulos no interior do útero — com anestesia. Ela consegue congelar alguns óvulos para serem utilizados posteriormente em sua vida, caso ela não tenha filhos ou se quiser fazer mais filhos. Os óvulos ficam congelados em nitrogênio líquido.

A técnica é segura e não interfere na fertilidade, a menos que o procedimento seja realizado de forma inadequada. Após a realização da punção, o organismo da mulher produz hormônios que estimulam a produção de óvulos. O processo é semelhante ao que ocorre durante a gravidez, quando o feto é formado e se desenvolve no útero.

Para as mulheres que têm mais de 30 anos e estão tentando engravidar, a opção de congelar óvulos é uma alternativa para quem não consegue engravidar naturalmente. Isso porque, após os 30 anos, a fertilidade das mulheres começa a diminuir. Segundo o médico João Marcos de Moraes Silva, especialista em ginecologia e reprodução assistida, a fertilidade das mulheres começa a diminuir a partir dos 30 anos e pode chegar a ser muito baixa após os 40 anos.

Segundo o médico, a fertilidade das mulheres começa a diminuir a partir dos 30 anos e pode chegar a ser muito baixa após os 40 anos.

A GESTAÇÃO EM JOGO

- Com 30 anos, a fertilidade começa a diminuir.
- Após os 30 anos, 7% das mulheres podem apresentar dificuldades para engravidar.
- Com 40 anos, a fertilidade começa a diminuir.
- Após os 40 anos, 17% das mulheres podem apresentar dificuldades para engravidar.
- Com 45 anos, a fertilidade começa a diminuir.
- Após os 45 anos, 37% das mulheres podem apresentar dificuldades para engravidar.

Atenção aos riscos

- Atuação de abortamento espontâneo de 27% a 31% após o congelamento de óvulos.
- Atuação de abortamento espontâneo de 27% a 31% após o congelamento de óvulos.
- Atuação de abortamento espontâneo de 27% a 31% após o congelamento de óvulos.
- Atuação de abortamento espontâneo de 27% a 31% após o congelamento de óvulos.

Palavra do especialista

Qual é a idade perfeita para engravidar?

Qual não é o ponto de partida de uma gravidez saudável?

A espera possível

Depois de engravidar, a gestante deve fazer exames de rotina, como ultrassom, para acompanhar o desenvolvimento da criança. Além disso, é importante fazer exames de rotina para garantir a saúde da mãe e do bebê.

Qual a idade para engravidar?

Qual não é o ponto de partida de uma gravidez saudável?

Qual a idade para engravidar?

Qual não é o ponto de partida de uma gravidez saudável?