

“A pessoa natural na quarta era dos direitos: O nascituro e o embrião pré-implantatório”*

Silmara Juny de Abreu Chinellato**

Sumário: Introdução. A revolução biotecnológica na quarta era dos direitos. I. Tutela civil do nascituro. 1. Conceito de nascituro. O embrião pré-implantatório. 2. A personalidade jurídica: correntes doutrinárias fundamentais. 3. Inovações do Código Civil. II. Reprodução humana assistida. 1. Conceito. Aspectos gerais. A falta de regulamentação específica. 2. Reflexos no Direito de família e das sucessões. Conclusão. Bibliografia.

Introdução

A revolução biotecnológica na quarta era dos direitos

“Quarta era dos direitos” é expressão da lavra de Norberto Bobbio,¹ caracterizada pelos avanços tecnológicos no âmbito da Genética e da Medicina, bem como das Telecomunicações, com grande impacto no âmbito jurídico.

A quarta era dos direitos pode também ser denominada a era da revolução tecnológica, na qual as perplexidades são muitas, propiciando angustiantes reflexões, de alta indagação.

A preocupação presente na comunidade internacional, nas discussões científicas e da sociedade civil é o perigo que representa, para a sobrevivência de todo o ecossistema, a separação entre as duas áreas do saber — o científico e o humanista —, diagnosti-

* Conferência proferida no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, Rio de Janeiro, de 25 a 27 de setembro de 2006.

** Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de S. Paulo (Doutora e livre-docente); Professora Colaboradora da ASSLA — Associazioni di Studi Sociali Latino American; Membro do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro; Conselheira do Instituto dos Advogados de São Paulo.

1 *A era dos Direitos*. 9.ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992. Tradução de Nelson Coutinho do original *L'età dei diritti*, Giulio Einaud Editore, 1990.

cado pelo oncólogo Van Rensselaer Potter a quem se atribui o emprego, pela primeira vez, do vocábulo *bioética*, em 1970, no artigo *The Science of survival* e, em 1971, na obra *Bioethics: bridge to the future*.²

Essa atribuição é feita por Elio Sgreccia,³ um dos fundadores da Bioética como Ciência ligada à Filosofia, mas com prisma multidisciplinar.

Para Potter o único caminho possível para a iminente catástrofe, é uma ponte entre as duas culturas- a científica e a humanístico-moral- dando origem à Bioética cujo conceito, de maior aceitação doutrinária, inclusive por Sgreccia, é o contido na *Encyclopedia of Bioethics*, de 1978:

“estudo sistemático da conduta humana no âmbito das ciências da vida e da saúde considerada à luz de valores e de princípios morais”.⁴

A preocupação ética com o progresso da Ciência e o necessário e difícil equilíbrio entre os dois fatores, foi analisada também, com profundidade, por Hans Jonas, em obras dedicadas à filosofia da biologia e da técnica, nas quais enfatiza o princípio da responsabilidade.

Segundo o autor, é neste que se embasa a ética para a “era da técnica” que busca apresentar critérios rigorosos para nela intervir.

2 *Bioethics: the science of survival*. In: *Perspectives in Biology and Medicine*, 1970, 14(1), p. 127-53.

Bioethics: bridge to the future. New York, 1971.

3 *Manual de Bioética I — Fundamentos e Ética Biomédica*. São Paulo, Edições Loyola, 1996. Traduzido por Orlando Soares Moreira do original *Manuale di bioetica I. Fondamenti ed etica biomedica*, Vita e Pensiero, Milano, 1988. O autor apóia-se em C. Viafora (org.)- *Vent'anni di bioetica: idee protagonisti istituzioni*, Padova, 1990- e D. Gracia — *Fundamentos de bioética*, Madrid, 1989.

4 *Encyclopedia of Bioethics*, I, Reich editor, p. XIX, *apud* Elio Sgreccia, op. cit. p. 43.

Uma de suas principais obras *Ética, Medicina e Técnica*, analisa a biotecnologia, a engenharia genética e a experimentação em seres vivos.⁵

A apreensão e inquietação de Jonas voltam-se sempre para a ética da civilização contemporânea que denomina “civilização tecnológica”.

Embora não se tenha chegado, ainda, a um consenso sobre qual seja o objeto da Bioética, sustenta Elio Sgreccia que o tratado de Bioética tem hoje três grandes momentos que, no nosso modo de ver, relacionam-se com o próprio objeto:

- a) bioética geral
- b) bioética especial
- c) bioética clínica

A bioética geral trata das fundações éticas, estudo dos valores e princípios originários da ética médica e sobre as fontes documentais (direito internacional, deontologia, legislação).

A bioética clínica ou de decisão examina no caso concreto da prática médica, quais os valores em jogo e por quais caminhos se poderá encontrar a linha de conduta sem modificar tais valores.

Observa o autor que não se pode separar a bioética clínica da geral, embora se possa reconhecer que os casos concretos apresentam quase sempre múltiplos aspectos que devem ser avaliados.

A bioética especial é a que mais interessa nesta oportunidade, pois relaciona-se com o tema proposto. Analisa os grandes problemas, enfrentados no âmbito médico e no biológico: engenharia genética, aborto, eutanásia, experimentação clínica em seres humanos.

5 *Ética, Medicina e Técnica*. Tradução de António Fernando Cascais. Passagens. José A. Bragança de Miranda, Director de Coleção. Lisboa: Vega, 1994. Entre as obras do autor anote-se, ainda, *El principio de responsabilidad: ensaio de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona: Herder, 1995.

Uma das questões fundamentais da bioética relacionadas à pessoa humana é o conceito e natureza do embrião pré-implantatório e do já implantado.

As recentes técnicas de reprodução assistida propiciaram o surgimento dos denominados “direitos de quarta geração” — os derivados dos efeitos da pesquisa biológica, conforme assim os denomina Norberto Bobbio.⁶

Trouxeram, ainda, um grande benefício para as Ciências, possibilitando uma nova reflexão acerca da natureza ontológica, biológica e jurídica do embrião pré-implantatório.

Com a natural perplexidade que esta nova realidade causou, vemos como aspecto positivo, que o centro das discussões e das dúvidas desloca-se do nascituro — cuja natureza ontológica, biológica e jurídica hoje se aceita com menos dificuldade, para quem não a admitia, do que outrora, com reflexos francamente positivos na jurisprudência, em nítida evolução⁷ — para o embrião pré-implantatório.

I. Tutela civil do nascituro

1. Conceito de Nascituro. O embrião pré-implantatório

O tema nascituro é pouco tratado no Brasil, ao contrário do que ocorre em outros países. É sempre relevante, por relacionar-se diretamente com o direito à vida, e atual, tendo em vista as novas técnicas médicas de reprodução humana assistida ou fertilização assistida e a engenharia genética que propiciam o aflorar dos denominados *direitos de quarta geração*.

6 *A era dos Direitos*, cit.

7 *O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Evolução e tendências*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 10 n° 20. jul-dez./2007.p.222-232.

O Código Civil de 2002 renova a oportunidade do estudo do tema, despertando para além da pesquisa científica médico-jurídica, uma visão bioética.

Como já se assinalou na Introdução, um dos temas fundamentais da Bioética é o nascituro, denominado “*embrião*” em documentos internacionais e leis estrangeiras, embora embrião seja apenas uma das fases de desenvolvimento do óvulo fecundado.

O direito brasileiro emprega tradicionalmente o termo “nascituro”, desconhecido no Direito romano que utilizava palavras concretas como “*homo*”, “*qui in utero est*”.⁸

Nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno. Tratando-se de fecundação *in vitro*, realizada em laboratório, há necessidade de implantação do embrião *in anima nobile*, para que se desenvolva, a menos que se o congele ou criopreserve, conforme nos ensinam os especialistas em reprodução humana assistida.

A viabilidade de desenvolvimento depende, pois, da implantação no útero, onde se dará a nidação. Há a propósito, a Recomendação n.º 1.046, de 24.9.1986 do Conselho da Europa dirigida aos países-membros- mas esperando alcançar os demais- no sentido de proibição de experiências que visem a criar seres em laboratório (ectogênese), o que representa louvável preocupação.

Embora o conceito tradicional de nascituro pressuponha a concepção *in vivo*, única realidade até há pouco tempo, há necessi-

8 Sobre o assunto consulte-se de Pierangelo Catalano, Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano (a propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro). In Revista de Direito Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 45: 7-15, ano 12, jul./ set. de 1988. Veja-se, ainda, MADEIRA, Hércio Maciel França. O nascituro no Direito Romano. Conceito. Terminologia e princípios. Cadernos FAENAC. Série Jurídica. Dadascália. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

Consulte-se também de Silmara Juny de A. Chinelato e Almeida, Tutela civil do nascituro, São Paulo: Saraiva, 2000.

dade, no entanto, de que a legislação futura, civil e penal- na esteira da lei alemã, de 03 de dezembro de 1990, que entrou em vigor em 1.º de janeiro de 1991 — proteja especificamente o embrião pré-implantatário, assim denominado, enquanto *in vitro* ou crioconservado.

A lei de Biossegurança — Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005, regulamentada pelo Decreto n. 5.591, de 22 de novembro de 2005- no artigo 24 impõe pena de detenção de um a três anos e multa para quem utilizar embrião humano em desacordo com o disposto no art. 5.º que elenca os requisitos para tanto.

No art. 25 estabelece pena de reclusão de um a quatro anos e multa para quem “*praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião*”.

Os diversos projetos de lei sobre reprodução humana assistida — entre os quais o projeto n. 90/99 do Senador Lúcio Alcântara, com substitutivos de Roberto Requião e de Tião Viana, têm grande carga penal, tratando do assunto também no âmbito civil e administrativo.⁹

Definir a natureza jurídica e ética do embrião pré-implantatário é um dos temas cruciais da Bioética e do Biodireito, tema tratado com profundidade por Mário Emílio Bigotte Chorão.¹⁰

Entre os autores que integram corrente doutrinária expressiva que defende sua qualidade de pessoa citem-se, entre os juristas, além de Bigotte Chorão, Gérard Mémetau.¹¹

9 Sobre o Projeto de Lei consulte-se parecer in Revista Trimestral de Direito Civil, Gustavo Tepedino, coordenador, Editora Padma-Renovar, ano 4, v.15,p. 241-58, jul./set.2.003.

10 BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do Direito*. Separata da Revista *O Direito*, Lisboa, ano 123º, 1991, IV.

11 *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*. In Revue trimestrielle de Droit civil, octobre-décembre 1990, p. 611 e ss.

Entre os médicos, invoque-se, por todos, Jérôme Lejeune, premiado geneticista francês, descobridor das causas da síndrome de Down.¹² Em seus vários trabalhos, demonstra o ilustre cientista, que, desde a fecundação, a carga genética é plenamente diferenciada em relação à do pai e à da mãe, sendo o nascituro, desde a primeira fase de evolução, ser individualizado.

Acresce o rol de autores que integram corrente doutrinária expressiva defensora de sua qualidade de pessoa, entre os juristas, além de Bigotte Chorão e Gérard Mémetau, Günter Rager, Reinaldo Pereira e Silva e os filósofos Elio Sgreccia, Antonio Tarrantino, Diretor do Centro de Bioética e Direitos Humanos da Università di Lecce, e Laura Pallazani.¹³

12 Jérôme Lejeune. *L'enceinte concentrationnaire. D'après les minutes du procès de Maryville*. Éditions Le Surment, Fayard, Paris, 1990.

13 BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *O problema da natureza e tutela jurídica do embrião humano à luz de uma concepção realista e personalista do Direito*. Separata da Revista *O Direito*, Lisboa, ano 123º, 1991, IV. Consultem-se também outras obras do autor a seguir mencionadas, reunidas no livro *Pessoa Humana, Direito e Política*. Série Estudos Gerais. Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2006.

Direito e Inovações Tecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito). Separata da Revista *O Direito*, ano 126º, 1994, III-IV, Lisboa. *Revolução Biotecnológica e Direito — uma perspectiva biojurídica personalista*. In: Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, 23ª, Lisboa, 1995, p.487-501. *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. N.17, p.161-96., 1999.

Reinaldo Pereira e Silva. *Introdução ao Biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo, LTR, 2002.

Jérôme Lejeune. *L'enceinte concentrationnaire. D'après les minutes du procès de Maryville*. Éditions Le Surment, Fayard, Paris, 1990. Do mesmo autor, consulte-se também *The custody dispute over seven human embryos. The testimony of Professor Jerome Lejeune, J.D., PH.D.* Center for law & religious freedom. Annandale, Va, {s.d}.

Eliane Azevedo. *O direito de vir a ser depois do nascimento*. Edipuc-RS. Genival Velozo França. *O direito médico*. 6. ed., Fundo Editorial Bik, 1994.

Mémeteau, Gerard. *La situation juridique de l' enfant conçu . De la rigueur classique à l'exaltation baroque*. In Revue trimestrielle de Droit civil, octobre-décem-

A monografia de Laura Pallazani analisa com profundidade e amplitude o tema sob a ótica da Filosofia, Genética e Direito.¹⁴

A esta corrente também me filio, sustentando que entre embrião implantado e não implantado pode haver diferença quanto à capacidade de direito, mas não quanto à personalidade. Esta é um *quid*, enquanto a capacidade é um *quantum*. No dizer oportuno de Francisco Amaral, pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa.

Entre os médicos, além de Jérôme Lejeune, premiado geneticista francês, Angelo Serra dedica-se ao assunto em várias obras. No Brasil, merecem relevo Genival Veloso França e Eliane Elisa Azevedo.

A este assunto dediquei monografia, a ser publicada. Por entender, que o conceito de nascituro — ser concebido e ainda não nascido — é amplo, não importando o *locus* da concepção, sou contrária à inclusão expressa de “embrião” no artigo 2.º do Código Civil, conforme proposta do Projeto de Lei n. 6.960, de 12 de junho de 2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza.

bre 1990, p. 611 e ss.

Sgreccia, Elio. *Engenharia genética: problemas éticos e jurídicos*. In: *Questões atuais de Bioética*. Coordenação de Stanislavus Ladusâns, São Paulo, Loyola, 1990.

Serra, Angelo. *Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto, e alla teologia*. In: *Nuova genetica e embriopoiesi umana*, Serra A. & Sgreccia, E., Di Pietro M. L. coordenadores, Vita e Pensiero, Milano, 1990. p. 69-70. Do mesmo autor, Quando comincia un essere umano. In: *Il dono della vita*. E. Sgreccia, coordenador. Vita e Pensiero, Milano, 1987, p. 99-105.

Günther Rager. *Embrion-hombre-persona. Acerca de la cuestion del comienzo de la vida personal*. In *Cuadernos de Bioética*. Revista trimestral de cuestiones de actualidad, Madrid. v. VIII, n. 31, p. 1.048-63, jul/set;1997. TARANTINO, Antonio. *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro* (coordenador). Studi Giuridici- sezione di Filosofia del Diritto e della Politica, Università degli Studi di Lecce. 1. Ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996.

14 Laura G. Pallazani. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*. Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia Del Diritto. Giappichelli Editore. Torino, 1996.

Conforme demonstram Angelo Serra, médico e bioeticista italiano, bem como Elio Sgreccia, bioeticista e filósofo italiano, Francesco Busnelli, da Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa, Mário Emílio Bigotte Chorão, entre outros autores, a expressão “*nascituro*” já inclui o embrião pré-implantório, anotando-se que “*embrião*” é termo não-jurídico, embora seja atualmente empregado nas leis e documentos internacionais.

Embrião é apenas um dos estágios de desenvolvimento do ovo (zigoto, mórula, blástula, embrião e feto). Acrescentar a palavra não-jurídica e restritiva “*embrião*” significa negar a qualidade de nascituro que já tem. A lei poderá distinguir a capacidade do nascituro implantado e do não-implantado, lembrando-se a crítica dos diversos especialistas, entre os quais René Fridyman quanto à impropriedade da palavra “*pré-embrião*” pois de embrião já se trata.

Outra corrente sustenta não ter ele esta qualidade, devendo ser considerado como *res*, ao menos até o décimo quarto dia a partir da fecundação. Denominados “utilitaristas”, prendem-se a interesses ligados a manipulação genética, pesquisa em embriões, e — em posição extrema — destruição dos denominados “embriões excedentes”.

Muitos especialistas em reprodução humana assistida defendem esta corrente que, ao que parece, teve seus primeiros adeptos entre médicos dos Estados Unidos da América do Norte.¹⁵

Corrente intermediária, embora não lhe reconheça a qualidade ética e jurídica de pessoa, não o considera como *res*. Seria uma pessoa *in fieri* ou pessoa virtual e por isso, merecedora de respeito e proteção jurídica.¹⁶

15 Sobre o assunto consulte-se E. Sgreccia, op. cit., p. 73-78

16 Neste sentido, Ascensión Cabrera Infante., Professora titular de Filosofia do Direito, Moral e Política da Universidade de La Coruña, em palestra proferida no Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família, S. Paulo, no dia 02 de junho de 1999.

Mesmo para os que o consideram “*res*”, há um pensamento direcionado a considerá-la de modo diferenciado, não se podendo qualificá-lo simples produto, a ensejar a proteção das leis de consumo. Neste sentido, as lições de Gerard Mémeteau.

A discussão se renovou depois de promulgada a Lei de Biossegurança que provoca acaloradas discussões, sem término. A Bioética procura compatibilizar interesses antagônicos, formando uma “ponte” entre o saber científico e o humanístico, tarefa árdua pois dificilmente a visão será estritamente científica, sem influência ou reflexos de posições filosóficas ou religiosas .

Parece-me que a lei atendeu às ponderações de ambas as partes, ficando no meio termo de modo a não constituir entrave às pesquisas que podem proporcionar a cura, bem-estar ou melhora da qualidade de vida das pessoas.

As condições para uso de embriões excedentes foram elencadas no art. 5º. Exige o *caput* que a utilização de células-tronco embrionárias originem-se de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e que não tenham sido utilizados nos respectivo procedimentos, além dos seguintes outros requisitos:

- a) sejam embriões considerados inviáveis para implantação; ou
- b) tenham sido congelados ao menos há três anos, da data da publicação da lei ou que nessa data, já tenham três anos de congelamento;
- c) consentimento dos doadores de gametas, que a Lei denomina “genitores”.¹⁷

17 “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.

Aos que remanesceram melhor será que sirvam à humanidade do que sejam simplesmente descartados, equiparando-se-os a coisas, qualidade que lhes é estranha.

A discussão travada na ADIN n. 3.510 do Supremo Tribunal Federal, que conclui pela constitucionalidade do art. 5.º da Lei de Biossegurança, enfatiza a responsabilidade civil de todos os intervenientes ou partícipes da pesquisa com células-tronco embrionárias, notadamente nos votos dos Ministros Ricardo Lewandowski, Eros Grau, César Peluso, Gilmar Mendes e Carlos Alberto Menezes Direito. Quer se sustente a personalidade do embrião pré-implantatório, isto é, aptidão para ser titular de direitos, obrigações e *status*, quer não se a reconheça, ele não se confunde com *res* (coisa), não se lhe podendo aplicar o regime das coisas. A dignidade do embrião pré-implantatório é inequívoca, não se confundindo com coisa, mercadoria, produto.

O Código Civil optou por retirar a expressão “*ser humano*” do artigo 2.º, conforme havia sido aprovado pelo Senado Federal, por meio da E.R. n. 368.¹⁸

Substituiu-se “*ser humano*”, termo mais amplo, por “*pessoa*”, no texto promulgado.

§ 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 “*

O artigo 15 da Lei que regulamenta os transplantes tipifica como crime:

“ Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

Pena — reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufera qualquer vantagem com a transação.”

18 *“A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.*

Cumpra observar que o direito *constituendo* poderá considerar como nascituro o embrião pré-implantatário. Dadas suas peculiaridades, parece-me deva a legislação regular de modo diferente os direitos do nascituro implantado *in vivo* e o embrião pré-implantatário, que poderá ser denominado nascituro pré-implantatário, o que não lhe retira a qualidade de ser humano. A questão é de capacidade e não, de personalidade.

2. A personalidade jurídica: correntes doutrinárias fundamentais

Como já afirmei, nascituro é aquele que está por nascer, já concebido. No terceiro milênio, a quarta era dos direitos, caracterizada pelos avanços da Biomedicina, da Genética e das Telecomunicações, a dúvida é se o conceito pode se estender ao nascituro concebido *in vitro*, isto é, fora do ventre materno, única realidade quando do advento do Código revogado.

No meu modo de ver, o conceito amplo de “nascituro” — o que há de nascer — pode abarcar tanto o implantado como o embrião pré-implantatário. Como é possível conferir-se herança e doação até à prole eventual — prole não gerada e que talvez nem o seja — pode-se também conferi-las ao embrião pré-implantatário, bastando que seja identificado, o que se dá pela identificação dos doadores de gametas.

Antes de serem congelados, há essa identificação para fins vários como a implantação na própria doadora do óvulo ou em outra mulher, no caso de doação de óvulo.

Pode-se fazer testamento em favor do embrião pré-implantatário, com fundamento no artigo 1.798 do Código Civil que admite legitimado a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas, no momento da abertura da sucessão. Concepção já existe, não havendo distinção na lei, quanto ao *locus* da concepção: se *in vivo* ou *in vitro*.¹⁹

19 Tratei da sucessão do embrião pré-implantatário no Capítulo II, n. 2 deste ensaio.

Não me pareça seja atingido pelo prazo de dois anos que se refere à prole eventual, a que ainda não foi gerada. O embrião pré-implantatório já o foi, aguardando-se apenas a gestação.

Conforme sustentei em obra própria, a ser publicada, o embrião pré-implantatório poderá herdar como herdeiro legítimo ou testamentário. Como legítimo, se houver coincidência entre a mãe que gera e a que gesta, depois de um tempo de crioconservação.

Como testamentário, se forem diferentes pessoas a doadora do óvulo e a que gesta, como no caso de fertilização heteróloga ou fertilização por doadora.

A reprodução humana, tratada em linhas gerais e breves no artigo 1.597 do Código Civil, oferece múltiplas hipóteses não sendo possível enumerá-las todas, para o desiderato deste trabalho. As diferentes situações do doador de gameta também enriquece o número de hipóteses que diferenciarão o herdeiro legítimo e o testamentário.

Atribuir direitos e deveres significa afirmar personalidade e tanto a segunda parte do artigo 2º, que é exemplificativo, como outras normas do Código reconhecem expressamente ao nascituro direitos e *status* (como o de filho) e não expectativas de direitos.

Ele pode ser reconhecido ainda no ventre materno (parágrafo único do artigo 1.609 e parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.069, de 13.7.1.990), está sujeito à curatela (artigos 1.778 e 1.779), pode ser adotado (artigo 1.621 cc artigo 2.º, segunda parte), tem direito à representação pelos pais (1.634,V, 1.689,II) ou pelo curador (1.779).

Além de direitos consagrados de modo expreso, a redação exemplificativa do artigo 2º permite reconhecer o direito a alimentos ao nascituro e investigar-lhe a paternidade (RT 703:60-3; RT 650:220 e JTACSP 74:99). O nascituro pode ser beneficiário de doação (artigo 542) e herança (artigo 1.799), direitos patrimoniais materiais, podendo o representante legal entrar na

posse de bens doados ou herdados, provando-se a gravidez, por meio da posse em nome do nascituro (CPC arts. 877 e 878).

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando dos direitos não patrimoniais.

De grande relevância os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela previsão não taxativa do art. 2º. Entre esses, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos estudos de Bioética.

Considerando a não-taxatividade do artigo 2º, a previsão expressa de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o Código Civil, filia-se à corrente concepcionista que reconhece direitos e *status* desde a concepção, como já ocorria no Direito Romano.

Não me parece adotar a corrente natalista que é prevista apenas na primeira parte do artigo e não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar-se adotar a corrente da personalidade condicional, pois os direitos não-patrimoniais, incluindo-se os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida e, antes, a ele visam, conforme explanei em *Tutela Civil do Nascituro*, Saraiva, 2.000.

A despeito de inúmeras teorias sobre o início da personalidade e a condição jurídica do nascituro, podemos reduzi-las, ao menos no Brasil, em três correntes fundamentais: a natalista, a da personalidade condicional e a verdadeiramente concepcionista.

A primeira delas — natalista — encontra grande número de adeptos que afirmam que a personalidade civil começa do nascimento com vida, alicerçando-se na primeira parte do artigo 2º do Código Civil que estatui:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Mencionada corrente não explica, no entanto, porque o mesmo artigo 2º reconhece **direitos** e não expectativas de direitos ao nascituro os quais, assim como os *status*, efetivamente lhe são atribuídos pelo Código, conforme já explanado.

Baseia-se, também, a corrente natalista, na errônea afirmação de que no Direito Romano o nascituro não era considerado pessoa, o que foi muito bem contestado pelo professor Titular de Direito Romano, Pierangelo Catalano, da Universidade de Roma (La Sapienza) em pesquisa específica a respeito da condição jurídica do nascituro, no Direito Romano, em suas várias fases,²⁰ bem como por Hécio Maciel França Madeira.²¹

A segunda corrente, denominada da personalidade condicional, reconhece a personalidade, desde a concepção, com a condição de nascer com vida. Constitui a corrente adotada por Clóvis Bevilacqua no artigo 3º de seu Projeto de Código Civil²² mas não incorporada ao artigo. 4.º do Código de 1916.

Embora Bevilacqua tenha-se aproximado bastante da teoria concepcionista, deixa à margem de suas indagações os Direitos da

20 *Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano (a propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro)*, cit.

21 *O nascituro no Direito Romano. Conceito. Terminologia e princípios*, cit.

22 Assim se expressa Clóvis Bevilacqua in *Projecto do Código Civil Brasileiro — Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*. Projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, v. 1:

“Onde a verdade? Com aquelles que harmonizam o Direito Civil consigo mesmo, com o penal, com a physiologia e com a lógica, como demonstrou Teixeira de Freitas na luminosa nota ao artigo 221 de seu Esboço. Realmente, si o nascituro é considerado sujeito de direitos, si a lei civil lhe confere um curador, si a lei criminal o protege cominando penas contra a provocação de aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o carácter de pessoa, como o fizeram os códigos e projectos acima citados, de acordo com os quaes se mostra Raoul de la Grasserie”.

Personalidade — entre os quais se inclui, primordialmente, o direito à vida — direitos absolutos, incondicionais, não dependentes, pois, do nascimento com vida.

Não se poderá afirmar, porém, que Clóvis Bevilacqua, enquanto doutrinador, fosse adepto da teoria da personalidade condicional, pois ao comentar o artigo 1.537 do Código revogado, afirma que a indenização em caso de homicídio se estenderá aos filhos nascidos e nascituros, equiparando-os.²³

É mister observar que o Projeto Bevilacqua, bem como o Código Civil brasileiro vigente, são datados de época em que entre nós não estava plenamente divulgada e alicerçada a Doutrina dos Direitos da Personalidade, falha na qual não incide o Projeto de Código Civil atual que, no entanto, os regulou de modo tímido (arts. 11 a 21).

Os direitos da personalidade do nascituro seriam bastantes para alicerçar a corrente concepcionista, afastando a da personalidade condicional, pois não há direito de personalidade condicional. Seria contraditório, por exemplo, admitir condicionalmente o direito à vida, subordinado à condição de nascer com vida. O mesmo se diga quanto ao direito à integridade física, reconhecendo-se cada vez mais ao nascituro, na atualidade, a indenização de danos pré-natais.²⁴

23 *Código Civil Comentado*. 5. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1938, v. 4.

24 Consulte-se de Silmara Juny de A. Chinelato, *Bioética e dano pré-natal*. In *Direito de Família. Homenagem a Sérgio Marques da Cruz*. Revista do Advogado. Paulo Leme Ferrari, coordenador. Associação dos Advogados de São Paulo, n. 58, março/2000, p. 62-77.

No livro *Tutela civil do nascituro*, o assunto foi tratado nas páginas 301 e ss, nas quais mostro a evolução jurisprudencial que caminha para conceder, cada vez mais amplamente, indenização por danos causados ao nascituro. A evolução jurisprudencial até início de 2007 foi analisada em *O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Evolução e tendências*, cit. Pode-se afirmar que a década de 1980 é um importante marco para caracterizar o início de uma diretriz em favor dos direitos do nascituro.

A Constituição Federal assegura no *caput* do artigo 5º — que define, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais

Houve nítida evolução da jurisprudência notadamente no âmbito da responsabilidade civil, pois, enquanto na década de 1960 e na de 1970 os Tribunais, inclusive o Tribunal de Justiça de São Paulo, não reconheciam a indenização por morte de nascituro, embora a morte de animais fosse indenizada há muito — anotando-se decisões do início do século passado — hoje existem inúmeros acórdãos que reconhecem a indenização de danos pré-natais.

Há acórdãos muito bem fundamentados não só do Tribunal de Justiça de São Paulo, como do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e também do Superior Tribunal de Justiça.

Neste, invoco o acórdão proferido no Recurso Especial nº 399.028/SP, DJU 15.04.2002, p. 232, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira que analisou questão relativa a dano moral a nascituro pela perda do pai.

O mesmo Tribunal Superior em ação fundada em responsabilidade civil do Estado concedeu indenização de trezentos salários mínimos tanto para a mãe como para o nascituro, ambos mortos em decorrência de acidente causado por servidor público. Trata-se do Recurso Especial n. 472.276/SP (200201405330), julgado em 26.06.2003, pela 2ª Turma, rel. Ministro Franciulli Netto, DJ 22.09.2003, p. 299.

O Recurso especial mais recente é o Recurso Especial n. nº 931.556 —RS (2007/0048300-6) cuja Relatora é a Ministra Nancy Andrighi, julgado por unanimidade, em 17.6.2008 que concede indenização ao filho nascituro em quantum igual ao fixado aos filhos nascidos. Trata-se de ação fundada em responsabilidade civil pela morte do pai. O teor do acórdão enfatiza que o dano moral é devido pela impossibilidade de o filho nascituro conhecer e conviver com o pai. Transcrevo parte relevante da R. decisão:

“Uma vez assentada essa ordem de idéias, verifica-se que uma diminuição do valor indenizatório fixado em relação ao nascituro é, portanto, uma tentativa de se estabelecer um padrão artificial de “tarifação” que não guarda relação alguma com a origem fática do dever indenizatório — porto relativamente seguro onde a jurisprudência costuma repousar sua consciência na difícil tarefa de compensar um dano dessa natureza.

No mais, se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido dele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida.”

— a inviolabilidade do direito à vida, sem definir, no entanto, a partir de que momento se daria esta proteção.

O inciso XXXVIII do mesmo artigo reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os quais se inclui o aborto. Assegura, ainda, a licença à gestante, com a duração de cento e vinte dias, no artigo 6º, inciso XVII, a; proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II e art. 203, I), com a finalidade de proteger a mãe e o nascituro.

Cumprе salientar que até o texto final da Constituição vigente, a questão do início da vida foi objeto de inúmeras polêmicas — se a partir da concepção ou do nascimento — a que me referi em *O Nascituro no Código Civil e no nosso Direito Constituendo*.²⁵

A definição expressa do início da vida ficou, destarte, sob o encargo da legislação ordinária, embora pareça-me que a Constituição Federal protege inequivocamente o nascituro.

No Direito Internacional o direito à vida do nascituro é expressamente previsto pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de S. José da Costa Rica, além de ter sido objeto das Recomendações de números 934/82, 1.046/86 e 1.100/89 do Conselho da Europa.

O Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) foi ratificado pelo Brasil aos 25 de setembro de 1992 e ingressou no Direito interno por meio do Decreto nº 678, de 06.11. 92.

Estabelece no Capítulo II (Direitos Cívicos e Políticos), artigo 4º — Direito à vida:

“1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o mo-

25 *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Coordenação de Carlos Alberto Bittar, Saraiva, 1989, p. 39-52.

mento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

A seu turno, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, considera em seu preâmbulo:

“Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento;”

A terceira corrente doutrinária é por mim denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista, para diferenciar-se da teoria da Personalidade condicional. Sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.

Como já explanado, bastaria apenas um direito não condicional, subordinado ao nascimento com vida, para que a personalidade não fosse condicional. É o que ocorre com o *status* e filho e os direitos pessoais entre os quais: o de ser reconhecido ainda no ventre materno, o de ser representado, o de ser adotado, o de ter curador. O mesmo se diga quanto aos direitos da personalidade, direitos pessoais de natureza privilegiada.

Aperfeiçoando mencionada corrente, sustentei em tese de Doutorado e na obra que nela se baseia, que a personalidade — que não se confunde com capacidade — não é condicional.

Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nas-

cimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento **sem** vida, porque a segunda parte do artigo 2º do Código Civil, bem como outros de seus dispositivos, reconhecem **direitos** (não, expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção.

O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade. Porém, a posse dos bens herdados ou doados ao nascituro pode ser exercida, por seu representante legal, desde a concepção, legitimando-o a perceber as rendas e os frutos, na qualidade de titular de direito subordinado à condição resolutive.

Fundamentam nosso entendimento os artigos 127, 128, 563, 1.784, 2.020, todos do Código Civil e os artigos 877 e 878 do Código de Processo Civil, que cuidam da posse em nome do nascituro, como medida cautelar (ou processo de jurisdição voluntária, como preferem alguns processualistas).

Entre os adeptos da corrente concepcionista, que perfilho, cite-se: Teixeira de Freitas.²⁶ Pontes de Miranda,²⁷ R. Limongi França,²⁸ Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro,²⁹

26 *Consolidação das leis civis*, 3. ed. Rio de Janeiro, H. Guarnier, 1886 e *Esboço do Código Civil*, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.

27 *Tratado de direito privado; Parte Geral — Introdução — Pessoas físicas e jurídicas*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t. I, e *Tratado de direito privado; Parte especial — Direito de família — Direito parental — Direito protectivo*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, t. II.

28 *Manual de Direito Civil*. 3. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

29 *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1953.

Francisco dos Santos Amaral Neto,³⁰ José Tavares,³¹ Mario Emílio Bigotte Chorão,³² Professor da Universidade Católica Portuguesa, que muito tem contribuído para nossas reflexões. Há nova geração de juristas que adotam a teoria concepcionista, o que representa a continuidade da tese semeada por Rubens Limongi França a quem se lhe deve a estrutura fundamental. Representam-na Flávio Tartuce³³ e José Fernando Simão.³⁴

A tomada de posição no sentido de que o nascituro é pessoa importa reconhecer-lhe outros direitos, além dos que expressamente lhe são concedidos pelo Código Civil e outros diplomas legais, uma vez que se afasta na espécie, porque inaplicável, a regra de interpretação *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*.

Reitera meu modo de ver quanto à não-taxatividade dos direitos reconhecidos ao nascituro, outro postulado hermenêutico, no sentido de que a enunciação taxativa é indicada expressamente pelas palavras *só, somente, apenas* e outras similares, inexistentes no artigo 2.º que, ao contrário, refere-se genericamente a **direitos** do nascituro.

Entre os que não são expressamente previstos, inclui-se o direito a alimentos, reconhecido ao *conceptus* desde o Direito Romano,

30 *O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do direito Português. Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 8, p.75-89, Forense, 1990. Consulte-se, também, do ilustre civilista, a valiosa obra, de leitura obrigatória para os estudiosos da *Parte Geral do Direito Civil, Direito Civil. Introdução*. 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

31 *Os Princípios fundamentais do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 1928, v. 2.

32 *O Problema da natureza*.cit.

33 *A situação do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. Novo código Civil. Questões controvertidas. Parte geral do Código civil. V. 6. Série Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2007.

34 *Início da personalidade jurídica. Natalistas x concepcionistas* — embate dos Titãs. In http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_personalidade_jur.html. O artigo foi publicado, ainda, em Carta Forense, São Paulo, edição 54, dezembro de 2007.

conforme textos do Digesto 37, 9.1 (*De ventre in possessionem mittendo, et curatore ejus*).

De fundamental importância, porque diretamente relacionado ao direito à vida e à integridade física — ambos Direitos da Personalidade — o direito a alimentos do nascituro, que visa à adequada assistência pré-natal.³⁵

Cumpra salientar a importante contribuição dada por V. acórdão do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo, quanto ao reconhecimento do direito à vida do nascituro e a necessidade e possibilidade de assegurá-lo por meio da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos.

Trata-se de acórdão proferido, por votação unânime, na Apelação Cível número 193.648-1, julgada em 14 de setembro de 1994, sendo Relator o eminente Desembargador Renan Lotufo e membros os Desembargadores Luís de Macedo (Presidente sem voto), Guimarães e Souza e Alexandre Germano, com votos vencedores. O acórdão foi publicado em *Lex — Coletânea de Legislação e jurisprudência*, v. 150: 90-95 e *Revista dos Tribunais* v. 703: 60-63.

Eis a ementa do primeiro repertório de jurisprudência:

“Investigação de paternidade. Nascituro. Legitimidade ativa de parte. Interpretação dos artigos 5.º da Constituição da República, 7.º e 8.º, § 3º, da Lei n. 8.069, de 1990-Extinção do processo afastada- Recurso provido.

A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, uma vez que neste há vida.”

Apelação Cível n. 193. 648-1”.

35 *Direito do Nascituro a Alimentos: do Direito Romano ao Direito Civil* Revista da Procuradoria Geral do Estado de S. Paulo, v. 34: 169-185. O mesmo artigo encontra-se publicado na *Revista de Direito Civil* n.º 54: 52-60.

3. Inovações do Código Civil

Dispõe o artigo 2º do Código Civil:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

A norma repete, em linhas gerais o art. 4º do Código Civil de 1916, tendo substituído “homem” por “pessoa”, na redação final do Relatório da Câmara dos Deputados.

Restabeleceu-se a expressão “*desde a concepção*”, por Emenda do Senado Federal, com o expresse aval do elaborador da Parte Geral, José Carlos Moreira Alves. Escrevi ensaios com respeitosa crítica à supressão da expressão que constava no Anteprojeto do Código Civil, demonstrando que, se mantida, prestar-se-ia a confundir prole eventual e nascituro, conceitos bem diferentes.³⁶

Como já afirmei, nascituro é aquele que está por nascer, já concebido. No terceiro milênio, a quarta era dos direitos, caracterizada pelos avanços da Biomedicina, da Genética e das Telecomunicações, a dúvida é se o conceito pode se estender ao nascituro concebido *in vitro*, isto é, fora do ventre materno, única realidade quando do advento do Código revogado. Anote-se a tendência em se proteger cada vez mais a vida em qualquer de seus estágios, benefício também trazido pela quarta era dos direitos, conforme tenho sustentado, fato esse que também não passou despercebido a Renan Lotufo, em seu registro no *Curso Avançado de Direito Civil- Parte Geral, p. e Código civil comentado. Parte Geral. (arts. 1.º a 232)*.³⁷

36 *O Nascituro no Código Civil e no nosso Direito Constituindo O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Coordenação de Carlos Alberto Bittar, Saraiva, 1989, p. 39-52.

37 *Curso Avançado de Direito Civil. Parte geral*. Everaldo Cambler, coordenador. 2. ed. 2.003, p. 90. *Código Civil comentado. Parte Geral. (arts. 1.º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2.003, p. 13.

No meu modo de ver, o conceito amplo de “nascituro” — o que há de nascer — pode abarcar tanto o implantado como o embrião pré-implantatário. Trata-se de diferenciar a capacidade — que é um “*quantum*” — e não a personalidade, que é um “*quid*” (essência, substância).

Como é possível conferir-se herança e doação até à prole eventual — prole não gerada e que talvez nem o seja — pode-se também conferi-las ao embrião pré-implantatário, bastando que se o identifique, o que se dá pela identificação dos doadores de gametas que a Lei de Biossegurança considera como “genitores” (artigo 5º, inciso I, ° 1.º).

Quando permanecem congelados, há essa identificação para fins vários como a implantação na própria doadora do óvulo ou em outra mulher, no caso de doação de óvulo. Outra finalidade é identificar quem dará o consentimento para a utilização de células-tronco embrionárias, para fins de pesquisa e terapia, como previsto na mesma norma da Lei de Biossegurança.

Pode-se fazer testamento em favor do embrião pré-implantatário, com fundamento no art. 1.799 do Código Civil. Não me pareça seja atingido pelo prazo de dois anos do § 4.º do artigo 1.800, que se refere à prole eventual, a que ainda não foi gerada.

O embrião pré-implantatário o foi, aguardando-se apenas a gestação. São conceitos que não se equivalem.

Conforme sustentei em obra própria, a ser publicada, o embrião pré-implantatário poderá herdar como herdeiro legítimo ou testamentário. Como legítimo, se houver coincidência entre a mãe que gera e a que gesta, depois de crioconservado.

Como testamentário, se forem diferentes pessoas a doadora do óvulo (genetrix) e a que gesta (gestatrix) como, no caso de fertilização heteróloga ou fertilização por doadora.

A reprodução humana oferece múltiplas hipóteses não sendo possível enumerá-las todas, para o desiderato deste trabalho. As

diferentes situações do doador de gameta também enriquecem o número de hipóteses que diferenciarão o herdeiro legítimo e o testamentário.³⁸

Quanto à adoção, embora ela possa ser subsumida na redação ampla, não taxativa do artigo 2º, considero um grande retrocesso o Código Civil vigente, que se propõe a ser novo, retirar a previsão expressa para tanto, que era atual e de acordo com a evolução científica em reprodução humana. Em 1956, quando foi alterada a redação original do artigo 372 do código de 1916, para se incluir a expressão “ou nascituro”³⁹ o legislador tomou posição expressa em assunto que já se anunciava como prestes a evoluir gradativamente.

Como explanei em artigo específico sobre a necessidade de se alterar o *caput* do artigo 1.621 do Código Civil vigente,⁴⁰ a adoção de nascituro atende aos interesses dele e dos pais, desde a concepção, proporcionando-lhe alimentos desde então, por meio da adequada assistência pré-natal, cuja importância foi também prestigiada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 7.º). Por meio dos alimentos, de responsabilidade do adotante, permite-se ao filho nascituro, o nascimento com vida.

Anote-se que em países como a França, Itália e Colômbia — cujos Códigos Civis têm norma geral que parece adotar a teoria natalista — bem como a Argentina, que não prevê expressamente a adoção de nascituro, admitem-na segundo a regra geral de proteção de sua nascituro quando se trata de seus interesses retirar o que era expresso retrocede em relação ao desenvolvimento

38 Consulte-se, neste ensaio, Capítulo II, n.2. *Reprodução humana assistida. Reflexos no Direito de Família e no Direito das Sucessões.*

39 “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro”.

40 *Adoção de nascituro. Razões para se alterar o caput do artigo 1.621 do Código Civil.* In *Novo Código Civil. Questões controvertidas.* Série Grandes Temas do Direito Privado. Coordenação de Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2005, p. 354-72.

contemporâneo da Embriologia e da consciência atual quanto à necessidade de se proteger a vida desde a concepção.

Retrocede, ainda, porque as legislações mais avançadas, ainda que minoritárias, como a da Lousiana, têm tutela expressa do embrião pré-implantatário, por meio de curador, permitindo sejam adotados, o que denominamos adoção pré-implantatória, um dos destinos dignos aos embriões excedentes, livrando-os do descarte, um dos problemas cruciais da Bioética e do Biodireito.

Manter a redação do artigo 372 Código Civil revogado melhor atende a adoção de nascituros implantados e não implantados, os embriões pré-implantatórios.

O artigo 2º é também exemplificativo, tal como o artigo 4.º do Código revogado, permitindo reconhecer o direito a alimentos ao nascituro e investigar-lhe a paternidade (RT 703:60-3; RT 650:220 e JTACSP 74:99).

Como no Código Civil revogado, nascituro pode ser beneficiário de doação (artigo 542) e herança (artigo 1.799), direitos patrimoniais materiais, podendo o representante legal entrar na posse de bens doados ou herdados, provando-se a gravidez, por meio da posse em nome do nascituro (CPC arts. 877 e 878).

O nascimento com vida apenas consolida o direito patrimonial, aperfeiçoando-o. O nascimento sem vida atua, para a doação e herança, como condição resolutiva, problema que não se coloca em se tratando dos direitos não patrimoniais.

De grande relevância os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela previsão não taxativa do art. 2º. Entre esses, avulta o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem, desenvolvendo-se cada vez mais a indenização de danos pré-natais, entre nós com impulso maior depois dos estudos de Bioética.

Considerando a não-taxatividade do artigo 2º, a previsão expressa de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o Código Civil, filia-se à corrente con-

cepcionista que reconhece direitos e *status* desde a concepção, como já ocorria no Direito Romano. Não me parece adotar a corrente natalista que é prevista apenas na primeira parte do artigo e não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar-se adotar a corrente da personalidade condicional, pois os direitos não-patrimoniais, incluindo-se os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida e, antes, a ele visam, conforme explanei em *Tutela Civil do Nascituro*, Saraiva, 2.000.

II – Reprodução humana assistida

1. Conceito. Aspectos gerais. A falta de regulamentação específica

Segundo o Projeto de Lei n. 90/99, do Senador Lúcio Alcântara, técnicas de reprodução assistida (RA) são “*aquelas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor de mulheres receptoras com a finalidade de facilitar a procriação*”.

O Substitutivo do Senador Roberto Requião, de 1999, conceitua a reprodução humana, que intitula “procriação medicamente assistida”, inspirando-se claramente na denominação da legislação francesa, como técnicas que importam na implantação artificial de gametas ou embriões humanos fertilizados *in vitro*, no aparelho reprodutor de mulheres receptoras.

O Substitutivo do Senador Tião Viana, considera a reprodução humana assistida, termo que também a mim parece mais adequado, como técnicas “*para a implantação artificial de gametas ou embriões humanos fertilizados in vitro, no organismo de mulheres receptoras*”.

Cumprir observar a grande confusão de terminologia, a impropriedade técnico—vocabular do Código Civil, ao tratar das várias técnicas de reprodução humana assistida.

Melhor seria ter uniformizado a linguagem, de modo simples. Pelos estudos que fizemos, pudemos concluir que fertilização e concepção são sinônimos, embora na linguagem médica se utilize “fertilização”, e “concepção” seja termo empregado mais frequentemente na linguagem jurídica.

Concordo, destarte, com a crítica feita à impropriedade vocabular do Código Civil, quanto à reprodução humana assistida, pelo Enunciado 105 da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça.

“105 — Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida.”

O inciso III do artigo 1.597 poderia empregar a expressão *fertilização homóloga*; o inciso IV poderia aludir a “*fertilização homóloga*” e o V, *fertilização heteróloga* ou *fertilização por doador*. O adjetivo “*artificial*” pode ou não ser utilizado, referindo-se à forma “*não natural*” da fertilização.

Há inúmeras técnicas de reprodução humana assistida descritas na literatura especializada.

Entre as outras técnicas de reprodução assistida, que constituem variações dos procedimentos básicos da fertilização *in vitro* Roger Abdelmassih enumera as seguintes:

- a) zift — transferência dos embriões para as trompas, em vez de colocá-los no útero.
- b) dipi — inseminação de espermatozóides na cavidade peritoneal.
- c) viti — inseminação de espermatozóides diretamente na trompa, por via vaginal.

d) gift — transferência de gametas para a trompa de Falópio, constituindo variação da FIV, para atender a casais que enfrentam dilemas éticos, morais ou religiosos, possibilitando que a concepção não ocorra em laboratório, mas no próprio ventre materno. Assim, os óvulos e os espermatozóides são colocados em um catéter e depois depositados nas trompas da paciente, antes da fecundação.

Informa o autor que, mais recentemente, foi desenvolvida nova técnica de micromanipulação, a ICSI (*intra cytoplasmatic sperm injection*), segundo a qual se injeta um único espermatozóide diretamente no óvulo fazendo com que haja fertilização “*quase que à força*” (sic). Na hipótese de ausência de espermatozóides, é utilizada a técnica denominada TESE (*testicular sperm extraction*), ou extração testicular de espermatozóides, que é a biópsia do testículo, realizada pela coleta de vários pontos de tecido testicular. Se não localizados os espermatozóides, ainda há esperança, pois a biópsia pode revelar a presença de espermátides — células especiais que correspondem a um estágio primitivo do espermatozóide. As espermátides sofrerão maturação artificial, até o estágio de espermatozóide, estimulado, por química, em laboratório.

A segunda etapa, após a fertilização — por qualquer das técnicas descritas — é a da implantação do embrião no útero, que se dá entre cinco e nove dias após a fertilização. As taxas de sucesso na fertilização não são as mesmas quanto à implantação — em torno de 60%.⁴¹

Embora sejam múltiplas as técnicas e procedimentos de reprodução humana assistida, para o Direito o que importa, em substância, é tratar-se de fertilização homóloga ou por doador. Na primeira, há sêmen do marido ou do companheiro. Na segunda, sêmen de terceiro. Há, ainda, possibilidade de gestação de óvulo

41 Roger Abdelmassih. *Tudo por um bebê*, 1. Ed., São Paulo, Siciliano, 1994, p. 69.

fertilizado por outra mulher que não a gestatriz, com sêmen do marido ou do companheiro desta ou, em diferente caso, com sêmen de terceiro.

As múltiplas hipóteses, inclusive a gestação por substituição (impropriamente denominada “barriga de aluguel”) não podem ser analisadas nesse artigo, de extensão limitada. Embora não tenha esgotado todas as hipóteses em meus *Comentários ao Código Civil*, ali tratei mais amplamente do tema analisando outros aspectos.⁴²

É bastante enfatizar a participação de terceiro, na geração do nascituro, que não o marido ou companheiro, a mulher ou companheira; a participação de outra mulher na gestação do concebido, que não seja o cônjuge- mulher.

É mister salientar também que a fertilização *in vitro* será homóloga se realizada com sêmen do marido ou companheiro e heteróloga, se com sêmen de doador.

Embora esta seja uma terminologia consagrada, é de melhor técnica denominar a fertilização heteróloga de “fertilização *por doador*”.

Concordo, assim, com a observação feita durante o IV Congresso Latino Americano de Esterilidade e Infertilidade, realizado em S. Paulo, em junho de 1993 por alguns especialistas, no sentido de que a denominação “heteróloga” só se justificaria se o sêmen não fosse humano. Esta terminologia é, no entanto, bastante utilizada.

Cumpre salientar que o Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução CFM nº 1.246 /88, publicado no Diário Oficial da União de 26 de janeiro de 1988, Seção I, p. 1574-7 — que revoga o Código de Ética Médica de 1965 e o Código Brasileiro de Deontologia Médica, de

42 Nota 38- Comentários ao Código Civil. Direito de Família, cit.

Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal e Superior Tribunal de Justiça.

“105 — Art. 1.597: as expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial” constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597, deverão ser interpretadas como “técnica de reprodução assistida.”

O inciso III do artigo 1.597 poderia empregar a expressão *fertilização homóloga*; o inciso IV poderia aludir a “*fertilização homóloga*” e o V, *fertilização heteróloga* ou *fertilização por doador*. O adjetivo “*artificial*” pode ou não ser utilizado, referindo-se à forma “*não natural*” da fertilização.

Há inúmeras técnicas de reprodução humana assistida descritas na literatura especializada.

Entre as outras técnicas de reprodução assistida, que constituem variações dos procedimentos básicos da fertilização *in vitro* Roger Abdelmassih enumera as seguintes:

- a) zift — transferência dos embriões para as trompas, em vez de colocá-los no útero.
- b) dipi — inseminação de espermatozóides na cavidade peritoneal.
- c) viti — inseminação de espermatozóides diretamente na trompa, por via vaginal.
- d) gift — transferência de gametas para a trompa de Falópio, constituindo variação da FIV, para atender a casais que enfrentam dilemas éticos, morais ou religiosos, possibilitando que a concepção não ocorra em laboratório, mas no próprio ventre materno. Assim, os óvulos e os espermatozóides são colocados em um catéter e depois depositados nas trompas da paciente, antes da fecundação.

Informa o autor que, mais recentemente, foi desenvolvida nova técnica de micromanipulação, a ICSI (*intra cytoplasmatic sperm injection*), segundo a qual se injeta um único espermatozóide diretamente no óvulo fazendo com que haja fertilização “*quase que à força*” (sic). Na hipótese de ausência de espermatozoides, é utilizada a técnica denominada TESE (*testicular sperm extraction*), ou extração testicular de espermatozoides, que é a biópsia do testículo, realizada pela coleta de vários pontos de tecido testicular. Se não localizados os espermatozoides, ainda há esperança, pois a biópsia pode revelar a presença de espermátides — células especiais que correspondem a um estágio primitivo do espermatozóide. As espermátides sofrerão maturação artificial, até o estágio de espermatozóide, estimulado, por química, em laboratório.

A segunda etapa, após a fertilização — por qualquer das técnicas descritas — é a da implantação do embrião no útero, que se dá entre cinco e nove dias após a fertilização. As taxas de sucesso na fertilização não são as mesmas quanto à implantação — em torno de 60%.⁵⁶

Embora sejam múltiplas as técnicas e procedimentos de reprodução humana assistida, para o Direito o que importa, em substância, é tratar-se de fertilização homóloga ou por doador. Na primeira, há sêmen do marido ou do companheiro. Na segunda, sêmen de terceiro. Há, ainda, possibilidade de gestação de óvulo fertilizado por outra mulher que não a gestatriz, com sêmen do marido ou do companheiro desta ou, em diferente caso, com sêmen de terceiro.

As múltiplas hipóteses, inclusive a gestação por substituição (impropriamente denominada “barriga de aluguel”) não podem ser analisadas nesse artigo, de extensão limitada. Embora não tenha esgotado todas as hipóteses em meus *Comentários ao Códici-*

56 Roger Abdelmassih. *Tudo por um bebê*, 1. Ed., São Paulo, Siciliano, 1994, p. 69.

go *Civil*, ali tratei mais amplamente do tema analisando outros aspectos.⁵⁷

É bastante enfatizar a participação de terceiro, na geração do nascituro, que não o marido ou companheiro, a mulher ou companheira; a participação de outra mulher na gestação do concebido, que não seja o cônjuge- mulher.

É mister salientar também que a fertilização *in vitro* será homóloga se realizada com sêmen do marido ou companheiro e heteróloga, se com sêmen de doador.

Embora esta seja uma terminologia consagrada, é de melhor técnica denominar a fertilização heteróloga de “fertilização *por doador*”.

Concordo, assim, com a observação feita durante o IV Congresso Latino Americano de Esterilidade e Infertilidade, realizado em S. Paulo, em junho de 1993 por alguns especialistas, no sentido de que a denominação “*heteróloga*” só se justificaria se o sêmen não fosse humano. Esta terminologia é, no entanto, bastante utilizada.

Cumpre salientar que o Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina por meio da Resolução CFM nº 1.246 /88, publicado no Diário Oficial da União de 26 de janeiro de 1988, Seção I, p. 1574-7 — que revoga o Código de Ética Médica de 1965 e o Código Brasileiro de Deontologia Médica, de 1984 — utiliza a expressão “*fecundação artificial*”, no artigo 63, não se referindo às suas espécies.

A nova e específica Resolução CFM nº 1358/92 alude à “*doação temporária de útero*”, doação de óvulos, doação de pré-embriões criopreservados e doadoras genéticas.

A técnica intitulada “*maternidade de substituição*”, “*maternidade por sub-rogação*”, “*maternidade substituta*”, imprópria e

57 Nota 38- Comentários ao Código Civil. Direito de Família, cit.

oferecendo críticas construtivas para aperfeiçoamento da legislação.⁴⁷

Todos os incisos do artigo 1.597 foram por mim comentados em obra própria, ao qual remeto o leitor para maior aprofundamento das questões.⁴⁸

O inciso I do artigo 1.597 corresponde, sem mudanças ao inciso I do artigo 338 do Código civil revogado.

Deve, no entanto, ser combinado com os incisos III, IV e V que tratam das repercussões das novas técnicas de reprodução humana assistida.

Antes do casamento e antes dos cento e oitenta dias a que alude o inciso I, a mulher pode ter-se submetido à fertilização com sêmen do futuro marido. A criança pode nascer bem antes do cento e oitenta dias considerados pela norma.

A mulher pode, ainda, ter-se valido de implantação de embrião excedentário — presumivelmente crioconservado até então — que advém de fecundação com sêmen do futuro marido.

Em outra hipótese, antes dos cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência conjugal, a mulher pode ter-se submetido à fertilização heteróloga, com prévia autorização do futuro marido.

Em todas esses casos, o lapso temporal de cento e oitenta dias não deverá ser considerado para afastar a presunção de o filho ter sido concebido na constância do casamento, caracterizando como filho matrimonial (outrora denominado “legítimo”).

47 A convite do Senador Tião Viana, Relator do Projeto 90/99 na Comissão de Assuntos Sociais, participamos, em 15 de maio de 2001, de audiência pública no Senado Federal para esclarecimento dos Senadores. Parecer publicado na Revista Trimestral de Direito Civil. Coordenada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro, Padma-Renovar, 2003.

48 Comentários ao Código Civil, cit.

O inciso II do artigo 1.597 corresponde, em conteúdo, ao inciso II do artigo 338 do Código de 1916, com aperfeiçoamento e atualização da linguagem técnica.

Faço aqui as mesmas observações ao lapso temporal de cento e oitenta dias depois de estabelecida a convivência, de que trata o inciso I do artigo 1.597.

A fecundação artificial homóloga ou fertilização homóloga pode ultrapassar trezentos dias da dissolução da sociedade conjugal. A implantação de embriões excedentes — antes, crioconservados — também pode ir além desse prazo.

2. Reflexos no Direito de família e das sucessões

Inseminação *post mortem*

A inseminação *post mortem*, admitida pelo inciso III do artigo 1.597 envolve direitos de personalidade daquele de quem se origina o sêmen. Não se pode presumir que alguém queira ser pai, depois de morto, devendo o sêmen ser destruído se não houver manifestação expressa de vontade quanto à inseminação *post mortem*. Se ela existir, alguns requisitos devem ser observados.

Não há discordância quanto a ser ideal a biparentalidade, mas ela não pode afastar a inseminação *post mortem*, na hipótese de ter havido um projeto biparental em vida — identificando-se a receptora do sêmen.

O Enunciado n. 106 da I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários pressupõe o consentimento expresso do marido e, além desse requisito, para que seja presumida a paternidade do marido falecido, que a viúva esteja nessa condição, qualidade essa passível de boa polêmica.

“106 — Art. 1.597, inc. III: para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condi-

ção de viúva, sendo obrigatório, ainda, que haja autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.”

Admitida a inseminação *post mortem*, não deve haver discriminação ao filho assim gestado, subtraindo-lhe quaisquer direitos e *status*. Admitir a inseminação *post mortem* é aceitar o estabelecimento da paternidade. Aceitando-a, todos os direitos que daí decorrem devem ser respeitados.

No meu modo de ver afrontaria a regra da igualdade entre os filhos, consagrada pela Constituição Federal no artigo 226 § 6.º da Constituição Federal.

A inseminação *post mortem*, para cuja discussão muito contribuiu o caso Parpalaix, julgado na França, é admitida com reservas pela legislação estrangeira, que prevê mesmo a possibilidade de não repercutir nos direitos patrimoniais, o que não é compatível com a igualdade de todos os filhos acolhida pela norma constitucional.

A irrevogabilidade do consentimento do marido

O inciso V do artigo 1.597, acrescentado pela Câmara dos Deputados, sofreu crítica de José Carlos Moreira Alves, elaborador da Parte Geral. Para ele, as novas conquistas da ciência não deveriam estar no Código e, sim, em leis extravagantes e não se haveria de cogitar de presunção, como prevê o *caput* do artigo 1.597, se há prévia autorização do marido.

“A Câmara dos Deputados quis dar um ar de modernidade ao novo Código e o resultado foi a criação de figuras como a do art. 1.597, inciso V, que presume concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial desde que com prévia autorização do marido. Mas se existe a prévia autorização, onde está a presunção?”⁴⁹

49 “Reale e Moreira Alves defendem novo Código.” Reportagem de Ricardo Maf-

Embora o consentimento do marido seja irretratável, não se pode presumir sua duração “*ad aeternum*”, depois de dissolvida a sociedade conjugal. A irretratabilidade relaciona-se com a constância da sociedade conjugal. Significa que, uma vez realizada a fertilização com sêmen de doador — terminologia mais adequada — com o consentimento do marido, ele não mais pode se retratar.

Se não foi feita, o consentimento é, em tese, retratável, pois estabelecerá paternidade, ato de profundas conseqüências morais, psicológicas e jurídicas.

Questão que ensejará polêmica de grande dificuldade é a hipótese de haver disputa entre a mulher, agora infértil que quer a implantação, e o ex-marido que não a quer. Se uma das questões cruciais da reprodução humana assistida é o destino a dar aos embriões excedentes, evitando-se — lhes a destruição, melhor será implantá-los na mãe biológica, que quer ser também a gestatriz, do que encaminhá-lo à adoção pré-implantatória por outro casal. Nesse caso, pai será o marido ou companheiro da gestatriz que concordou expressamente com a implantação.⁵⁰

Quanto ao inciso V, cumpre acrescentar que a irrevogabilidade da autorização do marido para a fertilização artificial por doador — ou heteróloga, como prefere o Código Civil — decorre do sistema civil de proteção da filiação, bem como dos Direitos da Personalidade. Dispõe o artigo 1.º da Lei 8.560, de 1992 que o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento é irrevogável. No mesmo sentido, os artigos 1.609 e 1.610 do Códici-

feis in Carta Maior. Boletim on line n. 130, ano 3, de 20 de agosto de 2002. O autor se refere ao Relatório Geral do Deputado Ricardo Fiúza. Cumpre salientar que a Emenda 225 do Senado Federal acrescentou inciso III que assim era redigido: “*III — havidos por inseminação artificial, desde que tenha havido prévia autorização do marido*”. Depois da aprovação pelo Senado Federal o artigo continha apenas três incisos.

50 Não cabe aqui discutir a implantação em mulher solteira. Remeto o leitor a meu parecer sobre reprodução humana assistida, no qual o assunto foi tratado.

go Civil e artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, quanto à adoção.

Concordo, assim, com a irretratabilidade do consentimento prevista no Enunciado n. 258 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal:

“art. 1.597 e 1.601 — Não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta”.

As normas só aludem a reconhecimento de filho fora do casamento pois, os havidos do casamento, na constância dele, presumem-se ser do marido pela regra *pater is est quem nuptiae demonstrant*.⁵¹ A irrevogabilidade é diretriz do Direito de Família, aplicando-se tanto aos filhos extramatrimoniais, como aos matrimoniais.

A retratabilidade ou revogabilidade do consentimento do marido só pode ser aceita, em tese, antes da fertilização, pois a partir desse momento, sendo ela bem sucedida, há outra realidade a ser considerada: o nascituro cuja proteção jurídica não difere da concedida pelo Código de 1916.

Direitos pessoais e patrimoniais do nascituro foram por mim analisados em obra própria à qual me remeto.⁵²

Acrescento que a falta de autorização prévia do marido para a fertilização heteróloga, configura violação de deveres conjugais, sendo causa para separação judicial culposa.

51 Digesto 2.4.5: *Quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is eset, quem nuptiae demonstrant*

52 Silmara J. de A. Chinelato e Almeida. *Tutela civil do nascituro*. Saraiva, 2000.

Na quarta era dos direitos, pode-se falar em “adultério casto” — terminologia utilizada pioneiramente pela doutrina espanhola que é a hipótese aqui mencionada.

Pode-se aludir, ainda, a “adultério virtual”, o que ocorre no mundo das comunicações eletrônicas, via Internet.

Na verdade, embora não se configure adultério cujo conceito exige conjunção carnal, é caracterizada violação de deveres conjugais pela quebra do dever de respeito e considerações mútuos ou de assistência imaterial (artigo 1.566, incisos III e V).

Configura-se conduta desonrosa, conforme artigo 1.573, V do Código Civil.

Embora estejamos na era do exame de DNA, ele não pode, no entanto, ser sacralizado a ponto de se desprezar a paternidade sócio-afetiva, idolatrando-se a qualquer custo, a verdade real da paternidade = paternidade biológica.

Em hipótese na qual quem registrou a criança sabia não ser o pai biológico, não se pode aceitar essa verdadeira retratação de paternidade, conforme bem salientou o R. voto vencido do Desembargador Renan Lotufo no acórdão proferido na Apelação n. 90.330-1, da primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, in Revista dos Tribunais n. 656: 76- 79.

Direito das sucessões

Quanto ao direito das sucessões do filho concebido *post mortem*, não me parece ser obstáculo o artigo 1.787 do Código Civil segundo o qual regula a sucessão e a legitimidade para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela.

Esse artigo corresponde ao 1.577 do Código de 1916, com pequenas alterações.⁵³

53 “A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor.”

Deve ele ser combinado com o artigo 1.597 do Código Civil, exigindo-se, apenas o consentimento expresso do marido para que a fertilização possa ser feita *post mortem*.

O artigo 1.787 traz regra de direito intertemporal afirmando que a sucessão e a legitimidade para suceder (denominada “capacidade para suceder” pelo artigo 1.577 do Código de 1916) são reguladas pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão. Esta definirá quem pode ser herdeiro e outras regras do direito sucessório.

A capacidade sucessória do nascituro é reconhecida pelo Código Civil brasileiro desde 1916 (artigo 1.718) e respaldada pelo inciso I do artigo 1.799 do Código vigente.

O termo tradicionalmente empregado pelo Direito brasileiro é nascituro, o que há de nascer, já concebido. Não há razão que justifique a mudança para “embrião”, como empregado por alguns autores e algumas normas.

Antes do advento da reprodução humana assistida — que possibilita a existência de embriões crioconservados — o termo nascituro abrangia só o que já estivesse concebido e implantado *in vivo*, única possibilidade de então.

Hoje, diante dos avanços da Reprodução humana assistida, graças ao desenvolvimento da Biomedicina, amparada pelas novas descobertas e pesquisas da Genética, discute-se se o termo “nascituro” pode abranger o embrião *pré-implantatório*, afastando-se a impropriedade da expressão “*pré-embrião*” pois de embrião já se trata conforme anotou René Fridyman, um dos médicos que assistiu Amendine, o primeiro bebê de proveta, na França.⁵⁴

54 Frydman, René. *La procréatique . Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, Paris, n. 56, 1991. A advertência foi feita publicamente e com ênfase, no IV Congresso Latino Americano de *Esterilidade e Infertilidade*, realizado em S. Paulo, de 26 a 30 de junho de 1993, promovido pelo Flasep e Sociedade Brasileira de Reprodução Humana — do qual participei em duas mesas de debates, a respeito dos aspectos éticos e jurídicos da reprodução assistida.

Conforme já afirmei, definir a natureza jurídica e ética do embrião pré-implantatório é um dos temas que mais provoca polêmicas na Bioética e no BioDireito, tratado com profundidade por Mário Emílio Bigotte Chorão.⁵⁵

Mesmo não se entenda que o conceito de nascituro abranja o embrião pré-implantatório, isto é, o que já está concebido e apenas aguardando — *in vitro* ou na crioconservação — a implantação *in vivo*, no ventre materno, ainda assim deve-se considerar que o artigo 1.798 admite a suceder os que já estão concebidos no momento da abertura da sucessão.⁵⁶

A norma em tela não distingue o *locus* da concepção e não impõe esteja implantado, exigindo apenas e tão-somente a concepção. Esta já existe e por este motivo a primeira regra aplicável à capacidade sucessória do embrião pré-implantatório é o artigo 1.798.

Não se há de confundir embrião pré-implantatório, que já está concebido, com a prole eventual que ainda não o está e poderá nem sê-lo.

Preocupado com a não circulação de riquezas, com o estagnar do direito de propriedade, o legislador de 2002 impôs o prazo de

55 Este assunto foi objeto de capítulo anterior I, 2.

56 Em que pese o respeito aos subscritores da proposta que resultou no Enunciado 267 da III Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal, considero-a despicienda, pois induz a supor que haveria diferença entre nascituro concebido *in vivo* ou *in anima nobile* e o concebido por meio de reprodução humana assistida. A lei não poderia fazer diferença entre forma natural de reprodução e forma “artificial”, por meio de socorro de técnicas médicas. As polêmicas se prendem quanto a ser homóloga e heterolôga (ou por doador) a reprodução. A última forma pode ensejar grande número de hipóteses com diferentes soluções jurídicas como, por exemplo, fertilização por doador, sem consentimento do marido ou do companheiro. Eis o Enunciado n. 267: “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança”.

dois anos para que a prole eventual fosse concebida, inovando, em relação ao código de 1916 que não havia previsto tempo algum.

Embora me pareça um prazo muito exíguo para a concepção da prole eventual que será beneficiada com a sucessão de alguém ou com doação, deve ele ser observado.

À indefinição do Código revogado — criticada pela Doutrina — o novo Código opôs prazo muito curto.

Só o passar dos anos poderá indicar se tão curto lapso temporal é adequado.

Prole eventual é, como a própria denominação indica, a que poderá existir no futuro, sendo meramente aleatória sua existência. É a prole futura a ser concebida. Não guarda qualquer identidade ou semelhança nem com o nascituro nem com o embrião pré-implantatório, admitindo-se haja diferença entre um e outro.

Somente à prole eventual aplica-se a regra do § 4.º do artigo 1.830 do Código Civil, pois a regra impõe que haja concepção no prazo de dois anos e o embrião pré-implantatório já o foi. Haveria *contradictio in terminis* se o contrário fosse admitido, pois embrião é apenas uma das fases sucessivas de desenvolvimento do óvulo fecundado (ovo, mórula, blástula, embrião e feto).

Cumprе salientar que, conforme analisei em monografia específica sobre reprodução humana assistida, a capacidade para suceder será fixada a partir da implantação *in vivo* ou *in anima nobile*: a gestatriz é a mãe. Pai será o marido ou companheiro.

Quando não há coincidência entre o pai ou mãe biológicos, o nascituro poderá herdar dos pais biológicos, por testamento, e não por meio da sucessão legítima. Não se pode admitir que alguém possa ter duas mães: a biológica e a gestatriz que dará à luz.

Não se pode admitir, igualmente, que possa ter dois pais: o biológico (que poderá ser apenas um doador de sêmen) e o que con-

sentiu na fertilização da mulher ou companheira, por meio de doação de sêmen, o qual virá a ser o pai sócio-afetivo, assumindo civilmente a paternidade.

Doador de sêmen não é pai por meio do simples ato de doação.

Tais complexas questões não podem ser analisadas profundamente nesta oportunidade, mas importante é frisar a distinção entre prole eventual e embrião pré-implantatário.

Ao embrião pré-implantatário excedentário — ou excedente, ou sobranse — aplicam-se o artigo 1.798 cc incisos IV e V do artigo 1.597, conforme se trate de fertilização homóloga ou de fertilização por doador (fertilização heteróloga) com autorização do marido ou do companheiro.

Ademais, conforme já salientei, a norma — ou princípio, como quer Francisco Amaral — constitucional da igualdade dos filhos, prestigia sejam estendidos ao filho concebido *post mortem* todos os direitos dos concebidos durante a vida do pai — pré-morto em relação àquele.

Deve-se distinguir, no entanto, a hipótese de já existir embrião pré-implantatário, por ocasião da morte do pai, e a hipótese de, no momento da morte, haver apenas sêmen do pai destinado à fertilização homóloga.

No primeiro caso, existindo embrião excedentário, ainda não implantado, aplicam-se as mesmas regras relativas a nascituro pelas razões já por mim analisadas quanto ao inciso IV do artigo 1.597 combinando-se-o com o artigo 1.798 do Código civil.

No segundo caso, por existir apenas gameta masculino ainda não utilizado na fertilização do óvulo, aplica-se o inciso III do artigo 1.597 cc artigo 1.799, I que se refere à prole eventual.

Por testamento, o pai pode dispor em favor de prole eventual, a ser concebida *post mortem*. O Código Civil, no § 4.º do artigo 1.800 exige que a concepção se dê no prazo de dois anos após a abertura da sucessão.

O próprio parágrafo ressalva “*salvo disposição em contrário do testador*”, parecendo referir-se aos beneficiários do testamento, caso a prole não seja concebida, e não ao prazo de dois anos.

Se houver a concepção da prole eventual, com sêmen do testador, que era marido ou companheiro da gestatriz, é questão de grande relevância indagar se o filho poderá ter esse *status* com as conseqüências jurídicas que dele se originam: direitos pessoais e direitos patrimoniais.

Analisando o Direito Civil à luz da Constituição Federal que consagra a igualdade dos filhos de quaisquer origens como direito fundamental fora do catálogo mas com *status* constitucional formal conforme considera Ingo Wolfgang Sarlet⁵⁷ ou como princípio ou como norma, não se poderá discriminar o filho havido *post mortem* concebido com sêmen do pai pré-morto, depois do prazo de dois anos de que trata o § 4.º do artigo 1.800 do Código Civil.

A inconstitucionalidade deve ser alegada incidentalmente pelo interessado, no caso concreto, enquanto não for assim declarada, por via direta de ação de inconstitucionalidade.

Conclusão

As recentes técnicas de reprodução assistida propiciaram o surgimento dos denominados “*direitos de quarta geração*”.

Trouxeram, ainda, um grande benefício para as Ciências, possibilitando uma nova reflexão acerca da natureza ontológica, biológica e jurídica do embrião pré-implantatório.

Considero como aspecto positivo que, embora com a natural perplexidade que esta nova realidade causou, o centro das discussões e das dúvidas desloca-se do nascituro, para o embrião pré-

57 Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 126-7.

implantatório, ocasionando maior aceitação e melhor compreensão da natureza daquele, por parte de quem a repudiava.

O Código Civil disciplina de modo satisfatório a tutela civil do nascituro, embora certos retrocessos possam ser apontados, comparando-se-o com o Código revogado.

O Código vigente regulamenta alguns aspectos da reprodução humana os quais devem ser aprofundados por legislação especial multidisciplinar, com observância das diretrizes da Bioética e aproveitamento da experiência da legislação estrangeira, considerando-se, porém, as especificidades de nosso país. Para tanto, devem ser ouvidos especialistas de várias áreas — juristas, médicos, geneticistas, filósofos, entre outros — bem como a sociedade civil, como acertadamente tem feito o Supremo Tribunal Federal ao convocá-los para depoimento em arguição pública para melhor embasamento da opinião do julgador.

Bibliografia

ABDELMASSIH, Roger. *Tudo por um bebê*, 1. Ed., São Paulo, Siciliano, 1994,

AMARAL, Francisco dos Santos. *O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do direito Português*. Revista Brasileira de Direito Comparado, v. 8, p. 75-89, Forense, 1990.

_____. *Direito Civil. Introdução*. 5.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

AZEVEDO, Eliane. *O direito de vir a ser depois do nascimento*. Edipuc-RS. Genival Velozo França. *O direito médico*. 6. ed., Fundo Editorial Bik, 1994.

BARBOSA, Heloísa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BEVILAQUA, Clóvis. *Projecto do Código Civil Brasileiro-Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*.

Projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, v. 1.

_____. *Código Civil Comentado*. 5. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1938, v. 4.

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. *Pessoa Humana, Direito e Política*. Série Estudos Gerais. Lisboa: Imprensa Nacional — Casa da Moeda, 2006.

_____. *O Problema da Natureza e tutela jurídica do Embrião Humano à luz de uma concepção Realista e Personalista do Direito*, Separata da Revista “O Direito, Ano 123º, 1991, IV, Lisboa.

_____. *Direito e Inovações Tecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)*. Separata da Revista O Direito, ano 126º, 1994, III-IV, Lisboa.

_____. *Revolução Biotecnológica e Direito — uma perspectiva biojurídica personalista*. In: Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, 23^a, Lisboa, 1995, p.487-501.

_____. *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. N.17, p.161-96., 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 9. Ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, do original *L'età dei diritti*, Giulio Einaud Editore, 1990.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. *Direito, sexualidade e reprodução humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMBRÓN INFANTE, Ascensión. *Bioética e Reprodução Assistida*. Palestra proferida no Instituto Brasileiro de Estudos Interdisciplinares de Direito de Família. São Paulo, 02 de junho de 1999.

CATALANO, Pierangelo. *Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano (a propósito do art. 2º do Pro-*

jeto de Código Civil Brasileiro). In Revista de Direito Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 45: 7-15, ano 12, jul./ set. de 1988.

CHINELLATO, Silmara Juny . *O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Evolução e tendências*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo. Ano 10, n.20. jul-dez./2007.p.222-232.

_____. *Comentários ao Código Civil*. Artigos 1.591 a 1.710. Antonio Junqueira de Azevedo, coordenador. Saraiva, 2.004. v. 18.

_____. *Adoção de nascituro. Razões para se alterar o caput do artigo 1.621 do Código Civil*. In *Novo Código Civil. Questões controvertidas*. Série Grandes Temas do Direito Privado. Coordenação de Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves. São Paulo: Método, 2005, p. 354-72

_____. *Revista Trimestral de Direito Civil. Reprodução humana assistida. Análise do Projeto de Lei 90/99, do senador Lúcio Alcântara*. Direito Civil, Gustavo Tepedino, coordenador, Editora Padma-Renovar, ano 4, v.15, p. 241-58, jul./set.2.003.

_____. *Direito do Nascituro a alimentos: do Direito Romano ao Direito Civil*. Revista de Direito Civil. Revista dos Tribunais. n.º 54: 52-60.

_____. *Bioética e dano pré-natal*. In *Direito de Família. Homagem a Sérgio Marques da Cruz*. Revista do Advogado. Paulo Leme Ferrari, coordenador. Associação dos Advogados de São Paulo, n. 58, março/2000, p. 62-77.

_____. *Direitos de Personalidade do nascituro*. In: *Direitos da Personalidade e Responsabilidade Civil*. Revista do Advogado. Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, dezembro / 1992, p. 21-30.

_____. *O Nascituro no Código Civil e no nosso Direito Constituendo* . *O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Coordenação de Carlos Alberto Bittar, Saraiva, 1989, p. 39 e ss.

_____. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo, Editora Saraiva, 2.000.

FARIA, Anacleto de Oliveira & Montoro, André Franco. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1953.

FRANÇA, Genival Veloso. *O Direito Médico*. 6. ed., Fundo Editorial Bik, 1994.

FRYDMAN, René. *La procréatique . Pouvoirs. Revue française d'études constitutionnelles et politiques*, Paris, n. 56, 1991.

GIORDANI, Mário Curtis. *O código civil à luz do Direito Romano*. Parte Geral. 2. Ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1996.

JONAS, Hans. *Ética, Medicina e Técnica*. Tradução de António Fernando Cascais. Passagens. José A. Bragança de Miranda, Director de Colecção. Lisboa: Vega, 1994.

LEJEUNE, Jérôme. *Genética Humana e Espírito*. Conferência proferida no Senado Federal.

_____. *L'enceinte concentrationnaire. D'après les minutes du procès de Maryville*. Éditions Le Surment, Fayard, Paris, 1990.

_____. *The custody dispute over seven human embryos. The testimony of Professor Jerome Lejeune, J.D., PH.D.* Center for law & religious freedom. Annandale, Va, {s.d}.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos*. S.Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LIMONGI FRANÇA, Rubens . *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

_____. *Direitos da Personalidade. Coordenadas fundamentais*. In Revista dos Tribunais 567: 9-16.

LOTUFO, Renan. *Comentários ao Código Civil. Código Civil comentado. Parte Geral. (arts. 1.º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2.003.

_____. *Curso Avançado de Direito civil. Parte geral*. Everaldo Cambler, coordenador. 2. ed. 2.003.

MADEIRA, Hélcio Maciel França. *O nascituro no Direito Romano. Conceito. Terminologia e princípios*. Cadernos FAE-NAC. Série Jurídica. Dadascália. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

MAFFEIS, Ricardo. *Reale e Moreira Alves defendem o novo Código*. in Carta Maior. Ano 3, nº 130, 10 de agosto de 2002.

MÉMETEAU, Gerard. *La situation juridique de l' enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*. In Revue trimestrielle de Droit civil, outubro-décembre 1990, p. 611 e ss.

PALLAZANI, Laura G. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*. Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia Del Diritto. Giappichelli Editore. Torino, 1996 *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*. Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia Del Diritto. Giappichelli Editore. Torino, 1996.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado; Parte Geral — Introdução — Pessoas físicas e jurídicas*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t.1.

_____. *Tratado de direito privado; Parte especial — Direito de família — Direito parental — Direito protectivo*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, t.II.

RAGER, Günther. *Embrion-hombre-persona. Acerca de la cuestion del comienzo de la vida personal*. In Cuadernos de Bio-ética. Revista trimestral de cuestiones de actualid, Madrid. v. VIII, n. 31, p. 1.048-63, jul/set;1997.

REALE, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil*. 2.ed., Sarai-va,1999.

SARLET, Ingo Wolfgang . *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 126-7.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética. I- Fundamentos e Ética Biomédica*. São Paulo, Edições Loyola, 1996. Tradução de Orlando Soares Moreira do original *Manuale di Bioetica. I. Fondamenti ed etica biomedica*. Milano, Vita e Pensiero, 1988.

SEGRE, Marco. *Definição de Bioética e sua relação com a Ética, Deontologia e Diceologia*. In: Bioética. Marco Segre & Cláudio Cohen, organizadores. S. Paulo, Edusp, 1995, p. 23-9.

SERRA, Angelo. *Dalle nuove frontiere della biologia e della medicina nuovi interrogativi alla filosofia, al diritto, e alla teologia*. In: *Nuova genetica e embriopoesi umana*, Serra A. & Sgreccia, E., Di Pietro M. L. coordenadores, Vita e Pensiero, Milano, 1990. p. 69-70.

_____. *Quando comincia un essere humano*. In: *Il dono della vita*. E. Sgreccia, coordenador. Vita e Pensiero, Milano, 1987, p. 99-105.

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo, LTR, 2002.

SIMÃO, José Fernando. *Início da personalidade jurídica. Natalistas x concepcionistas — embate dos Titãs*, http://www.professorsimao.com.br/artigos_simao_personalidadejur.htm.

_____. *Início da personalidade jurídica. Natalistas x concepcionistas — embate dos Titãs*. Carta Forense. São Paulo. n. 54, dez. 2007.

TARANTINO, Antonio. *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro (coordenador). SUTDI Giuridici- sezione di Filosofia del Diritto e della Politica, Univesità degli SUTDI di Lecce*. 1. Ed., Dott. A. Giuffrè, Milano, 1996.

TARTUCE, Flávio. *A situação do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. Novo código Civil. Questões controvertidas. Parte geral do Código civil. V. 6. Série Grandes Temas de Direito Privado. São Paulo: Método, 2007.

TAVARES, José. *Os princípios fundamentais do direito civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 1928, v.2)

TEIXEIRA DE FREITAS. *Consolidação das leis civis*. 3. ed. Rio de Janeiro, H. Guarnier, 1886.

_____. *Esboço do Código Civil*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1952.