

Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro

PROF.^a SILMARA JUNY DE ABREU CHINELATO

SUMÁRIO: **I. Estatuto jurídico do nascituro.** 1. Conceito de nascituro. O embrião pré-implantatório. 2. A personalidade jurídica: correntes doutrinárias fundamentais. 3. Inovações do Código Civil de 2002. **II. Reprodução humana assistida: reflexos no estatuto do nascituro.** 1. Conceito. Aspectos gerais. A falta de regulamentação específica. 2. Impacto no Direito de família e das sucessões. **III. Conclusão. Bibliografia**

I. O estatuto do nascituro

1. *Conceito de Nascituro*

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*, conforme propõe Norberto Bobbio.¹

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

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

uma visão bioética, para cujos estudos muito contribui a obra do professor dr. Mário Emílio Bigotte Chorão – cujos relevantes ensaios foram reunidos em recente obra, em boa hora editada² – de citação constante nos meus escritos e a quem muito agradeço pela honra que me deu ao prefaciá-lo meu livro *Tutela civil do nascituro*.

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 ovo fecundado.

Registro, em Portugal, a relevância dos ensaios de outros autores, além de Bigotte Chorão, entre os quais Diogo Leite de Campos³ e do bioeticista Daniel Serrão.⁴

O direito brasileiro emprega tradicionalmente a palavra “*nascituro*”, desconhecida no Direito romano que utilizava expressões concretas como “*homo*”, “*qui in utero est*” e concebido.⁵

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 nidacão. Há a propósito, a Recomendação n.º 1.046, de 24.9.1986 do Conselho da Europa dirigida aos países-membros

² *Pessoa humana, Direito e Política. Estudos Gerais*. Série Universitária. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006.

³ Leite de Campos, Diogo. *Lições de direitos da personalidade. I Parte. Personalidade jurídica, personalidade moral e personalidade política*. In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. V. LXVII, 1991, pp. 128-223. A vida, a morte e sua indemnização. In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro. N.7, ano IV, pp. 81-96, jul/1985 (publicada em 1988).

⁴ *Estatuto do Embrião*. In *Bioética. Simpósio Especial. II Encontro Luso-Brasileiro de Bioética*. Conselho Federal de Medicina. V. 11, n. 2, 2003, pp. 108-16.

⁵ 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. Do mesmo autor o estudo mais recente *Il concepito “soggetto di diritto” secondo il sistema giuridico romano*” anotando-se que em todos são citados, com ênfase os ensaios do professor ora homenageado, doutor Mário Emílio Bigotte Chorão.

Consulte-se também o Capítulo 2 do Título II de minha obra *Tutela civil do nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000, páginas 19 a 41.

– 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 necessidade, 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-implantatório, assim denominado, enquanto *in vitro* ou crioconservado.

A lei brasileira 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 dos senadores Roberto Requião e Tião Viana, têm grande carga penal, tratando do assunto também no âmbito civil e administrativo.⁶

Definir a natureza jurídica e ética do embrião pré-implantatório é um dos temas cruciais da Bioética e do Biodireito, tema tratado com profundidade pelo professor homenageado, dr. Mário Emílio Bigotte Chorão.⁷

Entre os autores que integram corrente doutrinária expressiva que defende sua qualidade de pessoa cito, entre os juristas, além de Bigotte Chorão, Gérard Mémetau⁸.

No Brasil, deve-se louvar a percepção pioneira de Teixeira de Freitas que, no *Esboço de Código Civil*, inclui expressamente as pessoas por nascer, no rol das pessoas absolutamente incapazes, tese acolhida no

⁶ Sobre o Projeto de Lei consulte-se meu parecer in Revista Trimestral de Direito Civil, Gustavo Tepedino, coordenador, Editora Padma-Renovar, ano 4, v.15, pp. 241-58, jul./set.2.003. A íntegra do Projeto encontra-se no sítio <http://www.senado.gov.br/>

⁷ 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.

⁸ *La situation juridique de l'enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*. In Revue trimestrielle de Droit civil, octobre-décembre 1990, pp. 611 e ss.

artigo 54, 1.º, do Código Civil argentino de Veléz Sarsfield, em cujo inteiro teor se nota nítida influência do jurista brasileiro.

Os primeiros autores do século XX que defendem a personalidade do nascituro, com nítida clareza, sem “malabarismos” de argumentação, foram Rubens Limongi França⁹ – que inspirou minha monografia e de quem me confesso sempre discípula – André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria¹⁰.

Pontes de Miranda já se manifestava em favor dessa tese, quando tratou do direito a alimentos, fundado no parentesco, baseando-se nos artigos 397 e 4.º do Código Civil de 1916, bem como ao analisar o mesmo direito fundado nas obrigações provenientes de ato ilícito (artigo 1.537,II do mesmo Código).¹¹

Ao tratar da curatela do nascituro, enfatiza:

“Já então pode o curador reclamar alimentos a quem os deva ou a quem em virtude de responsabilidade (CC, arts. 1.537,II e 4.º) os tenha de prestar. Se é certo que ainda não gasta em comida, roupa e educação, precisa do embrião de cuidados que têm o seu preço.”

Entre os autores mais recentes, citem-se Francisco Amaral, representante da melhor doutrina civilista brasileira, e Reinaldo Pereira e Silva.¹²

Há autores que não chegam a afirmar categoricamente a personalidade do nascituro, mas lhe reconhecem direitos e *status*.

Renan Lotufo, civilista e ex-desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, foi relator de expressivo voto proferido na Apelação Cível n. 193.648-1, julgada em 14 de setembro de 1994, fundado em estudos sobre a natureza jurídica do nascituro, no qual afirmou o direito a alimentos, como direito próprio, em ação de investigação de paternidade, voto esse no qual é citado meu ensaio *Direito do nascituro a alimentos*.

⁹ *Manual de Direito Civil*. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. pp. 127-128.

¹⁰ *Condição jurídica do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1953. pp. 29 e ss.

¹¹ *Tratado de Direito Privado. Parte especial. Direito de Família: Direito parental, Direito protectivo*. 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t 1. pp. 2125-6.

¹² Francisco Amaral. *O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do direito Português*. Revista Brasileira de Direito Comparado, v.8, pp.75-89, Forense, 1990. *Direito Civil. Introdução*. 6.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

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

A tese vencedora nesse acórdão, proferido na Apelação Cível n. 193.648-1 –¹³ tem sido invocado em outras, como precedente.¹⁴

Entre os médicos, invoque-se, por todos, Jérôme Lejeune, premiado geneticista francês, descobridor das causas da síndrome de Down.¹⁵ 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, razão pela qual o nascituro é um ser individualizado, desde a primeira fase de evolução.

Entre os autores que integram corrente doutrinária expressiva que defende sua qualidade de pessoa citamos, entre os juristas, além de

¹³ Apelação Cível número 193.648-1, julgada em 14 de setembro de 1994, sendo Relator o 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: “*Investigação de paternidade. Nascituro. Legitimidade ativa de parte. Interpretação dos artigos 5.º da Constituição da República, 7.º e 8.º, § 3.º, 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.

¹⁴ Inúmeras ações foram julgadas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ajuizadas contra Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda por mulheres que tomaram medicamento contraceptivo inerte (microvlar –teste) resultando gravidez indesejada. Nessas ações, as mães representaram os filhos nascituros para pedir alimentos visando à adequada assistência pré-natal. O Tribunal assentou a legitimidade de parte das mães como representantes dos direitos do nascituro, entre os quais o a alimentos. Entre os vários acórdãos, invoco o proferido na Apelação Cível n. 349.128-4/4-00, julgada por votação unânime, em 02 de fevereiro de 2005, na qual figura como Relator o Desembargador Dimas Carneiro, a qual transcreve vários trechos do acórdão relatado pelo Desembargador Renan Lotufo, proferido na Apelação n. 193.648-1 publicada in *Revista dos Tribunais* n. 703:60-3.

¹⁵ Jérôme Lejeune. *L'enceinte concentrationnaire. D'après les minutes du procès de Maryville*. Éditions Le Sarment, 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}.

Mário Emílio Bigotte Chorão¹⁶, Gérard Mémetau¹⁷, Günter Rager¹⁸, Francesco Donato Busnelli¹⁹ e os filósofos Elio Sgreccia,²⁰ Antonio Tarantino,²¹ Diretor do Centro de Bioética e Direitos Humanos da Università di Lecce, Laura Pallazani.²²

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

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.

¹⁶ 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.

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, pp. 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, pp.161-96, 1999.

¹⁷ Mémetau, Gerard. *La situation juridique de l' enfant conçu. De la rigueur classique à l'exaltation baroque*. In Revue trimestrielle de Droit civil. Paris, octobre-décembre 1990, pp. 611 e ss.

¹⁸ 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, pp. 1.048-63, jul/set;1997.

¹⁹ Busnelli, Francesco. *Pessoa e responsabilidade civil no novo Código Civil brasileiro*. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (Org.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. Anais. São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 378-386.

²⁰ Sgreccia, Elio. *Engenharia genética: problemas éticos e jurídicos*. In: *Questões atuais de Bioética*. Coordenação de Stanislavs Ladusāns, São Paulo, Loyola, 1990.

²¹ 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.

²² Laura G. Pallazani. *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*. Recta Ratio. Testi e Studi di Filosofia Del Diritto. Giappichelli Editore. Torino, 1996.

Entre os médicos, além de Jérôme Lejeune, Angelo Serra dedica-se ao assunto em várias obras.²³ No Brasil, merecem relevo Genival Veloso França e Eliane Elisa Azevedo.²⁴

A este assunto dediquei monografia, a ser publicada.²⁵ 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, Relator do Código Civil de 2002.

Conforme demonstram Angelo Serra, médico e bioeticista italiano, bem como Elio Sgreccia, bioeticista e filósofo italiano, Francesco Busnelli, da Scuola Superiore Sant’Anna di Pisa²⁶, 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, no artigo 2.º, a palavra não-jurídica e restritiva “*embrião*” significa negar a qualidade de nascituro que já tem. A lei poderá distinguir a capacidade do nascituro

²³ 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. Do mesmo autor, *Quando comincia un essere umano*. In: *Il dono della vita*. E. Sgreccia, coordenador. Vita e Pensiero, Milano, 1987, pp. 99-105.

²⁴ Eliane Azevedo. *O direito de vir a ser depois do nascimento*. Edipuc-RS. Genival Veloso França. *O direito médico*. 6. ed., Fundo Editorial Bik, 1994.

²⁵ *Reprodução humana assistida: Direito Civil e Bioética*. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2000.

²⁶ Reproduzo o entendimento de Francesco Busnelli a respeito da abrangência do conceito:

“É certo, teria sido mais claro, e mais conforme as tradições latino-americanas, um retorno ao Projeto Bevilacqua, que – como de resto, o código argentino de Vélez Sarsfield – estabelecia o começo da personalidade do homem desde a sua concepção. Parece, de todo modo, ser o caso de repelir a ‘proposta de modificação do art. 2.º’ (promovida pela professora Maria Helena Diniz) que pretenderia distinguir ‘embrião’ do ‘nascituro’, fazendo-o baseada na errônea premissa de que ‘ao embrião, antes de implantado e viabilizado no ventre da mãe, não pode ser considerado um nascituro, a menos que não se queira aludir’ – mas não me parece ser o caso – à formação de embriões não destinados ao nascimento”.

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 o nascituro pré-implantatório ou embrião pré-implantatório esta qualidade, devendo ser considerado como *res*, ao menos até o décimo quarto dia a partir da fecundação. Denominados “utilitaristas” seus adeptos, prendem-se a interesses ligados à 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 seguidores entre médicos dos Estados Unidos da América do Norte.²⁷

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.²⁸

Mesmo para os que o consideram “*res*”, há um pensamento direcionado a considerá-la de modo diferenciado, não sendo possível qualificar o nascituro pré-implantatório ou embrião pré-implantatório como simples “produto”, a ensejar a proteção das leis de consumo. Neste sentido, as lições de Gérard Mémeteau.

A discussão acerca da natureza jurídica do nascituro se renovou depois de promulgada a recente Lei de Biossegurança – Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 regulamentada pelo Decreto n. 5.991, de 22 de novembro de 2005 – 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, na tomada de posição interpenetram-se, nitidamente, as Ciências biológicas, as Humanísticas, a Religião.

Parece-me que a lei brasileira procurou conciliar as ponderações dos diversos grupos – cientistas das várias Ciências, religiosos, representantes da sociedade civil, portadores de enfermidade – ficando no meio

²⁷ Sobre o assunto consulte-se E. Sgreccia, op. cit., pp. 73-78

²⁸ 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.

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. 5.º. Exige o *caput* que a utilização de células-tronco embrionárias, se origem de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e que não tenham sido utilizados nos respectivos procedimentos, além dos seguintes outros requisitos:

- a) sejam embriões considerados inviáveis para implantação;
- 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”.²⁹

O Decreto n. 5.991, de 22 de novembro de 2005, regulamenta dispositivos da Lei de Biossegurança³⁰ e impõe, nos artigos 63 a 67, que sejam embriões inviáveis ou congelados disponíveis, identificados

²⁹ “ Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

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

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

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

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

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. ”

³⁰ Tanto a Lei de Biossegurança como o Decreto que a regulamenta encontram-se no sítio [www.planalto.gov.br / Legislação](http://www.planalto.gov.br/Legislação). Para facilidade de consulta, transcrevo os artigos 63 a 67:

*“ CAPÍTULO VII
DA PESQUISA E DA TERAPIA COM CÉLULAS-TRONCO
EMBRIONÁRIAS HUMANAS OBTIDAS POR FERTILIZAÇÃO
IN VITRO*

como tais, conforme § 1.º do artigo 64, sempre com o consentimento dos genitores, vedada a comercialização, sob pena de tipificar-se crime. O Ministério da Saúde promoverá levantamento e manterá cadastro atualizado de embriões humanos obtidos de fertilização *in vitro* que não foram utilizados no respectivo procedimento.

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

*Art. 63. 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 disponíveis.

§ 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, na forma de resolução do Conselho Nacional de Saúde.

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

*Art. 64. Cabe ao Ministério da Saúde promover levantamento e manter cadastro atualizado de embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.*

§ 1º As instituições que exercem atividades que envolvam congelamento e armazenamento de embriões humanos deverão informar, conforme norma específica que estabelecerá prazos, os dados necessários à identificação dos embriões inviáveis produzidos em seus estabelecimentos e dos embriões congelados disponíveis.

§ 2º O Ministério da Saúde expedirá a norma de que trata o § 1º no prazo de trinta dias da publicação deste Decreto.

Art. 65. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA estabelecerá normas para procedimentos de coleta, processamento, teste, armazenamento, transporte, controle de qualidade e uso de células-tronco embrionárias humanas para os fins deste Capítulo.

Art. 66. Os genitores que doarem, para fins de pesquisa ou terapia, células-tronco embrionárias humanas obtidas em conformidade com o disposto neste Capítulo, deverão assinar Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme norma específica do Ministério da Saúde.

Art. 67. A utilização, em terapia, de células tronco embrionárias humanas, observado o art. 63, será realizada em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde para a avaliação de novas tecnologias. “

O Código Civil optou por retirar a expressão “*ser humano*” do artigo 2.º, conforme havia sido aprovado pelo Senado Federal, por meio da Emenda Regimental n. 368.³¹

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

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

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-implantatório. 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-implantatório, bastando que seja identificado, o que se dá por meio da 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-implantatório, com fundamento no artigo 1.798 do Código Civil que admite legitimadas 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*.³²

³¹ “*A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida ; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro*”.

³² Tratei da sucessão do embrião pré-implantatório no Capítulo II, n. 2 deste ensaio.

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

Conforme sustentei em obra própria, a ser publicada³³, 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 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. Delas cuidei em outra obra.³⁴As 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 2.º, 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 n. 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 (artigo 1.634,V, 1.689,II) ou pelo curador (artigo 1.779).

Além de direitos consagrados de modo expreso, a redação exemplificativa do artigo 2.º permite reconhecer o direito a alimentos ao nascituro e investigar-lhe a paternidade (Revista dos Tribunais n. 703:60-3; Revista dos Tribunais n. 650:220 e Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo n. 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 (Código de Processo Civil artigos 877 e 878).

³³ *Reprodução humana assistida: Direito Civil e Bioética*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000.

³⁴ *Comentários ao Código Civil*. Direito de Família. Artigos 1.591 a 1.710. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 18.

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. 2.º. 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 2.º, 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, 2000.

A despeito de inúmeras teorias sobre o início da personalidade e a condição jurídica do nascituro, podemos reduzi-las, ao menos no Brasil, a 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 2.º 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 2.º 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.³⁵

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 3.º de seu Projeto de Código Civil³⁶ 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 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.³⁷

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 nos artigos 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

³⁵ *Os Nascituros entre o Direito Romano e o Direito Latino-americano (a propósito do art. 2.º do Projeto de Código Civil Brasileiro)* in Revista de Direito Civil, São Paulo, Revista dos Tribunais, 45/7-15, ano 12, julho a setembro de 1988.

³⁶ 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 caráter de pessoa, como o fizeram os códigos e projectos acima citados, de acordo com os quaes se mostra Raoul de la Grasserie. ”

³⁷ *Código Civil Comentado*. 5. ed., Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1938, v. 4.

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.³⁸

³⁸ Consulte-se de minha autoria *Bioética e dano pré-natal* Revista de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro, 1999, pp. 297-328.

No livro *Tutela civil do nascituro*, tratei do assunto 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 Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na Apelação Cível 190.169-3, julgada aos 10 de maio de 1995, v.u., sendo Relator o Juiz Tenisson Fernandes, concedeu indenização por dano moral em decorrência da morte de nascituro. Eis a ementa:

Indenização – dano moral. Morte de nascituro. Art. 1.537,II do Código Civil. Fixação.

Em indenização por dano moral decorrente da morte de feto, admissível a aplicação do art. 1.537 ,II do CC, em analogia aos casos de homicídio praticado contra menor impúbere, considerando-se razoável o critério que estabelece quantum indenizatório em número de salários mínimos, correspondentes aos meses que mediarão entre o evento danoso e a data em que o nascituro completaria vinte e cinco anos de idade.

In Julgados do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, v. 58-59:199-2201

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Segunda Câmara, na Apelação Cível 194.026.779, sendo Relator Juiz Geraldo Cesar Fregapani assim decidiu por unanimidade, aos 17 de novembro de 1994:

Acidente de trânsito. Indenização por dano moral. Induvidosos os sofrimentos, angústia e tensão, por longos oito meses, diante de gravidez com possível prejuízo da vida e/ou integridade física do nascituro, há dano moral indenizável.

O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro também assentou ser indenizável dano moral pela morte de nascituro, em acidente de trânsito. Trata-se da Apelação Cível n.º 4.227/94, julgada aos 24 de agosto de 1994, por votação unânime, pela Quinta Câmara, sendo relator o juiz Bernardino Machado Leituga.

O mesmo Tribunal acolhe igual diretriz na Apelação Cível n.º 2804/95, julgada aos 13 de junho de 1995, sendo relator juiz Antonio Eduardo F. Duarte. A tese consagrada do cabimento da indenização por dano moral, em virtude de morte do nascituro, foi tomada por unanimidade. O voto vencido cingiu-se apenas ao *quantum*. Por sua relevância, transcrevemos a ementa:

Atropelamento. Perda do nascituro. Responsabilidade objetiva. Indenização.

A morte de um filho em gestação, não importa o motivo, toca profundamente a mulher em seu ponto mais sublime: a maternidade. Atinge um grau elevado na escala de valores morais. A brusca interrupção da gravidez constrange, causa dor e profundo sofrimento. Decorrente de ato ilícito, a perda do nascituro deve integrar o dano moral a ser reparado.

Acórdão dos mais recentes é do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se analisa a questão como dano moral causado aos pais pela morte de filho nascituro, em virtude de colisão de veículo com o transporte coletivo do qual a gestante era passageira.

A Constituição Federal assegura no *caput* do artigo 5.º – que define, não exaustivamente, os direitos e garantias fundamentais – 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 6.º, 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.

Cumpra 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 Constituindo*³⁹ e no livro *Tutela civil do nascituro*.⁴⁰

Reconheceu-se o direito à indenização aos pais como direito próprio, considerando-se o sofrimento pela perda do filho.

Trata-se de Acórdão unânime da 18.a Câmara Cível do TJRJ, AC 3.309/98, cujo Relator é o Desembargador Nascimento Póvoas, j. aos 26 de maio de 1998, v.u., in DJ.RJ de 13.08.98, p.202.

Já no terceiro milênio, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul empresta valiosa contribuição em defesa do nascituro, em inúmeros acórdãos acessíveis in www.tj.rs.gov.br. Entre eles, destaco dois relatados pelo Desembargador professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira.

O primeiro, lavrado na Apelação Cível n. 70002027910 da 6.ª Câmara, julgado por votação unânime, em 28 de março de 2001, tem a seguinte ementa: “*Seguro obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento.*”

Em outro acórdão, o mesmo Relator concedeu indenização por danos pré-natais causados ao nascituro, que veio a nascer com graves lesões neurais que o condenarão a uma vida vegetativa. Os danos abrangem os morais e os patrimoniais, em virtude de permanente tratamento médico. Consulte-se a Apelação Cível n. 7000356677, julgada em 15.5.2002.

Vê-se que a indenização pela morte de nascituro pode ser sustentada quer sob o fundamento da transmissibilidade do dano moral – para os que defendem a tese da personalidade do nascituro – quer sob fundamento de dano moral causado aos pais, como direito próprio, para os que não reconhecem a personalidade.

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

⁴⁰ Pp. 245-52.

A definição expressa do início da vida, ficou, destarte, sob o encargo da legislação ordinária, embora me pareça 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 em 25 de setembro de 1992 e ingressou no Direito interno por meio do Decreto n.º 678, de 06.11. 92.

Estabelece no Capítulo II (Direitos Civis e Políticos), artigo 4.º – 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 momento 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* de 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 nascimento 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 resolutiva, isto é, o nascimento **sem** vida, porque a segunda parte do artigo 2.º 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 resolutiva.

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, incluo: Teixeira de Freitas⁴¹, Pontes de Miranda⁴², R. Limongi França,⁴³ Anacleto de Oliveira Faria e André Franco Montoro⁴⁴, Francisco dos Santos Amaral Neto,⁴⁵

⁴¹ *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.

⁴² *Tratado de direito privado; Parte Geral – Introdução – Pessoas físicas e jurídicas*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, t.1, e *Tratado de direito privado; Parte especial – Direito de família – Direito parental – Direito protectivo*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1955, t.II.

⁴³ *Manual de Direito Civil*. 3. Ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

⁴⁴ *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1953.

⁴⁵ *O Nascituro no Direito Civil Brasileiro. Contribuição do direito Português. Revista Brasileira de Direito Comparado*, v. 8, pp.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*. 6.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

José Tavares,⁴⁶ Mário Emílio Bigotte Chorão⁴⁷, Professor da Universidade Católica Portuguesa, que muito tem contribuído para minhas reflexões. A Rubens Limongi França se deve a estrutura fundamental da corrente concepcionista.

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, 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.⁴⁸

Cumprе salientar a importante contribuição dada por V. acórdão do E. Tribunal de Justiça de S. Paulo, ao qual já me referi, 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.⁴⁹

⁴⁶ *Os Princípios fundamentais do Direito Civil*. Coimbra, Coimbra Editora, 1928, v.2.

⁴⁷ *O Problema da natureza...*cit.

⁴⁸ *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.

⁴⁹ Acórdão publicado na Revista dos Tribunais n. 703: 60-3. 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.

3. Inovações do Código Civil

Dispõe o artigo 2.º 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. 4.º 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, Professor titular de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

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.⁵⁰

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, conforme anotou no *Curso Avançado de Direito Civil – Parte Geral, p. e Código civil comentado. Parte Geral. (arts. 1.º a 232)*.⁵¹

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).

⁵⁰ *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, pp. 39-52.

⁵¹ *Curso Avançado de Direito civil. Parte geral*. Everaldo Cambler, coordenador. 2. ed. 2003, p. 90. *Código civil comentado. Parte Geral. (arts. 1.º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 13.

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 5.º, inciso I, 1.º), expressão mantida no artigo 63 § 1.º do Decreto que a regulamenta (D. 5.591, de 11 de novembro de 2005).

Quando permanecem congelados, há essa identificação para fins vários como a implantação na própria geradora do óvulo ou em outra mulher, no caso de doação de gameta. Outra finalidade é saber 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 já o foi, aguardando-se apenas a gestação. São conceitos que não se equivalem.

Conforme sustentei em obra própria, a ser publicada ⁵², o embrião pré-implantatário poderá herdar como herdeiro legítimo ou testamentário. Como legítimo, se houver coincidência entre a mãe que gera e a que o 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 enriquece o número de hipóteses que diferenciarão o herdeiro legítimo e o testamentário.⁵³

Quanto à adoção, embora ela possa ser subsumida na redação ampla, não taxativa do artigo 2.º, 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

⁵² *Reprodução humana assistida: Direito Civil e Bioética*. Tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2000

⁵³ Consulte-se, neste ensaio, Capítulo II, n.2. *Reprodução humana assistida. Impacto no Direito de Família e no Direito das Sucessões*.

humana. Em 1956, quando foi alterada a redação original do artigo 372 do código de 1916, para se incluir a expressão “ou nascituro”⁵⁴ 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,⁵⁵ 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 prevêm expressamente a adoção de nascituro, admitem-na segundo a regra geral de proteção do nascituro quando se trata de seus interesses.

Retirar o que era expresso retrocede em relação ao desenvolvimento contemporâneo da Embriologia e da consciência atual quanto à necessidade de proteger a vida desde a concepção.

Retrocede, ainda, porque as legislações mais avançadas, ainda que minoritárias, como a da Louisiana, têm tutela expressa do embrião pré-implantatório, por meio de curador, permitindo sejam adotados, o que denomino adoção pré-implantatória, um dos destinos dignos aos embriões excedentes, livrando-os do descarte, um dos problemas cruciais da Bioética e do Biodireito, nas oportunas e sensíveis palavras do professor Mário Emílio Bigotte Chorão.

A legislação da Louisiana me impressionou positivamente pela grande proteção que dá aos nascituros, o que se reflete na limitação do uso da reprodução assistida e da manipulação genética.

O artigo 26 do Código civil estatui que o nascituro pode ser considerado pessoa natural para tudo que lhe favoreça, desde o momento da concepção. Inspira-se, assim, na máxima latina “*infans conceptus pro nato habetur*”. Se nascer morto, considera-se como se não tivesse exis-

⁵⁴ “Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.”

⁵⁵ *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, pp. 354-72.

tido como pessoa, exceto para fins de ações que tenham por fundamento o denominado “*wrongful death*.”

O comentário do Louisiana Civil Code na edição da West Publishing Co. – Louisiana Statutes Annotated – anota que a expressão “*Children in the mother’s womb*” que constava na redação de 1870, foi deliberadamente alterado para “*an unborn child*”. Acrescenta o autor dos Comentários que um nascituro pode ser uma pessoa mesmo se ele estiver em uma proveta.

Há remissão a inúmeros acórdãos que determinam se indenizem os pais pela morte de filho nascituro, com base nos artigos 26 e 2.315 do Código civil.

Quanto à personalidade do embrião humano *in vitro*, a nota g ao artigo 26 expressamente remete a R.S. 9:121-133 (*Revised Statutes*).⁵⁶

O Código Civil com a emenda oriunda do Act 1976 n. 430 estabelece, no art. 188, que o marido não pode negar a paternidade de uma criança concebida por inseminação artificial, se consentiu nesta prática.

O Act n. 964, de 14 de julho de 1986, estabelece, no Capítulo 3, a tutela dos embriões humanos.

O § 121 define-o, para os fins desse Capítulo, como o ovo humano fertilizado *in vitro*, com certos direitos garantidos pela lei.

O § 122 estabelece que o uso do ovo fertilizado *in vitro* destina-se à implantação no útero. Não pode ser cultivado para fins de pesquisa ou outros propósitos. A venda do ovo ou embrião humanos é expressamente proibida.

O § 123 trata da capacidade estabelecendo que o ovo humano fertilizado existe como pessoa (no sentido jurídico) desde o tempo em que ovo fertilizado *in vitro* é implantado no ventre, ou em outro tempo em que a lei reconheça direitos ao nascituro.⁵⁷

Interessante anotar a equiparação entre ovo fertilizado *in vitro* e o nascituro, cujo conceito é o de ser já concebido, no ventre materno, isto é, *in vivo*. A equiparação vem enfatizada no § 124 que trata do *status* legal.

Segundo este parágrafo, como pessoa (*juridical person*) ao ovo fertilizado *in vitro* pode ser dada identificação para facilidade médica,

⁵⁶ *West’s Louisiana Statutes Annotated. Civil Code. Articles 1 to 177. Volume 1, ST.Paul, Minn., West Publishing Co.,1993. Consulte-se, ainda, Louisiana. Louisiana State Legislature. On line <http://www.legis.state.la.us>.*

⁵⁷ “*An in vitro fertilized human ovum exists as a juridical person until such time as the in vitro fertilized ovum is implanted in the womb; or at any other time when rights attach an unborn child in accordance with law.*”

o que legitima este ovo a demandar processualmente e ser demandado. A confidencialidade do paciente fertilizado *in vitro* deve ser mantida.

O § 125 estabelece que o ovo fertilizado *in vitro* é entidade separada da clínica onde está hospedado ou armazenado.

O § 126 trata de hipóteses em que haverá um guardião temporário do ovo fertilizado *in vitro*, até que ocorra a “*implantação adotiva*” ou “*adoção implantatória*”, prevendo a indicação de um *curador* para proteger os direitos do ovo fertilizado.

O § 129 estabelece que ovos fecundados *in vitro* não poderão ser destruídos após 36 horas a partir da fertilização – ou mesmo antes, se forem crioconservados – momento em que serão considerados viáveis. Serão considerados inviáveis antes de tal período.

O § 130 estabelece os deveres dos doadores. Prevê a possibilidade de adoção do ovo fertilizado *in vitro*, aludindo a “*implantação adotiva*”, devendo os doadores genéticos renunciar, gratuitamente, a seus direitos parentais.

O § 131 estatui que, nas disputas judiciais o *standard* judicial para resolução de conflitos será o de melhor interesse do ovo fertilizado *in vitro*. Mais uma vez, há a mesma proteção dada ao nascituro conforme estatui o artigo 26 do Civil Code of Louisiana.

O § 133 consigna que o direito hereditário não pode ser reconhecido ao ovo fertilizado *in vitro*, enquanto *in vitro*, mas apenas quando estiver no estágio de nascituro (*unborn child*) e que nasça vivo. O direito à herança não provém dos doadores genéticos.

Esta proteção conferida pela lei ao embrião pré-implantatário, fecundado *in vitro*, que o equipara ao nascituro constitui um exemplo de legislação a ser seguida, no meu modo de ver.

Cumprе salientar que, não obstante o Direito Norte-Americano consagre a liberalização do aborto, a proteção à saúde e à vida pré-natal é reconhecida por várias leis, o que pode parecer um contra-senso, já apontado por diversos autores.

Anote-se a tendência atual de restringir o direito ao aborto, o que é demonstrado pelas decisões posteriores ao caso *Roe v. Wade*, de 1971, relatadas em *Direitos de Personalidade do Nascituro*⁵⁸ e em minha monografia *Tutela Civil do Nascituro*.⁵⁹

⁵⁸ in Revista do Advogado. n.º 38, dezembro de 1992, editada pela Associação dos Advogados de S. Paulo, pp. 21 a 32.

⁵⁹ São Paulo, Saraiva, 2000.

Com tais considerações, parece-me que, se fosse mantida a redação do artigo 372 do Código Civil brasileiro de 1916, revogado pelo Código de 2002, melhor atenderia à adoção de nascituros implantados e não implantados, os embriões pré-implantatórios, conforme tratado em ensaio específico.⁶⁰

O artigo 2.º 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 (Revista dos Tribunais n. 703:60-3, n. 650:220 e Julgados do Tribunal de Alçada Civil de São Paulo n. 74:99).

Como no Código Civil revogado, 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 de direitos não patrimoniais.

De grande relevância os direitos da personalidade do nascituro, abarcados pela previsão não taxativa do art. 2.º. 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 2.º, 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*.

⁶⁰ *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, 2003, p. 35.

II. Reprodução humana assistida

I. 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 fiz, concluí 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, realizadas em Brasília, de 11 a 13 de setembro de 2004:

“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.⁶¹

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*.⁶²

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%.⁶³

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

⁶¹ “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

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

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

⁶² 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. 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. Roger Abdelmassih. *Tudo por um bebê*, 1. Ed., São Paulo, Siciliano, 1994,

⁶³ Roger Abdelmassih. *Tudo por um bebê*, 1. Ed., São Paulo, Siciliano, 1994, p. 69.

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 Código Civil. Direito de Família. Arts. 1.591 a 1.710* ali tratei mais amplamente do tema analisando outros aspectos.

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 por alguns médicos especialistas em reprodução assistida, 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 n.º 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 específica Resolução do Conselho Federal de Medicina n.º 1.358/92 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 vulgarmente denominada “*barriga de aluguel*”, consiste em gestação na qual não há identidade ou coincidência entre a mãe biológica – a doadora do óvulo – e a mãe gestatriz, a que gesta e dará à luz.

Cumpra salientar que técnicas de reprodução humana assistida baseiam-se na fertilização e não na substituição da reprodução sexual, como a clonagem.

O projeto de lei n. 90/99 e seus dois Substitutivos impõem requisitos para o uso de técnicas de reprodução humana assistida, admitida, em geral, para casos de infertilidade e para prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias ou prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo. Entre os vários requisitos, anatem-se, entre outros, a indicação médica e o consentimento expresso da receptora da técnica.⁶⁴

⁶⁴ Para comparação da finalidade do emprego das técnicas de reprodução assistida e requisitos para ser aplicada, Transcrevo o Projeto original do Senador Lúcio Alcântara, o Substitutivo do Senador Roberto Requião e o Substitutivo do Senador Tião Viana. A íntegra dos Projetos encontra-se na em <http://www.senado.gov.br>, indicando-se a página do último senador para quadro comparativo do Projeto e dos substitutivos.

PL 90/99- Senador Lúcio Alcântara

“Art. 2º A utilização da RA só será permitida, na forma autorizada pelo Poder Público e conforme o disposto nesta Lei, para auxiliar na resolução dos casos de infertilidade e para a prevenção e tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que: – tenha sido devidamente constatada a existência de infertilidade irreversível ou, caso se trate de infertilidade inexplicada, tenha sido obedecido prazo mínimo de espera, na forma estabelecida em regulamento; II – os demais tratamentos possíveis tenham sido ineficazes ou ineficientes para solucionar a situação de infertilidade; III – a infertilidade não decorra da passagem da idade reprodutiva; IV – a receptora da técnica seja uma mulher capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado ou autorizado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento de consentimento informado a ser elaborado conforme o disposto no art. 3º;

Substitutivo do Senador Roberto Requião

“ Art. 2º A utilização da Procriação Medicamente Assistida só será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se verifica infertilidade e para a prevenção de doenças genéticas ligadas ao sexo, e desde que: I – exista, sob pena de responsabilidade, conforme estabelecido no art. 38 desta Lei, indicação médica para o emprego da Procriação Medicamente Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, e não se incorra em risco grave de saúde para a mulher receptora ou para a criança; II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre e consciente, em documento a ser elaborado conforme o disposto nos arts. 4º e 5º desta Lei;

Substitutivo do Senador Tião Viana:

“Art. 2º A utilização das técnicas de Reprodução Assistida será permitida, na forma autorizada nesta Lei e em seus regulamentos, nos casos em que se

O Código Civil não cuida, senão genericamente, das diversas questões de reprodução humana assistida, pouco tratada na literatura jurídica brasileira.⁶⁵

Foi opção do legislador não cuidar de temas ainda não suficientemente amadurecidos.

Explana Miguel Reale que uma das normas orientadoras da nova codificação foi a de “*destinar à legislação especial aditiva todos os assuntos que ultrapassarem os lindes da área civil ou implicarem problemas de alta especificidade técnica*”.⁶⁶

O relator da Parte Geral, José Carlos Moreira Alves, tem-se pronunciado, em diversas palestras, no mesmo sentido. Enfatiza a inoportunidade de o então Projeto tratar de assunto tão novo e polêmico, que lhe parece merece ser amadurecido, circunstância que o torna incompatível com a regulamentação no Código Civil.⁶⁷

verifique infertilidade e para a prevenção ou tratamento de doenças genéticas ou hereditárias, e desde que: I – exista indicação médica para o emprego da Reprodução Assistida, consideradas as demais possibilidades terapêuticas disponíveis, segundo o disposto em regulamento; II – a receptora da técnica seja uma mulher civilmente capaz, nos termos da lei, que tenha solicitado o tratamento de maneira livre, consciente e informada, em documento de consentimento livre e esclarecido, a ser elaborado conforme o disposto na Seção II desta Lei;”

⁶⁵ Registro a monografia de Eduardo de Oliveira Leite, *Procriações Artificiais e o Direito. Aspectos médicos, psicológicos, éticos e jurídicos*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. Entre os vários ensaios publicados no Brasil, um dos primeiros se deve ao ilustre civilista português José de Oliveira Ascensão : *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense, v. 328, ano 90, pp. 69-80, out.nov.dez.1994. Em minha tese de livre-docência aprovada pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em julho de 2001, tratei amplamente da reprodução humana assistida no âmbito do Direito Civil e da Bioética.

⁶⁶ Miguel Reale. *O Projeto do novo Código Civil*. 2.ed., Saraiva,1999. Esclarece na página 13: “*Nessa ordem de idéias, não teria sentido inserir-se no Projeto dispositivos sobre inseminação artificial, desde as mais variadas formas de geração extra-uterina até a chamada concepção in vitro, pois tais processos envolvem questões que transcendam do campo jurídico, alargando-se pelos domínios da medicina e da engenharia genética, implicando problemas tanto de Bioética quanto de Direito Administrativo e de direito Processual, a fim de atender a exigências de segurança e certeza no concernente à maternidade ou à paternidade. Eis aí uma esfera onde a legislação especial se põe como a única apropriada*”.

⁶⁷ Reale e Moreira Alves defendem o novo Código. Ricardo Mafféis in Carta Maior. Ano 3, n. 130, 10 de agosto de 2002. A palestra do Ministro Moreira Alves foi profe-

Não discordo do entendimento segundo o qual a complexa matéria que envolve reprodução humana assistida deve ser objeto de lei própria. É necessário amplo debate interdisciplinar – não só no âmbito do Direito, como no das demais Ciências – antes de aprovada lei que discipline os vários aspectos da reprodução humana assistida.

Legislação especial haverá, pois já é objeto de debate no Congresso nacional. Um dos projetos sobre reprodução humana assistida é o de número 90/99 do Senador Lúcio Alcântara, com Substitutivos dos Senadores Roberto Requião e, mais recente, do Senador Tião Viana a quem assessoriei por meio de Parecer oferecendo críticas construtivas para aperfeiçoamento da legislação.⁶⁸

Todos os incisos do artigo 1.597 foram por mim comentados em obra própria, ao qual remeto o leitor para maior aprofundamento das questões.⁶⁹

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

rida na Associação dos Advogados de São Paulo, em agosto de 2002, em Curso sobre o novo Código Civil.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ *Comentários ao Código Civil*, cit.

concebido na constância do casamento, caracterizando como filho matrimonial (outrora denominado “legítimo”).

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.

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 condição 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 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?”⁷⁰

Embora o consentimento do marido seja irretroatável, não se pode presumir sua duração “*ad aeternum*”, depois de dissolvida a sociedade conjugal. A irretroatabilidade 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

⁷⁰ “*Reale e Moreira Alves defendem novo Código.*” Reportagem de Ricardo Mafféis 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.

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.⁷¹

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 Código 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 por força da regra *pater is est quem nuptiae demonstrant*.⁷² 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.⁷³

⁷¹ 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.

⁷² Digesto 2.4.5: *Quia semper certa est, etiam si vulgo conceperit: pater vero is eset, quem nuptiae demonstrant*

⁷³ *Tutela civil do nascituro*. Saraiva, 2000.

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

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

Pode-se aludir, ainda, a “*adulterio 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).⁷⁴

Configura-se conduta desonrosa, conforme artigo 1.573, V do Código Civil.⁷⁵

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.

⁷⁴ “Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges:

I – fidelidade recíproca;

II – vida em comum, no domicílio conjugal;

III – mútua assistência;

IV – sustento, guarda e educação dos filhos;

V – respeito e consideração mútuos.”

⁷⁵ “Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos:

I – adultério;

II – tentativa de morte;

III – sevícia ou injúria grave;

IV – abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo;

V – condenação por crime infamante;

VI – conduta desonrosa.

Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum.”

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.⁷⁶

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 outra 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.⁷⁷

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 por 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

⁷⁶ Artigo 1.787- “A capacidade para suceder é a do tempo da abertura da sucessão, que se regulará conforme a lei então em vigor. “

⁷⁷ “Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
II – as pessoas jurídicas;
III – as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.”

“*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.⁷⁸

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.⁷⁹

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 1.798⁸⁰ admite a suceder os que já estão concebidos no momento da abertura da sucessão.⁸¹

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.

⁷⁸ 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.

⁷⁹ Este assunto foi objeto de capítulo anterior I,2.

⁸⁰ Art. 1.798. “*Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.*”

⁸¹ 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, realizada em Brasília, em setembro de 2004, considero-a despcienda, 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 heteróloga (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.*”

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 dois anos para que a prole eventual (prole conceptura) 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 1.800 do Código Civil.⁸²

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 o 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.

⁸² Art. 1.800. “ *No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.*”

§ 1º *Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.*

§ 2º *Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.*

§ 3º *Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.*

§ 4º *Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos.”*

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

Ao embrião pré-implantatório 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-implantatório, 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 ao concepturo beneficiado no testamento, caso não seja concebido, 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 Sarlet⁸³ 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-implantatório, ocasionando maior aceitação e melhor compreensão da natureza ontológica, biológica e jurídica daquele, por parte de quem a repudiava.

O Código Civil brasileiro disciplina de modo satisfatório a tutela civil do nascituro, da qual se extrai o Estatuto 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 – não só juristas, médicos e geneticistas – bem como a sociedade civil.

Deve-se incluir no conceito lato de nascituro o embrião pré-implantatório, diferenciando-se a capacidade de cada um e não, a personalidade. De qualquer forma, para o estatuto de ambos, deve-se observar a proposta presente nos vários ensaios do professor Mário Emílio Bigotte Chorão, de citação constante nos meus, nos quais considero sempre que

⁸³ Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 126-7.

há bens jurídicos de inegável importância, porém menores que o relativo à tutela da própria pessoa, no primeiro estágio de seu desenvolvimento, cuja dignidade é intrínseca e inafastável.

*“O direito existe, necessariamente, para os homens (hominum causa omne ius constitutum est), e a estes cabe o protagonismo na cena jurídica, em posição dominante sobre as “coisas”, animadas ou inanimadas, desprovidas de personalidade e ordenadas à satisfação das suas necessidades. Elemento integrante fundamental do bem comum, a realização do justo faz parte das condições sociais que hão-de concorrer, nos indivíduos humanos, para o desenvolvimento integral da sua pessoa”.*⁸⁴

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*. 6.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006.
- Ascensão, José de Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Revista Forense, v. 328, ano 90, p. 69-80, out.nov.dez.1994.
- 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.
- 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*. Estudos Gerais. Série Universitária. 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 123.º, 1991, IV, Lisboa.
- _____. *Direito e Inovações Tecnológicas (A pessoa como questão crucial do biodireito)*. Separata da Revista O Direito, ano 126.º, 1994, III-IV, Lisboa.
- _____. *Revolução Biotecnológica e Direito – uma perspectiva biojurídica personalista*. In: Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura, 23.ª, Lisboa, 1995, pp. 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.

⁸⁴ *Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro*. In: Revista Brasileira de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro, n.17, pp. 261-296, 2.º semestre de 1999. A citação encontra-se na página 279.

- 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.
- Busnelli, Francesco. *Pessoa e responsabilidade civil no novo Código Civil brasileiro*. In: CUNHA, Alexandre dos Santos (Org.). *O direito da empresa e das obrigações e o novo Código Civil brasileiro*. Anais. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 378-386.
- 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. 2.º 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.
- Chinelato e Almeida, Silmara. *Tutela Civil do Nascituro*. São Paulo, Editora Saraiva, 2000.
- _____. *Comentários ao Código Civil. Direito de Família*. Artigos 1.591 a 1.710. Antonio Junqueira de Azevedo, coordenador. Saraiva, 2004. 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.
- _____. *Reprodução humana assistida. Análise do Projeto de Lei 90/99, do senador Lúcio Alcântara*. Revista Trimestral de Direito Civil. Gustavo Tepedino, coordenador, Editora Padma-Renovar, ano 4, v.15, p. 241-58, jul./set. 2003.
- _____. *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*. Revista de Direito Comparado. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro. Rio de Janeiro: 1999. p. 297-328.
- _____. *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 Constituindo. O Direito de Família e a Constituição de 1988*. Coordenação de Carlos Alberto Bittar, Saraiva, 1989, p. 39 e ss.
- _____. *Reprodução humana assistida: Direito Civil e Bioética*. Tese de livre-docência. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2000. (inédito).
- 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.
- 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.
- Leite de Campos, Diogo. *Lições de direitos da personalidade. I Parte. Personalidade jurídica, personalidade moral e personalidade política.* In: Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. V. LXVII, 1991, p. 128-223.
- 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.
- Maffeis, Ricardo. *Reale e Moreira Alves defendem o novo Código.* in Carta Maior. Ano 3, n. 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, octobre-décembre 1990, p. 611 e ss.
- Pallazani, Laura G. *Il concetto di persona tra bioetica e 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.I.
- _____. *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 Bioetica. Revista trimestral de cuestiones de actualidad, Madrid. v. VIII, n. 31, p. 1.048-63, jul/set;1997.
- Reale, Miguel. *O Projeto do novo Código Civil.* 2.ed., Saraiva,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 embriopoiesi umana,*

- Serra A. & Sgreccia, E., Di Pietro M. L. coordenadores, Vita e Pensiero, Milano, 1990, p. 69-70.
- _____. *Quando comincia un essere umano*. In: *Il dono della vita*. E. Sgreccia, coordenador. Vita e Pensiero, Milano, 1987, p. 99-105.
- Serrão, Daniel. *Estatuto do Embrião*. In *Bioética. Simpósio Especial. II Encontro Luso-Brasileiro de Bioética*. Conselho Federal de Medicina. V. 11, n. 2, 2003. p. 108-16.
- Silva, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito. Investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo, LTR, 2002.
- Tarantino, Antonio (coord.). *Per una dichiarazione dei diritti del nascituro*. Giuffrè, Milano, 1996.
- 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.
- West's Louisiana Statutes Annotated. Civil Code*. Articles 1 to 177. Volume 1, ST.Paul, Minn., West Publishing Co.,1993.