



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

MARIA EULÂNIA ARAÚJO

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O SISTEMA
SUCESSÓRIO BRASILEIRO: O DIREITO À HERANÇA DOS
CONCEBIDOS *POST MORTEM*

SOUSA - PB
2011

MARIA EULÂNIA ARAÚJO

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O SISTEMA
SUCESSÓRIO BRASILEIRO: O DIREITO À HERANÇA DOS
CONCEBIDOS *POST MORTEM*

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior.

SOUSA - PB
2011

MARIA EULÂNIA SILVA ARAÚJO

AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E O SISTEMA
SUCESSÓRIO BRASILEIRO: O DIREITO À HERANÇA DOS CONCEBIDOS *POST*
MORTEM

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador(a): Prof. Admilson Leite de Almeida Júnior.

BANCA EXAMINADORA

Data de aprovação: 08 / 11 / 2011

Orientador(a) Prof. Esp. Admilson Leite de Almeida Júnior

Examinador(a) Prof. Esp. Petrucia Marques Sarmiento Moreira

Examinador(a) Prof. Esp. Paulo Abrantes de Oliveira

Ao meu Deus.

“Quando sua perspectiva está em Deus,
seu foco está naquele que vence
qualquer tempestade que a vida pode
trazer.”

Max Lucado

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, a Deus, por ter me confiado à vida, por estar presente em todos os momentos da minha vida, acompanhando-me neste sonho e ajudando-me a contornar os obstáculos. Pois foi Ele que, com a sua graça, me auxiliou e colocou em meu caminho todas as pessoas às quais devo minha vida e minhas realizações, e principalmente por ter me dado a coragem e a firmeza de concluir este curso.

Aos meus pais Eugênio e Delma, pois a minha formação profissional não poderia ter sido concretizada sem a ajuda deles que, no decorrer da minha vida, proporcionaram-me, além de extenso carinho e amor, os conhecimentos da integridade, da perseverança e de procurar sempre em Deus à força maior para o meu desenvolvimento como ser humano. Além de doarem incondicionalmente seu sangue e suor em forma de amor e trabalho por mim, despertando e alimentando em minha personalidade, ainda na infância, a sede pelo conhecimento e a importância deste em minha vida. A minha eterna gratidão, pois vocês foram indispensáveis na concretização deste sonho. Amo muito vocês!

Aos meus irmãos Eugênia e Júnior, pelo companheirismo, pela força e pelas ajudas incondicionais e por fazerem parte da minha vida, principalmente à minha irmã Eugênia, que me prestou um auxílio inestimável na condução deste trabalho.

Aos meus avôs já falecidos, Terezinha, Francisco Canuto, D. Lourdes e Manoel Dionízio e também a minha eterna avó de coração Toinha, pelo imenso amor a mim doado, pelo exemplo de luta pela vida, e por ter tido a oportunidade de compartilhar convosco os melhores momentos de minha infância. Estarão pra sempre em meu coração!

Aos meus parentes, aos meus cunhados, aos meus amigos de Mauriti, por estarem presentes mesmo estando distantes, pelo incentivo e ternura pelo meu crescimento pessoal e profissional.

Ao meu namorado Miguel Filho, meu muito obrigada pela paciência, pelo apoio, pelo carinho e amor que você me dedicou nos melhores e piores momentos de minha vida.

As minhas preciosas amigas e amigos, que eu tanto amo e que transformaram meus cinco anos, em momentos de constantes alegrias. Obrigada pelo companheirismo e irmandade, e onde quer que eu esteja levarei vocês pra sempre no meu coração, como uma das melhores lembranças da minha vida, e pode ter certeza: “Vou morrer de saudades!”

Ao Professor Admilson Leite de Almeida Júnior, pela paciência, competência, ensinamentos, dedicação, empenho e objetividade para a concretização desse trabalho, sendo de fundamental importância na conclusão dessa etapa de minha graduação.

A Todos os professores, servidores e acadêmicos da UFCG (Campus Sousa), pela colaboração, incentivo e amizade que contribuíram indiscutivelmente para conclusão do meu curso.

A todos vocês minha eterna gratidão!

“Foste tu que criaste minhas entranhas e me teceste no seio de minha mãe. Eu te louvo porque me fizeste maravilhoso; são admiráveis as tuas obras; tu me conheces por inteiro. Não te eram ocultos os meus ossos quando eu estava sendo formado em segredo, e era tecido nas profundezas da terra. Ainda embrião, teus olhos me viram e tudo estava escrito no teu livro; meus dias estavam marcados antes que chegasse o primeiro”.

(Salmo 139, 13-16)

RESUMO

A presente pesquisa se propõe a informar sobre a possibilidade do filho concebido após a morte do seu genitor, através das técnicas de reprodução humana assistidas, vir a adquirir direitos sucessórios. Este é de extrema importância para a sociedade, haja vista que com o progresso da ciência, permite-se a procriação de embriões até mesmo depois da morte dos genitores. Deste modo, a morte não mais limita o homem de procriar, gerando com isso no ordenamento jurídico a incapacidade de acompanhar e adequar-se a essa evolução, produzindo situações inacreditáveis aos legisladores. Portanto, o presente trabalho visa explicar as técnicas de reprodução humana artificiais mais utilizadas pelos médicos através de conceitos breves, destacando seus procedimentos e diferenças, analisando ainda o planejamento familiar e sua regulamentação no Brasil, abordando a questão em torno do surgimento da personalidade jurídica da pessoa natural, esclarecendo a posição do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, examinando, por fim, o processo de sucessão no direito brasileiro, identificando a possibilidade do sucessor concebido após a morte do autor da herança participar ou não da sucessão deste. Para tanto, na metodologia utiliza-se o método dedutivo, e como métodos de procedimento o exegético-jurídico e o monográfico, auxiliados pela técnica bibliográfica com base na análise de doutrina, legislação, artigos jurídicos, e a documental, através de leis, acórdãos, sentenças, delimitando-se o tema materialmente de forma a identificar se há ou não há o direito à herança do filho havido por fecundação artificial *post mortem*. No final, como resultado, fica evidenciado o reconhecimento dos direitos hereditários dos filhos advindos da fecundação artificial homóloga *post mortem*, apesar de entendimentos contrários, pois está assegurado na Constituição Federal a igualdade jurídica entre todos os filhos, o melhor interesse da criança e a dignidade da pessoa humana. Conclui-se também pela necessidade de disposição legislativa que regule a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, em especial a que trate dos filhos advindos da fecundação artificial após a morte de seu genitor.

Palavras-Chave: Reprodução Humana Assistida. Direito Sucessório. Fecundação artificial *post mortem*.

ABSTRACT

The present research aims to inform about the possibility of the child conceived after the death of his parent, through the techniques of assisted human reproduction, may acquire succession rights. This is extremely important to society, considering that with the progress of science is allowed in the breeding of embryos even after the death of parents. Thus, death is no longer merely a man of breeding, which has generated the legal system's inability to monitor and adapt to this evolution, producing unbelievable situations to legislators. Therefore, this paper aims to explain the human artificial reproduction techniques most frequently used by doctors through brief concepts, procedures and highlighting their differences, still looking at family planning and its regulation in Brazil, also addresses the issue surrounding the emergence of legal personality the natural person, clarifying the position of the unborn child in the Brazilian legal, auditing, finally, the process of succession to the Brazilian law, identifying the existence of limits to the successor conceived after the death of the deceased can participate in this succession. For this purpose, the methodology used was the deductive method, and how the methods of procedure and legal-exegetical monograph, aided by the technical literature based on the analysis of doctrine, laws, legal articles, and documents, through laws, rulings, judgments, delimited to the subject material in order to identify whether or not there is the inheritance rights of the child by artificial insemination occurred post mortem. In the end, as a result, it is clear recognition of the hereditary rights of the children coming from the homologous artificial fertilization post mortem, although contrary understandings, as guaranteed in the Constitution is the legal equality among all children, the child's best interests and dignity of the human person. We also conclude the need for legislation that regulates the use of assisted human reproduction techniques, especially that dealing with children coming from the artificial insemination after the death of his parent.

Keywords: Assisted Human Reproduction. Succession right. Post mortem artificial insemination.

LISTA DE ABREVIATURAS

RA- Reprodução Assistida

IAC- Inseminação Artificial Intraconjugal

BEMFAM- Sociedade Civil do Bem Estar Familiar

PMI- Programa de Saúde Materna e Infantil

PAISM- Programa de Assistência Integral da Saúde da Mulher

PNAISM- Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher

ESF- Estratégia Saúde da Família

OMS- Organização Mundial de Saúde

CF- Constituição Federal

CC- Código Civil

STF- Supremo Tribunal Federal

EUA- Estados Unidos da América

PL- Projeto de Lei

CFM- Conselho Federal de Medicina

DNA- Ácido Desoxirribonucléico

DF- Distrito Federal

STF- Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA	13
2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA	14
2.2 FECUNDAÇÃO INTRACORPÓREA OU <i>IN VIVO</i> E A FECUNDAÇÃO EXTRACORPÓREA OU <i>IN VITRO</i>	15
2.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL	17
2.3.1 Inseminação artificial homóloga	19
2.3.2 Inseminação artificial heteróloga	20
2.4 MÃES DE SUBSTITUIÇÃO	22
3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR	24
3.1 O PLANEJAMENTO DA FAMÍLIA BRASILEIRA	24
3.2 A REGULAMENTAÇÃO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL	27
3.2.1 Na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.263/96	28
3.2.2 No Código Civil de 2002	29
3.2.3 Na atual lei de biossegurança (Lei nº 11.105/05)	31
3.2.4 Na Resolução Normativa nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina	32
4 A PERSONALIDADE JURÍDICA	34
4.1 CONCEITO DE PESSOA NATURAL	35
4.2 O SURGIMENTO DA PESSOA NATURAL: AS TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE	36
4.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	43
5 O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO E O DIREITO À HERANÇA DOS CONCEBIDOS <i>POST MORTEM</i>	47
5.1 A PERSONALIDADE CIVIL ENQUANTO PRESSUSPOSTO PARA HERDAR ...	49
5.2 O INSTITUTO DO FIDEICOMISSO E A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA	51
5.3 O DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONCEBIDOS APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA NA SUCESSÃO LEGÍTIMA	53
6. CONCLUSÃO	60
REFERÊNCIAS	62

1 INTRODUÇÃO

Diante das grandes evoluções da ciência, em especial da descoberta da criopreservação dos sêmens e graças aos avanços da biotecnologia, a vida do ser humano, que há pouco tempo advinha apenas da forma natural, agora também se verifica artificialmente. As tentativas de realizar procedimentos de reprodução medicamente assistida foram iniciadas no final do século XVIII. Desde 1978 estes procedimentos ganharam popularidade com o nascimento do primeiro bebê gerado *in vitro*. Assim, a ousadia de conceber um ser humano de forma diversa do natural é palco de grandes dilemas e decisões de natureza ética, moral e religiosa. Sendo a reprodução humana assistida, uma realidade de nosso cotidiano com inúmeras técnicas amplamente divulgadas e concretizadas.

O presente trabalho abordará a questão da inseminação *post mortem* (pós morte), que trata mais especificamente da possibilidade da inseminação artificial ser realizada após a morte do doador do material genético, neste caso marido ou companheiro da receptora do sêmen. A questão primordial é analisar a questão da existência dos direitos sucessórios dos concebidos por fecundação homóloga póstuma, averiguando se o filho vivo ou já concebido terá os mesmos direitos do filho que ainda vai nascer pelas técnicas de reprodução assistida após a morte do genitor.

A importância jurídica é evidente, haja vista a idéia de que o Direito deve acompanhar de modo mais pleno possível as transformações sociais. Neste passo, verifica-se que o tema é tratado de forma superficial no Código Civil em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V, na Lei de Biossegurança (11.105/05) e na Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, contudo esses regramentos existentes não são capazes de sanar os questionamentos acerca desta matéria, já que não há lei para disciplinar este assunto

Em decorrência disso, o objetivo do presente estudo é analisar as consequências jurídicas que envolvem a fecundação póstuma, principalmente no âmbito sucessório, trazendo possíveis soluções para a problemática, uma vez que não existem normas jurídicas que englobem essa situação.

Como meio de alcançar os objetivos propostos pelo presente trabalho, recorre-se ao método dedutivo, uma vez que a pesquisa partiu de uma premissa geral para um caso específico.

O método de procedimento será o monográfico, pois obedecerá a metodologia escolhida e o exegético-jurídico que se refere à interpretação de vários textos, leis,

jurisprudências para alcançar o verdadeiro sentido dos mesmos e compreender a temática também, realizando também uma análise da legislação pertinente ao tema em estudo.

A Técnica de Pesquisa abordada será a documentação indireta que se subdivide em pesquisa documental e bibliográfica. A diferença entre as referidas pesquisas fundamenta-se na natureza das fontes e no seu tratamento. A pesquisa documental utiliza de documentos (leis, sentenças, acórdãos, pareceres, portarias, etc.) que podem ser encontradas em arquivos (públicos ou particulares), bibliotecas, sites da internet, etc.; enquanto que na pesquisa bibliográfica utiliza-se de livros, artigos e outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais), outras pesquisas podem ser encontradas em bibliotecas, *sites da internet*, etc.

Para uma melhor abordagem do tema, a presente monografia será separada em quatro partes, que abordarão os seguintes conteúdos: no primeiro capítulo fará uma análise sobre os aspectos gerais da reprodução medicamente assistida, fazendo uma breve explanação sobre os conceitos, distinções e particularidades da reprodução humana artificial. Discorrer-se-á também sobre as técnicas de reprodução humana assistidas. No segundo capítulo, primeiramente será dedicado a falar sobre o planejamento familiar da família brasileira, sobre a evolução histórica, seu reconhecimento como direito fundamental e sobre a concretização do planejamento familiar através das técnicas de reprodução assistida. E em seguida, falar-se-á sobre a regulamentação do planejamento familiar no Brasil, como é tratado na Constituição Federal, no Código Civil, na Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina e na Lei de Biossegurança (11.105/05).

No terceiro capítulo, versará sobre a personalidade jurídica, seu surgimento, as teorias sobre o início da personalidade, com a finalidade de esclarecer a posição do nascituro no ordenamento jurídico, bem como tratará sobre os direitos da personalidade, a fim de analisar também quais direitos são resguardados aos nascituros. No quarto e último capítulo, será feita uma prévia explanação sobre o direito sucessório e as espécies de sucessões no ordenamento jurídico brasileiro. Abordar-se-á ainda sobre a personalidade enquanto pressuposto para herdar, o instituto do fideicomisso e a substituição fideicomissária, e por fim tratar-se-á detalhadamente sobre o direito sucessório dos concebidos após a morte do autor da herança, esclarecendo o que é fecundação artificial póstuma, apontando os posicionamentos doutrinários, a respeito do uso deste método de concepção, bem como analisando a existência ou não dos direitos sucessórios.

2 A REPRODUÇÃO HUMANA MEDICAMENTE ASSISTIDA

Desde a Antiguidade, um dos pilares do Direito é a família, e mesmo com a evolução científica, provocando profundas alterações na estrutura familiar e inovando nas espécies de família, a reprodução sempre foi um desejo inalterável, não sendo alvo de mudanças ao longo do tempo, sendo essencial para a vida, já que o ciclo natural é composto pelo nascimento, reprodução e morte, garantindo com isso a perpetuação de toda a espécie e a conservação da vida na terra.

De acordo com Aldrovandi e França (2002, p.35), entende-se por Reprodução Humana Assistida "a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problema de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou a paternidade".

Antigamente, a esterilidade era considerada como um fator negativo, ora maldição atribuída à cólera dos antepassados, ora à influência das bruxas, ora aos desígnios divinos, conforme Spisanti (1990, p. 92) dizia que "existem homens e mulheres dispostos a tudo, contudo que remedeiem a trágica incapacidade de gerar". A mulher estéril era vista como um ser maldito que precisava ser eliminada do convívio social. Em posição oposta, a fecundidade era olhada com imensa benevolência. A chegada dos filhos sempre foi vinculada as noções de fortuna, riqueza, prazer, alegria, fartura, privilégio e dádiva divina. Faz parte da mentalidade humana, desde suas mais distantes origens, contraporem as noções de fecundidade e esterilidade, atribuindo a cada uma delas valores que necessariamente se contrapõem. Assim, a fecundidade está vinculada a noção de bem; à esterilidade, a noção de mal.

A incapacidade de procriar tem ensejado muitas crises conjugais e preconceitos sociais, além de constituir para muitos uma prolongada crise na vida, conforme esclarece Machado (2008, p. 23), que "a virilidade do homem e a realização do ser feminino ainda é associada ao êxito na concepção de filhos, fazendo com que a frustração na aspiração de procriar extrapole o âmbito da intimidade do casal, repercutindo no meio social".

No mundo jurídico tem-se o conhecimento que não existe diferença entre esterilidade e infertilidade, empregando estes termos para indicar a impossibilidade de procriação através dos métodos naturais. Assim, é de suma importância fazer a distinção entre esterilidade e infertilidade, uma vez que se afirmar ser um casal estéril (esterilidade) quando a capacidade natural de gerar filhos é nula, derivando de situações irreversíveis em que a concepção somente se torna possível artificialmente (Exemplo: a mulher tem obstrução das

duas trompas; o marido não possui espermatozóides na ejaculação). Já os casais inférteis (infertilidade) têm apenas uma diminuição da chance da gravidez, podendo ser revertido através das técnicas terapêuticas (Por exemplo: mulheres com endometriose; homens com diminuição do número e mobilidade dos espermatozóides).

Como bem conceitua Krel (2006, p.43):

A reprodução assistida constitui um remédio terapêutico para combater o mal da infertilidade humana e, assim, realizam o postulado de se fazer o bem aos seres humanos; elas podem ser utilizadas desde que exista a probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave à saúde para o paciente ou possível descendente, consagrando o princípio da beneficência e não da maleficência.

Contudo, estas técnicas que são normalmente utilizadas em casais inférteis, podem também ser utilizadas em casais portadores do vírus da imunodeficiência humana (VIH positivo), ou do vírus da hepatite B ou C. Outras indicações são casais com elevado risco de transmissão de doença genética (por exemplo, polineuropatia amiloidótica familiar ou ainda trissomia 21).

Dias (2006, p. 302), comentando sobre a reprodução assistida enfatiza que a mesma “permite a geração da vida, independentemente do ato sexual, por método artificial, científico ou técnico”.

2.1 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO MEDICAMENTE ASSISTIDA

As novas tecnologias reprodutivas, provenientes do acelerado avanço da medicina e, mais precisamente, dos estudos genéticos, possibilitam a inúmeros casais, como também as mulheres solteiras e viúvas, a realização do sonho da maternidade pelas vias naturais, os quais, anteriormente, por serem considerados inférteis pela medicina, somente poderiam fazê-lo por meio da adoção.

Atualmente, os problemas de esterilidade têm sido ultrapassados, afastando as conseqüências nefastas que atingem o sujeito dessa incapacidade, graças aos novos métodos e essas novas técnicas terapêuticas e de intervenção médica que vem ganhando grande espaço na sociedade, pois as clínicas especializadas em reprodução humana assistida tem tido cada vez mais notoriedade.

Sendo assim, as técnicas mais conhecidas e utilizadas de R.A. são a fecundação *in vitro*, a inseminação artificial e a chamada “mães de substituição”, mais conhecida como “barriga de aluguel”.

Aldrovandi e França (2002, p.35), afirmam que "a depender da técnica aplicada, a fecundação poderá ocorrer *in vivo* ou *in vitro*". A primeira, denominada inseminação artificial *in vivo*, trata-se daquela em que o espermatozóide é introduzido através de uma sonda no aparelho reprodutor feminino. No caso da fecundação *in vitro*, onde ocorre a fecundação em laboratório, sendo juntado o espermatozóide ao óvulo em um tubo de proveta (razão da expressão bebê de proveta), transplantando-se depois o(s) embrião (embriões) no útero da futura mãe. E concluem ensinando que a depender da origem dos gametas, a inseminação ou fecundação pode ser homóloga ou heteróloga. Será homóloga quando o material genético pertence ao casal interessado e utilizado quando este casal possui fertilidade, mas não obtém a fecundação através do ato sexual. Será heteróloga quando o espermatozóide ou óvulo utilizado provier de um doador estranho ao casal. Esta é utilizada quando o casal não consegue colher o seu próprio material para realizar a fertilização.

Reforçando este entendimento Pinotti (1996, p.253) diz que:

É uma técnica de reprodução assistida, na qual ocorre a obtenção de gestação sem haver coito, realizada através da colocação exclusiva do sêmen dentro do organismo feminino.
Classificadamente dividida em homóloga e heteróloga.

Assim sendo, é de suma importância analisar as técnicas de reprodução assistidas, já que cada modalidade existente implica em diferentes efeitos éticos, jurídicos, morais e religiosos.

2.2 FECUNDAÇÃO INTRACORPÓREA OU *IN VIVO* E A FECUNDAÇÃO EXTRACORPÓREA OU *IN VITRO*

Define-se como fertilização intracorpórea a técnica pela qual se obtém a fecundação artificialmente dentro da cavidade uterina, mediante processo mecânico e intervenção médica, com a introdução dos gametas masculinos dentro da vagina, em volta do colo, dentro do colo, dentro do útero, ou dentro do abdômen.

Esta técnica que recolhe o sêmen e em seguida são inseridos diretamente na vagina da mulher, através de um cateter ou instrumentos semelhantes, inicialmente foi utilizada visando contornar a infertilidade do homem, por exemplo, a impotência na relação sexual, a infertilidade de origem psicogênica, ou de deficiências físicas, como a má formação congênita do aparelho genital externo, onde neste caso impede a ejaculação e conseqüentemente a concepção.

Já a Inseminação Artificial *in vitro*, consiste no encontro do óvulo e os espermatozoides fora do organismo feminino em placa de cultura ou tubo de ensaio no qual é reproduzido o ambiente das tubas uterinas, e depois de um a três dias após este encontro, o embrião produzido é introduzido no útero dessa mesma mulher para que ali possam se desenvolver.

Verifica-se que a fecundação *in vitro*, se dá mediante a aspiração dos óvulos, procedendo-se a uma seleção na qualidade e quantidade daqueles que estiverem maduros para os fins da fecundação.

Segundo Fernandes (2005, p.33) a fecundação *in vitro*:

Constituí-se por uma forma de reprodução em laboratório, a fertilização *in vitro*, é uma técnica de reprodução artificial, num tubo de ensaio, o ambiente das tubas uterinas, local adequado para a fertilização natural, prosseguindo até a transferência do embrião para o útero da mãe.

A fertilização extracorpórea tende a combater principalmente a infertilidade feminina, esta técnica apenas disfarça as conseqüências do problema biológico já que não existe um tratamento, uma cura para a infertilidade. Conforme Silva (2002, p.60):

Ainda que empregada em cerca de 15% das causas de origem masculina, a técnica visa a contornar, com mais freqüência, a infertilidade de origem feminina: “um obstáculo que impede o encontro dos gametas masculinos e femininos (infertilidade tubéria) ou, mais raramente, a destruição dos espermatozoides no organismo da mulher (infertilidade imunológica).

Explicando o procedimento da fertilização *in vitro* Sá (2002, p. 288) diz que:

Inicia-se com a estimulação ovariana, objetivando a obtenção de um maior número de óvulos aptos a fecundação. Posteriormente, realiza-se a coleta destes óvulos através de uma punção no ovário, utilizando uma agulha guiada por ultra-sonografia. Por fim, o óvulo é preparado laboratorialmente e colocado num recipiente em meio de cultura.

Os espermatozoides também são colhidos, preparados e selecionados em laboratório, sendo, posteriormente, também armazenados em meio de cultura.

Finalmente, os óvulos e espermatozóides são colocados em contato num mesmo recipiente, cujo o meio de cultura reproduz artificialmente o ambiente nas tubas uterinas. Neste recipiente se espera que ocorra a fusão de gametas, originando o embrião que será posteriormente transferido para o útero, na qual buscará fixar-se e desenvolver a gestação.

A Resolução n. 1.358, de 11 de novembro de 1992, do Conselho Federal de Medicina, prevê que o número ideal de embriões a serem implantados em uma mulher não seja superior a quatro, pois quanto maior o número de embriões implantados, maior a probabilidade de a mulher engravidar e também vir a ter uma gestação múltipla de gêmeos, a chamada multiparidade, que oferece mais riscos às mães e aos bebês.

A fecundação *in vitro* é uma das técnicas de reprodução humana assistida mais utilizada, contudo também tem alta complexidade e conseqüentemente possui um custo financeiro mais elevado em relação às outras, custando em torno de R\$ 10 a R\$ 12 mil com chances de 30 a 45% de sucesso a depender da idade e os planos de saúde ainda não cobrem esses procedimentos. (CALDAS, 2011)

2.3 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

Na Idade Média têm-se os primeiros relatos de inseminação artificial bem sucedida em humanos, feita pelo médico Arnaud de Villeneuve, que inseminou a esposa de Henrique IV da Castela (LEITE, 1995, p.31). Antes disto, havia experiências nesta área somente em animais. Ressalta-se que na década de setenta nasceram os primeiros bebês de proveta do mundo, concebidos através da fertilização *in vitro*.

No Brasil, a primeira criança assim gerada foi Ana Paula Caldeira, uma curitibana nascida em sete de outubro de 1984, segundo Carrasqueira (1999). Contudo, somente em 1.992, foi elaborada pelo Conselho Federal de Medicina uma norma para regulamentar a reprodução assistida. Em 11 de novembro daquele ano, foi editada a Resolução 1.358/92, que estabelecia os critérios a serem observados, dentre eles, o limite máximo de quatro embriões a serem implantados na fertilização artificial; a proibição da escolha do sexo do bebê, excepcionalmente permitida nos casos de doenças hereditárias; a obrigatoriedade do consentimento para os procedimentos dos pacientes e de doação de gametas, garantido o anonimato dos doadores; além da proibição da vinculação comercial ou lucrativa, em caso de gestação de substituição (casos usualmente conhecidos como “barrigas de aluguel”).

O vocábulo Inseminação originou-se do latim *inseminatio*, de *in*, que significa dentro e *sēmen*, que significa semente.

Diniz (2007, p. 501-502), assim conceitua inseminação artificial:

Ter-se-á inseminação artificial quando casal não puder procriar, por haver obstáculo à ascensão dos elementos fertilizantes pelo ato sexual, como esterilidade, deficiência na ejaculação, malformação congênita, pseudo hermafroditismo, escassez de espermatozoides, obstrução do colo uterino, doença hereditária etc.

A palavra “inseminação artificial”, “concepção artificial”, “fertilização artificial”, além de outras definições utilizadas, são utilizadas como expressões sinônimas, ou seja, todas são utilizadas com o mesmo fim.

Conforme esclarece Machado (2003, p. 31-32):

Inseminação artificial também é denominada “concepção artificial”, “fertilização artificial”, “fecundação” ou “fertilização assistida”, além de outras denominações utilizadas, consiste no espermatozoide, sem a ocorrência do coito. Constitui-se, portanto, na prática, do conjunto de técnicas, que objetivam provocar a geração de um ser humano, através de outros meios que não o do relacionamento sexual.

Na mesma posição Silva (2002, p. 1.408) diz que “fecundação e inseminação, ou meios artificiais, são utilizados como expressões sinônimas”, apesar de terem origens distintas.

Atualmente essa técnica é uma das mais utilizadas, por ser uma das mais simples de se aplicar.

Leite (1995, p. 153), procurando conceituar e identificar inseminação artificial diz que é a “introdução do espermatozoide na vagina ou no útero de uma mulher por meios que não a relação sexual”. A referida técnica é usada naqueles casos em que o homem não é de todo estéril, sendo indicada nos casos de hipofertilidade, problemas ocorridos no momento do ato sexual e esterilidade advinda de seqüelas de tratamentos esterilizantes.

O procedimento se dá com o congelamento do sēmen colhido em solução de azoto líquido, e é retirada uma amostra para a análise laboratorial, onde são verificadas as características físicas e morfológicas, como a motilidade (velocidade no deslocamento), percentual de vivos, movimentos progressivos, percentual de defeitos morfológicos, entre outros. Após a análise, o sēmen pode ser introduzido na cavidade uterina ou no canal cervical através de uma cânula, no período em que o óvulo encontra-se maduro para ser fecundado (MEIRELLES, 2000, p.18).

2.3.1 Inseminação artificial homóloga

A inseminação artificial homóloga, quanto à filiação, não gera maiores problemas, visto que não altera as estruturas jurídicas existentes, na medida em que a paternidade biológica coincide com a legal, pois o material genético utilizado no procedimento é fornecido pelo próprio casal que se submete à reprodução assistida e que ficará com a criança. Portanto, haverá uma conciliação entre a filiação biológica e a afetiva. Contudo se houver alguma dúvida quanto à filiação, esta poderá ser solucionada através do exame de DNA.

Conforme preceitua Cantuária (2001, p. 52), é aquela em que o parentesco é cognatício, ou seja, parentesco que se transmite pelo sangue, não trazendo maiores discussões no âmbito do direito. Mesmo porque, por ocorrer com a utilização dos gametas do próprio casal que se utiliza da técnica como opção para gerar filhos, a filiação “será sempre natural, sangüínea”.

A inseminação artificial homóloga, também conhecida como Inseminação Artificial Intraconjugal (IAC), resulta do uso dos gametas do casal vinculados pelo matrimônio nos termos da lei ou em união estável, ou seja, a inseminação artificial homóloga é aquela utilizada para a obtenção de uma concepção humana a partir dos gametas do próprio casal.

Para Leite (1995, p.32), se diz homóloga, ou auto-inseminação, a inseminação artificial quando realizada com sêmen proveniente do próprio marido.

A técnica de inseminação artificial homóloga consiste em ser a mulher inseminada com o esperma do marido ou companheiro, previamente colhido através da masturbação. O líquido seminal é injetado pelo médico, na cavidade uterina ou no canal cervical da mulher, na época em que o óvulo se encontra apto a ser utilizado. Entre as indicações para a inseminação artificial homóloga, destacam-se: a incompatibilidade ou a hostilidade do muco cervical; a oligospermia, quando é baixo o número ou reduzida a motilidade dos espermatozoides; e a retrojaculação, quando, embora a taxa de espermatozoides seja normal, eles ficam retidos na bexiga.

De acordo com Machado (2008, p.30), trata-se da mais antiga técnica de fertilização e caracteriza-se pela colocação do esperma na vagina, no colo do útero ou no próprio útero da mulher. Também é indicado quando a mulher possui alterações orgânicas, tais como: esterilidade cervical, vaginismo, malformação do aparelho genital. O uso dessa

modalidade de inseminação é conveniente nos casos em que o homem apresenta impedimento de ejaculação no local adequado, escassez ou excesso de volume de espermatozóide ou esterilidade decorrente de tratamentos, tais como: vasectomia, cirurgia, radioterapia e quimioterapia, casos em que o sêmen deverá ter sido congelado anteriormente.

Pode-se perceber ainda que esta técnica de fecundação artificial, a qual tem intervenção médica, é utilizada nos casais que possuem obstáculos na fertilização. Dessa forma preceitua Carlin (1998, p.129) que “trata-se de técnica útil ao casal fértil com dificuldades de fecundar naturalmente, que por deficiências, que por perturbações psíquicas.”

2.3.2 Inseminação artificial heteróloga

No que concerne à inseminação artificial heteróloga, o sêmen utilizado é de terceira pessoa, alheia ao relacionamento do casal, que não seja o cônjuge ou companheiro da mulher inseminada.

No entender de Venosa (2005, p. 280):

A inseminação heteróloga é aquela cujo sêmen é de outro doador que não o marido. Aplica-se principalmente nos casos de esterilidade do marido, incompatibilidade do fator Rh, moléstias graves transmissíveis pelo marido, etc. Com frequência, recorre-se aos bancos de esperma, nos quais, em tese, os doadores não são e não devem ser conhecidos.

Assim sendo, esse tipo de inseminação ocorre quando o marido ou companheiro possui esterilidade absoluta, sendo aconselhada principalmente nestes casos de esterilidade masculina, ou mesmo quando apresenta problemas como: ausência de espermatozoides, alteração na produção de espermatozoides, pouca mobilidade dos espermatozoides, entre outros, necessitando assim da ajuda de terceira pessoa.

Segundo a visão de Fernandes (2000, p.58):

Por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga “*a matre*”, quando o gameta doador for o feminino, “*a patre*”, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores.

Na inseminação artificial heteróloga pode acontecer quando a contribuição de material genético de terceiro, com a doação do sêmen, ou seja, gametas masculinos e estes são inseridos no útero da mulher ou quando são doados os gametas femininos ou ainda quando é doado o embrião, e neste caso nem o óvulo nem o sêmen, são do casal, ocorrendo apenas à vinculação afetiva, ou seja, o casal não pode contribuir com qualquer material fecundante.

Podendo acontecer também com a doação de óvulo, onde a criança nasce após a fecundação *in vitro* pelo esperma do marido em um óvulo doado, e implantado no útero de pessoa estranha ao casal, técnica conhecida popularmente como barriga de aluguel.

Na inseminação heteróloga, a maior parte dos doadores de sêmen que são utilizados é proveniente de banco de sêmen, depósito de gametas doados por terceiros que ficam armazenados até a espera de interessados para o procedimento. Neste tipo de inseminação ao doador do material genético a ser utilizado é garantido o sigilo, não sendo divulgado nem mesmo aos receptores do material genético, não sendo permitido também nenhum fim lucrativo e comercial para este tipo de doação, conforme assevera Fernandes (2005, p.30):

O esperma do doador fértil, geralmente, armazenado em banco de sêmen, passa por uma seleção periódica para verificação de sua qualidade; o anonimato da identidade do doador é sempre preservado, havendo identificação de seu porte físico, bem como de suas características morfológicas, tais com: grupo sanguíneo, cor da pele, dos cabelos e dos olhos. Esse tipo de inseminação só pode ser utilizado como último recurso do geneticista para tratar da infertilidade. Se após 4 anos de tentativas terapêuticas intraconjugais, a concepção não ocorre, a infertilidade pode ser considerada irreversível e, então, esse tipo de inseminação poderá ser proposto.

Outro ponto importante é que na inseminação artificial heteróloga, deve-se haver uma seleção de doadores, para escolher o que possua mais semelhanças com os pais biológicos, como por exemplo, a cor da pele, a cor dos olhos, a cor dos cabelos e etc. Segundo entendimento de Nakamura (1984, p.44):

A inseminação artificial heteróloga, isto é, aquele que é realizada com o sêmen de outra pessoa que não o marido (chamado de doador), é a que mais cuidados exige da parte do médico, visto que deverão ser respeitadas constantes físicas e genéticas do marido (aspecto, raça, cor de olhos, cabelos, tipo sanguíneo, fator RH, ausência de taras hereditárias).

A inseminação heteróloga, ao contrário da homóloga, apresenta grandes conseqüências jurídicas, como a paternidade legal não coincidir com a paternidade biológica gerando a filiação socioafetiva, porque geneticamente a criança gerada não possuirá nenhum

traço da pessoa que o registrará e este marido que consentiu e teve conhecimento prévio que sua mulher foi inseminada com a utilização de material genético de terceiro, não pode, futuramente, impugnar a paternidade, conforme afirma Veloso (1997, p. 151), para quem “seria antijurídico, injusto, além de imoral e torpe, que o marido pudesse desdizer-se e por sua vontade, ao seu arbítrio, desfazer um vínculo tão significativo, para o qual aderiu, consciente e voluntariamente.”

2.4 MÃES DE SUBSTITUIÇÃO

Como modo de aplicação das técnicas de reprodução humana assistidas tem-se as mães de substituição, coloquialmente conhecidas como “barriga de aluguel”. No entanto, tal denominação é imprópria no direito brasileiro, pois faz pressupor erroneamente que esta técnica implica no pagamento, na remuneração, o que é vedado pelo ordenamento jurídico nacional.

Além da expressão mães de substituição, também são utilizadas outras denominações como “gestação de substituição”, “mãe de empréstimo”, “maternidade de substituição”, “gestação por outrem”, “cessão de útero”, “mãe hospedeira”, “mãe suporte”, “maternidade por sub-rogação”, “mãe portadora”, “mãe por procuração”, “mãe interina”, “mãe de aluguel”, “mãe por comissão”, entre outras.

Conforme Leite (1995, p. 28), “esta técnica consiste em apelar a uma terceira pessoa para assegurar a gestação quando o estado do útero não permite o desenvolvimento normal do óvulo fecundado ou quando a gravidez representa um risco para a mãe”.

No mesmo entendimento Gonçalves (2009, p.23) diz que:

Tal prática consiste na transposição da gestação da ‘doadora’, ou seja, do material genético desta para outra mulher cuja tarefa cinge-se ao desenvolvimento do embrião em seu ventre, propiciando a superação de problemas como ausência, malformação ou anomalias uterinas.

Fernandes (2000, p.120) cita as várias possibilidades que podem ocorrer nesta técnica:

Na primeira, a ‘mãe portadora’ limita-se a emprestar o seu útero para que uma criança seja gestada utilizando o potencial genético dos pais que serão os pais

socioafetivos da criança gerada. Na segunda, a 'mãe gestacional', além de gestar, empresta seu material genético para ser fecundado com o sêmen do esposo da futura mãe socioafetiva. Na terceira variante, a 'mãe gestacional' gesta embriões ou gametas obtidos de terceiros doadores para aqueles que serão os pais socioafetivos. Na opção seguinte, a 'mãe gestacional' gesta um embrião obtido com a fecundação do sêmen do homem que será o pai socioafetivo da criança e de um óvulo doado. E, por fim, tem-se a gestação sub-rogada de um óvulo da mãe que será a mãe socioafetiva com o sêmen de um terceiro doador.

Contudo, a Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina informa que a gestação de substituição deve ocorrer nos casos em que exista problema médico que impeça ou contra-indique a gestação da doadora genética, e que admite a técnica da mãe de substituição desde que as doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até segundo grau. Havendo ausência de parentes de segundo grau os demais casos devem ser apreciados e decididos pelo Conselho Regional de Medicina, sendo vedado o caráter comercial ou lucrativo da gestação de substituição, conforme aduz Venosa (2005, p. 263) que “a fecundação em ventre alheio somente deve ser admitida em *ultima ratio*, por motivos de solidariedade e de afeto, da mesma forma que a adoção de esperma”.

3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR

Os direitos reprodutivos passaram por uma grande revolução que foi marcada, em termos legais e culturais, pela secularização da sexualidade, libertando-a de regras religiosas bem como de ordem moral, assim o cenário mundial passou por inúmeros movimentos, principalmente feministas, levando estes direitos a serem reconhecidos nos tratados e documentos internacionais. Sendo então tratado na Constituição Federal de 1988 como Direito Fundamental.

Assim sendo, a partir dos anos 60, as mulheres brasileiras vinham iniciando a ruptura com o clássico e exclusivo papel social que lhes era atribuído pela maternidade, introduzindo-se no mercado de trabalho e ampliando suas aspirações de cidadania. Controlar a fecundidade e praticar a anticoncepção passaram a ser aspirações, assim como a vivência plena da sexualidade, desvinculando a maternidade do desejo e da vida sexual. Implicando a necessidade de políticas que permitissem o acesso aos métodos contraceptivos. (COSTA, 2004).

Deste modo, os programas que anunciaram e viabilizaram o uso dos métodos de concepção e contracepção com a ajuda médica foram o BEMFAM (Sociedade Civil do Bem Estar Familiar) e o (PMI) Programa de Saúde Materna e Infantil.

3.1 O PLANEJAMENTO DA FAMÍLIA BRASILEIRA

No Brasil, o tema planejamento familiar sempre suscitou polêmicas. As lutas em prol da saúde reprodutiva encontraram fortes barreiras até o final dos anos 70, destacando-se o Estado autoritário, que não atendia às necessidades básicas da maioria da população; a hegemonia biomédica na elaboração de representações sobre o corpo feminino; o limitado lugar social ocupado pela mulher; e os programas verticais de planejamento familiar. As feministas enfrentaram a ordem médica e os "planejadores familiares" numa relação conflituosa, quando das reivindicações de seus direitos sexuais e reprodutivos. Os conflitos aconteciam porque os Organismos Internacionais influenciados pela idéia de que quanto maior o número de filhos, maior a miséria, visavam ao controle de natalidade, contudo sem nenhuma participação feminina.

Com a transição democrática vivida no país na década de 80, as mulheres passaram a conquistar certos direitos relacionados às suas escolhas no campo do planejamento familiar. Tais conquistas deveram-se à democratização da educação para a saúde e a outras medidas que iam além da esfera biomédica, abrangendo a perspectiva da promoção da saúde e da participação dos indivíduos na corresponsabilidade pelo seu processo de saúde-doença. (TYRREL, 1995, p. 20)

Em 1983, essa reivindicação feminista foi atendida oficialmente através do Programa de Assistência Integral da Saúde da Mulher (PAISM), em seu sub-programa planejamento familiar, que trouxe e disseminou informações sobre saúde reprodutiva, ampliando o acesso da população aos meios de contracepção, enfocando a livre escolha. Este tem como pressuposto básico o reconhecimento de que "todas as pessoas têm o direito à livre escolha dos padrões de reprodução que lhes convenham como indivíduos ou casais" (BRASIL, 1987).

A Constituição Federal e a Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, garantiram esses aspectos, definindo o planejamento familiar como responsabilidade do Estado proporcionando condições para que homens e mulheres tenham acesso a informações, à assistência especializada e ao acesso aos métodos para a regulação da sua fecundidade, podendo escolher em ter ou não ter, o número, o espaço entre eles e a escolha do método anticoncepcional que se mostre mais adequado.

Essa conquista se mantém na atual Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM) que tem como objetivo principal reduzir a mortalidade materna e perinatal por causas preveníveis e evitáveis, além de contribuir para a implementação de ações que contribuam para a garantia dos direitos humanos das mulheres. (BRASIL, 2004)

A assistência ao planejamento familiar no país atualmente é oferecida predominantemente pelas equipes da Estratégia Saúde da Família (ESF), implantadas em 1994. A ESF é desenvolvida por uma equipe multiprofissional, com a proposta de se estabelecer um vínculo entre os profissionais e a comunidade e de valorização e incentivo à participação comunitária.

A criação da ESF e a do planejamento familiar como partes de suas ações demonstram que a saúde da família é uma das prioridades para a saúde pública, o que revela ser um indicativo de que o governo compreende a importância da família como sistema.

Apesar do foco sobre a família nas políticas de saúde pública, algumas lacunas têm sido observadas. Segundo Carvalho e Brito (2005), o planejamento familiar apresenta restrições para as classes menos favorecidas.

Estudo do Banco Mundial e citado pela OMS, em 1994, concluiu que ainda existem problemas graves na saúde reprodutiva da mulher brasileira: "informação e escolha de anticoncepcionais extremamente limitadas, altas taxas de aborto de risco, altas taxas de câncer de colo de útero, grande número de mulheres com quase nenhuma atenção pré-natal; a taxa mais alta do mundo de nascimento por cesariana, e um risco crescente de bem-estar de mulheres e homens, devido a doenças sexualmente transmissíveis e outras infecções do trato reprodutivo" (OMS, 1994).

No Brasil, a limitação do acesso à informação e à diversidade de métodos contraceptivos faz com que a laqueadura predomine como o método de escolha após um ou dois filhos, muitas vezes realizada em idades precoces e forçadas por cesáreas, das quais, mais da metade são desnecessárias (OMS, 1994).

De acordo com Carvalho e Brito (2005) estudo do planejamento familiar tem sido tema de uma ampla discussão que envolve diversas áreas, especialmente a política, a economia e a psicossocial. Atualmente, as discussões sobre a temática são bastantes cautelosas, retirando o foco da dicotomia controle *versus* não controle, que é reconhecida como desgastada.

Segundo Santos e Freitas (2011) o planejamento familiar tem como principais eixos de ação: foco exclusivo na saúde da mulher; sustentabilidade intuitiva, que se refere à capacidade da família de relacionar os recursos que possui e o número ideal de filhos; desconsideração das características da unidade familiar; processo passivo e com método de ensino-aprendizagem frágil. Para lidar com tais fragilidades, é necessária uma reestruturação da atuação do planejamento familiar.

O planejamento familiar pode agir de forma positiva (concepção) e negativa (contracepção) devendo intervir na saúde da família, não considerando apenas a mulher, devendo considerar o homem também apesar de seu envolvimento ser bastante reduzido. O planejamento familiar deve estar fundamentado na perspectiva do desenvolvimento, permitindo que a família faça sua própria avaliação, elabore seu plano e gerencie de forma sustentável o crescimento dos membros.

Contudo, o planejamento familiar está limitado à escolha do número de filhos. Entretanto, outros aspectos precisam estar presentes no planejamento familiar, como o planejamento dos cuidados com a saúde, do orçamento, da educação, dos aspectos afetivos, os aspectos legais direcionados para a constituição da família.

Segundo Santos e Freitas (2011) o impacto de intervenções bem-sucedidas nas famílias poderá contribuir para o desenvolvimento social. Dessa forma, a família será um

empreendimento de seus membros, e os filhos são investimentos de longo prazo. Essa analogia é uma tentativa de alertar o trabalho desenvolvido com as famílias. Estas representam a principal parcela da população que não apresenta resultados efetivos com o planejamento familiar utilizado na saúde pública.

Como já foi dito acima, o planejamento familiar foi tratado como direito fundamental e como tal é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana, da paternidade responsável e da livre decisão do casal, e também da solidariedade prevista no art. 3º da CF/88 que “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

O planejamento familiar também veio regulado no CC/02, em seu artigo 1.565, § 2º que diz: “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”.

O planejamento familiar veio abordado na Lei 9.263/96, sendo composta de três capítulos, o planejamento familiar; dos crimes e penalidades; e disposições finais. Em seu art.1º, esta lei estabelece que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, sendo incluída assim, as pessoas casadas, que convivem em união estável e também os solteiros, assim a família monoparental também foi incluída. Assevera ainda, que as instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde obrigam-se a garantir a assistência à concepção e contracepção, em seu artigo 3º parágrafo único. Por fim, diz ainda em seu art. 9º: “Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos garantida a liberdade de opção”.

3.2 A REGULAMENTAÇÃO DO PLANEJAMENTO FAMILIAR NO BRASIL

Apesar de a reprodução humana assistida ser livremente exercida, procurada e consentida no Brasil, à matéria ainda não é disciplinada, não existindo legislação específica sobre este assunto, gerando com isso conflitos na seara jurídica.

Deste modo, a Constituição Federal em seu artigo 226, § 7º, trata do direito ao livre planejamento familiar, sendo tratado ainda na lei n.º 9.263/96 que o conceitua como o “conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”, contribuindo assim a reprodução humana

assistida ao direito de procriação e ao planejamento familiar, já que permite as pessoas com problemas de infertilidade a possibilidade de gerarem filhos.

Ainda de forma superficial este assunto é tratado no Código Civil em seu artigo 1.597, incisos III, IV e V, na Lei de Biossegurança (11.105/05) e na Resolução n. 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina, contudo esses regramentos existentes não capazes de sanar os questionamentos acerca desta matéria, já que não há lei para disciplinar este assunto.

3.2.1 Na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 9.263/96

A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, alterou de forma profunda o Direito de Família, segundo Farias, (2006, p. 20):

A visão do Direito de Família, sustentada pelos artigos 226 a 230 da Constituição Federal de 1988, bem como pelos princípios deles decorrentes: da pluralidade de núcleos familiares; da igualdade entre homem e mulher, conferindo direitos e obrigações para ambos; da igualdade entre filhos; da facilitação da dissolução do casamento; da paternidade responsável e planejamento familiar – todos derivados do princípio máximo da Dignidade da Pessoa Humana – modificou a concepção que reconhecia a família somente centrada no casamento “para ser compreendida como uma verdadeira teia de solidariedade (entre-ajuda), afeto e ética – valores antes desconhecidos da ciência do Direito”.

Na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 227, § 6º, veio regulamentando a filiação, competindo ao Estado proteção integral aos filhos, e a igualdade entre os filhos, não existindo mais a distinção entre filhos legítimos e ilegítimos:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
§ 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

O planejamento familiar também veio disciplinado na CF/88 em artigo 226, § 7º:

A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 7º - fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, do planejamento familiar e 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 privadas.

Não se limitando a este artigo, existem outras normas e princípios na Constituição que tratam dos direitos sexuais e reprodutivos, como o princípio da igualdade, do direito à procriação, direito à saúde entre outros.

Deste modo, a reprodução humana assistida é utilizada como um instrumento para o planejamento da vida reprodutiva, já que permite a procriação, a escolha do número de filhos e ainda o momento adequado para o nascimento.

A Lei 9.263/96, em seu artigo primeiro diz que o planejamento familiar é direito de todo cidadão, e no seu artigo oitavo que será permitida a realização de experiências com seres humanos no campo da regulação da fecundidade, desde que sejam previamente autorizados, fiscalizados e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

Garantindo também no seu artigo terceiro que o Sistema Único de Saúde viabilize a assistência ao planejamento familiar de forma positiva (concepção) e de forma negativa (contracepção), como também no controle as doenças sexualmente transmissíveis entre outros.

Passaremos a analisar a Reprodução Humana Assistida no Código Civil de 2002, pois já foi examinada na Constituição Federal e na Lei 9.263/96.

3.2.2 No Código Civil de 2002

O atual Código Civil apenas menciona sobre a existência da reprodução humana assistida, reconhecendo legalmente à reprodução assistida homóloga e heteróloga, inclusive, a post mortem e os embriões excedentários.

Assim o artigo estabelece o artigo 1.597 do CC:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento;

III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Contudo o legislador deixou uma lacuna no referido artigo, o que hoje é motivo de muita discussão, já que deixou a desejar maiores explicações, pois, o que realmente se verifica é a ausência de regulamentação jurídica específica, como bem assevera Venosa (2007, p. 256) para quem “o código de 2002 não autoriza e nem regulamenta a reprodução assistida, mas apenas constata a existência da problemática e procura dar solução ao aspecto da paternidade”.

O citado artigo reconhece outras espécies de filiação além daquela decorrente da adoção e da relação sexual, confirmando, a paternidade das pessoas provenientes de técnicas de reprodução medicamente assistida, com apoio não só na identidade genética, mas também na paternidade sócio-afetiva, baseada na afetividade da família.

A primeira técnica a que se refere o artigo 1.597 do CC é para os filhos advindos na constância do casamento, aplicando-se também as hipóteses de união estável, também considerada como entidade familiar, pela fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, neste caso o sêmen do marido encontra-se criopreservado para posterior utilização.

O segundo faz referência aos embriões excedentários, que poderão ser utilizados a qualquer tempo sem perderem o direito à filiação. Os embriões excedentários são aqueles que restaram da utilização da técnica reprodutiva, ou seja, é quando há uma produção de mais embriões do que o necessário, não sendo introduzido no útero da mulher e sendo preservados em uma solução especial a uma baixa temperatura.

A terceira técnica versa sobre a inseminação artificial heteróloga, que é quando é utilizado sêmen de terceiro, normalmente doador anônimo, e não o do marido, para a fecundação do óvulo da mulher, contudo tem que ser previamente autorizado pelo marido.

Contudo, vão surgir questões de grande complexidade, já que o legislador não disciplinou os efeitos da reprodução assistida, o destino dos embriões excedentários, os possíveis direitos do filho nascido após a morte de seu genitor, por exemplo, gerando com isso uma enorme insegurança jurídico-social.

3.2.3 Na atual lei de biossegurança (Lei nº 11.105/05)

Foi publicada a Lei n. 8.974, de 05 de janeiro de 1995, também chamada de Lei de Biossegurança, que estabeleceu normas para o uso das técnicas de engenharia genética, a qual, no seu artigo 13, inciso I, proibiu quaisquer manipulações de células germinativas humanas, inclusive prevendo como crime tal conduta, visando evitar a clonagem humana e a eugenia.

Contudo em 24 de março de 2005, foi sancionada a chamada “Nova Lei de Biossegurança” (Lei 11.105/05), que revogou a Lei nº 8.974/95. Continuou sendo proibida a clonagem humana, mas a referida lei buscou regulamentar em seu art. 5º, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias com embriões excedentes, dos processos de fertilização in vitro, desde que sob algumas condições.

No entanto, tal dispositivo foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, proposta pelo Procurador-Geral da República Cláudio Fonteles, contra a utilização de células-tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, segundo a tese que a vida humana acontece na fecundação.

O Supremo Tribunal Federal, num julgamento histórico, onde foi convocada uma audiência pública, pela primeira vez em quase dois séculos do STF e por maioria, decidiu pela constitucionalidade da lei, permitindo, assim, a pesquisa científica com embriões. Note-se que tal diploma legal contém apenas um artigo que se refere aos procedimentos de reprodução medicamente assistida sem enfrentar o tema.

Assim, a Lei da Biossegurança estabeleceu que só poderão ser utilizados os que estiverem congelados há mais de três anos, assim como também será preciso ter a autorização dos genitores para o uso e de um comitê de ética para a realização do estudo. A lei proíbe expressamente a comercialização de embriões, a engenharia genética e a clonagem, como já elucidado acima.

Nesta lei também ficou instituído que as células-tronco embrionárias só podem ser extraídas até o 14º dia após a fertilização, antes do início do sistema nervoso central ou da existência de qualquer atividade cerebral, teoria esta adotada no Brasil e nos EUA, que definem a morte como ausência das ondas cerebrais, ou seja, a vida só começaria com os primeiros sinais da atividade cerebral. Assim estabelece o artigo 5º da Lei 11.105/05 que:

É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta lei, ou que, já congelados na data de 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 9.434/97.

A questão a ser analisada deste fato é que a aprovação de pesquisas com células-tronco muda o destino dos embriões congelados nas clínicas de fertilização. Afinal, ao invés de serem descartados, serão utilizados para futuramente salvar vidas, ou dar melhores condições às pessoas portadoras de doenças, por exemplo, leucemia e diabete.

3.2.4 Na Resolução Normativa nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina

Desta feita, atualmente, a única norma que a legislação brasileira possui acerca da reprodução humana assistida restringe-se à Resolução do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre as normas éticas, sobre a regulamentação e os procedimentos que os médicos e as clínicas deverão seguir no emprego das técnicas reprodutivas. Não possui força de lei, força cogente, mais possui força deontológica e administrativa, e vem sendo adotada pelos projetos de lei que estão hoje em tramitação no Congresso Nacional: PL nº 3.638/93, PL nº 2.855/97 e o PL nº 1.184/2003, este último foi elaborado pelo senador Lúcio Alcântara e é considerado o mais completo.

Esta norma prevê já em seu art. 1º que as técnicas de reprodução humana assistida têm papel auxiliar na resolução de problemas de infertilidade, devendo ser utilizadas quando ineficazes outras terapêuticas e sempre que exista probabilidade efetiva de sucesso e não traga risco à saúde da paciente ou dos possíveis descendentes.

Porém, faz-se obrigatório que o paciente ou o casal firme um documento de consentimento informado, que será em formulário especial e deverá constar a técnica aplicada, os resultados obtidos, e as informações de caráter biológico, jurídico, ético e econômico.

A Resolução também prevê que as técnicas de reprodução humana assistidas são vedadas para seleção de sexo ou de qualquer outra característica biológica da criança vindoura, salvo em casos de evitar doenças ligadas ao sexo do futuro filho, como por exemplo, a hemofilia, doença ligada ao sexo masculino.

Podendo utilizar-se das técnicas de RA apenas as mulheres capazes, ou seja, aquelas maiores de 18 anos no gozo de todas as suas faculdades mentais ou nos termos do art. 5º do CC, desde que tenham concordado de maneira livre e consciente em documento específico. Devendo ter também a autorização do cônjuge ou companheiro, no caso dos pacientes casados ou em união estável e para as mulheres solteiras é o mesmo procedimento, ou seja, firmar o documento de consentimento informado.

Importante destacar que o Conselho Federal de Medicina estabelece que a doação de gametas e pré-embriões, nunca terá caráter lucrativo ou comercial, assim como exige o sigilo sobre a identidade dos doadores e dos receptores, sendo fornecidas as informações sobre os doadores, apenas excepcionalmente e por questões de saúde. Contudo permanece, um registro de dados clínicos de caráter geral, com as características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores, para evitar que o doador produza mais de duas gestações, de sexos diferentes, numa área de um milhão de habitantes.

Os pré-embriões excedentes não podem ser descartados ou destruídos, devendo ser criopreservados nas clínicas. No momento da criopreservação, os cônjuges ou companheiros devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino que será dado aos mesmos, em caso de divórcio, doenças graves ou de falecimento de um deles ou de ambos e quando desejam doá-los.

Na Resolução, na sua parte final, vem tratando da gestação de substituição. Este diploma a autoriza desde que exista um problema que impeça ou contra-indique a gestação na doadora genética e permite a gravidez substituta desde que entre a doadora do óvulo e a “mãe de aluguel” exista vínculo de parentesco até segundo grau e que tal doação não tenha caráter lucrativo ou comercial. Entretanto, admite a Resolução, nos casos excepcionais, como a não-existência de parente que possa gerar, que a doadora não seja da família da receptora, mediante autorização do Conselho Regional de Medicina.

Deste modo, estas são as diretrizes a serem observadas pelos profissionais na área médica, devendo tais normas serem seguidas por todas as clínicas e médicos que lidam com técnicas de reprodução assistida, embora esta resolução não tenha força de lei, servindo apenas como instrução de ética profissional.

4 A PERSONALIDADE JURÍDICA

Ultrapassadas as elucidações sobre a reprodução humana medicamente assistida, o planejamento familiar e sua regulamentação na Constituição Federal, na Lei de Biossegurança, no Código Civil e na Resolução Normativa N° 1.358/92 do CFM, torna-se imprescindível destacar sobre a personalidade jurídica, já que esta intrinsecamente ligada ao tema central da pesquisa.

A qualidade ou atributo mais importante e inerente a toda pessoa denomina-se personalidade. O conceito de personalidade está ligado ao de pessoa, pois aquele que nasce com vida torna-se uma pessoa, adquirindo a personalidade. Segundo Gonçalves (2003, p.70) a personalidade “pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil. É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica.”

Assim sendo, adquirida a personalidade à pessoa passa a atuar na qualidade de sujeito de direito, praticando atos e negócios jurídicos dos mais diferentes tipos. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. (VALLADÃO, 1977, p.34)

Insta destacar o entendimento de Beviláqua (1999, p. 81):

A personalidade jurídica tem por base a finalidade psíquica, somente no sentido de que, sem essa última não se poderia o homem ter elevado até a concepção da primeira. Mas o conceito jurídico e psicológico não se confundem. Certamente o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a sua projeção de sua personalidade psíquica, ou, antes, um outro campo em que ela se afirma, dilatando-se ou adquirindo novas qualidades. Todavia, na personalidade jurídica intervém um elemento, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, do qual recebe a existência, a forma, a extensão e a força ativa. Assim, a personalidade jurídica é mais do que um processo superior da atividade psíquica; é uma criação social, exigida pela necessidade de por em movimento o aparelho jurídico, e em, portanto, é modelada pela ordem jurídica.

O art. 1º do novo Código Civil estende a personalidade a todos os homens indistintamente, ao declarar que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Para Rodrigues (2002, p. 35), “afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos”. O direito civil pátrio ajustou o conceito de capacidade ao de personalidade. Assim, pode-se dizer que a capacidade é a medida da

personalidade, e tendo a capacidade plena, quando reuni as duas capacidades e limitada, quando só tem a capacidade de direito.

Deste modo, a capacidade jurídica definida no art. 1º do CC/02, é a capacidade de direito ou de gozo, todo ser humano a possui, adquirindo com o nascimento com vida, pois a personalidade jurídica é atributo inerente da sua condição. Nem todas as pessoas, porém são detentoras da capacidade de fato, que é a aptidão para atuar pessoalmente nos atos da vida civil, adquirindo direitos e contraindo obrigações em nome próprio, em razão de limitações referentes à idade, estado de saúde, desenvolvimento mental e etc.

Quem possui a capacidade de direito e a de fato, reunindo desta maneira os dois atributos, tem a capacidade plena. Contudo quem possui apenas a capacidade de direito, tem capacidade limitada, é o caso dos incapazes, necessitando sempre da participação de outra pessoa, que as represente ou assista.

No decorrer deste capítulo serão explanados, basicamente, 3 (três) pontos: o conceito de pessoa, as teorias sobre o direito da personalidade e os direitos da personalidade.

4.1 CONCEITO DE PESSOA NATURAL

Preceituava o Código Civil de 1916: “Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. O termo todo homem foi substituído por toda pessoa, se adequando mais a ordem constitucional, e inserindo nesta expressão as mulheres, empregando desta forma a todos de forma ampla e genérica. Substituiu também a expressão “obrigações” por “deveres”, desta forma, o atual Código Civil, em seu artigo primeiro, ficou disposto da seguinte maneira: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

O vocábulo pessoa tem como origem mais remota o grego *prósopon* (aspecto) a partir desta palavra veio o etrusco “*phersu*” com o significado de “aí”, do qual proveio o termo em latim *persona*, que originalmente significava as máscaras usadas no teatro pelos atores, e também chamaram assim aos próprios personagens teatrais representados.

Contudo, no Direito Romano a expressão *persona* é utilizada com o significado de homem em geral no seu conceito biológico, independente de sua condição de sujeito de direito, incluindo neste caso os escravos, que em Roma eram coisas, objetos de direitos. Deste modo, pessoa e homem são conceitos distintos para os romanos, sendo assim, só os homens que reúnem certos requisitos é que eram considerados pessoa.

A palavra latina *persona*, manteve-se no italiano e no espanhol *persona*, no português *pessoa*, no galego *persoa*, no inglês *person* e também, ainda que com outro significado, no francês '*personne*' (ninguém), entre outras línguas.

Contudo, outras expressões foram propostas como "pessoa de existência visível" preferida por Teixeira de Freitas e acolhida pelo Código Civil da Argentina, "pessoa física" utilizada no direito francês, no italiano e em outros países, inclusive no Brasil no imposto de renda.

No entanto, para a doutrina é unânime que a expressão "pessoa natural" revela-se a mais apropriada, pois abarca o ser humano em sua totalidade, este é o entendimento de Gonçalves (2003, p. 76).

Deste modo, todo homem que nasça com vida é possuidor da capacidade de adquirir direitos e obrigações. Segundo Diniz (2010, p.115), "para a doutrina tradicional pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível de direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito".

Insta destacar o entendimento de Coelho (2003) para quem "sujeitos de direitos são todas as pessoas capazes de contrair direitos e obrigações, com a finalidade de superar os conflitos de interesses".

4.2 O SURGIMENTO DA PESSOA NATURAL: AS TEORIAS DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

O significado etimológico da expressão nascituro é "o que está por nascer". É ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo ao espermatozóide formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém não nascido.

O conceito de nascituro, devido ao grande avanço científico, expandiu-se, não sendo apenas o indivíduo concebido no ventre materno, incluindo também o embrião humano, decorrente de fertilização *in vitro*. Nas palavras de Tartuce (2007, p. 88), "entendemos que a expressão nascituro deve ser lida em sentido amplo, e incluir também o embrião, inclusive aquele que se encontra crioconservado".

Sendo assim, nascituros são pessoas ainda não nascidas, que se encontram no ventre e podem nascer de progenitor ou progenitores definidos. Ainda nesse sentido Limongi

França citado por Amaral (2000, p. 217), define-o como sendo “o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno”.

Deve-se distinguir a situação do nascituro da prole eventual, já que o nascituro é um ente já concebido, ao passo em que a prole eventual nem mesmo foi concebida e consiste no filho que, futuramente, será gerado por alguém.

É preciso lembrar que o nascituro, é um feto que tem existência intra-uterina, não deve ser confundido com outra figura, a do natimorto que é quando o feto morreu dentro do útero ou durante o parto, ou seja, quando ocorre óbito fetal.

A situação jurídica do nascituro em nosso sistema é um dos pontos mais complexos e que causa maior controvérsia doutrinária, que cada vez mais se empenha em solucionar qual o momento que caracteriza o início da vida, da capacidade e conseqüentemente da personalidade jurídica. Acerca do surgimento da pessoa natural, pode-se identificar três teorias: teoria natalista, teoria concepcionista e teoria da personalidade condicional.

A divergência surgiu devido ao artigo 2º do Código Civil, que prevê: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro.

Fiúza, citado por Tartuce (2006, p. 117), comenta sobre este artigo do Novo Código Civil:

Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa à partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese: afinal esta seria a intenção do legislador ao afirmar que a personalidade civil começa do nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. O Código de 1916 já era dúbio. Faltou coragem ao legislador de 2002.

A teoria natalista é defendida por alguns doutrinadores como Spínola, Pontes de Miranda, Caio Mário da Silva Pereira e Sérgio Abdalla Semião (MARCELINO, 2007, p.12). Segundo esta teoria, a aquisição da personalidade civil começa com o nascimento com vida, contudo ao nascituro é assegurada mera expectativa de direito. Assim é o entendimento de Venoza (2000, p. 374), para quem a personalidade “é a mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito”. Assim o nascituro não é considerado pessoa,

corroborando com este posicionamento é o entendimento de Rodrigues (2002, p. 36) que acrescenta:

A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.

Para esta corrente, assim como para o nosso Código Civil, para o Código Civil suíço, o português de 1966, o alemão e o italiano, assevera que a personalidade começa com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois, não fazendo qualquer exigência de viabilidade do ser ou forma humana. Assim é o entendimento de Monteiro (2001, p. 60), onde “perante o nosso Código, qualquer criatura que provenha de mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente”.

Segundo o Conselho Nacional de Saúde, ocorre o nascimento quando há “a expulsão ou extração completa do produto da concepção quando, após a separação, respire e tenha batimentos cardíacos, tendo sido ou não cortado o cordão, esteja ou não desprendida a placenta”. (DINIZ, 2010, p. 204)

O exame clínico chamado de Docimasia Hidrostática de Galeno, é de suma importância para constatar quando há dúvida se o feto, apesar de se encontrar morto, respirou e viveu ainda que por alguns segundos. Semião (2000, p. 156), explica como funciona este referido método médico-legal:

O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveolares colabadas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo. Assim, consiste o processo em mergulhar os pulmões do recém-nascido em um recipiente cheio de água. Se sobrenadam, é porque contêm ar, provando que a criança respirou e constituiu-se em pessoa. Caso contrário, a ausência de ar demonstra a existência de um natimorto, já que não houve vida extra-uterina e nenhum efeito jurídico sobreveio.

Assim, é importante apurar a ocorrência da respiração, principalmente para efeitos de herança, já que se nasceu morto, o bebê não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não recebe nem transmite a herança de seu pai, que ficará com os avôs paternos.

Deste modo a personalidade começa com o nascimento com vida, porém os direitos do nascituro são assegurados desde a concepção: assim o nascituro é titular de direitos personalíssimos (como o direito à vida, o direito à integridade física, o direito à proteção pré-natal etc.); a ser contemplado por doação, sem prejuízo ao imposto de transmissão inter vivos;

pode ser beneficiado por legado e herança; a um curador que o represente e zele por seus interesses; a ser adotado, a ser reconhecido como filho, o nascituro ainda tem direito à realização do exame de DNA, ou seja, a investigação de paternidade, o direito a alimentos, como bem destaca Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 86), onde “por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos a gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido.”, e, por fim, o crime de aborto tipificado no Código Penal.

No mesmo sentido assevera Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 40):

Desta forma, independente da atribuição da personalidade somente a seres que nasçam com vida, o ordenamento jurídico reconheceu a necessidade da tutela do nascituro, fazendo tanto no campo das relações civis (garantindo a ele uma série de direitos), quanto no âmbito penal (criminalizando e proibindo o aborto, ressalvadas as exceções legais).

Assim, os principais argumentos para os defensores desta corrente são: não há existência de direito subjetivo sem que haja titular, da mesma maneira, que não há titular sem personalidade jurídica; o nascimento é um fato concreto para que se atribua personalidade ao ser e todo o ordenamento jurídico brasileiro está baseado nessa regra.

Por fim é importante o ensinamento de Fiúza (2004, p.114):

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem a potencialidade de ser pessoa e que, por já existir, pode ter resguardado eventuais direitos que virá adquirir quando nascer.

A segunda teoria que surgiu em torno do início da personalidade é a concepcionista, influenciada pelo direito francês, tem como adeptos Maria Helena Diniz, Teixeira de Freitas, Clóvis Beviláqua, Clóvis Carlos de Carvalho, Nabuco de Araújo, Limonge de França, Francisco Amaral dos Santos, Plaionil, Pierangelo Catalano, Professor da Universidade de Roma, Silmara J. A. Chinelato e Almeida, Professora da Universidade de São Paulo, entre outros (MARCELINO, 2007, p.13).

Defendem que a vida se inicia no momento da concepção, assim desde a concepção são assegurados os direitos do nascituro, pois de acordo com a medicina a concepção é o marco inicial da vida, seja de forma natural ou artificial.

De acordo com Diniz (2007, p.110): “O embrião ou nascituro têm resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque à partir dela passa a ter vida orgânica e biológica própria. Se as normas o protegem, é porque tem personalidade jurídica”.

Segundo Chinelato e Almeida (2000, p. 168), importante defensora da tese concepcionista:

Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um status ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou status sem sujeito, nem há sujeito de direito que tenha completa e integral capacidade jurídica (de direito ou de fato), que se refere sempre a certos e determinados direitos particularmente considerados. Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não há personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe.

Assim no artigo 2º do código Civil expõe que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, onde segundo os defensores desta corrente o legislador preferiu utilizar a expressão “direitos” e, sendo assim, se ele possui direitos, possui capacidade e, conseqüentemente, personalidade.

Este também é o entendimento de Teixeira de Freitas:

Se os nascituros não são pessoas, qual o motivo das leis penais e da polícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo de punir-se o aborto? E acrescenta: não concebo que hoje ente com susceptibilidade de adquirir direitos, sem que hajam pessoas. Se se atribuem direitos às pessoas por nascer; se os nascituros são representados, dando-lhes o curador, que se tem chamado Curador ao ventre; é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa (MONTORO; FARIA, 1953, p. 21).

É de fundamental importância, conferir o julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, que vem a corroborar o entendimento exposto acima:

EMENTA: Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento (5 fls.) (Apelação Cível n. 70002027910, sexta câmara cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julgado em 28/03/2001).

Pode-se concluir que ao nascituro está resguardada a plena dignidade, tendo direito de ser indenizado, tanto material quanto moralmente, de violações a quaisquer direitos, como o direito à vida, à incolumidade psíquica, proteção à integridade física e moral, o próprio corpo, o nome, a imagem, a honra, a privacidade, entre outros. Sendo relevante também expor um outro julgado bem divulgado nos meios de comunicação sobre a indenização por danos morais a favor do nascituro, exibido no Jornal Carta Forense, em 10 de dezembro de 2007:

Maria Carolina Loiola da Silva será indenizada por danos morais causados a sua mãe, que sofreu constrangimento ao ser abordada ilegalmente por policiais militares, que a confundiram com bandidos avistados na cidade de Rio Verde (GO). A decisão é da 3ª Câmara Cível do TJ-GO. O fato ocorreu em 10 de novembro de 2001, quando a mãe de Maria Carolina estava com seis meses de gestação. Gilderlândia Loiola Gomes da Silva estava em companhia de outras pessoas em um carro quando o grupo foi abordado em uma barreira policial e não atendeu ao comando de parar. Os policiais estaduais dispararam tiros em direção ao carro. Ao serem abordados, foram tratados de forma vexatória, sendo presos ilegalmente. O Desembargador Rogério Arédio argumentou que toda pessoa tem direito de ter a vida respeitada, 'desde a concepção'. Ressaltou que o abalo emocional sofrido pela mãe poderia provocar conseqüências ao feto, em razão de que o bebê poderia nascer prematuramente, ter o peso abaixo da média, além de manifestar dificuldades tais, como alimentação irregular, distúrbios de sono e choro excessivo.

Por tanto, estes autores que defendem a teoria concepcionista, entendem que o momento da vida para adquirir personalidade jurídica é com a concepção, sendo o nascituro pessoa e, nessa qualidade é titular de direitos e merecedor da mais ampla proteção jurídica.

Há também uma terceira corrente, denominada de teoria da personalidade condicional, que sustenta a tese que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, assim o início da personalidade do nascituro surge a partir da concepção, condicionado apenas que este nasça com vida. Segundo Wald (1995, p.120), “a proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge, na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar o feto a viver”. Outro adepto, que segue esta mesma linha de pensamento é Miguel Maria de Serpa Lopes (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2008, p.83).

Assim, o efetivo reconhecimento de sua personalidade jurídica está fundamentalmente subordinado e vinculado ao eventual nascimento com vida. Nesse sentido, preleciona Pamplona Filho e Araújo (2007, p. 39):

A teoria da personalidade condicional sustenta a personalidade do nascituro (ou seja, desde a concepção) sob a condição de que nasça com vida. Sem o implemento da condição – nascimento com vida – não haverá aquisição da personalidade. Conclusivamente, a aquisição de certos direitos (como os de caráter patrimonial) ocorreria sob a forma de condição suspensiva, ou seja, se o não nascido nascer com vida, sua personalidade retroage ao momento da concepção. Assim, o feto tem personalidade condicional, pois tem assegurada a proteção e gozo dos direitos da personalidade, mas, somente gozará dos demais direitos (os de cunho patrimonial) quando nascer com vida, ou seja, quando restar implementada a condição capaz de conferir a sua personalidade plena.

Em outras palavras, “o nascituro é pessoa condicional, a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida” (MONTEIRO, 2007, p. 66).

Sendo assim, os direitos personalíssimos são assegurados ao nascituro ainda no ventre materno. Contudo, os direitos patrimoniais estão subordinados a um evento futuro e incerto, o nascimento com vida. No mesmo sentido é o entendimento de Tartuce (2007, p. 89-90):

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.

Essa teoria encontrava-se presente no Projeto do Código Civil de 1916, externando o pensamento de Beviláqua, para quem a personalidade jurídica tem início com a concepção, mas, uma condição é imposta: o nascimento com vida.

Deste modo, a teoria adotada pelo Código Civil é a teoria natalista, conforme prescreve seu artigo 2º, assim o nascimento com vida é o marco inicial da personalidade, contudo ao nascituro são assegurados alguns direitos, mas não a personalidade. Este entendimento ficou ainda mais evidente depois da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510-0/DF solicitada pela Procuradoria Geral da República, alegando que o artigo 5º da lei n.º 11.105 de 24 de março de 2005, que disciplina a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas era incompatível com o texto constitucional. Assim dispõe o artigo 5º da referida lei:

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n.º 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

A Presidente do STF, a Ministra Ellen Graice, votou pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510-0, afirmando não ser inconstitucional o referido artigo, já que a ordem jurídica nacional atribui a qualificação de pessoa ao nascido com vida, fundamentando na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), na garantia da inviolabilidade do direito à vida, no direito à livre expressão da atividade científica, no direito à saúde, no dever do Estado de propiciar, de maneira igualitária, ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde e na promoção e incentivo ao desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológica.

O Ministro Ayres Brito também afirmou não haver vício de inconstitucionalidade da norma questionada, utilizando dispositivos constitucionais diversos e ressaltando o art. 226, que trata do planejamento familiar, bem como justificou a utilização da fertilização in vitro, tendo em vista não ser obrigatório o meio natural de ter filhos.

O referido Ministro da Suprema Corte ainda fundamentou seu voto no direito à saúde prevista na Carta Magna, com o fim de usar as células tronco para diversos tratamentos de saúde, como as doenças degenerativas, neoplasias, distúrbios musculares, já que é uma obrigação do Estado garanti-lá.

No primeiro julgamento, em que tinham sido proferidos os votos dos Ministros antecipadamente, o Ministro Menezes Direito pediu vista dos autos.

Por ocasião do segundo julgamento, seis ministros da Suprema Corte, votaram considerando que, o art. 5º da Lei de Biossegurança é constitucional sendo eles: Carlos Ayres Brito, Ellen Gracie, Carmen Lúcia Antunes Rocha, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello. Os ministros Cezar Peluzo e Gilmar Mendes, só fizeram a ressalva a cerca da necessidade que essas pesquisas fossem fiscalizadas com um maior rigor pela Comissão Nacional de Ética. Contudo, os ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Ricardo Lewandowski e Eros Grau, posicionaram-se no sentido da liberação dessas pesquisas, desde que não ocorra a destruição dos embriões ainda inviáveis, ao se retirarem as células tronco embrionárias.

Deste modo, é notável pelos posicionamentos dos Ministros que as pesquisas com células tronco são constitucionais não afrontando a Constituição Federal, desde que observados os requisitos da Lei de Biossegurança. (SILVA; OLIVEIRA; ANJOS; SOARES e LIMA, 2008, p. 75)

4.3 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade são essenciais à condição humana, e compõem um conjunto de bens tão próprio do indivíduo que chegam a se confundir com ele próprio e estão ligados ao indivíduo de maneira perpétua e permanente, manifestando-se desde o nascimento e permanecendo até a morte, sendo também intransmissíveis e indispensáveis.

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2008, p. 136) “conceituam-se os direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.” Deste modo, os direitos da personalidade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana e visam resguardar esta mediante sanções, uma vez que são dotadas de proteção à pessoa, expressando o valor absoluto e imensurável atribuído a esta, constituindo também a manifestação da personalidade do sujeito.

De acordo com Slaibi Filho (2004, p. 228):

Os direitos da personalidade são, assim, aqueles que apresentam conteúdo tão variado quanto complexa é a natureza humana, pois caracterizam o indivíduo, compreendendo as faculdades ou poderes atinentes à vida, à liberdade, à segurança e a todos os direitos delas decorrentes como a intimidade, a privacidade, a imagem e outros. A dimensão dos direitos da personalidade está, assim, na dimensão do que existe em cada indivíduo.

Os direitos da personalidade possuem certas características particulares que não podem ser transgredidas, sob pena de o transgressor responder pelos atos que praticou em relação à outra pessoa. Assim as características dos direitos personalíssimos são: absolutos, gerais, extrapatrimoniais, indisponíveis, imprescritíveis, impenhoráveis e vitalícios. Dispõe no art. 11 do Código Civil que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Assim sendo, os direitos da personalidade são absolutos por serem oponíveis *erga omnes*, por serem tão importantes e indispensáveis que impõem um dever geral de abstenção dirigido a toda a coletividade, impondo a esta o dever de respeitá-los. Com efeito, a ninguém é dado violar a individualidade de cada um e todos os membros do grupo social têm o dever de respeitar os direitos personalíssimos de cada pessoa. Para Coelho (2006, p. 183):

Os direitos da personalidade são absolutos, oponíveis *erga omnes*, ou seja, o titular pode escudar-se nele perante qualquer outro sujeito de direito, indistintamente. Assim, eles podem ser defendidos mesmo daqueles com quem o titular não tenha

tido nenhuma relação jurídica anterior. Contra qualquer pessoa que lhe tenha ofendido direito da personalidade, pode o titular demandar proteção jurisdicional em razão de sua natureza absoluta.

São também gerais, pois são concedidos a todas as pessoas, independentemente de qualquer vontade, apenas pelo fato de existirem. São também extrapatrimoniais, já que, não dispõem de conteúdo patrimonial e não suscetíveis de aferição econômica, ainda que sua violação produza efeitos econômicos. Gagliano e Pamplona Filho (2008, p.146) destacam que “assim, é correto dizer que, em princípio, os direitos da personalidade são considerados extrapatrimoniais, não obstante, sob alguns aspectos, principalmente em caso de violação, possam ser economicamente mensurados”.

Por sua vez a indisponibilidade dos direitos da personalidade transcende a ideia de que é insuscetível dispor desses direitos, não podendo haver a mudança de titular. A indisponibilidade compreende a irrenunciabilidade que é quando os direitos da personalidade não podem ser abandonados por simples manifestação de vontade e a intransmissibilidade traduz a idéia de que não pode haver a modificação do sujeito nas relações, não podendo haver assim a transferência do direito de um sujeito para outro.

São imprescritíveis, não se extinguindo pelo não uso nem pelo decurso do tempo, nascendo com o próprio homem. São também impenhoráveis como consequência da indisponibilidade, pois são inerentes a pessoa humana. Nesta mesma linha destaca Gonçalves (2003, p. 158):

A indisponibilidade dos referidos direitos não é absoluta, podendo alguns deles ter o seu uso cedido para fins comerciais, mediante retribuição pecuniária, como o direito autoral e o direito de imagem, por exemplo. Nesses casos, os reflexos patrimoniais dos referidos direitos podem ser penhorados.

Os direitos da personalidade são vitalícios, adquiridos no nascimento e acompanhando até a sua morte, contudo mesmo após a morte, há direitos da personalidade que são resguardados como, por exemplo, o respeito ao corpo morto, à sua honra, entre outros.

A Constituição Federal refere-se aos direitos da personalidade em seu art.5, inc. X, que estabelece: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Os direitos da personalidade também estão previstos nos artigos 11 a 22 do Código Civil de 2002.

Segundo Roxana Borges (2002, p. 326), estes direitos não são *numerus clausus*, já que com o avanço da sociedade, estes a cada dia crescem mais. Contudo, Diniz (2010, p. 124), segundo as lições de R. Limonge França, ensina que:

A estrutura da especificação e classificação dos direitos da personalidade, assim formuladas: os direitos da personalidade são direitos de defender: 1) a integridade física: a vida, os alimentos, o próprio corpo vivo ou morto, o corpo alheio vivo ou morto, as partes separadas do corpo vivo ou morto; 2) a integridade intelectual: a liberdade de pensamento, a autoria científica, artística, literária; 3) a integridade moral: a liberdade civil, política e religiosa, a honra, a honorificência, o recato, o segredo pessoal, doméstico e profissional, a imagem e a identidade pessoal, familiar e social.

Em síntese, nas palavras de Farias e Rosenvald (2006, p. 101-102):

Sendo a personalidade um conjunto de características pessoais, são direitos subjetivos, os que dizem respeito à própria condição de pessoa. [...] Consideram-se, assim, direitos da personalidade aqueles direitos subjetivos reconhecidos à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais. Enfim, são direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Constituem, pois, os direitos da personalidade uma característica fundamental à formação da personalidade humana, devendo defender aquilo que lhe é próprio em razão de ser da própria existência, como o direito à vida, a integridade física, a integridade psíquica, visando assegurar ao ser humano o mínimo indispensável a sua sobrevivência.

5 O SISTEMA SUCESSÓRIO BRASILEIRO E O DIREITO À HERANÇA DOS CONCEBIDOS *POST MORTEM*

Deve-se entender por sucessão a transferência de direitos e obrigações do titular do acervo, em virtude de sua morte, aos sucessores. Estes são pessoas chamadas a suceder ao falecido, de acordo com a ordem de vocação hereditária. Deste modo, têm-se como pressupostos essenciais para a configuração do direito à sucessão: a morte do sucedido e a vocação hereditária. Assim, preleciona Fiúza (2010, p. 1026):

Sucessão *causa mortis* é, portanto, aquela que tem como pressuposto a morte do sucedido. É a transmissão da herança de um morto a seus herdeiros e legatários. É, enfim, dessa transmissão hereditária ou dessa espécie de sucessão que trata o Direito das Sucessões. Este é o seu objeto.

Ressalta-se que, em razão da morte do sucedido, será transferido o patrimônio deste aos legitimados. Tal transferência dar-se-á em virtude da lei ou por disposição de última vontade, que corresponde à sucessão testamentária. Neste sentir, o testador tem liberdade para dispor de seu patrimônio da maneira que lhe aprouver. No entanto, se houver herdeiros necessários, só poderá dispor de metade do seu patrimônio, como aduz o art. 1.789 do Diploma Civil: “Art. 1.789. Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”. Entendem-se como herdeiros necessários aqueles que não podem ser afastados da sucessão.

Neste diapasão, os herdeiros legítimos são aqueles determinados por lei, quais sejam: os herdeiros necessários (que correspondem aos descendentes, ascendentes e cônjuge) e os facultativos (colaterais até o quarto grau e o companheiro). Deste modo, a legislação civil prevê a ordem de chamamento dos herdeiros à sucessão, que é definida no art. 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 com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Verifica-se que a sucessão legítima é a mais difundida, levando-se em consideração a escassez de testamentos no Brasil. Haja vista que a ordem preferencial dos legitimados a suceder representa, de fato, a vontade presumida do *de cuius*. Leva-se em consideração as relações de parentesco para a distribuição dos herdeiros na sucessão do *de cuius*. Assim observa-se a respeito da ordem de vocação hereditária:

1ª ordem) descendentes – dentro desta classe, o grau mais próximo exclui o mais remoto, a não ser nos casos de representação ou transmissão. Os graus contam-se até o infinito. Pode ser que concorram com o cônjuge ou companheiro viúvos, dependendo do caso. Isto, veremos abaixo.

2ª ordem) ascendentes – na falta de descendentes, herdam os ascendentes até o infinito. Aqui, também, o grau mais próximo exclui o mais remoto. Pode ser que também concorram com o cônjuge ou companheiro viúvos, dependendo do caso.

3ª ordem) cônjuge supérstite – na falta de descendentes ou ascendentes, herda o cônjuge sobrevivente. Pode ser que o cônjuge concorra os descendentes ou com os ascendentes, como vimos acima.

4ª ordem) colaterais – na falta de representantes das três classes citadas anteriormente, são chamados à sucessão os colaterais até o quarto grau. Também aqui o grau mais próximo exclui o mais remoto, com a ressalva do direito de representação ou transmissão. Também os colaterais concorrem com o companheiro viúvo.

5ª ordem) Poder Público – faltando representantes das outras ordens, a herança se considera sem dono, jacente. Neste caso o Poder Público do Município, em que se situarem os bens, incorporará o acervo. Vê-se, portanto, que o Poder Público não é herdeiro (FIUZA, 2008, p.1042-1043).

A sucessão legítima é determinada por lei. Neste sentir, a ordem de vocação hereditária, que consiste no chamamento dos sucessores para suceder ao *de cuius*, deve obedecer à ordem preferencial acima estabelecida. Frisa-se, por oportuno, que entre os descendentes o grau de parentesco mais próximo exclui o mais remoto. Como bem determina o art. 1833 do CC: “Entre os descendentes, os graus mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação”. Ainda estabelece o art. 1.851, do Diploma Civil: “Dá-se o direito de representação, quando a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos, em que ele sucederia se vivo fosse”. Deste modo, o direito de representação ocorre quando um herdeiro falece antes da abertura da sucessão e, assim, seus descendentes passam a suceder em todos os direitos. Ocorre, então, na linha reta descendente, e nunca na linha ascendente. Esclarece o Código Civil, em seu art. 1.835: “Na linha descendente, os filhos sucedem por cabeça, e os outros descendentes, por cabeça ou estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau”. Vale salientar que, na falta de descendentes, os ascendentes são chamados a suceder em concorrência com o cônjuge sobrevivente. Se houver igualdade em grau e diversidade em linha, haverá divisão da herança entre os ascendentes da linha paterna e

os da linha materna, metade para cada uma. A respeito do direito sucessório do cônjuge sobrevivente aduz o art. 1.830 do CC, *in verbis*:

Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

O cônjuge sobrevivente é considerado herdeiro necessário, ou seja, necessariamente irá suceder ao de *cujus*, não podendo aquele ser afastado da sucessão por vontade deste. Assim, de acordo com o artigo supracitado, faz-se necessário observar certos requisitos: no momento da abertura da sucessão os cônjuges não devem estar separados judicialmente, ou separados de fato há mais de dois anos, bem como se houver prova de que a culpa da separação não deu-se pelo cônjuge sobrevivente. Destaca-se o fato de que este receberá a totalidade da herança se inexistirem descendentes e ascendentes, já que o cônjuge sobrevivente ocupa a terceira posição na ordem de vocação hereditária.

Ressalta-se que a sucessão legítima ocorre a título universal, visto que é transferida a totalidade ou parte ideal do patrimônio do de *cujus*. Todavia, tratando-se de legado, a transmissão ocorre a título singular, no qual são transferidos objetos certos e determinados.

5.1 A PERSONALIDADE CIVIL ENQUANTO PRESSUSPOSTO PARA HERDAR

Em seu artigo 1.784 do Código Civil de 2002 estabelece que “aberta à sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Trata-se do princípio da *saisine*, oriundo do direito francês que consagra a imediata transmissão dos bens do falecido a seus sucessores no exato momento de sua morte. Deste modo, só serão chamados a suceder os que estiverem capacidade ou legitimidade sucessória.

Assim sendo a capacidade para suceder é a aptidão para se tornar herdeiro ou legatário numa determinada herança (VENOSA, 2010, p. 54). É necessário que se faça uma distinção entre capacidade civil e capacidade sucessória, já que a capacidade civil é aptidão que a pessoa possui para contrair direitos e contrair obrigações por conta própria, podendo

praticar todos os atos da vida civil, já a capacidade sucessória como foi dito acima é aptidão para suceder o de *cujus*, recebendo os bens deixados pelo mesmo.

Para que uma pessoa possua capacidade sucessória é necessário que ela reúna os seguintes requisitos: a morte do de *cujus*, pois a partir desse momento há a transmissão da herança, a pessoa tem que estar viva ou concebida ao tempo do falecimento do autor da herança, não tendo validade as disposições que beneficiem pessoas mortas.

Prescreve o artigo 1.798 do Código Civil que “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, desta maneira a regra geral é que apenas as pessoas nascidas ao tempo da abertura da sucessão são legitimadas a suceder, contudo tal regra encontra uma exceção no caso do nascituro. Que como foi visto no capítulo terceiro, o artigo 2º do Código Civil de 2002 diz que “a personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

O nascituro é o ser já concebido, mas que ainda não nasceu encontrando-se no ventre materno. Não lhe concedendo personalidade jurídica já que esta só se inicia com o nascimento com vida, contudo o nascituro tem seus direitos resguardados até seu nascimento com vida. O nascituro tem capacidade sucessória, pois é uma vida em desenvolvimento, assim o nascituro pode ser chamado a suceder tanto na sucessão legítima como na testamentária, contudo só sucederá se nascer com vida, momento em que será detentor de todos os direitos que lhes foram protegidos. Conforme consta no artigo 1.800, § 3º do Código Civil, ao nascer com vida, à sucessão do herdeiro será deferida a ele.

Este é o entendimento de Diniz (2010, p. 47):

“A capacidade sucessória do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder ; adquiri, 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 [...]”

Entretanto, se nascer morto, não haverá a transmissão desses direitos, será tido como se nunca tivesse existido. Neste caso, a sua quota hereditária será devolvida aos outros herdeiros, já que como nasceu morto não têm direito nem de receber, nem de transmitir a herança.

Ao nascituro também lhe é assegurado o direito de adquirir bens por testamento, contudo, o artigo 1.799 do CC/02, contempla também a prole futura, trazendo à baila a

possibilidade do ainda não nascido, ou seja, a chamada prole eventual ter direito à herança. Esta regra, no entanto, somente permite tal possibilidade no caso de sucessão testamentária, como preceitua o artigo 1.799 do Código Civil de 2002:

“Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

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

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação”.

Deste modo, o inciso I refere-se a prole eventual compreendendo os futuros filhos, ainda não concebidos de pessoa indicada pelo testador e vivas ao abrir-se a sucessão venham a receber sua herança. Neste caso, os bens da herança reservados a prole eventual, será nomeado curador determinado pelo juiz, após a liquidação ou partilha, para que este conserve e administre até o nascimento, momento em que será entregue os bens, incluindo os frutos e rendimentos. Contudo no artigo 1.800, § 4º, diz que “Se, decorridos dois anos após a sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”. Sendo assim, a legislação civil prevê esse prazo de dois anos para que a ocorra a concepção, e se realize a disposição testamentária, entretanto não concebido o herdeiro esperado, a condição não foi cumprida e os bens reservados serão entregues aos herdeiros legítimos.

5.2 O INSTITUTO DO FIDEICOMISSO E A SUBSTITUIÇÃO FIDEICOMISSÁRIA

A substituição fideicomissária verifica-se quando o testador nomeia um favorecido por certo tempo e condição, até que se verifique determinada condição resolutive do direito deste, ou até a sua morte e imediatamente, designa um substituto que receberá a herança ou legado.

Assim sendo há três pessoas envolvidas no fideicomisso, o fideicomitente que é o testador, que institui o fiduciário, este é a pessoa que primeiro recebe em propriedade resolúvel e segundo Oliveira (1952, p. 592) o fiduciário é o primeiro herdeiro, ou legatário, instituído e o único substituído, que transmite por sua morte, a certo tempo, ou certa condição, a herança ou o legado ao fideicomissário, portanto é um herdeiro instituído sob a condição

resolutória de transmitir e o fideicomissário é para quem será transmitida a herança ou legado depois de implementada a condição ou depois da morte do fiduciário, extinguindo-se o direito deste, ainda segundo Oliveira (1952, p. 595) o fideicomissário é o segundo herdeiro ou legatário instituído, e o primeiro e único substituto, que recebe a herança ou legado por morte do fiduciário, ou quando se realizar a condição resolutória do direito deste último.

Segundo o art. 1.951 do Código Civil de 2002:

“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”.

Como se pode observar, no artigo há três modalidades de fideicomisso, o vitalício, em que o fideicomissário só substituirá o fiduciário com a morte deste, o fideicomisso a termo, em que o testador fixará o momento para a transmissão ao fideicomissário e o condicional, que depende do implemento de condição resolutiva.

Há também o fideicomisso universal quando se tratar de toda a herança ou parte desta, e o particular ou singular quando se tratar de coisas certas e determinadas da herança. Deste modo, o fideicomisso pode ser composto de herança ou legado, coisas móveis e imóveis, bens corpóreos e incorpóreos (VENOZA, 2010, p. 306).

Conforme o artigo 1.952 do Código Civil, a substituição fideicomissária é utilizada pelo testador para beneficiar herdeiro ainda não concebido ao tempo de sua morte:

Art. 1.952. A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador.

Parágrafo único. Se ao tempo da morte do testador já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Portanto, o fideicomisso é utilizado apenas nesta hipótese, possibilitando instituir herdeiros pelo testamento ainda não existentes, como a prole eventual. Neste caso, podem ser chamados a suceder os filhos ou netos de pessoas que foram designadas pelo testador, mas que ainda não tenham sido concebidas, quando de seu falecimento. Assim, p. ex., um avô poderá contemplar futuro neto, ainda não concebido por sua única filha, por ocasião da abertura da sucessão. (DINIZ, 2010, p.364)

Tal instituto favorece, apenas, os não concebidos, pois ao ser aberta a sucessão, e tendo nascido o fideicomissário, este terá a propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo em usufruto o direito do fiduciário pelo tempo previsto no testamento.

O fiduciário tem a sua propriedade, contudo é restrita e de natureza resolúvel sobre os bens deixados, podendo este gozar, dispor, gravar e reivindicar o bem. Se o domínio, porém, vier a resolver-se, ficará sem efeito a alienação, devendo o bem ser devolvido ao fideicomissário. Já o fideicomissário possui sob condição suspensiva, tendo um direito meramente eventual.

É vedada a figura do fideicomisso além do segundo grau, ou seja, um substituto para o fideicomissário, bem como é vedado que a legítima seja objeto de fideicomisso, podendo apenas ser objeto a parte disponível do testador.

5.3 O DIREITO SUCESSÓRIO DOS CONCEBIDOS APÓS A MORTE DO AUTOR DA HERANÇA NA SUCESSÃO LEGÍTIMA

Diante da eclosão do progresso científico, mas precisamente da medicina e da biotecnologia, mais especificamente com relação às técnicas de reprodução humana assistida que ajudaram várias pessoas em todo o mundo no combate à infertilidade e esterilidade, mas não só aos casais que desejavam ter filhos, até mesmo mulheres solteiras e viúvas a possibilidade de concretizar o sonho de terem filhos.

Atualmente, torna-se possível armazenar óvulos, sêmens por longos períodos, através das modernas técnicas de criopreservação, técnica que possibilita o armazenamento do material genético a temperaturas extremamente baixas, permitindo sua utilização tempos depois de colhido o sêmen ou óvulo. Possibilitando, deste modo a sua esposa ou companheira, mesmo após o seu falecimento, inseminar seu sêmen, vindo a gerar um filho de pai pré-moriente. Tal situação era inimaginável na metade do século passado, tornando-se possível atualmente graças à fantástica evolução da engenharia genética.

Assim sendo, com a possibilidade de armazenamento de gametas e embriões humanos por tempo indeterminado, tem gerado nas mulheres, especialmente nas viúvas o desejo de gerar um filho do falecido marido ou companheiro, já que diante de uma morte inesperada de seu parceiro, acabou destruindo o sonho de terem o tão esperado filho.

Deste modo, a inseminação artificial homóloga post mortem, é a realizada após a morte do cônjuge ou companheiro, com o sêmen ou embrião conservado. Nesse sentido, escreve Gama (2003, p. 732):

Com base nos avanços científicos, é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo [...] possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

Merece aqui relato o primeiro caso de fecundação póstuma, conhecido mundialmente como “Affair Parpalaix”, ocorrido no ano de 1984 na França, relata o relacionamento amoroso entre Corine Richard e Alain Parpalaix. Alain descobriu que estava com uma doença incurável, um câncer nos testículos e conseqüentemente teria que fazer tratamento de quimioterapia que provocaria sua infertilidade. Contudo Alain e Corine demonstraram a vontade de terem filhos, levando Alain a depositar seu esperma em um banco de sêmen para ser usado futuramente, pois Alan queria deixar herdeiros.

Contudo, em razão do agravamento da doença, dois dias após a realização do casamento Alain faleceu e, alguns meses depois, Corine procurou o banco de sêmen para ser inseminada utilizando o material genético de seu falecido marido. Contudo, o banco de sêmen se recusou a realizar a inseminação por falta de previsão legal, gerando com isso uma enorme batalha judicial.

Mesmo tendo conseguido decisão favorável, Corine não teve sucesso, pois com a demora na decisão sobre a inseminação artificial, os espermatozoides de Alain já não estavam potencializados para promover a fecundação. (PINTO, 2008).

Este caso é considerado o marco inicial, contudo, depois deste aconteceram muitos outros casos, merecendo destaque o que ocorreu recentemente no Brasil, hoje então com quatro meses a menina Luisa Roberta nasceu com quase três quilos no dia 20 de junho de 2011, em Curitiba, na Maternidade Nossa Senhora das Graças, sendo o primeiro bebê concebido no Brasil a partir de inseminação artificial após a morte do pai, sem a autorização escrita deste.

Luisa Roberta foi gerada pela mãe, a professora Kátia Lernerneier, de 39 anos, com o sêmen congelado do marido, Roberto Jefferson Niels, morto aos 33 anos em decorrência de um câncer. Eles eram casados havia cinco anos e até janeiro de 2009 eles tentavam engravidar naturalmente quando seu marido, Roberto Jefferson, descobriu que estava com câncer de pele (melanoma). Como ele teria de fazer tratamento com radio e

quimioterapia que pode deixar estéril, o casal decidiu congelar o sêmen antes de iniciar o tratamento.

Apesar da doença, o casal iniciou o tratamento de reprodução, interrompendo depois do agravamento da doença: o câncer havia se espalhado para os ossos. Roberto Jefferson Niel morreu então seis meses depois deste diagnóstico, contudo não deixou a autorização expressa para a inseminação depois de sua morte, e segundo o laboratório ela não poderia utilizá-lo já que não tem o consentimento prévio do marido.

A professora propôs com uma ação judicial para conseguir realizar o procedimento, tendo assim conseguido com a liminar deferida pelo juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR), sendo a primeira decisão judicial brasileira sobre fecundação artificial *post mortem*. (LEITÓLES e GERON, 2011).

Deste modo, é plenamente possível a inseminação artificial *post mortem*, onde a esposa (ou companheira) é inseminada com os gametas de seu marido (ou companheiro) já falecido, tendo em vista que a criação do banco de sêmen e o congelamento de gametas é fato concreto na sociedade. Segundo a explicação de Silva (2008, p. 1741) sobre o tema, “a fecundação ou inseminação artificial *post mortem* é aquela realizada com o embrião ou sêmen conservado por meio de técnicas especiais, após a morte do doador do sêmen”.

Em face de todos os conflitos éticos e jurídicos que envolvem a utilização dos métodos de reprodução assistida após a morte do doador do material genético, a doutrina tem dividido opiniões a respeito da autorização ou proibição dessa prática, e também da possibilidade da prole nascida vir a sucedê-lo na atual conjuntura das leis de sucessão vigentes no mundo jurídico pátrio.

Diante de toda essa problemática a doutrina se divide em vários seguimentos, para tanto, eles desenvolveram três correntes com o intuito de justificar a aplicação ou não dos Direitos Sucessórios a essa espécie de filiação.

A respeito do assunto, Rodolfo (2009) destaca:

O tema não comporta unanimidade e três correntes discutem a impossibilidade ou a possibilidade de direitos sucessórios a essa espécie de filiação. A primeira corrente chamada de restritiva não concede nenhum direito a essa filiação, nem mesmo direito ao reconhecimento da paternidade. A segunda corrente chamada de parcialmente restritiva reconhece o direito ao reconhecimento da paternidade, mas não vê possibilidade de sucessão por tal procedimento ser vedado pelo próprio código civil. A terceira corrente na verdade se divide em duas, quais sejam: a que concede direito a paternidade e direito a sucessão via testamento desde que a inseminação tenha sido autorizada em vida e confirmada em testamento, que a mulher continue viúva e o nascimento aconteça no prazo de 2 anos da abertura da sucessão; a outra subcorrente diz que há o direito de reconhecer à paternidade e

também o direito a sucessão legal, já que constitucionalmente é proibida a distinção entre filhos.

Os adeptos da primeira corrente, batizada de restritiva porque não admite hipótese de filiação e, por conseqüência lógica, sucessão legítima aos concebidos após a morte do hereditando. Desta forma, para os seguidores desta corrente, os gerados por fecundação póstuma não são considerados filhos do doador do material genético, nem herdeiros do mesmo. Além disso, os defensores desta corrente entendem que há proibição para realização de tal prática, como acontece em países como a Alemanha e Suécia, que adotam sistemas positivos restritivos, em que se proíbem e sancionam as atuações consideradas socialmente danosas. A negativa em aceitar a presunção de filiação está prevista no art. 1.597, inc. III e IV, do Código Civil e resume-se no fato do casamento extinguir-se com a morte do cônjuge (BRASIL, 2002, art. 1.571, inc.I).

Com o intuito de deixar claro seu posicionamento, Diniz (2005, p. 526) ainda destaca:

Não há como aplicar a presunção de paternidade, uma vez que o casamento se extingue com a morte, nem como conferir direitos sucessórios ao que nasce por inseminação artificial post mortem, já que não estava gerado por ocasião da morte de seu pai genético (CC, art. 1.798). O “filho” póstumo não possui legitimação para suceder, visto que foi concebido após o óbito de seu “pai” genético e por isso é afastado da sucessão legítima ou ab intestato.

Neste sentido também, Almeida Júnior (2003) externa que pelo fato do embrião ter sido fecundado *post mortem*, o mesmo não terá direito sucessório algum, pois que a época da abertura da sucessão não era pessoa nascida e muito menos concebida.

A posição desses doutrinadores também é fortalecida pela regra disposta no art. 1.798, do Código Civil que legitima a suceder apenas os nascidos ou já concebido no momento da abertura da sucessão.

Outro ponto para essa corrente posicionar-se contrária a utilização de qualquer técnica de reprodução artificial *post mortem*, são os efeitos sócio-psicológicos e éticos que a futura criança e a mãe serão submetidos.

A corrente denominada parcialmente restritiva reconhece o direito de paternidade do filho advindo de técnicas de reprodução artificiais após a morte do pai, contudo, a criança gerada não será incluída na ordem de vocação hereditária. Nesse aspecto, Venosa (2009, p. 231) ressalta que “na inseminação após a morte o Código não tocou diretamente no direito

hereditário dos seres assim gerados, pois para a sucessão continuam sendo herdeiros apenas aqueles vivos ou concebidos quando da morte”.

Deste modo, ao nascido através da inseminação artificial *post mortem* será assegurado o registro civil com o nome do seu genitor falecido, mesmo estando este impossibilitado de manifestar sua vontade em concebê-lo.

Gonçalves complementa esse posicionamento ao mencionar que:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*, uma vez que a transmissão da herança se dá em consequência da morte (CC, art. 1.784) e dela participam as ‘pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão’. (REGIS apud GONÇALVES, 2009, p. 291).

A esse respeito Gama (2003, p. 745) pondera que:

(...) a despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco, mas não para fins de direitos sucessórios, o que pode conduzir a criança prejudicada a pleitear a reparação dos danos materiais que sofrer de sua mãe e dos profissionais que a auxiliaram a procriar utilizando-se do sêmen de cônjuge ou companheiro já falecido, com fundamento na responsabilidade civil (...).

A terceira corrente, denominada concessiva ou permissiva, permite ao inseminado *post mortem* ser declarado filho do seu provedor genético e, ainda, assegura o direito de ser reconhecido herdeiro do *de cuius*. Quanto à sucessão, em que a lei é omissa, essa corrente dividiu-se em duas: sendo que uma concede a sucessão somente via testamento, desde que a inseminação tenha sido autorizada em vida e confirmada em testamento e a concepção aconteça no prazo de dois anos da abertura da sucessão de mãe viúva do *de cuius* (seguindo a regra do fideicomisso). A outra subcorrente aborda que o direito a sucessão legal subsiste de pleno direito, já que é, constitucionalmente, proibida a distinção entre os filhos.

Para os seguidores dessa primeira vertente, a sucessão mostra-se como solução mais viável para se incluir as crianças nascidas por métodos de reprodução assistida póstuma, pois o material genético do *de cuius* pode ficar armazenado durante muito tempo, sendo prejudicial à ordem jurídica a espera indefinida por uma possível prole. Desta forma, vê-se que ao indicar a sua própria prole o testador deverá estipular prazo para o nascimento da criança, sendo que este não poderá ultrapassar dois anos (prazo que é previsto para a concessão de prole eventual de terceiros).

Diniz (2005, p. 527), então, explica que o filho póstumo:

Poderia ser herdeiro por via testamentária, se inequívoca for a vontade do doador do sêmen de transmitir herança ao filho ainda não concebido, manifestada em testamento. Abrir-se-ia a sucessão à prole eventual do próprio testador, advinda de inseminação artificial homóloga post mortem.

Outro requisito, é que a viúva do testador deve continuar a ter este status até o nascimento do filho póstumo, assim se a esposa do *de cuius* contrair novo casamento, o filho nascido de inseminação, após o prazo de 300 (trezentos) dias (BRASIL, 2002, art. 1.597, inc. II), será considerado fruto desse novo casamento, eliminando, portanto, qualquer vínculo legal com o falecido, bem como a presunção de paternidade.

Contudo, se não for cumprido o lapso temporal de dois anos, aplicar-se-á por analogia a regra contida do § 4º do artigo 1.800,00 do Código Civil de 2002, o qual externa que “se decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”

A segunda subcorrente admitiu iguais direitos na seara do direito de família e no âmbito das sucessões, àquele nascido mediante essa técnica. Este posicionamento encontra respaldo na garantia constitucional dada ao planejamento familiar, nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, como também no reconhecimento do pluralismo das entidades e na igualdade de todos os filhos.

Aquele assim concebido e nascido é filho para todos os efeitos jurídicos, a começar pela subsunção ao regramento constitucional da igualdade da filiação, previsto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, norma que não admite qualquer exceção legal, de modo que o filho biológico concebido após o falecimento de um dos genitores, mediante inseminação artificial, é parente, da classe dos descendentes, de primeiro grau, do falecido. O reconhecimento do mesmo é presumido, nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil, ao admitir como concebidos na constância do casamento os filhos “havidos por fecundação homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Nesse ponto, Dias (2009, p. 117) explica que a “norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer, ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários”.

Assim, essa vertente defende que após a Constituição Federal de 1988, os concebidos por técnicas de inseminação através de material criopreservados de pessoa

falecida, independentemente de prazo ou de quaisquer condições, terão os mesmos direitos dos demais filhos vivos ou concebidos do hereditando.

Ante a breve análise aos direitos sucessórios do concebido após a morte, percebe-se, a divergência nos posicionamentos, contudo a questão vem sendo analisada pela doutrina e jurisprudência, já que a legislação vigente no ordenamento jurídico brasileiro não é suficiente para a preservação dos direitos das pessoas que se utilizam das técnicas de reprodução assistida, nem tampouco daqueles que serão geradas através das mesmas, já que o legislador tratou no Código Civil da presunção da paternidade no artigo 1.597, inc. III , que diz “presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos, havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido, contudo não fez ressalvas quanto à autorização do doador falecido, ao lapso temporal em que esse material poderá ser utilizado, e as conseqüências dessa filiação no direito hereditário, sendo necessário que a questão seja urgentemente apreciada pelo legislador.

6 CONCLUSÃO

Ao final da elaboração deste trabalho permitiu-se concluir que, com o avanço da ciência genética, houve uma grande mudança no direito de filiação. Deste modo, a sociedade vem passando por profundas modificações sociais, científicas e tecnológicas ao longo dos tempos. Uma das áreas que mais sofreu alteração foi certamente a científica com os avanços da biotecnologia, auxiliando várias pessoas em todo o mundo no combate a infertilidade e esterilidade, concebendo uma criança sem ter sido praticada relação sexual, realizando, desse modo, o desejo de ter um filho, a tão sonhada maternidade ou paternidade.

Com a conservação de material genético em clínicas ou bancos de criopreservação de gametas e embriões, tornou-se possível a fertilização *post mortem*, ou seja, permitiu-se a procriação mesmo após a morte dos genitores. Deste modo, com a possibilidade de adoção das técnicas artificiais de reprodução humana, inúmeras são as discussões no âmbito social, ético e principalmente no âmbito jurídico, envolvendo os direitos das sucessões.

Quanto ao reconhecimento da paternidade dos filhos provenientes de fecundação artificial, verificou-se a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, tanto em relação à origem biológica, já que na fecundação artificial homóloga é realizada com o material genético do próprio casal, quanto à jurídica, já que segundo o Código Civil, presume-se concebido na constância do casamento o filho havido por inseminação artificial homóloga, mesmo após o falecimento do genitor.

Entretanto, com relação aos direitos sucessórios, a uma enorme divergência, já que não há uma corrente jurisprudencial concreta e a doutrina não chega há um consenso sobre o assunto. Contudo, com o devido respeito às posições contrárias, compreendeu-se que a criança concebida por inseminação artificial *post mortem* deve ter reconhecida o seu direito sucessório, com o mesmo tratamento jurídico destinado aos demais filhos vivos ou já concebidos, por ser, com certeza, uma solução de direito e justiça.

Quanto à sucessão testamentária resta resolvida, pois o diploma civil traz à baila a possibilidade do ainda não nascido, ou seja, a chamada prole eventual ter direito à herança. Contudo, se decorridos dois anos após a sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos. Sendo assim, a legislação civil prevê esse prazo de dois anos para que a ocorra à concepção, e se realize a disposição testamentária, entretanto não concebido o herdeiro esperado, a condição não foi cumprida e os bens reservados serão entregues aos herdeiros legítimos.

No que concerne a sucessão legítima, também é plenamente possível o filho concebido por fecundação *post mortem* vir a sucedê-lo, pois devem ser observados os princípios constitucionais, como o princípio da igualdade entre todos os filhos, o do melhor interesse da criança, a proibição de qualquer forma discriminatória, bem como o princípio da dignidade da pessoa humana, tão defendido por todos aqueles que atuam em nosso sistema jurídico. Ainda na Constituição Federal de 1988, vem assegurado o direito à herança onde se assegura a todos o direito de participarem da ordem de vocação hereditária de seus parentes, salvo exceções previstas em lei.

Deste modo restou evidente a existência dos direito sucessórios, não podendo serem excluídos da ordem de vocação hereditária os nascidos de tais circunstâncias, devendo serem observadas todas as garantias constitucionais, notadamente no aspecto da partilha de bens em condições de igualdade com os demais herdeiros necessários e/ou testamentários, como bem preleciona a CF/88, que todos os filhos havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas qualquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Cumprе ressaltar, que dada à nebulosidade sobre o tema é necessária uma legislação específica que regulamente o uso dessas técnicas, bem como suas conseqüências, elucidando mais aprofundadamente normas de direitos, deveres e obrigações.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, Andréa e FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3127/a-reproducao-assistida-e-as-relacoes-de-parentesco>>. Acesso em: 04 ago. 2007.

ALMEIDA, Silmara Juny de A. Chinelato e. **Tutela Civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo. **Técnicas de reprodução assistida e o biodireito**. Jus Naegandi, [S.I.], Nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6522>>. Acesso em: 12 set. 2011.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Direito Civil: introdução**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1927. v. 1.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: RED Livros, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia Privada e Critério Jurídico de Paternidade na Reprodução Assistida *In* LOTUFO, Renan. **Direito Civil Constitucional – Caderno 3**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 326.

BRASIL. **Código civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Vade Mecum. Acadêmico de Direito. 8. ed. São Paulo: Rideel. 2009.

_____. **Constituição Federal 1988**. Vade Mecum. Acadêmico de Direito. 8. ed. São Paulo: Rideel. 2009.

_____. **Lei n 11.105 de 25 de março de 2005**. Dispõe sobre normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvem organismos geneticamente modificados e seus derivados. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf><http://daleth.cjf.jus.br/revista/enunciados/IJornada.pdf>>. Acesso em: 20 set. 2011.

_____. Ministério da Saúde. **Agenda Nacional de Prioridades de Pesquisa em Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde; 2004. Disponível em: <www.saude.gov.br>. Acesso em: 05 nov. 2006.

_____. Ministério da Saúde. **Assistência ao planejamento familiar**. Brasília, Centro de Documentação do Ministério da Saúde, 1987.

_____. Ministério da Saúde. **Assistência em planejamento familiar: manual técnico**. Brasília: Ministério da Saúde; 2002.

_____. Ministério da Saúde. **Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: plano de ação 2004-2007**. Brasília: Ministério da Saúde; 2004.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria nº 48, de 11 de fevereiro de 1999**. Ano Internacional da Mulher. Brasília (DF); 2004.

CALDAS, George. **Inseminação artificial e fertilização in vitro: a medicina no auxílio da maternidade**. Disponível em: <<http://www.infonet.com.br/mamae/2011/ler.asp?id=111639&janelaenviar=sim&acao=imprimir>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

CANTUARIA, Raymundo Amorin. **Reprodução assistida: filiação**. Controvérsias Jurídicas. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2001.

CARLIN, Volnei Ivo. **Ética e Bioética**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998, p.126.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Procriação assistida: em busca de um paradigma**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 31, 1 maio 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1852>>. Acesso em: 11 out. 2011.

CARVALHO, José Alberto Magno de; BRITO, Fausto. **A demografia brasileira e o declínio da fecundidade no Brasil: contribuições, equívocos e silêncios**. *Revista Brasileira Estado e População* 2005; 22(2):351-369. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000089&pid=S1413-8123201100030001700001&lng=en>. Acesso em: 05 out. 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

_____. **Curso de direito civil**. v. 1. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

COSTA, Ana Maria. **Planejamento familiar no Brasil**. 1995. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/revista/bio2v4/planeja.html>>. Acesso em: 25 ago. 2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4ª. ed. ver. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 27. Ed. São Paulo; Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 16ª. ed. v.6. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito das sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **O Estado Atual do Biodireito**. 4ª. ed. rev e atual, conforme a lei n.11.105/2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito civil: teoria geral**. 5. ed. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 90-188.

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

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

FIUZA, César. **Direito Civil**. Curso completo. 8ª ed. rev. aum. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Direito Civil: curso completo**. 14. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GLAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral**. 10. Ed. São Paulo; Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**. Vol VII. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito Civil Brasileiro: parte geral**. . 1 São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **A maternidade substituta no Brasil**. Revista Juridica Consulex, Ano XIII, Nº 291, 2009.

Jornal Carta Forense, 10 de dezembro de 2007. "**Natalistas x Concepcionistas - o embate dos Titãs**." Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/Materia.aspx?id=977>>. Acesso em: 21 out. 2011.

KRELL, Olga Julbert Gouveia. **Reprodução Humana Assistida e Filiação Civil: Princípios Éticos e Jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Bioética e Presunção de Paternidade (considerações em torno do art. 1597 do Código Civil). *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

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

LEITÓLES, Fernanda; GERON, Vitor com informações de rafael waltrick. **Curitiba: nasce bebê concebido em inseminação feita após a morte do pai**. Gazeta do povo, Paraná, 21/06/2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vidaecidadania/conteudo.phtml?id=1139440>>. Acesso em: 21 out. de 2011.

MACHADO, Maria Helena. **Reprodução humana assistida: controvérsias éticas e jurídicas**. Curitiba: Juruá. 2003.

_____. **Reprodução humana assistida: aspectos éticos e jurídicos.** 1ed. Curitiba: Juruá. 2008.

MAIA, Hérica Juliana Linhares. **A fecundação artificial homóloga póstuma e seus efeitos no direito sucessório.** 2009. 554 GD. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) Faculdade de Direito – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa.

MARCELINO, Bárbara Reggiani. **Aspectos éticos e jurídicos da reprodução assistida.** /Bárbara Reggiani Marcelino; orientador: Roberto Brianezi de Lima. Marília, SP: {s.n.}, 2007. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília – Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica.** 1ª ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELO, Cristiane Dias de. **A fecundação artificial post mortem e seus efeitos no âmbito sucessório.** 2011. 777 GD. Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) Faculdade de Direito – Universidade Federal de Campina Grande, Sousa.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: parte geral.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. **A Condição Jurídica do Nascituro no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1953.

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

OLIVEIRA, Itabaiana de. **Tratado de direito das sucessões.** 4. Ed. São Paulo, Max Limonad, 1952. V. 2.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). PRH. **Análise da necessidade e introdução de anticoncepcionais no Brasil.** Brasília, 1994. (Relatório de uma análise colaborativa feita pelo Ministério da Saúde/ COMI/ CEMICAMP e representantes do Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde e a União Brasileira de Mulheres).

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Classificação Internacional de Doenças: CID-10.** Disponível em: <www.cid10.hpg.ig.com.br>. Acesso em: 26 mar. 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. **Tutela jurídica do nascituro à luz da constituição federal**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, n. 18, p. 33-48, mai./jun. 2007.

PINOTTI, José Aristodemo, FONSECA, Ângela Maggio da e BAGNOLI, Vicente Renato. **Reprodução Humana**. 1ª Ed. São Paulo: Fundação BYK, 1996.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **A inseminação Artificial Homóloga Post mortem e o Direito Sucessório**. 2008. Disponível em:
<<http://recantodasletras.uol.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 20 out. 2011.

RODOLFO, João. Alta Tensão: **Inseminação Artificial após a Morte**. Disponível em:
<<http://www.nalci.com.br/blog/2009/08/29/alta-tensao-inseminacao-artificial-apos-a-morte/>>. Acesso em: 10 set. 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.

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

SANTOS, Júlio César dos; FREITAS, Patrícia Martins de. **Planejamento familiar na perspectiva do desenvolvimento**. Revista Ciênc. saúde coletiva vol.16 no.3 Rio de Janeiro Mar. 2011. Disponível em:
<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000300017>. Acesso em: 10 out. 2011.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização assistida – Questão aberta**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. p.10.

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

SILVA, Analu Ramos; OLIVEIRA, Késia Teixeira de; ANJOS, Renato Faria dos; SOARES, Roncali Coelho; LIMA, Vitor Domingos Passos. **TERAPIA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS HUMANAS: REFLEXÕES ÉTICAS, MORAIS E LEGAIS**. Monografia para obtenção do grau de bacharel em Farmácia, apresentada à Faculdade de Ciências da Saúde da Universidade Vale do Rio Doce. **Governador Valadares-MG, 2008**.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Novo Código Civil Comentado**. Coordenador FIUZA, Ricardo. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 1408.

_____. **Direito de Família**. In: FIUZA, Ricardo (Coord). Código Civil Comentado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

SLAIBI FILHO, Nagib. Dos direitos da personalidade. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, n. 106, p. 227-249, abr. 2004.

SPISANTI, Sandro. **Ética Biomédica**. 2ª. ed., São Paulo: Paulinas, 1990.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. Questões controvertidas no novo código civil: parte geral. v. 6. São Paulo: Método, 2007.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil**: série concursos públicos. São Paulo: Método, 2006, v. 5.

Tyrrel MA, Carvalho V. **Programas nacionais de saúde materno-infantil: impacto político social e inserção de enfermagem**. Rio de Janeiro: Editora da UFRJ; 1995.

VALLADÃO, Haroldo. **Capacidade de direito**. In: Enciclopédia Saraiva, 1977.v.13.

VELOSO, Zeno. **Direito Brasileiro da Filiação e da paternidade**. São Paulo: Malheiros, 1997. P. 151.

VENOZA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direito Civil**: direito das sucessões. 10. Ed. São Paulo. Editora Atlas. 2010.

_____. **Direito Civil**: direito de família. 7. Ed. V. 6. São Paulo. Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil**: parte geral. 10. Ed. . São Paulo: Atlas, 2010.

WALD, Arnaldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Introdução e Parte Geral. 8. ed. São Paulo: RT, 1995.