



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ – UECE
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ESMP
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA, REGISTROS
PÚBLICOS E SUCESSÕES**

CAMILA BEZERRA DE MENEZES LEITÃO

**ANÁLISE JURÍDICA SOBRE DIREITOS SUCESSÓRIOS
DECORRENTES DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL
HOMÓLOGA *POST MORTEM***

**Fortaleza - CE
2011**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Camila Bezerra de Menezes Leitão

**ANÁLISE JURÍDICA SOBRE DIREITOS SUCESSÓRIOS
DECORRENTES DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST
MORTEM***

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Direito de Família, Registros Públicos e Sucessões do Centro de Estudos Sociais Aplicados, da Universidade Estadual do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Beatriz de Castro Rosa.

**Fortaleza - Ceará
2011**

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DE FAMÍLIA,
REGISTROS PÚBLICOS E SUCESSÕES**

Título do Trabalho:

**ANÁLISE JURÍDICA SOBRE DIREITOS SUCESSÓRIOS DECORRENTES DA
INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM***

Autora: Camila Bezerra de Menezes Leitão

Defesa em: ___/___/2011

Conceito obtido: _____

Nota obtida: _____

Banca Examinadora

Orientador: Profa. Beatriz de Castro Rosa, MS.

**Examinador:
Escola Superior do Ministério Público- ESMP**

**Examinador:
Universidade Estadual do Ceará - UECE**

**“Há homens que lutam por um dia e são bons
Há homens que lutam por um mês e são
melhores
Há homens que lutam por um ano e são muito
bons
No entanto, há homens que lutam a vida inteira;
estes são inesquecíveis”**

(Gerard Berg)

AGRADECIMENTOS

A Deus por permitir a conclusão do presente trabalho.

Aos meus pais Juarez e Maria pelo apoio e incentivo e pelo exemplo de dignidade transmitido cotidianamente.

À Professora Beatriz de Castro Rosa, minha orientadora que me auxiliou na realização desta monografia.

À Conceição e às minhas irmãs Patrícia e Wana, exemplos de otimismo, força e solidariedade.

Aos meus filhos Beatriz, Guilherme (*in memoriam*) e Marina de Fátima motivos da minha existência.

Agradeço a atenção dispensada por todos os funcionários que fazem parte da Escola Superior do Ministério Público e a todos aqueles que direta ou indiretamente contribuíram para o êxito deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo precípua analisar a possibilidade de o concebido gerado através de inseminação artificial homóloga *post mortem* ter direitos sucessórios. Pretende-se demonstrar que atualmente a doutrina se divide acerca da possibilidade do concebido ser sucessor de seu genitor ou não, admitindo inclusive que, caso isso seja possível, o mesmo poderá ser somente sucessor testamentário, não podendo ser sucessor legítimo. Neste estudo aborda-se o direito sucessório no ordenamento jurídico brasileiro, desde o conceito do direito das sucessões, a transmissão da herança, espécies de sucessão e tipos de sucessores. Apresenta-se também o conceito e as espécies de reprodução assistida, tratando-se também sobre os diversos princípios existentes no tocante à inseminação artificial homóloga *post mortem*. Analisa-se igualmente o direito de família do concebido através da inseminação artificial, notadamente o direito de filiação e o direito aos alimentos e ao uso do nome, finalizando com os entendimentos doutrinários acerca da possibilidade do concebido, após a morte do seu genitor, ter direito a sucessão deste. A metodologia empregada na pesquisa foi bibliográfica e jurisprudencial. Ao final do presente trabalho, constatou-se que enquanto o Código Civil não avançar no sentido de estabelecer uma disposição regulamentando a matéria face às inovações da Medicina, nunca a doutrina e a jurisprudência irão pacificar o assunto, pois ante a ausência de legislação específica sobre o assunto, cada caso será decidido da forma como pensar o julgador.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Sucessório. Reprodução Assistida. Inseminação artificial homóloga *post mortem*.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
LICC	Lei de Introdução ao Código Civil
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	13
2.1	CONCEITO DO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	13
2.2	TRANSMISSÃO DA HERANÇA.....	14
2.3	ESPÉCIES DE SUCESSÃO.....	16
2.3.1	Sucessão legítima.....	16
2.3.2	Sucessão testamentária.....	18
2.3.3	Sucessão mista.....	20
2.3.4	Sucessão a título universal.....	20
2.3.5	Sucessão a título singular.....	21
2.4	TIPOS DE SUCESSORES.....	21
2.4.1	Herdeiros legítimos.....	22
2.4.2	Herdeiros testamentários.....	22
2.4.3	Herdeiros necessários.....	23
2.4.4	Legatários.....	23
3	REPRODUÇÃO ASSISTIDA.....	25
3.1	CONCEITO E ESPÉCIES.....	25
3.2	INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA.....	29
3.3	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DENTRE OUTROS NO TOCANTE À INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i>.....	31
3.3.1	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.....	32
3.3.2	Princípios do Planejamento Familiar e da Paternidade Responsável.....	34
3.3.3	Princípio da Igualdade.....	36
3.3.4	Princípio do melhor interesse da criança.....	37

3.4	O DIREITO DE FAMÍLIA DO CONCEBIDO ATRAVÉS DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL.....	38
3.4.1	Direito de Filiação.....	38
3.4.2	Direito aos alimentos e ao uso do nome.....	41
4	DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA <i>POST MORTEM</i> E O DIREITO SUCESSÓRIO.....	43
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	54
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	57
	ANEXOS.....	64

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a inseminação artificial homóloga *post mortem* e suas consequências jurídicas no âmbito do Direito das Sucessões, enfocando a possibilidade de o concebido por inseminação artificial homóloga, após a morte do genitor, ser considerado sucessor deste.

O interesse pelo tema surgiu devido ao progresso dos comportamentos médico-científicos, notadamente no tocante às técnicas de reprodução assistida e pela incapacidade do ordenamento jurídico de acompanhar e adequar-se a essa evolução. Cada avanço operado pela Medicina traz esperança e benefício a inúmeras pessoas, mas carrega também dilemas e questionamentos morais e éticos inéditos e que, frente à constante evolução humana devem ser pensados e discutidos.

No tocante à inseminação artificial homóloga *post mortem*, o aspecto de filiação é simples, visto que há coincidência entre os pais registrais e os pais biológicos. No entanto, quanto ao aspecto sucessório, há grande controvérsia na doutrina e na jurisprudência, ante a falta de legislação a respeito, pois de um lado uns entendem que o concebido pós-morte do autor da herança deve ser sucessor testamentário; de outro lado, outros entendem que deve ser sucessor legítimo e há a corrente doutrinária que entende que o concebido pós-morte sequer deverá suceder.

O objetivo deste trabalho, portanto, é demonstrar os diversos posicionamentos existentes atualmente em torno do tema e na problemática de haver uma uniformização em virtude da falta de uma legislação que pacifique a temática.

A metodologia empregada consistiu no somatório de leituras especializadas sobre o tema em consonância com o aspecto jurisprudencial. A pesquisa foi do tipo documental e bibliográfica e a tipologia da pesquisa quanto à

utilização dos resultados foi pura porque sem querer transformar a realidade buscou-se apenas aumentar os conhecimentos.

Além do capítulo introdutório, este trabalho possui ainda quatro capítulos que sintetizam o conteúdo estudado.

O segundo capítulo tece breves considerações acerca do Direito das Sucessões, especialmente em relação ao seu conceito, a transmissão da herança, as espécies de sucessão e aos tipos de sucessores.

O terceiro capítulo apresenta o conceito e as espécies de reprodução assistida, tratando-se também sobre os diversos princípios existentes no tocante à inseminação artificial homóloga *post mortem*, bem como fazendo uma abordagem acerca do Direito de Família do concebido gerado através das técnicas de inseminação artificial.

O quarto capítulo estuda o tema propriamente dito, qual seja, a inseminação artificial homóloga *post mortem* e o direito sucessório, realçando todos os enfoques doutrinários acerca do assunto.

O quinto capítulo trata das considerações finais, no qual é demonstrado o quanto atualmente é polêmico o assunto sobre direitos sucessórios do concebido originado através da inseminação artificial homóloga *post mortem*.

Em seguida, são citadas as referências bibliográficas e nos anexos, é compilado, na íntegra, o voto do ministro relator Carlos Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510 que discutiu a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biossegurança que permite 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, desde que sejam embriões inviáveis ou que sejam embriões congelados há três anos ou mais, na data de sua publicação e que haja o consentimento dos genitores, sendo essa decisão bastante importante principalmente no tocante ao significado do início da vida.

Pretende-se não esgotar o tema desenvolvido, mas suscitar o interesse dos leitores pela matéria aqui exposta.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

O presente capítulo apresenta o conceito de sucessão, sua transmissão, seus tipos e as espécies de sucessores.

2.1 Conceito do Direito das Sucessões

O Direito das Sucessões é o conjunto de princípios que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu aos seus sucessores, em virtude de lei ou testamento. Na verdade, é a parte especial do Código Civil que regula a destinação do patrimônio de uma pessoa depois de sua morte.

Segundo Rodrigues (2002, p.3), tem-se:

O direito das sucessões se apresenta como o conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu aos seus sucessores. Usa-se a palavra patrimônio, em vez de referir-se à transmissão de bens ou valores, porque a sucessão hereditária envolve a passagem, para o sucessor, tanto do ativo como do passivo do defunto.

A doutrina é firme no sentido de informar que o Direito das Sucessões, ao contrário do Direito das Obrigações e dos Direitos Reais, foi o que mais sofreu mutações com relação ao Direito Moderno. Isso porque uma de suas características era de que o herdeiro, na época, substituíra o morto em todas as relações jurídicas e, também, nas relações que nada tinham a ver com o patrimônio, mas com a religião.

O herdeiro era assim, um continuador do culto familiar, até porque antigamente, tanto no Direito Grego como no Direito Romano, não se podia adquirir a propriedade separadamente do culto nem o culto sem a propriedade, sendo a religião marcadamente presente nos povos antigos. O culto se transmitia de varão

para varão, devendo a herança seguir o mesmo caminho. A título de curiosidade, a filha não era capaz de herdar, mas por atenuação dessa regra, sendo filha única, era considerada a única intermediária pela qual o culto e a herança transmitiam-se.

Já definido o que é o Direito das Sucessões e feita rapidamente uma análise da sua evolução histórica, veja-se agora como se dá a transmissão da herança.

2.2 Transmissão da herança

A herança transmite-se imediatamente e de forma automática após a morte do autor da mesma. Aplica-se, nesse caso, um princípio de origem germânica, chamado de *saisine*, que seria a posse de bens por alguém que ainda não a tinha.

Observe-se que o momento da abertura da sucessão é diferente do momento de abertura do inventário, pois esse é um processo de jurisdição voluntária pela qual é feita a partilha dos bens aos herdeiros, tornando-se efetiva a transmissão da herança.

A transmissão da herança, a morte e a abertura da sucessão acontecem simultaneamente. Os herdeiros passam a ser donos de todo o patrimônio do *de cuius* conjuntamente, passando a serem co-possuidores da herança, uma vez que esta é um todo unitário.

Por isso é de todo necessário que seja verificado o exato momento da morte do autor da herança, pois no caso de duas pessoas morrerem simultaneamente ou, no caso, de não se poder precisar quem morreu primeiro, ocorrerá o instituto da comoriência que está disciplinado no art. 8º do Código Civil que define que se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos. A consequência desse fato é que não haverá a transmissão de direitos hereditários entre os comorientes, sendo chamados à

sucessão herdeiros de cada qual, como se os que morreram na mesma ocasião não fossem sucessíveis um do outro. Exemplificando, se morrerem num mesmo desastre pai e filho, ante a impossibilidade de se saber quem faleceu primeiro, serão chamados à sucessão os respectivos herdeiros, como se os comorientes não fossem parentes.

Lecionando sobre o tema, Nader (2007, p. 33), assim dispõe:

Se pai e filho morreram, a ordem dos óbitos provocará importantes efeitos. Caso o pai tenha falecido em primeiro lugar, a herança chegou a ser transmitida ao filho. Então, com a morte subsequente, o patrimônio do filho, aumentado com a herança paterna, passará aos seus herdeiros. Na falta de descendentes, a herança será atribuída à mãe. O quadro sucessório será outro, caso o filho tenha falecido antes do pai. Se não deixou descendentes, o acervo patrimonial será distribuído entre os ascendentes: pai e mãe. Com o falecimento em seguida do pai, observado o regime de bens no casamento ou união estável, a herança será distribuída entre os herdeiros deste.

Não há herança de pessoa viva. Segundo o art. 1.785 do Código Civil, a sucessão abre-se no lugar do último domicílio do falecido, não tendo relevância o local do falecimento e sim o do domicílio. Na falta do local do domicílio a indicação é feita primeiro pelo local onde se encontra os bens, se todos no mesmo foro ou segundo, pelo local do óbito. Varela (2006, p. 15) destaca:

Alguns doutrinadores entendem que se trata de competência absoluta, porém tem prevalecido na jurisprudência que se trata de competência relativa. É admitido, ainda, que se o autor da herança possuir diversos domicílios, a opção é dos herdeiros ou do viúvo por aquele foro que lhe for mais conveniente, ou por aquele onde se deu o óbito.

O item a seguir aborda as espécies de sucessão.

2.3 Espécies de Sucessão

A sucessão pressupõe a continuação da relação jurídica. Os herdeiros não têm a obrigação de arcar as dívidas do falecido com o seu próprio patrimônio. Por isso que primeiramente, quitam-se as dívidas do falecido para somente depois fazer a partilha se restarem ainda bens para isso.

A sucessão pode ser legítima, testamentária ou mista.

Veja-se cada uma delas pormenorizadamente.

2.3.1 Sucessão legítima

A sucessão legítima, também conhecida como sucessão *ab intestato*, é a derivada de lei. Se o falecido não fizer testamento, a sucessão será legítima, passando o patrimônio do falecido às pessoas indicadas pela lei, obedecendo-se a ordem de vocação hereditária.

Sobre esse tipo de sucessão, Monteiro (2003, p.9) assim se pronuncia:

Se não há testamento, se o falecido não deixar qualquer ato de última vontade, a sucessão é legítima ou *ab intestato*, deferido todo o patrimônio do *de cuius* às pessoas expressamente indicadas pela lei, de acordo com a ordem de vocação hereditária (CCB, art. 1829). Assim estabelece o art. 1788: 'morrendo a pessoa sem testamento, transmite a herança aos herdeiros legítimos; o mesmo ocorrerá quanto aos bens que não forem compreendidos no testamento; e subsiste a sucessão legítima se o testamento caducar, ou for julgado nulo.

Ocorre também a sucessão legítima quando o autor da herança dispõe apenas de parte dos bens em testamento ou o seu testamento caduca ou é considerado nulo. Nesse caso, a sucessão será deferida às pessoas expressamente

indicadas no art. 1.829 do CC, denominada ordem de vocação hereditária. Sucessão legítima, portanto, é a que é deferida por determinação legal.

Segundo o art. 1.829 do CC, tem-se:

Art. 1.829 - A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I- aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II- aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III- ao cônjuge sobrevivente;
- IV- aos colaterais.

A relação de herdeiros disposta neste artigo é preferencial, de sorte que uma classe só será chamada quando faltarem herdeiros da classe precedente.

O legislador, ao fixar essa ordem de vocação hereditária, inspirou-se na tradição familiar herdada das civilizações antigas, onde o direito de propriedade é o que prevalece, subentendendo que o falecido queria deixar seu patrimônio com os seus familiares, visto que ao falecer não deixou testamento.

Os descendentes são os herdeiros por excelência e necessários, de sorte que o autor da herança não poderá dispor em testamento de mais da metade de seus bens. O cônjuge sobrevivente concorrerá com os descendentes na comunhão parcial, se houver bens particulares do finado e no regime da separação convencional de bens e da participação final dos aquestos. Concorrerá também o cônjuge sobrevivente se ao tempo da morte do autor da herança, não estava dele separado judicialmente nem separado de fato há mais de dois anos, exceto prova nesse último caso, de que essa convivência se tornou impossível sem culpa sua e não seja casado no regime da comunhão universal ou no da separação obrigatória de bens.

Na ausência dos descendentes, a herança é deferida aos ascendentes, em concurso com o cônjuge, não importando o regime de bens do casamento civil.

Inexistindo estes, será deferida ao cônjuge sobrevivente e, por último aos parentes colaterais até o 4º grau.

Não sobrevivendo cônjuge, ou companheiro, nem parente algum sucessível, ou tendo eles renunciado a herança, esta se devolve ao Município ou ao Distrito Federal, se localizada nas respectivas circunscrições, ou a União, quando situada em território federal (art. 1.844 do CC). Essa herança é denominada de *Herança Jacente*. É importante destacar que os bens só passam ao domínio do Poder Público se houver sentença declarando a vacância dos bens e após cinco anos da abertura da sucessão, pois nesse lapso de tempo o herdeiro pode, ainda, reclamar judicialmente a herança. O Poder Público não entra na posse e propriedade da herança pelo fato da abertura da sucessão, mas sim por força da sentença.

2.3.2 Sucessão testamentária

A sucessão testamentária é aquela em que a transmissão de bens do falecido se opera por ato de última vontade, revestido da solenidade exigida por lei e materializada através do testamento ou codicilo.

De acordo com o CC, testamento é o ato personalíssimo e revogável de disposição da totalidade ou de parte dos bens para depois da morte do testador. Já o codicilo é o ato de última vontade destinado às disposições de pequeno valor ou recomendações para serem atendidas e cumpridas após o falecimento.

Caso os herdeiros necessários não tenham sido excluídos da herança por indignidade nem deserdados, terão direito à metade do patrimônio do *de cujus*, segundo disposição legal.

O testamento pode conter disposições patrimoniais e extrapatrimoniais, tais como, o reconhecimento de filhos, nomeação de tutor para filho menor, nomeação de testamenteiro, deserdação de herdeiro, instituição de fundação,

reabilitação de indigno, dentre outras disposições. Segundo Madaleno (2011, online), tem-se:

O testamento é um ato pessoal, unilateral, espontâneo e revogável, sendo disposição de derradeira vontade com que a pessoa determina o destino de seu patrimônio ou de parte dele para depois de sua morte, devendo o testamento atender as exigências formais para não ser posteriormente invalidado, sem chance alguma de ser repetido, porque só tem validade e pertinência depois do óbito do testador. O testamento abrange manifestações de cunho pessoal e familiar, cuidando o testador de reger o exato conteúdo de suas preocupações pessoais e econômicas, tratando de dispor no plano patrimonial e pessoal o endereçamento futuro de seus bens, para depois de seu falecimento, cercado-se com a partilha dirigida e se achar necessário, consignando aquilo que gostaria de ter dito em vida ou que mesmo tendo dito em vida, ainda assim gostaria de perpetuar na memória de seus herdeiros e legatários, cientes de que valores morais e a unidade familiar são heranças que transcendem a passagem do homem e o registro histórico de sua construção pessoal.

Sendo ato de última vontade, o testamento só tem validade após o falecimento do *de cuius*, necessitando, porém, ser feito por pessoa capaz de dispor dos seus bens para depois da morte e para pessoa capaz de receber sobreditos bens; deverá ser feita a declaração de vontade na forma peculiar exigida em lei e observando os limites ao poder de dispor.

Sobre as características do testamento, assim leciona Rodrigues (2002, p. 145),:

Negócio jurídico *unilateral*, pois se aperfeiçoa com a exclusiva manifestação de vontade do testador. *Personalíssimo* porque sua feitura reclama a presença do testador, afastada a interferência de procurador. *Solene*, porque a lei estabelece forma rígida para sua feitura, sob pena de invalidação. *Gratuito* porque o testador não visa, em troca de sua liberalidade feita *causa mortis*, a nenhuma vantagem correspectiva. E *revogável* porque pela ilimitada prerrogativa de revogar o ato de última vontade, assegura o legislador, a quem testa a mais ampla liberdade; assim, a mera existência de um testamento ulterior válido, se for incompatível com o anterior, revoga o mais antigo, uma vez que o direito de dispor de seus bens só se exauri com o falecimento da pessoa.

A sucessão testamentária pode ser a título universal, instituindo um herdeiro, ou a título singular quando estabelece um legatário.

Por fim, Rigo (2009, online), ao falar sobre a sucessão testamentária, assim dispõe:

A sucessão testamentária é regida pela lei vigente no momento da confecção do testamento, somente quanto à capacidade testamentária ativa e à forma extrínseca do ato de última vontade, e pela lei que vigora ao tempo da abertura da sucessão, que rege a capacidade testamentária passiva e a eficácia jurídica do conteúdo das disposições testamentárias. Se a instituição de herdeiro ou legatário for condicional, a sua capacidade será regulada pela lei vigente ao tempo do implemento da condição de que depende e não ao tempo da abertura da sucessão, visto que não haverá transmissão hereditária antes da realização da condição imposta. Somente havendo, assim, a transmissão da herança ou do legado se a condição for realizada.

2.3.3 Sucessão mista

A sucessão é mista quando engloba simultaneamente a sucessão legítima e a sucessão testamentária. Isso se verifica quando o testamento não abranger a totalidade dos bens do falecido e a parte do patrimônio não mencionada no ato de última vontade ser deferida ao herdeiro legítimo na ordem de vocação hereditária (art. 1.788, 2ª parte e art. 1.966, ambos do CC).

A sucessão pode também ser dividida quanto aos seus efeitos ou quanto à forma de destinação dos bens da herança em sucessão a título universal e sucessão a título singular.

2.3.4 Sucessão a título universal

Quem sucede a título universal é chamado de herdeiro. Ocorre esse tipo de sucessão quando houver transferência da totalidade do patrimônio ou de uma fração indeterminada dele, abrangendo tanto o ativo como o passivo.

O herdeiro assume direitos e obrigações, respondendo pela dívidas do espólio, dentro dos limites da herança.

A sucessão legítima será sempre a título universal, enquanto a sucessão testamentária pode ser a título universal ou singular.

2.3.5 Sucessão a título singular

Quem sucede a título singular é chamado de legatário. Nessa sucessão, o testador se dispõe a transferir ao beneficiário um bem determinado, como um automóvel, uma jóia, um apartamento. O legatário, portanto, é a pessoa que, em testamento, recebe coisa certa e determinada.

O legatário não responde pelas dívidas do espólio, não sendo representante do falecido. Para que um legatário assumira uma dívida, é indispensável que esta tenha sido determinada em testamento, configurando-se então o legado com encargo. Caso o legatário não aceite o legado, este se reveste aos herdeiros.

Vista as espécies de sucessão, apresenta-se agora os tipos de sucessores.

2.4 Tipos de sucessores

Os sucessores se classificam em herdeiros e legatários. Os herdeiros, por sua vez, se dividem em legítimos, testamentários e necessários. Os itens a seguir apresentam tais classificações.

2.4.1 Herdeiros legítimos

Os herdeiros legítimos são aqueles previstos no artigo 1.829 do CC através da ordem de vocação hereditária, ou por regra especial, como acontece na sucessão entre companheiros decorrentes da união estável, conforme estabelecido no artigo 1.790 do CC.

Os herdeiros necessários são herdeiros legítimos, quais sejam os descendentes, os ascendentes e o cônjuge ou companheiro (art. 1.845 do CC). Assim, todo herdeiro necessário é legítimo, mas nem todo herdeiro legítimo é necessário. Havendo herdeiros necessários, a liberdade de testar é restrita à metade disponível, no entanto, havendo somente herdeiros facultativos, a liberdade de testar é plena. Observe-se que o herdeiro necessário não pode ser afastado da herança, salvo os casos de indignidade e deserdação.

Insta destacar que na ordem de vocação hereditária, uma classe sucessível só é chamada quando faltam herdeiros na classe precedente e na mesma classe, os parentes mais próximos excluem os mais remotos, salvo o direito de representação.

2.4.2 Herdeiros testamentários

São aqueles indicados no testamento como beneficiários, podendo ser inclusive os legítimos quando se quer favorecê-los mais do que os outros da mesma classe de preferência com quem eventualmente estejam concorrendo.

O herdeiro testamentário sempre herda a título universal. Vale aqui destacar que sendo o testamento um negócio jurídico, requer para sua validade agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Daí ser imprescindível, para que seja válido, a capacidade testamentária, não só ativa como passiva.

2.4.3 Herdeiros necessários

O artigo 1.845 do CC especifica quais são os herdeiros necessários: os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Já o artigo 1.846 do mesmo diploma legal determina que pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Segundo Lisboa (2004, p. 413), herdeiros necessários são:

Os sucessores dos quais não se pode retirar o direito à herança, senão em face da ação de indignidade ou de cláusula testamentária de deserdação. A metade disponível ou legítima é a parte equivalente a 50% do monte partível, descontadas as dívidas e as despesas de funeral.

Os herdeiros necessários não poderão ser afastados da sucessão mediante simples cláusula testamentária. O testador deverá indicar causa legal de afastamento por deserdação do sucessor legítimo necessário à herança. Os herdeiros necessários terão direito à metade disponível da herança.

2.4.4 Legatários

Legatários são os sucessores indicados em testamento a receberem um bem certo, determinado e individualizado. São os sucessores a título singular, não se confundindo com o herdeiro. Enquanto o legatário recebe coisa certa e determinada o herdeiro auferir todos os direitos patrimoniais do extinto ou fração em todos esses direitos, sem discriminação de valor ou objeto.

Pode ser legatário tanto o herdeiro, como também quem não detém essa qualidade. O herdeiro pode ser legatário quando além de uma fração dos bens do falecido, recebe um bem específico. No entanto, só há legado em testamento, já que

sem ele só existem os herdeiros da ordem de vocação hereditária estabelecida em lei.

Feitas essas breves considerações sobre o Direito das Sucessões, apresentar-se-á, em seguida, as técnicas de reprodução assistida, os princípios aplicáveis às mesmas, bem como será abordado também acerca do Direito de Família do concebido gerado através das técnicas de inseminação artificial.

3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Neste capítulo são apresentados o conceito e as espécies da reprodução medicamente assistida e, principalmente, a inseminação artificial homóloga, vértice do presente trabalho, bem como é feita uma breve análise acerca do princípio da dignidade da pessoa humana dentre outros no tocante à inseminação artificial homóloga *post mortem*. Aborda-se também acerca do Direito de Família do concebido gerado através das técnicas de inseminação artificial.

3.1 Conceito e Espécies

O desejo de procriação é tão antigo quanto à origem dos tempos. Via de regra, é desejo de um casal ter filhos, immortalizando-se nos seus descendentes. A reprodução assistida surge, portanto, como uma alternativa viável para que os casais que possuem algum problema de infertilidade ou esterilidade possam finalmente alcançar a paternidade e a maternidade que tanto desejam.

Apesar de muitas pessoas usarem indistintamente os termos esterilidade e infertilidade, a doutrina os diferencia. Segundo ensinamentos de Leite (1995, p. 29-30), tem-se:

Esterilidade conjugal é a incapacidade de um ou dos dois cônjuges, por causas funcionais ou orgânicas, fecundarem por um período conjugal de, no mínimo, dois anos, sem uso de meios contraceptivos eficazes e com a vida sexual normal.

[...]

Infertilidade é a capacidade quer por causas orgânicas ou funcionais, atuando no fenômeno da fecundação, de produzir descendência.

Logo, observa-se que a esterilidade se caracteriza pela impossibilidade de ocorrer a fecundação entre óvulo e espermatozóide, numa situação irreversível, ou seja, a incapacidade de se ter filhos vivos. Já a infertilidade significa esterilidade relativa passível de reversão existente desde o nascimento ou adquirida por doença.

Vale ressaltar, contudo, que no “mundo” jurídico, tais termos são usados indistintamente para designar a impossibilidade da reprodução decorrente do contato sexual entre o homem e a mulher.

A reprodução assistida é o conjunto de técnicas médicas utilizadas com o objetivo de tentar viabilizar a gestação em mulheres com dificuldades de engravidar. Pode-se afirmar que a reprodução assistida é uma espécie de substituição da relação sexual na reprodução biológica.

Segundo o CFM, toda mulher capaz nos termos da lei civil e cujo consentimento tenha sido livre e expresso, pode se valer de um dos métodos de reprodução assistida com o fim de gerar o filho que tanto almeja. E estando casada ou em união estável é também necessária a anuência do cônjuge ou companheiro. Sobre a origem da reprodução assistida, Pinto (2008, online), assim expõe:

Mas a história registra como marco inicial da inseminação artificial, o ano de 1780, quando o monge italiano de nome Lázaro Spallanzani demonstrou, pela primeira vez, ser possível a fecundação de uma fêmea sem o contato com o macho. Para tanto, ele colheu sêmen de um cachorro através da excitação mecânica e aplicou em uma cadela no cio, a qual veio a parir três filhotes 62 dias mais tarde. Era o nascimento de uma técnica que iria revolucionar o campo da reprodução animal.

A reprodução medicamente assistida não pode ser realizada de maneira indiscriminada. No Brasil, a Lei n. 9.263/96 que trata sobre o planejamento familiar, determina que o recurso às técnicas conceptivas não é ilimitado, devendo preencher determinados requisitos, como o diagnóstico da esterilidade. O artigo 9º, parágrafo único, da mencionada lei prevê que qualquer método ou técnica contraceptiva ou conceptiva somente poderá ser prescrita após avaliação e acompanhamento clínico, com prévia informação sobre os riscos, vantagens, desvantagens e eficácia da medida, o que pressupõe a existência de infertilidade da mulher, do homem ou do casal, daí o recurso ao auxílio médico.

A reprodução assistida pode ser dividida em inseminação artificial (homóloga e heteróloga), fecundação *in vitro* e as chamadas “mães de substituição”.

Na inseminação artificial, a fecundação se dá dentro do corpo da mulher, de maneira intracorpórea. Quando é utilizado o material genético do casal interessado na reprodução (por exemplo, sêmen do marido), a inseminação artificial é homóloga. No entanto, quando o material genético é proveniente de um doador (terceiro), a inseminação artificial é chamada de heteróloga. No caso da inseminação artificial homóloga *post mortem*, a mulher é fecundada com o gameta de um homem que já está morto, tendo em vista que o sêmen foi preservado em processo de criopreservação¹.

A fecundação '*in vitro*', também conhecida como "Bebê de Proveta" é realizada de forma extracorpórea, sendo o material genético do casal colhido e a manipulação dos gametas feita em laboratório, sendo que após a fecundação, o embrião é implantado no útero materno. Somente parte dos embriões é implantado e os demais são mantidos criopreservados, ou seja, resfriados e congelados, para posterior utilização no caso de haver necessidade. No Brasil, o primeiro bebê de proveta foi Anna Paula Caldera e nasceu no Paraná, no dia 07 de outubro de 1984, fruto da fertilização *in vitro* realizada pelo professor Nakamura. Observe-se que o primeiro bebê de proveta brasileiro nasceu seis anos após o nascimento do primeiro bebê de proveta por fertilização *in vitro* no mundo que foi a criança Louise Brown que nasceu na Inglaterra no ano de 1978, marcando a entrada no Brasil na modernidade da revolução tecnológica da biomedicina (TRINDADE, 2004).

No caso tanto da inseminação artificial, como da fertilização *in vitro*, as duas fecundações são efetivadas sem relação sexual. Aldrovandi (2002, online), assim define a reprodução assistida:

A Reprodução Humana Assistida é, basicamente, a intervenção do homem no processo de procriação natural, com o objetivo de possibilitar que pessoas com problemas de infertilidade e esterilidade satisfaçam o desejo de alcançar a maternidade ou paternidade.

¹ A criopreservação de sêmen é a técnica da criobiologia que permite a conservação dos espermatozoides com a finalidade de mantê-los indefinidamente em nitrogênio líquido à temperatura de -196° C, preservando sua capacidade estrutural e funcional. A criopreservação do sêmen pode ser realizada para pacientes que serão submetidos à tratamentos oncológicos como a quimioterapia ou a

No caso de a mulher não sustentar uma gravidez normal em seu corpo, seja pelo fato de lhe acarretar riscos de vida, seja por não ter condições de gerar um embrião, pode utilizar-se das chamadas “mães de substituição”. Essa terceira pessoa empresta o seu útero para gerar o feto concebido *in vitro*, a partir do óvulo e do espermatozóide do casal, ou então, oriundo da fecundação do gameta da mãe de substituição com o espermatozóide do marido da mulher que não pode conceber. Observe-se que segundo o Anexo Único da Resolução 1957/2010, inciso VII, do Conselho Federal de Medicina, esse empréstimo uterino não pode ter fins lucrativos ou comerciais e a doadora temporária deve pertencer à família da doadora genética num parentesco até o segundo grau. O empréstimo do útero, no entanto, comporta duas situações, quais sejam, o da mãe portadora que é aquela que apenas empresta seu útero, tratando-se de uma mulher fértil no útero da qual reimplantam-se um ou vários embriões obtidos por fecundação *in vitro*, a partir dos óvulos e espermatozóides do casal solicitante e a mãe de substituição que além de emprestar o seu útero, dá igualmente seus óvulos, tratando-se de uma mulher fértil que será inseminada com o esperma do marido da mulher que não pode conceber. Nesse caso, a maior parte da doutrina confere que a maternidade deverá ser estabelecida pelo vínculo socioafetivo e não pelo vínculo gestacional. Segundo Aldrovandi (2002, *online*), “[...] a mãe será aquela que fez o planejamento parental, que desejou a criança como seu filho, para tratá-lo com amor, carinho e dedicação, mesmo não tendo nenhum vínculo biológico ou gestacional com ela”.

Em relação à fertilização *in vitro*, existem variações da técnica desse tipo de reprodução, adotando-se como critério o estágio do ente concebido *in vitro* na época da transferência para o corpo feminino. Assim, podem ser identificadas as seguintes variações:

a) *PROST* que representa a transferência do resultado da concepção ainda na fase de pronúcleos, ou seja, quando ainda não houve a união entre os núcleos do óvulo e do espermatozóide;

b) *ZIFT* que consiste na transferência de zigotos para a trompa de Falópio, sendo o zigoto considerado a célula resultante da união entre espermatozóide e óvulo antes da oitava semana da concepção;

c) *FIVETE* propriamente dita, que é a mais conhecida, que consiste na transferência de embriões para a trompa de Falópio.

Cumpra observar, também, que segundo a Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1957/2010, a reprodução assistida somente deverá ser feita quando outras técnicas terapêuticas tenham sido tentadas e resultarem ineficazes ou foram consideradas inapropriadas.

Vistos o conceito e as espécies de reprodução assistida, veja-se agora mais especificamente a inseminação artificial homóloga e sua aceitação no Direito Brasileiro.

3.2 Inseminação Artificial Homóloga

O Direito de Família vive em constante adaptação às mudanças dos costumes da sociedade em um determinado período. Recentemente, foi realizado o primeiro casamento homoafetivo no município de Fortaleza, depois que o Supremo Tribunal Federal reconheceu no último dia 05 de maio de 2011, a união homoafetiva como entidade familiar, julgando procedentes a ADI 4277 e ADPF 132. A sociedade vem passando por profundas modificações sociais, científicas e tecnológicas ao longo dos tempos. Uma das áreas que mais sofre alterações é a científica e em especial a biomédica. A cura de doenças que antes não era possível de se imaginar vem revolucionando a medicina.

Entre esses avanços da biotecnologia surge a implementação das técnicas de reprodução medicamente assistidas. Essas técnicas estão auxiliando casais com dificuldades ou impossibilidade de procriação a terem filhos que antes parecia impossível. Assim, os avanços tecnológicos atuais possibilitaram a

reprodução desvinculada do ato sexual, ou seja, atualmente é plenamente possível a maternidade/paternidade após a morte, gravidez na menopausa e até mesmo a clonagem, ocasionando problemas éticos e morais. E nesse diapasão surge o Biodireito² como instituto voltado para a elaboração de uma legislação sobre as novas técnicas científicas, tendo como enfoque a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, ainda não existe legislação específica sobre reprodução assistida. Assim, na clínica onde será realizada a reprodução assistida, deve ser firmado um documento assinado pelos pacientes que serão submetidos à reprodução humana assistida declarando que estão cientes do ônus e do bônus da medida usada. Como bem assevera Henriques (2009, online),:

[...] importante destacar que o médico e a clínica têm a obrigação de meio e não de resultado, só podendo responder por dolo ou culpa nos casos em que não forem observados deveres cruciais dos referidos, e não pelo fato de não ter ocorrido a gravidez ou o nascimento com vida do feto”.

A inseminação artificial homóloga, como já foi dito anteriormente, é aquela que é proveniente do material genético dos próprios cônjuges interessados em ter filhos. Ela é realizada com o sêmen proveniente do próprio marido ou companheiro da mulher que fica grávida. Scaparo (1991, p.10), lecionando sobre o tema, assim define:

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

² Biodireito é o conjunto de normas esparsas que têm por objeto regular as atividades e relações desenvolvidas pelas biociências e biotecnologias com o fim de manter a integridade e a dignidade humana frente ao progresso, benefício ou não, das conquistas científicas em favor da vida FERREIRA, 2009, *online*).

Quando a esposa ou companheira é inseminada após a morte do marido, a inseminação artificial homóloga é chamada de *post mortem*. E no tocante a esse tipo de inseminação, urge que sejam estudados o princípio da dignidade da pessoa humana dentre outros a fim de justificar a possibilidade da utilização desse método dentro do ordenamento jurídico, ante a ausência de legislação específica.

3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana dentre outros no tocante à inseminação artificial homóloga *post mortem*

A Constituição Federal é a lei fundamental, lei maior de um Estado, devendo todo o sistema jurídico nela se basear. Os princípios são as diretrizes mestras que fundamentam todo o sistema jurídico. Enquanto valores servem para alicerçar uma interpretação constitucional homogênea e com unidade de sentido. Através de uma interpretação sistemática e teleológica, a aplicação dos princípios evita o arbítrio por parte do intérprete e aplicador da lei. Evoluiu-se do Estado de Direito proveniente do sistema de liberalismo em que se fazia o culto da lei e a aplicava, independentemente de estar em consonância com os princípios e passou-se para o Estado Democrático de Direito em que a Constituição está no ápice do ordenamento e os princípios exercem função nitidamente informadora, valendo por si mesmos e constituindo nas normas supremas do ordenamento.

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção aos princípios implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos.

No tocante à reprodução humana assistida, pode-se enquadrá-la como um direito de quarta dimensão, segundo bem classificou o Professor Paulo Bonavides (2003), no sentido de ser relativo aos avanços científicos, mais precisamente à evolução médico-biológica que está dando origem ao Biodireito.

Urge destacar, no entanto, que apesar de a reprodução humana assistida ter sido já algum tempo implantada no Brasil, somente após oito anos do nascimento

do primeiro bebê de proveta brasileiro, foi que o CFM editou a Resolução nº 1358/1992, estabelecendo as normas éticas a serem observadas pelos profissionais da área de saúde na utilização das mencionadas técnicas, tendo tal resolução sido revogada recentemente, no último dia 06 de janeiro de 2011, pela Resolução nº 1957/2010 que incluiu a reprodução assistida *post mortem* dispondo que não constitui ilícito ético referida técnica de reprodução assistida, desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso do material biológico criopreservado de acordo com a legislação vigente, disposição essa que não constava na resolução anterior, mas que veio atender aos progressos verificados na Medicina.

Com o advento da Lei n. 11.935 de 11 de maio de 2009, a utilização das técnicas de reprodução humana no Brasil foi ampliada, pois agora os planos de assistência à saúde são obrigados a arcarem com os custos do atendimento nos casos de planejamento familiar, o que inclui tanto os métodos contraceptivos como também de concepção, permitindo a difusão da utilização das técnicas de reprodução humana assistida pela população, cujo maior óbice consistia no alto custo, tornando maior o problema quanto à ausência de regulamentação.

3.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Os avanços da medicina fizeram surgir a bioética, como é chamada a ética da vida. Segundo Ferraz (2010, p.24), ao lecionar sobre o tema, revela:

A ética da vida, como é chamada a bioética, por alguns, surge no contexto de imprevisibilidade dos resultados das experimentações nas pesquisas com geneterapia, novas formas de procriação com profundas conseqüências nos conceitos de maternidade e paternidade, sendo premente a necessidade de proteger a espécie humana em face de avanços médicos, tendo como base os princípios éticos, visando sempre buscar os benefícios para o ser humano, dentro dos limites da dignidade humana.

A base fundamental de toda a bioética é a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. E o respeito à pessoa humana manifesta-se como limite a qualquer legislação que venha surgir sobre reprodução humana assistida e como limite à atuação do profissional que deve ter respeito pela paciente, não a tratando como cobaia e não desejando apenas obter lucros financeiros ou resultados em uma pesquisa científica.

A dignidade da pessoa humana é erigida a condição de fundamento da República Federativa do Brasil pela CF (art. 1º, inciso III, da CF/88), o que significa que a mesma é um macroprincípio e valor fundante de todo o sistema constitucional, devendo ser o norte e o guia que direciona as posições jurídico-subjetivas que definem os direitos e deveres fundamentais. Segundo Moraes (2003, p.128),:

[...] A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que às pessoas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

A expressão “dignidade da pessoa humana”, com o sentido atual, é bastante recente. Pode-se dizer que surgiu na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Sobre esse significado, cita-se Pereira (2005, p. 99),:

A Constituição da República Italiana, um ano antes (1947), em seu artigo 3º, já tinha se utilizado de tal expressão: ‘ Todos os cidadãos tem a mesma dignidade social e são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais’. Um ano depois, a Constituição da República da Alemanha (1949) em seu art. 1.1 também já proclamava esta expressão: ‘ A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público’. Daí em diante todas as constituições democráticas começaram a utilizar tal expressão, tornando-se, então, uma exigência essencial para noção de cidadania. A inscrição da dignidade humana nos ordenamentos jurídicos é o resultado e consequência de uma reflexão filosófica acumulada nos séculos anteriores, cuja grande contribuição, como se disse, foi dada por Kant com sua Metafísica dos costumes, colocando o homem como fim e não meio de todas as coisas. Além disso, esse ideal de dignidade só positivado nos ordenamentos jurídicos contemporâneos porque significou também a consequência de um processo de lutas políticas, ideias de liberdade, igualdade e exigências de organizações políticas econômicas e sociais do pós-guerra.

A dignidade da pessoa humana atualmente deve nortear todos os ordenamentos jurídicos contemporâneos, pois referido princípio está umbilicalmente ligado à idéia de viver, ou melhor, de viver bem, de ter uma qualidade mínima de vida.

Preservar a dignidade da pessoa consiste em proteger os valores fundamentais do ser humano. Observe-se que esse direito é assegurado a todos, desde a sua concepção até a sua morte, alcançando o ser humano como um todo.

Assim, todos os operadores do direito, de uma forma ou de outra, são orientados a tratar o ser humano de uma forma digna, com urbanidade e respeito, principalmente no direito de família que tem a afetividade, intimidade e a felicidade como seus principais vetores.

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação do Estado, de forma que o poder público não pode praticar atos que a violem e deve ter como meta a promoção de uma vida digna para todas as pessoas.

3.3.2 Princípios do planejamento familiar e da paternidade responsável

O artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988 é enfático ao estabelecer que:

Art.226, parágrafo 7º- Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Lobo (2003, p.44), ao tratar do planejamento familiar, leciona:

Não se pode negar a possibilidade de a pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança, o que vem de encontro ao contido na Lei n. 9.263/96, que prevê no seu artigo 3º, caput, que o planejamento familiar é parte integrante de várias ações em prol da mulher, do homem ou do casal, numa perspectiva mais abrangente que a do texto constitucional, mas perfeitamente adequada ao nosso sistema jurídico. Nos termos da legislação supracitada entende-se por planejamento familiar o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta iguais direitos de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, enquanto no plano governamental, o planejamento familiar deverá ser dotado de natureza promocional, não coercitiva, orientado por ações preventivas e educativas.

O direito ao planejamento familiar é regulado pela Lei n. 9.263/96 que declara o direito de todo cidadão à assistência à concepção e contracepção, e que devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas cientificamente aceitos que não coloquem em risco a vida e saúde das pessoas.

Do direito ao planejamento familiar, decorre o direito à procriação que consiste no direito de decidir sobre o número de filhos e sobre que intervalo entre eles, livre e responsabilmente. Além disso, abrange o direito de ter acesso às informações, instruções e serviços sobre planejamento familiar, incluindo-se aí o acesso às técnicas de reprodução artificial.

Segundo Sandri (2006 p. 07), ao discorrer sobre o termo “paternidade responsável”, assim se manifestou:

O termo ‘paternidade responsável’ pode ter mais de uma conotação. Poderá ser entendido em relação à autonomia para decidir responsável e conscientemente sobre ter ou não filhos, assim como, quantos filhos as pessoas desejam ter. Também pode ser interpretado sob o aspecto da responsabilidade dos pais para com os filhos, ou seja, o dever parental.

E, mais adiante, expõe (2006, p.10):

O princípio da ‘paternidade responsável’ é a diretriz que embasa o direito parental e o planejamento familiar, sendo estes os dois eixos que o integram. Direito parental no que diz respeito à responsabilidade dos pais para com os filhos, no dever de cuidá-los e provê-los, e planejamento familiar no que diz respeito à autonomia do indivíduo para escolher quanto, não só ao aumento, mas também à diminuição ou constituição da prole, diferentemente de controle de natalidade que é imposição ao indivíduo, por parte do Estado, de controle demográfico e diminuição dos nascimentos.

Logo, o princípio da paternidade responsável corresponde à responsabilidade dos pais para com os filhos, no sentido de proporcionar aos mesmos, total assistência material e moral, sob pena de assim não o fazendo, serem responsabilizados criminalmente pelos crimes de abandono material e intelectual.

Nota-se que o direito de procriação está diretamente ligado aos direitos de planejamento familiar, paternidade responsável e dignidade da pessoa humana.

3.3.3 Princípio da igualdade

A igualdade é um dos principais basilares do nosso sistema constitucional. Desde o início da faculdade de Direito que é notório aprendermos que o princípio da igualdade se baseia em tratarmos igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. A própria CF inaugura o capítulo dos direitos e deveres individuais e coletivos afirmando que todos são iguais perante a lei, o que mais uma vez evidencia a primazia desse princípio no direito brasileiro.

Com base nesse princípio é que a CF de 1988 dispõe em seu artigo 227, parágrafo 6º, que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. Esse dispositivo foi repetido fielmente no art. 20 da Lei n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e no art. 1.596 do CC.

O disposto nestes artigos fez com que se afastassem as diferenças existentes anteriormente entre eles, estabelecendo a igualdade absoluta. Assim, os filhos que antes eram divididos em legítimos (aqueles provenientes de pais casados entre si) e em ilegítimos (aqueles provenientes de pais não casados), passaram a ser simplesmente filhos, não se admitindo distinção entre filhos legítimos, naturais e adotivos, quanto ao nome, poder familiar, alimentos e sucessão.

Portanto, como não pode haver distinção entre marido e mulher em relação ao papel que desempenham na chefia da sociedade conjugal, também não poderá haver diferenciação entre filhos conjugais e extraconjugais, naturais e adotados, concebidos antes e após a morte do seu genitor.

3.3.4 Princípio do melhor interesse da criança

Esse princípio foi consagrado pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1979, no art. 5º do extinto Código de Menores.

Atualmente, a CF de 1988 assegura esse princípio ao estabelecer diversos direitos à criança e ao adolescente no caput do seu artigo 227, *in verbis*:

Art. 227- É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligências, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O princípio do melhor interesse da criança pode ser extraído tanto da interpretação do artigo acima mencionado, como através do Decreto n. 99.710/90 que atribuiu vigência dentro do território brasileiro à Convenção Internacional dos Direitos da Criança, pois “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança”.

Observe-se que os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, lazer, dignidade, liberdade, etc., são direitos fundamentais de todas as pessoas humanas, no entanto, o legislador fez questão de ressaltar a prioridade que deve ser dada à criança e ao adolescente no trato dos seus direitos, onde a família, a sociedade e o Estado são colocados como responsáveis para assegurar esses direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 4º consagrou a primazia que todos devem ter no trato dos direitos da criança e do adolescente, assim estabelecendo:

Art. 4º- É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único- A garantia da prioridade compreende:

- a) Primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) Precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) Preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) Destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

O princípio do melhor interesse da criança visa, acima de tudo, proteger à criança e o adolescente que se encontra na posição mais frágil, em processo de amadurecimento e formação da personalidade. Zelar pelo interesse da criança é cuidar da sua boa formação moral, psíquica e social.

3.4 O Direito de Família do concebido através de inseminação artificial

Com o avanço da medicina e as técnicas de reprodução assistida, mudanças consideráveis surgiram no seio da estrutura familiar. Por seu turno, o ordenamento jurídico deve que se adequar aos novos moldes da sociedade contemporânea.

3.4.1 Direito de filiação

Atualmente não há distinção entre os filhos. Todo filho é simplesmente filho, seja qual for a natureza do relacionamento de seus pais.

O direito de reconhecimento do estado de filiação, segundo o art. 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente, é imprescritível. É personalíssimo, pois somente o filho, mesmo que representado ou assistido, pode exercer; é indisponível, pois é direito que não pode ser renunciado e é imprescritível, pois pode ser exercido a qualquer momento.

Com o advento da nova ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988, o Direito de Família passou por grandes mudanças, pois enquanto antes os filhos eram divididos em legítimos - quando os pais eram casados - ou adulterinos - quando provenientes de relacionamentos extraconjugais, hoje tais diferenças não podem mais existir. Por seu turno, com o surgimento das técnicas de reprodução medicamente assistida, a disciplina de filiação sofreu nova alteração. E como efeito disso, surgiu o art. 1597 do CC que assim estabelece:

- Art. 1.597- Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
- I- Nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
 - II- Nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes 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.

Por muito tempo, dois princípios prevaleceram na sociedade, quais sejam: *mater semper certa est e pater is est quem justae nuptiae*. O primeiro princípio trata da filiação materna, ou seja, provando o parto da mulher e a ligação entre o parto e a criança recém nascida, não o que se questionar sobre a maternidade, sendo esta certa e definitiva. Já o segundo o princípio refere-se à filiação paterna, ou seja, a criança concebida na constância do casamento é considerada filho do marido de sua mãe. Tal presunção visa preservar a segurança e a paz familiar evitando que se atribua prole adulterina à mulher casada e que se introduza, desnecessariamente, no seio familiar, o receio de imputação da infidelidade.

Tradicionalmente, esses princípios faziam prevalecer (e não podia ser diferente) o critério biológico. Entretanto, nos dias atuais, sabe-se que o critério socioafetivo ganhou mais espaço que o critério biológico, principalmente quando os filhos são provenientes das técnicas de reprodução medicamente assistidas, notadamente nos casos de inseminação artificial heteróloga. Observe-se que nesses casos, os filhos são planejados, em tese, após um breve acordo entre o casal, uma vez que conta com a participação de um doador.

No caso, entretanto, da inseminação artificial homóloga, o material genético provém do marido ou do companheiro da mulher fecundada. Assim, a paternidade além de jurídica, também é biológica. O dispositivo acima referido faz ressalva, deixando claro que se presume concebido na constância do casamento o filho havido por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido. Trata-se da inseminação artificial *post mortem* que só traz dúvidas relativas ao direito sucessório e não para o Direito de Família.

No tocante ao inciso IV, embriões excedentários são aqueles fecundados fora do corpo da mulher, isto é, por fecundação *in vitro*. Estes embriões são conservados através da técnica da criopreservação e devem derivar de fecundação homóloga, ou seja, de gametas da futura mãe e do futuro pai. Novamente, irão surgir dúvidas no tocante à parte sucessória, visto que esses embriões podem ser implantados no corpo da mulher a qualquer tempo.

No último inciso é dito que são considerados filhos os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido. Nesse caso, não há vínculo biológico, mas apenas jurídico, isto é, a criança é considerada filha de um homem que não é biologicamente o seu pai. Segundo Rigo (2009, *online*) “[...] este inciso visa atribuir força legal à manifestação de vontade exarada pelos cônjuges. Em decorrência disso, há a proibição de o homem laçar mão de impugnação de paternidade”.

3.4.2 Direito aos alimentos e ao uso do nome

Como já estudado nos tópicos anteriores, os filhos oriundos das técnicas de reprodução medicamente assistidas devem ser considerados de maneira igual aos provenientes da concepção natural, visto que atualmente a Constituição proíbe expressamente qualquer tipo de discriminação existente entre os filhos.

Assim, esses filhos terão direito aos alimentos necessários para atender às suas necessidades fundamentais, havendo a possibilidade, inclusive, pelo art. 1700 do CC de essa obrigação ser transmitida aos herdeiros do devedor. Logo, por serem todos os filhos iguais perante a lei, todos devem ter o direito a receber alimentos dos pais, parentes ou dos herdeiros quando for o caso.

Da mesma forma que os alimentos, os filhos provenientes das técnicas de reprodução assistida, têm direito ao uso dos patronímicos materno e paterno. O nome é o que individualiza a pessoa perante a sociedade e é através dele que será conhecida a sua procedência, a que família determinada essa pessoa pertence. Destaque-se que a vontade do pai que reconhece o filho por vontade própria ou por presunção não contestada, dando-lhe a ele o uso do patronímico paterno, este poderá ser usado mesmo que a família paterna assim não deseje.

Varela (2006, online), ao lecionar sobre o tema, assim comenta:

Assim, sendo, constata-se que uma vez estabelecido o parentesco dos filhos gerados através das técnicas de Reprodução Humana Assistida, estes terão todos os direitos inerentes ao estado de filho, inclusive a adoção do patronímico materno e paterno, tendo-se em vista que a paternidade nos casos dos filhos gerados com as técnicas heteróloga, por exemplo, será presumida, o que em nada interferirá na posse deste estado, já que os pais devem ter consentido na utilização da técnica.

Logo, no tocante ao Direito de Família, a inseminação artificial homóloga *post mortem* não traz problema algum, pois como o material genético é proveniente do próprio casal que se submeteu a inseminação, pais serão aqueles que geraram a criança.

Dificuldades surgirão na área sucessória, visto que como não há regulamentação específica no que diz respeito à realização desse tipo de inseminação após falecido o marido ou companheiro da viúva, questionamentos surgirão no tocante de se saber se o filho nascido fruto dessa inseminação será herdeiro legítimo ou testamentário ou até mesmo se poderá herdar em detrimento dos demais herdeiros que já existiam quando da abertura da sucessão.

4 DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HOMÓLOGA *POST MORTEM* E O DIREITO SUCESSÓRIO

A inseminação artificial homóloga é aquela proveniente do material genético dos próprios cônjuges interessados em ter filhos. Ela é realizada com o sêmen proveniente do próprio marido ou companheiro da mulher que fica grávida.

A inseminação artificial homóloga realizada depois de falecido o marido se tornou discutida no mundo depois do caso do “Affair Parpalaix” (PINTO, 2008). Este caso aconteceu na França, no ano de 1984, quando a jovem Corine Richard se apaixonou por Alain Parpalaix, e o casal começou a manter um relacionamento amoroso. Semanas depois, Parpalaix descobriu que estava com câncer nos testículos e que a doença era incurável. O amor vivido pelo casal foi tão intenso que criou em Alain o desejo de deixar herdeiros, mas a doença e o tratamento de quimioterapia fatalmente o conduziria a infertilidade. Então Alain procurou um banco de sêmen e deixou lá o seu esperma para futuro uso. O casal decidiu se casar e dois dias depois da cerimônia, Alain veio a falecer. Algum tempo depois, Corine desejando ter um filho do falecido, procurou o banco de sêmen para realizar uma inseminação artificial, mas seu pedido foi negado por falta de previsão legal. Começou então uma guerra jurídica. Enquanto Corine desejava engravidar, o banco de sêmen alegava que não havia um pacto de entrega, uma vez que o material de pessoa morta não é comerciável e que na França não havia lei autorizadora da inseminação artificial post mortem. Ao término do processo, o Tribunal decidiu por condenar o banco de sêmen, mas já era tarde: os espermatozóides já não estavam mais potencializados para concluir a fecundação.

Caso semelhante, mas dessa vez com resultado positivo alcançado, ocorreu em 2010, no estado do Paraná. Uma professora de 38 anos conseguiu uma liminar determinando que a clínica onde se consultava realizasse uma inseminação artificial homóloga com o sêmen congelado de seu esposo que havia falecido de câncer. O laboratório, no primeiro momento, recusou-se a fazer intervenção. O motivo principal foi a ausência de uma condição expressa, por escrito e assinada, da

finalidade específica do sêmen coletado. A resolução do Conselho Federal de Medicina que trata da ética na utilização de técnicas de reprodução assistida exigia que esses termos fossem devidamente analisados. A professora então ingressou com uma ação, alegando que estava casada há cinco anos e nunca tinha conseguido engravidar, pois seu marido possuía um melanoma com metástase o que obrigou a realizar uma cirurgia. Após o procedimento cirúrgico, a médica orientou o marido da professora a congelar os espermatozóides em um banco de sêmen no caso de uma possível intenção futura de ter filhos, pois com o início de um processo de imunoterapia, ele poderia ficar infértil. Após passar algum tempo, o casal iniciou um tratamento de fertilização artificial. No entanto, a doença voltou e o marido faleceu. Após a morte de seu marido, a professora retornou à clínica para dar continuidade ao seu tratamento, mas a referida clínica solicitou um termo que autorizasse a utilização do sêmen do marido morto. Ao ingressar judicialmente com uma ação, a professora teve seu pedido deferido pelo juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba que entendeu que o marido da professora havia manifestado, ainda vivo, a vontade de ter filhos. Assim, a professora deu continuidade à inseminação, obteve sucesso e ficou grávida do tão esperado filho.

O Conselho da Justiça Federal, através de seu Enunciado 106, dispõe que 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 utilize seu material genético após a sua morte.

O próprio CC, em seu artigo 1.597, inciso III, trata da presunção de filiação no caso de inseminação artificial homóloga realizada após a morte do genitor. O mencionado artigo assim prescreve:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
[...]

III- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Sem dúvida que essa disposição trazida pelo CC ao declarar a presunção de paternidade para os filhos que são concebidos após a morte do genitor, foi uma grande inovação para o Direito de Família. No entanto, quanto aos direitos sucessórios do concebido após a morte, o CC não trouxe referência alguma, bem como não há legislação que trate da matéria até o presente momento.

A doutrina e a jurisprudência se dividem. Parte da doutrina aceita a possibilidade de haver direitos sucessórios para o concebido por inseminação artificial homóloga *post mortem* e parte da doutrina admite não haver essa possibilidade.

Quanto aos que admitem a possibilidade de haver direitos sucessórios, argumentam com fundamento no princípio da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e no direito à sucessão serem prevalentes em relação ao princípio da segurança jurídica dos demais herdeiros.

Já parte da doutrina que não admite essa possibilidade, justifica com fundamento no art. 1798 do CC, pois só estariam legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão e no caso da inseminação *post mortem*, o sêmen ou o óvulo do *de cuius* é fertilizado após a sua morte. Nestes casos por ter sido a concepção efetivada após a morte do genitor, não há que se falar em direitos sucessórios daquele que vai nascer.

De fato, o art. 1798 do CC determina que só estão legitimados a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. E, como já foi estudado, pelo princípio da *saisine*, todo o patrimônio se transmite imediata e automaticamente aos herdeiros após a morte do autor da herança. Surge então o questionamento, talvez foco de toda a problemática: quando se inicia a vida? Os embriões criopreservados decorrentes da fertilização *in vitro* são considerados seres humanos, capaz de possuírem direitos sucessórios como os demais herdeiros? É possível o concebido após a morte do seu genitor ter direito a um pai e a um nome e não possuir direitos sucessórios? São algumas das indagações que costumam ser feitas por falta de uma legislação específica que trate do assunto.

No dia 16 de maio de 2005, o Procurador Geral da República Cláudio Fonteles questionou através da ADI 3510 (vide Anexo) a constitucionalidade do art. 5º da Lei de Biosegurança que permite 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, desde que sejam embriões inviáveis ou que sejam embriões congelados há três anos ou mais, na data de sua publicação e que haja o consentimento dos genitores.

No dia 29 de maio de 2008, o Ministro Relator do STF, Carlos Britto, ao julgar a ADI, declarou o seu pedido totalmente improcedente e por seis votos a cinco, a tese levantada pelo relator foi majoritária, no sentido de permitir a utilização de células-tronco embrionárias para fins de pesquisa e terapia. Na tese que foi proclamada pelo STF e que consta do voto do relator, não existe pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, no sentido de ser resguardado e protegido o embrião quando este já se encontra no ventre materno, pois nenhum embrião se desenvolve em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir. O ministro também ressaltou que não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino, mas no final do seu voto foi ressaltado da necessidade de assegurar a constitucionalidade do art. 5º, da Lei de Biosegurança. Vale aqui destacar trechos do seu voto:

Dupla referência legal ao vocábulo “gestante” para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir.

Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”).

O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, esclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da

vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual, até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembléia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em filosofia pela Universidade Gama Filho - RJ): “O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo DA FAMÍLIA, com a seguinte preocupação: ‘sugere normas de proteção à vida desde sua concepção’”⁶. Sugestão de nº 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição. Refiro-me ao texto, ainda inédito, que Sérgio da Silva Mendes escreveu sob o título de “O CONSTITUINTE, A CONSTITUIÇÃO E A INVIABILIDADE GENÉTICA DO POSITIVISMO LÓGICO”, elaborado com base no banco de dados da nossa última Assembléia Nacional Constituinte, disponíveis no *site* do Senado Federal.

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita.

Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. Um microcosmo, então, a se pôr como “a medida de todas as coisas”, na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.C.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina afirmarem que “O homem é sozinho a casa da humanidade”. E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema “TABACARIA”: *“Não sou nada. Nunca serei nada. Não posso querer ser nada. À parte disso, tenho em mim todos os sonhos do mundo”*.

Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: um mais um, igual a um, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre.

Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de “célula-ovo” ou “célula-mãe”, em português, e de “célula-madre”, em castelhano). Realidade seminal que

encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou *indecidibilidade*), mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positivamente de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana *intra-uterina* e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades. (grifos nossos)

Assim, verifica-se que embora não haja referência na CF sobre o início da vida para fins de proteção dos direitos assegurados nela, verifica-se pelo entendimento não só científico como jurídico, que a vida propriamente dita se inicia na fecundação de um óvulo com um espermatozóide, tornando-se um embrião.

Gama (2003, p.1000), posiciona-se:

É inegável a vedação do emprego de qualquer das técnicas de reprodução assistida no período pós-falecimento daquele que anteriormente forneceu seu material fecundante e consentiu que o embrião formado ou seu material fosse utilizado para formação de nova pessoa humana. A violação aos princípios da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da futura criança, além da própria circunstância de ocorrer afronta ao princípio da igualdade material entre os filhos sob o prisma (principalmente) das situações jurídicas existenciais, não autoriza a admissibilidade do recurso a tais técnicas científicas. Assim, a questão se coloca no campo da inadmissibilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, das técnicas de reprodução assistida post mortem. Daí não ser possível sequer a cogitação da capacidade sucessória condicional (ou especial) do embrião congelado ou do futuro embrião (caso fosse utilizado o material fecundante deixado pelo autor da sucessão) por problema de inconstitucionalidade.

Esse mesmo autor complementa que se a técnica for utilizada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico, mas não para fins sucessórios.

Venosa (2007), também afirma que nas inseminações após a morte, os seres assim gerados não são considerados herdeiros, pois estes só são aqueles vivos ou concebidos quando da morte do *de cuius*. Mas explica que o CC permite unicamente que na sucessão testamentária possam suceder o filho esperado de pessoa indicada pelo testador, mas não concebido, aguardando-se até dois anos sua concepção e nascimento, após a abertura da sucessão, com reserva de bens da herança.

Já para Leite (2003, p.1000), trata-se de situação anômala, tanto no aspecto da filiação como no direito sucessório, assim lecionando:

Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização do sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no do direito das sucessões. Aduz ainda que nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. E conclui dizendo que solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto da inseminação *post mortem*.

Delgado (2004, online) faz importante observação quanto à possibilidade de direitos sucessórios decorrentes daqueles que são originários da inseminação artificial homóloga *post mortem*. De acordo com os seus ensinamentos, tem-se:

Poderíamos principiar diferenciando as hipóteses em que a fertilização se deu quando já estava morto o doador do material fecundante, daquelas em que a fertilização se deu anteriormente, *in vitro*, tendo, tão-somente, a implantação do embrião se dado após a morte do pai. Na primeira hipótese, a solução lógica seria a de que o filho havido não teria direito sucessório algum, porquanto ainda 'não concebido' à época da abertura da sucessão. Na segunda hipótese, considerando-se que a 'concepção' já teria se verificado, ainda, que fora do útero, ao filho assim havido deveriam ser assegurados todos os direitos sucessórios em igualdade de condições com os demais filhos. Poder-se-ia, ainda, sustentar que, também na primeira hipótese, o filho teria direito à herança, face ao estado de filiação reconhecido pelo Código Civil em seu art. 1597 e ao imperativo de igualdade posto no art. 227, parágrafo 6º da Constituição Federal.

Sem dúvida que a diferenciação ressaltada por Delgado merece ser analisada, posto que três situações diferenciadas são admitidas. Se a fertilização ocorreu de forma extracorpórea, *in vitro*, e, de acordo com o entendimento do STF e

da maior parte da doutrina, os direitos sucessórios seriam assegurados de forma plena, se o embrião já estiver presente no ventre materno na data da morte do *de cuius*.

Mas se a implantação do embrião se deu após a morte do pai, segundo a maior parte da doutrina, os embriões crioconservados estariam fora da sucessão, vez que o embrião fora do útero materno não deve ser protegido como aquele que está dentro do corpo da mulher no momento da morte, pois virará um feto e depois uma pessoa. Pense-se, no entanto, que mesmo nesses casos, os direitos sucessórios deveriam ser reconhecidos sem problema algum, uma vez que a fecundação se deu anteriormente à morte, devendo, no entanto, a legislação brasileira disciplinar a respeito, inclusive estabelecendo um lapso temporal para o nascimento dessas pessoas que poderia ser, inclusive, o de dois anos, em analogia com o disposto no art. 1800, parágrafo 4º, do Código Civil, uma vez que não seria justo os demais herdeiros esperarem indefinidamente o nascimento de outros herdeiros, até porque o patrimônio do falecido necessitaria ser partilhado.

Ocorre que se o sêmen ou óvulo do *de cuius* é fertilizado após a sua morte, entra-se em destaque a colisão de direitos fundamentais, consubstanciada no direito à dignidade da pessoa humana versus o direito à segurança jurídica, ante a ausência de legislação específica que regulamente o assunto.

Quanto à filiação não há dúvidas, como já ressaltado, de que o concebido nesta condição será filho do pai pré-morto, em face do disposto no art. 1597, inciso III, do CC.

Quanto aos direitos sucessórios estes também merecem ser garantidos em função dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, do planejamento familiar etc., não podendo haver cisão de direitos na mesma regra jurídica, reconhecendo a presunção de filiação e excluindo o direito sucessório.

Os direitos fundamentais não são absolutos, Assim, se de um lado existe o direito à dignidade da pessoa humana (da viúva e do próprio filho concebido após

a morte do pai), do outro há o direito à segurança jurídica (dos demais herdeiros concebidos antes daquele infortúnio).

Assim, deve-se fazer uma ponderação entre os princípios, isto é, ou o valor da dignidade da pessoa humana vai preponderar sobre o valor segurança jurídica ou ocorrerá exatamente o contrário. Imagine o caso de um casal que já tenha um filho pequeno e passou a ter dificuldade para ter outros filhos devido à impotência *coeundi* do marido. Este casal resolve fazer tratamento em uma clínica de reprodução assistida, mas em determinado dia, ao retornarem de mais uma consulta, se envolvem em um acidente de carro e o marido acaba falecendo. Poucos dias após a mulher acaba ficando grávida. Nesse caso seria justo dar um tratamento diferenciado entre o filho já vivo e o que está para nascer, pelo simples fato de este ter sido concebido uma semana após o falecimento de seu pai? Se a manifestação de vontade do marido era inequívoca (facilmente comprovada pela documentação existente na clínica) e a esposa continua no estado de viuvez, não seria justo tratar diferentemente os dois irmãos.

Discorrendo sobre o tema, dispõe Albuquerque Filho (2007, p. 6-7),:

Não se pode excluir da participação nas repercussões jurídicas, no âmbito do direito de família e no direito das sucessões, aquele que foi engendrado com intervenção médica ocorrida após o falecimento do autor da sucessão, ao argumento de que tal solução prejudicaria ou excluiria o direito dos outros herdeiros já existentes ou pelo menos concebidos no momento da abertura da sucessão. Além disso, não devem prevalecer as assertivas que privilegiam a suposta segurança no processo sucessório.

E complementa com o seguinte exemplo (2007, p.6-7),:

Se o falecido não tinha filhos, deixando somente cônjuge sobrevivente e ascendentes do primeiro grau, pai e mãe vivos, a herança seria partida em três quotas iguais, nos termos dos artigos 1836 e 1837, ambos do Código Civil. No entanto, havendo ação de investigação de paternidade post mortem julgada procedente, restariam excluídos da sucessão os ascendentes, enquanto o cônjuge, a depender do regime de bens (art. 1829 inciso I do CC), poderia ou não concorrer com o descendente reconhecido judicialmente. Verifica-se que tal fato, existência de filho não reconhecido, modificaria substancialmente a vocação hereditária, donde se conclui que a segurança no procedimento sucessório é sempre relativa. Nessa hipótese não se vai discutir se o autor da herança desejou ter o filho, manifestou inequivocadamente a sua vontade; o simples fato da criança existir e uma

vez comprovada a relação de parentesco, já seria suficiente para fazer inserir, na ordem de vocação hereditária, um herdeiro legítimo, da classe dos descendentes, de primeiro grau, na condição de filho, com direito à sucessão. Ainda que se trate de uma relação instável, passageira, não desejada, o filho assim gerado terá direito de ser reconhecido, voluntária ou judicialmente, não se discutindo juridicamente acerca de possíveis distúrbios psicológicos graves em relação à criança; ao contrário, a impossibilidade do seu reconhecimento certamente lhe causaria maiores perturbações e prejuízos.

Outro aspecto que merece ser ressaltado aqui é referente ao tipo de sucessão a que estará sujeito o filho concebido pela referida técnica de reprodução assistida.

Dentre aqueles que aceitam que existe o direito sucessório na inseminação artificial homóloga *post mortem*, a maior parte entende que a sucessão será testamentária, com fundamento no art. 1.799, inciso I, do CC que afirma que na sucessão testamentária podem suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão. Assim, nota-se que o testador não pode indicar a sua própria prole eventual, em que pese a existência de entendimentos contrários, vez que a lei exige que a pessoa indicada pelo testamento esteja viva no momento da abertura da sucessão, devendo ele indicar a doadora do óvulo e se for testadora, o doador do espermatozóide.

Sem dúvida alguma que essa solução propicia um tratamento desigual entre os filhos, vez que os filhos adotivos, naturais e os havidos por inseminação artificial heteróloga e até de fecundação *in vitro* terão direito à sucessão legítima, enquanto os filhos havidos de inseminação artificial homóloga *post mortem* somente terão direito à sucessão testamentária.

O doutrinador Almeida (2003, p. 104), ao lecionar sobre o tema, assim dispõe:

Os filhos nascidos de inseminação artificial homóloga *post mortem* são sucessores legítimos. Quando o legislador atual tratou o tema, apenas quis repetir o contido no Código Civil anterior, beneficiando o concepturo apenas na sucessão testamentária porque era impossível, com os conhecimentos de então, imaginar-se que um morto pudesse ter filhos. Entretanto, hoje a possibilidade existe. O legislador, ao reconhecer efeitos pessoais ao concepturo (relação de filiação), não se justifica o prurido de afastar os

efeitos patrimoniais, especialmente o hereditário. Essa sistemática é reminiscência do antigo tratamento dado aos filhos, que eram diferenciados conforme a chancela que lhes era aposta no nascimento. Nem todos os ilegítimos ficavam sem direitos sucessórios. Mas aos privados desse direito também não nascia relação de filiação. Agora, quando a lei garante o vínculo, não se justifica privar o infante de legitimação para recolher a herança. Isso mais se justifica quando o testamentário tem aptidão para ser herdeiro.

Concorda-se com a posição adotada pelo doutrinador acima, até porque como não é comum o brasileiro fazer testamento, o filho havido pela mencionada técnica de reprodução assistida seria prejudicado em relação aos demais herdeiros, pois não poderia participar da sucessão legítima.

Sobre o tema, Albuquerque Filho (2011, online), assim se posiciona:

A possibilidade de não se reconhecer direitos à criança concebida mediante fecundação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a intenção de ter um filho com a pessoa amada, embora eventualmente afastada do convívio terreno. Pune-se o desejo de ter um filho, de realizar um sonho. Pune-se o amor que transpõe barreiras temporais, o amor perene, o amor verdadeiro, a fim de se privilegiar supostos direitos-patrimoniais- dos demais herdeiros. Tal perspectiva vai de encontro aos modernos princípios do direito de família, especialmente aos princípios da igualdade de filiação, da afetividade e da dignidade da pessoa humana.

Na verdade, enquanto o Código Civil não avançar no sentido de estabelecer uma disposição regulando a matéria ou até que uma lei ordinária assim disponha, nunca a doutrina e a jurisprudência irão pacificar o assunto, visto que como não há disposição legal regulamentando o assunto, cada caso será decidido da forma como pensar o julgador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que há muito tempo atrás parecia impossível, hoje está se tornando prática comum. A inseminação artificial homóloga *post mortem* está sendo cada vez mais utilizada para concretizar o sonho daquelas mães que por um motivo ou outro não conseguiram gerar um filho quando o marido ou companheiro ainda se encontrava vivo, mas Deus lhe presenteou com o dom da vida de um rebento após a morte do amado, parecendo até que estava lhe recompensando com a perpetuação da pessoa que já se foi.

Recentemente, no último dia 20 de junho de 2011, no Paraná, nasceu a bebê Luisa Roberta, mais uma concebida através da técnica de inseminação artificial homóloga *post mortem*, porque sua mãe, a Sra. Kátia Lenerneir, guardou o sêmen do marido em uma clínica em 2009, depois que ficou constatado que o mesmo possuía um câncer de pele e após várias tentativas para engravidar infrutíferas. Seu marido morreu e a Sra. Kátia obteve autorização na Justiça para engravidar, nascendo a filhinha Luisa bem depois da morte do pai.

A legislação brasileira infelizmente não acompanhou a evolução da medicina. Atualmente os comportamentos médico-científicos deram origem ao Biodireito. Se por um lado o profissional de saúde deve respeito à paciente, sendo a base fundamental de toda a bioética, que é a ética da vida, por outro lado, dúvidas surgem no tocante à análise jurídica dos direitos sucessórios decorrentes daqueles que são originados por inseminação artificial homóloga *post mortem*.

A falta de regulamentação específica sobre o assunto provoca discussões e divergências doutrinárias. A maior parte da doutrina afirma que não deve haver direitos sucessórios para os concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, pois o art. 1.798 do Código Civil afirma que só estariam legitimados a suceder as pessoas nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão e no caso da inseminação *post mortem*, o sêmen do *de cuius* é fertilizado após a sua morte. Já outra parte da doutrina entende que pode haver direitos sucessórios com

fundamento no princípio da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e no direito à sucessão que frente ao princípio da segurança jurídica dos demais herdeiros, devem prevalecer.

Tendo em vista que o CC já determina expressamente que o concebido por inseminação *post mortem* será filho do pai pré- morto (art. 1.597, inciso III, do CC) e uma vez que os direitos fundamentais não são absolutos não podendo haver cisão de direitos na mesma regra jurídica, reconhecendo a presunção de filiação e excluindo o direito sucessório, deverão ser garantidos os direitos sucessórios para os concebidos por inseminação artificial homóloga *post mortem*, pois ao fazer uma ponderação de princípios o valor dignidade da pessoa humana deverá prevalecer sobre o valor segurança jurídica.

Por seu turno, sendo sucessor do falecido, o concebido deverá concorrer no mesmo nível de igualdade com os demais herdeiros, ou seja, terá direito à sucessão legítima, até porque não poderá haver distinção entre os filhos. A corrente doutrinária, no entanto, que entende ser possível o concebido ser sucessor do *de cuius*, acredita que o mesmo deverá ter direito à sucessão testamentária, com fundamento no art. 1.799, inciso I, do CC que afirma que na sucessão testamentária podem suceder os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Ressalte-se, também, por oportuno, que na falta da existência de um lapso temporal para o nascimento das pessoas concebidas por inseminação artificial homóloga *post mortem*, poderá ser aplicado, por analogia, o art. 1800, parágrafo 4º, do CC, que estabelece o prazo de dois anos da abertura da sucessão para a concepção do herdeiro, uma vez que não seria coerente os demais herdeiros do falecido esperarem indefinidamente o nascimento de outros herdeiros, até porque o patrimônio do *de cuius* necessitaria ser partilhado.

Assim, conclui-se que se não há legislação específica no Direito Brasileiro quanto às técnicas de reprodução humana medicamente assistidas, por consequência também não há legislação no tocante aos direitos sucessórios da inseminação artificial homóloga *post mortem*, devendo a Constituição Federal

juntamente com os princípios serem o alicerce para se resolver possíveis questões relacionadas aos direitos individuais e coletivos quanto às técnicas medicamente assistidas, até porque a LICC em seu artigo 4º, é expressa ao determinar que quando a lei foi omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito. Assim, nenhuma técnica que vá de encontro à dignidade da pessoa humana, à liberdade ou à igualdade, deverá ser realizada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti. **Fecundação Artificial post mortem e o Direito Sucessório.** Disponível em: www.esmape.com.br/downloads/mat_prof_a_mariarita/prof_maria_rita_7.doc. Acesso em: 20 maio 2011.

ALDROVANDI, Andrea; FRANÇA, Danielle Galvão de. **A reprodução assistida e as relações de parentesco.** Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/3127>>. Acesso em: 12 maio 2011.

ALMEIDA, José Luis Gavião de. Código Civil Comentado. **Direitos das sucessões.** Sucessão em geral, Sucessão legítima- vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003.

BARROS, Eliane Oliveira. **Aspectos jurídicos da inseminação artificial heteróloga.** Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 13ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.** Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em: 10 fev. 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Organizador Yussef Said Cahali. 5ª edição. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Código Civil.** Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002/organizador Yussef Said Cahali. 13ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Conselho da Justiça Federal.** Enunciado 106. 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. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69. Acesso em: 10 maio 2011.

_____. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução CFM nº 1.358/1992. Adota normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 nov.1992, Seção I, p.16053.

_____. **Conselho Federal de Medicina**. Resolução CFM nº 1.957 de 06 de janeiro de 2011. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui in totum. Diário Oficial da União, 06 jan. 2011, Seção I, p.79.

_____. **Conselho Nacional de Saúde**. Resolução 196/96. Diretrizes e Normas Regulamentadoras de Pesquisas Envolvendo Seres Humanos, Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/res19696.htm>. Acesso em: 26 mar. 2011.

_____. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 9 set. 1942.

_____. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 nov. 1990. Disponível em:< <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/114072/decreto-99710-90>>. Acesso em: 08 mar. 2011.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 out. 1979.

_____. **Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 jul. 1990.

_____. **Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 jan. 1996.

_____. **Lei 11.105, de 24 de março de 2005**. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1o do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente

modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei no 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória no 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5o, 6o, 7o, 8o, 9o, 10 e 16 da Lei no 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 mar. 2005.

_____. **Lei 11.935, de 11 de maio de 2009.** Altera o art. 36-C da Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 maio 2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132. Julgada em 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266213>>. Acesso em: 20 maio 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510. Julgada em 05 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>. Acesso em: 20 maio 2011.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 julgada em 05 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4277MA.pdf>. Acesso em: 20 maio 2011.

CAGGY, Milena. **Inseminação artificial post mortem.** In: Via JUS [online]. Disponível em:<<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1712&idAreaSel=5&seeArt=yes>>. Acesso em 10 maio 2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos.** 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DELFIN, Marcio Rodrigo. **As implicações jurídicas decorrentes da inseminação artificial homóloga "post mortem".** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2186, 26

jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12965>>. Acesso em: 08 maio 2011.

DELGADO, Mário Luiz. **Os direitos sucessórios do filho havido por procriação assistida, implantado no útero após a morte de seu pai.** Revista Jurídica Consulex. Ano VIII, nº 188, 15 de novembro de 2004.

FAVILLA, Yargo Oliveira. **Inseminação artificial no Código Civil de 2002.** In: Direito Net [online], 2008. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/4652/Inseminacao-artificial-no-Codigo-Civil-de-2002>>. Acesso em: 10 maio 2011.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução Humana Assistida e suas conseqüências nas relações de família: a filiação e a origem genética sob a perspectiva da repersonalização.** Curitiba: Juruá Editora, 2010.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nassa. **Bioética e Biodireito.** 2009. Disponível em [www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioética/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc](http://www.unifenas.br/radiologia/biblioteca/bioetica/BIO%C9TICA%20E%20BIODIREITO.doc). Acesso em: 10 maio 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

HENRIQUES, Fernanda de Borges. **A repercussão da reprodução assistida post mortem e o direito de herança.** 2009. Disponível em:< http://www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccII/trabalhos2009_1/fernanda_henriques.pdf>. Acesso em: 10 maio 2011.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao Novo Código Civil: do direito das sucessões.** Volume XXI. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

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

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil.** Volume 4. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LOBO, Paulo Luiz Neto. **Código Civil Comentado:** Direito de Família. Relações de Parentesco. Direito Patrimonial- vol. XVI. Álvaro Vilaça Azevedo (coordenador). São Paulo: Atlas, 2003.

MADALENO, Rolf. **Testamento:** Expressão de Última Vontade. 2011. In: Jus Brasil Notícias [online]. Disponível em: <
<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2526373/artigo-testamento-expressao-de-ultima-vontade-por-rolf-madaleno>>. Acesso em: 10 maio 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil:** direito das sucessões - Volume 6. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada.** 2ª edição, São Paulo: Atlas, 2003.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil:** direito das sucessões. Vol. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OLIVEIRA, Juliana Chaves. **Direito à sucessão de filhos concebidos por inseminação artificial post mortem.** In: Coisas de Bebê [online], 2010. Disponível em: <
<http://www.coisasdebebe.com.br/bebe/index.php/seus-direitos/16-seus-direitos/100-direito-a-sucessao-de-filhos-concebidos-por-inseminacao-artificial-post-mortem>>. Acesso em: 17 mar. 2011.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o direito de família.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PESSOA, Altemar Tavares. **Gestação assistida:** algumas implicações no Direito Sucessório. In: Jus Vigilantibus [online], 2007. Disponível em:<<http://jusvi.com/colunas/30478>>. Acesso em: 24 mar. 2011.

PINTO, Carlos Alberto Ferreira. **Reprodução Assistida:** Inseminação Artificial Homóloga Post Mortem e o Direito Sucessório. In: Recanto das Letras [online]. São Paulo, 28 Fev. 2008. Disponível em:<<http://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/879805>>. Acesso em: 12 maio 2011.

RIGO, Gabriella Bresciani. **O Status de Filho Concebido Post Mortem Perante o Direito Sucessório na Legislação Vigente.** In: Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jul. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/obras/monografias/3849. Acesso em: 10 maio 2011.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil** . Volume 7. 25ª edição. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANDRI, Vanessa Berwanger. **Princípio jurídico da paternidade responsável:** distinção entre planejamento familiar e controle de natalidade. 2006, 31f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006. Disponível em www.pucrs.br/direito/graduacao/tc/tccll/trabalhos2006_1/vanessa.pdf. Acesso em maio de 2011.

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

TRINDADE, Zeidi Araújo; BORLOT, Ana Maria Monteiro. As tecnologias de reprodução assistida e as representações sociais de filho biológico. In: Estudos de Psicologia, 2004, n.9, v.1, p. 63-70. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/epsic/v9n1/22382.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.

VARELA, Gislaine dos Prazeres Soares. **O Direito Sucessório do concebido após a morte:** análise doutrinária. Itajaí: [s.n.], 2006. Disponível em: <

<http://siaibib01.univali.br/pdf/Gislaine%20Soares%20Varela.pdf>>. Acesso em: 10 maio 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil:** Direito de família. 6° Vol. 7°Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Civil:** Direito das Sucessões. 7° Vol. 7° Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ANEXOS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

RELATOR: MIN. Carlos Britto
REQUERENTE(S): Procurador-Geral da República
REQUERIDO (A/S): Presidente da República
ADVOGADO (A/S): Advogado-Geral da União
REQUERIDO (A/S): Congresso Nacional
INTERESSADO (A/S): Conectas Direitos Humanos
INTERESSADO (A/S): Centro de Direito Humanos - CDH
ADVOGADO (A/S): Eloisa Machado de Almeida e Outros
INTERESSADO (A/S): Movimento em Prol Da Vida – MOVITAE
ADVOGADO (A/S): Luís Roberto Barroso e Outro
INTERESSADO (A/S): ANIS - Instituto de Bioética,
Direitos Humanos e Gênero
ADVOGADO (A/S): Donne Pisco e Outros
ADVOGADO (A/S): Joelson Dias
INTERESSADO (A/S): Confederação Nacional Dos Bispos Do Brasil - CNBB
ADVOGADO (A/S): Ives Grandra da Silva Martins e Outros

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, tendo por alvo o artigo 5º da Lei Federal nº 11.105 (Lei da Biossegurança), de 24 de março de 2005. Artigo assim integralmente redigido:

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.

2. O autor da ação argumenta que os dispositivos impugnados contrariam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana” (fl.12).

3. Em sequência, o subscritor da petição inicial sustenta que: a) “a vida humana acontece na, e a partir da fecundação”, desenvolvendo-se continuamente; b) o zigoto, constituído por uma única célula, é um “ser humano embrionário”; c) é no momento da fecundação que a mulher engravida, acolhendo o zigoto e lhe propiciando um ambiente próprio para o seu desenvolvimento; d) a pesquisa com células-tronco adultas é, objetiva e certamente, mais promissora do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

4. De sua parte, e em sede de informações (fls. 82/115), o Presidente da República defende a constitucionalidade do texto impugnado. Para tanto, acata, por inteiro, peça jurídica da autoria do professor e advogado público Rafaelo Abritta. Peça que também mereceu a irrestrita adesão do ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, então Advogado Geral da União, e da qual extraio o seguinte e conclusivo trecho: “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se em valores amparados constitucionalmente” (fl. 115). A mesma conclusão registre-se, a que chegou o Congresso Nacional em suas informações de fls. 221/245.

5. Não é, todavia, como pensa o atual Chefe do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando de Souza, que, atuando na condição de fiscal do Direito (custos juris), concluiu pela declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos legais sob a alça de mira da presente ação direta. Assim procedeu mediante aprovação de parecer da lavra do mesmo professor Cláudio Fonteles.

6. Prossigo para anotar que admiti no processo, na posição de “amigos da Corte” (amici curiae), as seguintes entidades da sociedade civil brasileira: CONECTAS DIREITOS HUMANOS; CENTRO DE DIREITO HUMANOS – CDH; MOVIMENTO EM PROL DA VIDA – MOVITAE; INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITOS HUMANOS E GÊNERO – ANIS, além da CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL – CNBB.

Entidades de saliente representatividade social e por isso mesmo postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior). O que certamente contribuirá para o adensamento do teor de legitimidade da decisão a ser proferida na presente ADIN. Estou a dizer: decisão colegiada tão mais legítima quanto precedida da coleta de opiniões dos mais respeitáveis membros da comunidade científica brasileira, no tema.

7. Não é tudo. Convencido de que a matéria centralmente versada nesta ação direta de inconstitucionalidade é de tal relevância social que passa a dizer respeito a toda a humanidade, determinei a realização de audiência pública, esse notável mecanismo constitucional de democracia direta ou participativa. O que fiz por provocação do mesmíssimo professor Cláudio Fonteles e com base no § 1º do artigo 9º da Lei nº 9.868/99, mesmo sabendo que se tratava de experiência inédita em toda a trajetória deste Supremo Tribunal Federal 1, Dando-se que no dia e local adrede marcados, 22 (vinte e duas) das mais acatadas autoridades científicas brasileiras subiram à tribuna para discorrer sobre os temas agitados nas peças jurídicas de origem e desenvolvimento da ação constitucional que nos cabe julgar.

Do que foi lavrada a extensa ata de fls., devidamente reproduzida para o conhecimento dos senhores ministros desta nossa Corte Constitucional e Suprema Instância Judiciária. Reprodução que se fez acompanhar da gravação de sons e imagens de todo o desenrolar da audiência, cuja duração foi em torno de 8 horas.

8. Pois bem, da reprodução gráfica, auditiva e visual dessa tão alongada quanto substancial audiência pública, o que afinal se percebe é a configuração de duas nítidas correntes de opinião. Correntes que assim me parecem delineadas:

I – uma, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, ao menos para fins de terapia humana, superiores às das células-tronco adultas. Mesma corrente que atribui ao embrião uma progressiva função de auto-constitutividade que o torna protagonista central do seu processo de hominização, se comparado com o útero feminino (cujo papel é de coadjuvante, na condição de habitat, ninho ou ambiente daquele, além de fonte supridora de alimento). Argumentando, sobre mais, que a retirada das células-tronco de um determinado embrião in vitro destrói a unidade, o personalizado conjunto celular em que ele consiste. O que já corresponde à prática de um mal disfarçado aborto, pois até mesmo no produto da concepção em laboratório já existe uma criatura ou organismo humano que é de ser visto como se fosse aquele que surge e se desenvolve no corpo da mulher gestante. Criatura ou organismo ressalte-se, que não irrompe como um simples projeto ou uma mera promessa de pessoa humana, somente existente de fato quando ultimados, com êxito, os trabalhos de parto. Não! Para esse bloco de pensamento (estou a interpretá-lo), a pessoa humana é mais que individualidade protraída ou adiada para o marco factual do parto feminino. A pessoa humana em sua individualidade genética e especificidade ôntica já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Coincidindo, então, concepção e personalidade (qualidade de quem é pessoa), pouco importando o processo em que tal concepção ocorra: se artificial ou in vitro, se natural ou in vivo. O que se diferencia em tema de configuração da pessoa humana é tão-somente uma quadra existencial da outra. Isto porque a primeira quadra se inicia com a concepção e dura enquanto durar a gestação feminina, compreendida esta como um processo contínuo, porque abrangente de todas as fases de vida humana pré-natal. A segunda quadra, a começar quando termina o parto (desde que realizado com êxito, já dissemos, porque aí já se tem um ser humano nativivo). Mas em ambos os estádios ou etapas do processo a pessoa humana já existe e é merecedora da mesma atenção, da mesma reverência, da mesma proteção jurídica. Numa síntese, a ideia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista, porque o certo mesmo é vê-lo como um ser humano embrionário. Uma pessoa no seu estádio de embrião, portanto, e não um embrião a caminho de ser pessoa.

II - a outra corrente de opinião é a que investe, entusiasticamente, nos experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos. Células tidas como de maior plasticidade ou superior versatilidade para se transformar em todos ou quase todos os tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos e sistemas. Espécie de apogeu da investigação biológica e da terapia humana, descortinando um futuro de intenso brilho para os justos anseios de qualidade e duração da vida humana. Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião in vitro é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher. Sendo que mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de

feto somente alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana com a meticulosa colaboração do útero e do tempo. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias. O útero passando a liderar todo o complexo processo de gradual conformação de uma nova individualidade antropomórfica, com seus desdobramentos ético-espirituais; valendo-se ele, útero feminino (é a leitura que faço nas entrelinhas das explicações em foco), de sua tão mais antiga quanto insondável experiência afetivo-racional com o cérebro da gestante. Quiçá com o próprio cosmo, que subjacente à cientificidade das observações acerca do papel de liderança do útero materno transparece como que uma aura de exaltação da mulher - e principalmente da mulher-mãe ou em vias de sê-lo - como portadora de um sexto sentido existencial já situado nos domínios do inefável ou do indizível. Domínios que a própria Ciência parece condenada a nem confirmar nem desconfirmar, porque já pertencentes àquela esfera ôntica de que o gênio de William Shakespeare procurou dar conta com a célebre sentença de que “Entre o céu e a terra há muito mais coisa do que supõe a nossa vã filosofia” (Hamlet, anos de 1600/1601, Ato I, Cena V).

9. Para ilustrar melhor essa dicotomia de visão dos temas que nos cabe examinar a luz do Direito, especialmente do Direito Constitucional brasileiro, transcrevo parte da explanação de duas das referidas autoridades que pessoalmente assomaram à tribuna por ocasião da sobredita audiência pública: a Dr^a Mayana Zatz, professora de genética da Universidade de São Paulo, e a Dr^a Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília. Disse a primeira cientista:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No aborto, temos uma vida no útero que só será interrompida por intervenção humana, enquanto que, no embrião congelado, não há vida se não houver intervenção humana. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se entenda a diferença.

10. Já a Dr^a Lenise Garcia, são de Sua Excelência as seguintes palavras:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível.

11. À derradeira, confirmo o que já estava suposto na marcação da audiência em que este Supremo Tribunal Federal abriu suas portas para dialogar com cientistas não pertencentes à área jurídica: o tema central da presente ADIN é salientemente

multidisciplinar, na medida em que objeto de estudo de numerosos setores do saber humano formal, como o Direito, a filosofia, a religião, a ética, a antropologia e as ciências médicas e biológicas, notadamente a genética e a embriologia; suscitando, vimos, debates tão subjetivamente empenhados quanto objetivamente valiosos, porém de conclusões descoincidentes não só de um para outro ramo de conhecimento como no próprio interior de cada um deles. Mas debates vocalizados registrem-se, em arejada atmosfera de urbanidade e unísono reconhecimento da intrínseca dignidade da vida em qualquer dos seus estádios. Inequívoca demonstração da unidade de formação humanitária de todos quantos acorreram ao chamamento deste Supremo Tribunal Federal para colaborar na prolação de um julgado que, seja qual for o seu conteúdo, se revestirá de caráter histórico. Isto pela envergadura multiplamente constitucional do tema e seu mais vivo interesse pelos meios científicos de todo o mundo, desde 1998, ano em que a equipe do biólogo norte-americano James Thomson isolou pela primeira vez células-tronco embrionária, conseguindo cultivá-las em laboratório.

12. É o relatório.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO (Relator)

De partida, assento a legitimidade do Procurador Geral da República para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, porque tal legitimidade processual ativa procede da melhor fonte de positividade: a Constituição Federal, pelo inciso VI do seu art. 103. Como também consigno a adequação da via eleita, por se tratar de pedido que põe em suposta situação de incompatibilidade vertical com a Magna Carta dispositivos genéricos, impessoais e abstratos de lei federal. O que provoca a incidência da parte inicial da alínea a do inciso I do art. 102 da Constituição. Ação direta de inconstitucionalidade é manejada para se contrapor a todos os dispositivos do art. 5º Lei Federal nº. 11.105, de 24 de março de 2005, popularizada como “Lei de Biossegurança”. Dispositivos que torno a transcrever para um mais demorado passar de olhos sobre as suas questionadas inovações. Ei-los:

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 (“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”).

15. Vê-se, então, que os textos normativos em causa se distribuem por quatro individualizados relatos ou núcleos doentios, a saber:

I - a parte inicial do artigo, autorizando, para fins de pesquisa científica e tratamento médico, o uso de uma tipologia de células humanas: as “células-tronco embrionárias”; que são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (opinião que não é unânime, porque outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastócito, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Mas embriões a que se chega por efeito de manipulação humana, porquanto produzidos laboratorialmente ou in vitro, e não espontaneamente ou in vida. Noutro falar, embriões que resultam do processo tecnológico de retirada de óvulos do corpo feminino (assim multiplamente produzidos por efeito de injeção de hormônios) para, já em ambiente extracorpóreo, submetê-los a penetração por espermatozoides masculinos. Mais ainda, pesquisa científica e terapia humana em paralelo àquelas que se vêm fazendo com células-tronco adultas, na perspectiva da descoberta de mais eficazes meios de cura de graves doenças e traumas do ser humano. Meios que a literatura especializada estuda e comenta por esta forma: “O principal foco atual de interesse da terapia celular é a medicina regenerativa, em que se busca a substituição de células ou tecidos lesados, senescentes ou perdidos, para restaurar sua função. Isso explica a atenção que desperta, porque as moléstias que são alvos desses tratamentos constituem causas de morte e de morbidade das sociedades modernas, como as doenças cardíacas, diabete melito, câncer, pneumopatias e doenças genéticas”; II - a parte final do mesmo artigo 5º, mais os seus incisos de I a II e § 1º, estabelecendo as seguintes e cumulativas condições para o efetivo desencadear das citadas pesquisas com células-tronco embrionárias:

- a) o não aproveitamento para fim reprodutivo (por livre decisão do casal, óbvio) de qualquer dos embriões empiricamente viáveis;
- b) a empírica não viabilidade desses ou daquele embrião enquanto matéria-prima da reprodução humana (como explica a antropóloga Débora Diniz, professora da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, “O diagnóstico de inviabilidade do embrião constitui procedimento médico seguro e atesta a impossibilidade de o embrião se desenvolver.

Mesmo que um embrião inviável venha a ser transferido para um útero, não se desenvolverá em uma futura criança. O único destino possível para eles é o congelamento permanente, o descarte ou a pesquisa científica”.

- c) que se trate de embriões congelados há pelo menos 3 anos da data da publicação da lei, ou que, já efetivamente congelados nessa data, venham a

complementar aquele mesmo tempo de 3 anos. Marco temporal em que se dá por finda – interpreto - quer a disposição do casal para o aproveitamento reprodutivo do material biológico até então mantido in vitro, quer a obrigação do respectivo armazenamento pelas clínicas de fertilização artificial, quer, enfim, a certeza da íntegra permanência das qualidades biológico-reprodutivas dos embriões em estado de congelamento; d) o consentimento do casal-doador para que o material genético dele advindo seja deslocado da sua originária destinação procriadora para as investigações de natureza científica e finalidade terapêutico-humana; III – o obrigatório encaminhamento de todos os projetos do gênero para exame de mérito por parte dos competentes comitês de ética e pesquisa, medida que se revela como um nítido compromisso da lei com exigências de caráter bioético. Mas encaminhamento a ser feito pelos serviços de saúde e instituições de pesquisas, justamente, com células-tronco embrionárias, o que redundará na formação também obrigatória de um tão específico quanto controlado banco de dados. Banco, esse, inibidor do aleatório descarte do material biológico não utilizado nem reclamado pelos respectivos doadores; IV - por último, a proibição de toda espécie de comercialização do material coletado, cujo desrespeito é equiparado ao crime de “Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano” (art. 15, caput, da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997). Vedação que também ostenta uma clara finalidade ética ou de submissão da própria Ciência a imperativos dessa nova ramificação da filosofia, que é a bioética, e dessa mais recente disciplina jurídica em que se constitui o chamado “biodireito” (ver, no particular, o livro “Reprodução Assistida – Aspectos do Biodireito e da Bioética”, da autoria de Roberto Wider, desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Lúmen Júris Editora, ano de 2007).

16. Daqui se infere – é a minha leitura - cuidar-se de regulação legal a salvo da mácula do açodamento ou dos vícios da esdruxularia e da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Ao inverso, penso tratar-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto, ainda que assumida ou configurada do lado de fora do corpo feminino (caso do embrião in vitro). Noutra dizer, o que se tem no art. 5º da Lei de Biossegurança é todo um bem concatenado bloco normativo que, debaixo de explícitas, cumulativas e razoáveis condições de incidência, favorece a propulsão de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas dessa heterodoxa realidade que é o embrião humano in vitro.

17. Com mais clareza, talvez: o que temos sob exame de validade constitucional é todo um necessário, adequado e proporcional conjunto de normas sobre a realização de pesquisas no campo da medicina celular ou regenerativa, em paralelo àquelas que se vêm desenvolvendo com outras fontes de células-tronco humanas (porém adultas), de que servem de amostra as situadas no cordão umbilical, no líquido amniótico, na medula óssea, no sangue da menstruação, em células de

gordura e até mesmo na pele ou epiderme (a mais nova das descobertas, com potencialidades que se anuncia como próximas daquelas que são inerentes às células-tronco embrionárias, conforme se vê de ampla matéria que a Editora Três fez publicar na revista semanal “ISTO É” de nº 1987, ano 30, em data de 28 de novembro de 2007, pp. 90/94). Por conseguinte, linhas de pesquisa que não invalidam outras, porque a essas outras vêm se somar em prol do mesmo objetivo de enfrentamento e cura de patologias e traumatismos que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional (ilustrativamente, atrofia espinhais progressivas, distrofias musculares, a esclerose múltipla e a lateral amiotrófica, as reuopatias e as doenças do neurônio motor, além das precedentemente indicadas). Contingente em torno de 5 milhões, somente para contabilizar os “brasileiros que sofrem de algumas doenças genéticas graves”, segundo dados levantados pela Revista Época, edição de 29 de abril de 2007, pp. 13/17. E quanto aos portadores de diabetes, em nosso País, a projeção do seu número varia de 10 a 15 milhões, segundo elementos que Luis Roberto Barroso (p.9 de sua petição em nome da “MOVITAE – Movimento em Prol da Vida”) aponta como oriundos da seguinte fonte: “Nardi, Doenças Genéticas: gênicas, cromossômicas, complexas, p. 209-226”.

18. Ainda assim ponderadamente posto (a meu juízo), é todo esse bloco normativo do art. 5º da Lei de Biossegurança que se vê tachado de contrariar por modo frontal o Magno Texto Republicano. Entendimento que vai ao ponto de contrabater a própria abertura ou receptividade da lei para a tese de que as células-tronco embrionárias são dotadas de maior versatilidade para, orientadamente, em laboratório, “se converter em qualquer dos 216 tipos de célula do corpo humano” (revista Veja, Editora Abril, edição 2050 – ano 41 – nº9, p. 11), de sorte a mais eficazmente recompor a higidez da função de órgãos e sistemas da pessoa humana. Equivale a dizer: a presente ADIN consubstancia expressa reação até mesmo à abertura da Lei de Biossegurança para a ideia de que células-tronco embrionárias constituem tipologia celular que acena com melhores possibilidades de recuperação da saúde de pessoas físicas ou naturais, em situações de anomalias ou graves incômodos genéticos, adquiridos, ou em consequência de acidentes.

19. Falo “pessoas físicas ou naturais”, devo explicar, para abranger tão-somente aquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art.2º do Código Civil Brasileiro chama de “personalidade civil”, literis: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria “natalista”, portanto, em oposição às teorias da “personalidade condicional” e da “concepcionista”). Mas personalidade como predicado ou apanágio de quem é pessoa numa dimensão biográfica, mais que simplesmente biológica, segundo este preciso testemunho intelectual do publicista José Afonso da Silva: “Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico

de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)."

20. Se é assim, ou seja, cogitando-se de personalidade numa dimensão biográfica, penso que se está a falar do indivíduo já empírica ou numericamente agregado à espécie animal-humana; isto é, já contabilizável como efetiva unidade ou exteriorizada parcela do gênero humano. Indivíduo, então, perceptível a olho nu e que tem sua história de vida incontornavelmente interativa. Múltipla e incessantemente relacional. Por isso que definido como membro dessa ou daquela sociedade civil e nominaliza do sujeito perante o Direito. Sujeito que não precisa mais do que de sua própria facticidade como nativo para instantaneamente se tornar um rematado centro de imputação jurídica. Logo, sujeito capaz de adquirir direitos em seu próprio nome, além de preenchidas certas condições de tempo e de sanidade mental, também em nome próprio contrair voluntariamente obrigações e se pôr como endereçado de normas que já signifiquem imposição de "deveres", propriamente. O que só pode acontecer a partir do nascimento com vida, renove-se a proposição.

21. Com efeito, é para o indivíduo assim biograficamente qualificado que as leis dispõem sobre o seu nominalizado registro em cartório (cartório de registro civil das pessoas naturais) e lhe conferem uma nacionalidade. Indivíduo-pessoa, conseqüentemente, a se dotar de toda uma gradativa formação moral e espiritual, esta última segundo uma cosmovisão não exatamente darwiniana ou evolutiva do ser humano, porém criacionista ou divina (prisma em que Deus é tido como a nascente e ao mesmo tempo a embocadura de toda a corrente de vida de qualquer dos personalizados seres humanos). Com o que se tem a seguinte e ainda provisória definição jurídica: vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte.

22. Avanço no raciocínio para assentar que essa reserva de personalidade civil ou biográfica para o nativo em nada se contrapõe aos comandos da Constituição. É que a nossa Magna Carta não diz quando começa a vida humana. Não dispõe sobre nenhuma das formas de vida humana pré-natal. Quando fala da "dignidade da pessoa humana" (inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a "direitos da pessoa humana" (alínea b do inciso VII do art. 34), "livre exercício dos direitos (...) individuais" (inciso III do art. 85) e até dos "direitos e garantias individuais" como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou então estrangeira, mas sempre um ser humano já nascido e que se faz destinatário dos direitos fundamentais "à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade", entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (art. 5º). Tanto é assim

que ela mesma, Constituição, faz expresso uso do adjetivo “residentes” no País (não em útero materno e menos ainda em tubo de ensaio ou em “placa de Petri”), além de complementar a referência do seu art. 5º “aos brasileiros” para dizer que eles se alocam em duas categorias: a dos brasileiros natos (na explícita acepção de “nascidos”, conforme as alíneas a, b e c do inciso I do art. 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas “a, b e c” do inciso II do mesmo art. 12).

23. Isto mesmo é de se dizer das vezes tantas em que o Magno Texto Republicano fala da “criança”, como no art. 227 e seus §§ 1º, 3º (inciso VII), 4º e 7º, porque o faz na invariável significação de indivíduo ou criatura humana que já conseguiu ultrapassar a fronteira da vida tão-somente intrauterina. Assim como faz o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990), conforme este elucidativo texto: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 (doze) anos de idade incompletos e adolescente aquela entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos de idade”. Pelo que somente só é tido como criança quem ainda não alcançou 12 anos de idade, a contar do primeiro dia de vida extrauterina. Desconsiderado que fica todo o tempo em que se viveu em estado de embrião e feto.

24. Numa primeira síntese, então, é de se concluir que a Constituição Federal não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva e, nessa condição, dotada de compostura física ou natural. É como dizer: a inviolabilidade de que trata o artigo 5º é exclusivamente reportante a um já personalizado indivíduo (o inviolável é, para o Direito, o que o sagrado é para a religião). E como se trata de uma Constituição que sobre o início da vida humana é de um silêncio de morte (permito-me o trocadilho), a questão não reside exatamente em se determinar o início da vida do homo sapiens, mas em saber que aspectos ou momentos dessa vida estão validamente protegidos pelo Direito infraconstitucional e em que medida. Precisamente como esclareceu Débora Diniz, na mencionada audiência pública, verbis:

Quando a vida humana tem início? O que é vida humana? Essas perguntas contêm um enunciado que remete à regressão infinita: as células humanas no óvulo antes da fecundação, assim como em um óvulo fecundado em um embrião, em um feto, em uma criança ou em um adulto. O ciclo interminável de geração da vida humana envolve células humanas e não humanas, a tal ponto que descrevemos o fenômeno biológico como reprodução, e não simplesmente como produção da vida humana. Isso não impede que nosso ordenamento jurídico e moral possam reconhecer alguns estágios da Biologia humana como passíveis de maior proteção do que outros. É o caso, por exemplo, de um cadáver humano, protegido por nosso ordenamento. No entanto, não há como comparar as proteções jurídicas e éticas oferecidas a uma pessoa adulta com as de um cadáver. Portanto, considerar o marco da fecundação como suficiente para o reconhecimento

do embrião como detentor de todas as proteções jurídicas e éticas disponíveis a alguém, após o nascimento, implica assumir que: primeiro, a fecundação expressaria não apenas um marco simbólico na reprodução humana, mas a resumiria eurísticamente; uma tese de cunho essencialmente metafísico. Segundo, haveria uma continuidade entre óvulo fecundado e futura pessoa, mas não entre óvulo não fecundado e outras formas de vida celular humana. Terceiro, na ausência de úteros artificiais, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero pressuporia o dever de uma mulher à gestação, como forma a garantir a potencialidade da implantação. Quarto, a potencialidade embrionária de vir a se desenvolver intra-útero deveria ser garantida por um princípio constitucional do direito à vida. (fls. 1.118/1.119)

25. Convergentemente, essa constatação de que o Direito protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano é o próprio fio condutor de todo o pensamento de Ronald Dworkin, constitucionalista norte-americano, exposto ao longo das 347 páginas do seu livro “Domínio da Vida” (Editora Martins Fontes, São Paulo, 2003). Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do evoluir da criatura humana vai se adensando a carga de investimento nela: investimento natural ou da própria natureza, investimento pessoal dos genitores e familiares. É o que se poderia chamar de tutela jurídica proporcional ao tamanho desse investimento simultaneamente natural e pessoal, dado que também se faz proporcionalmente maior a cada etapa de vida humana a carga de frustração com a falência ou bancarrota do respectivo processo (a curva ascendente de expectativas somente se transmuta em descendente com a chegada da velhice). Confira-se esta elucidativa passagem:

Como afirmo, acreditamos que uma vida humana bem-sucedida segue um certo curso natural. Começa com o simples desenvolvimento biológico – a concepção, o desenvolvimento do feto e a primeira infância – e depois prossegue pela educação e pelas escolhas sociais e individuais e culminando na capacidade de estabelecer relações e alcançar os mais variados objetivos. Depois de um período de vida normal, termina com a morte natural. O desperdício dos investimentos criativos naturais e humanos que constituem a história de uma vida normal ocorre quando essa progressão normal se vê frustrada pela morte, prematura ou não. Quanto lamentável isso é, porém – o tamanho da frustração -, depende da fase da vida em que ocorre, pois a frustração é maior se a morte ocorrer depois que a pessoa tiver feito um investimento pessoal significativo em sua própria vida, e menor se ocorrer depois que algum investimento tiver sido substancialmente concretizado, ou tão substancialmente concretizado quanto poderia ter sido. (p. 122)

26. Sucede que – este o fiat lux da controvérsia - a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento. Transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um

processo que deságue, justamente, no indivíduo-pessoa. Caso do embrião e do feto, segundo a humanitária diretriz de que a eminência da embocadura ou apogeu do ciclo biológico justifica a tutela das respectivas etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, “desde a concepção, os direitos do nascituro” (do latim “nasciturus”); que são direitos de quem se encontre a caminho do nascimento. Se se prefere - considerado o fato de que o fenômeno da concepção já não é exclusivamente intra-corpóreo -, direitos para cujo desfrute se faz necessário um vínculo operacional entre a fertilização do óvulo feminino e a virtualidade para avançar na trilha do nascimento. Pois essa aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de “nascituro”. Categoria exclusivamente jurídica, porquanto não-versada pelas ciências médicas e biológicas, e assim conceituada pelo civilista Sílvio Rodrigues (in Direito Civil, ano de 2001, p. 36): “Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno”.

27. Igual proteção jurídica se encontra no relato do § 3º do art. 9º da Lei 9.434/97, segundo o qual “É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à saúde do feto” (negritos à parte). Além, é claro, da norma penal de criminalização do aborto (arts. 123 a 127 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com as exceções dos incisos I e II do art. 128, a saber: “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (aborto terapêutico); se “a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante, ou, quando incapaz, de seu representante legal” (aborto sentimental ou compassivo). Dupla referência legal ao vocábulo “gestante” para evidenciar que o bem jurídico a tutelar contra o aborto é um organismo ou entidade pré-natal, quer em estado embrionário, quer em estado fetal, mas sempre no interior do corpo feminino. Não em placa de Petri, cilindro metálico ou qualquer outro recipiente mecânico de embriões que não precisaram de intercurso sexual para eclodir.

28. Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea a do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana. Mas um mutismo hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária ou usual,

até porque, segundo recorda Sérgio da Silva Mendes, houve tentativa de se embutir na Lei Maior da República a proteção ao ser humano desde a sua concepção. É o que o que noticiam os anais da Assembleia Nacional Constituinte de 1986/1987, assim invocados por ele, Sérgio da Silva Mendes (mestre em Direito e doutorando em filosofia pela Universidade Gama Filho - RJ): “O positivismo-lógico apela para os métodos tradicionais de interpretação, entre eles o da vontade do legislador. A averiguação, se não vinculante, ao menos conduz a hermenêutica sobre caminhos objetiváveis. A primeira sugestão na Constituinte acerca da matéria foi feita no capítulo DA FAMÍLIA, com a seguinte preocupação: ‘sugere normas de proteção à vida desde sua concepção’. Sugestão de nº 421, de 7 de abril de 1987, feita pelo então parlamentar Carlos Virgílio, porém avaliada como não convincente o bastante para figurar no corpo normativo da Constituição.

29. Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose. O sufixo grego “meta” a significar, aqui, uma mudança tal de estado que implica um ir além de si mesmo para se tornar um outro ser. Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”. Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte. Parte de algo e um algo à parte. Um microcosmo, então, a se pôr como “a medida de todas as coisas”, na sempre atual proposição filosófica de Protágoras (485/410 a.c.) e a servir de inspiração para os compositores brasileiros Tom-Zé e Ana Carolina afirmarem que “O homem é sozinho a casa da humanidade”. E Fernando Pessoa dizer, no imortal poema “TABACARIA”:

Não sou nada.
Nunca serei nada.
Não posso querer ser nada.
À parte disso, tenho em mim
todos os sonhos do mundo.

30. Por este visual das coisas, não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de

cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste. Tal como se dá com a desconcertante aritmética do amor: um mais um, igual a um, segundo figuração que se atribui à inspirada pena de Jean Paul Sartre.

31. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de “célula-ovo” ou “célula-mãe”, em português, e de “célula-madre”, em castelhano). Realidade seminal que encerra o nosso mais rudimentar ou originário ponto de partida. Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma realidade distinta daquela constitutiva da pessoa física ou natural; não por efeito de uma unânime ou sequer majoritária convicção metafísica (esfera cognitiva em que o assunto parece condenado à aporia ou indecidibilidade), mas porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Convenhamos: Deus fecunda a madrugada para o parto diário do sol, mas nem a madrugada é o sol, nem o sol é a madrugada. Não há processo judicial contencioso sem um pedido inicial de prolação de sentença ou acórdão, mas nenhum acórdão ou sentença judicial se confunde com aquele originário pedido. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo. Espécie de efeito sem causa, normativamente falando, ou positivação de uma fundamental dicotomia entre dois planos de realidade: o da vida humana intrauterina e o da vida para além dos escaninhos do útero materno, tudo perfeitamente de acordo com a festejada proposição kelseniana de que o Direito tem a propriedade de construir suas próprias realidades

32. Verdade que a Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere. Nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito, justamente, das ciências médicas e biológicas. Significado que desponta no glossário que se lê às pp. 18/19 da coletânea que a editora Atheneu fez publicar, no recente ano de 2006, com o nome de “Células-tronco, A Nova Fronteira de Medicina” (já o dissemos em nota de rodapé), sob a coordenação dos professores Marco Antonio Zago e Dimas Tadeu Covas Glossário que reproduzo nos seguintes verbetes:

Célula-tronco embrionária: Tipo de célula tronco pluripotente (capaz de originar todos os tecidos de um indivíduo adulto) que cresce in vitro na forma de linhagens celulares derivadas de embriões humanos”; “Célula-tronco adulta: Tipo de célula-tronco obtida de tecidos após a fase embrionária (feto, recém-nascido, adulto).

As células-tronco adultas até agora isoladas em humanos são tecido-específicas, ou seja, têm capacidade de diferenciação limitada a um único

tipo de tecido ou a alguns poucos tecidos relacionados”; “Embrião: O ser humano nas primeiras fases de desenvolvimento, isto é, do fim da segunda até o final da oitava semana, quando termina a morfogênese geral”; “Feto: Organismo humano em desenvolvimento, no período que vai da nona semana de gestação ao nascimento.

33. Retomo a tarefa de dissecar a lei para deixar ainda mais explicitado que os embriões a que ela se refere são aqueles derivados de uma fertilização que se obtém sem o conúbio ou acasalamento humano. Fora da relação sexual. Do lado externo do corpo da mulher, então, e do lado de dentro de provetas ou tubos de ensaio. “Fertilização in vitro”, tanto na expressão vocabular do diploma legal quanto das ciências médicas e biológicas, no curso de procedimentos de procriação humana assistida. Numa frase, concepção artificial ou em laboratório, ainda numa quadra em que deixam de coincidir os fenômenos da fecundação de um determinado óvulo e a respectiva gravidez humana. A primeira, já existente (a fecundação), mas não a segunda (a gravidez). Logo, particularizado caso de um embrião que, além de produzido sem cópula humana, não se faz acompanhar de uma concreta gestação feminina. Onde a proposição de que, se toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana. Situação em que também deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino.

34. Acontece – insistimos na anotação - que o emprego de tais células-tronco embrionárias para os fins da Lei de Biossegurança tem entre os seus requisitos a expressa autorização do casal produtor do espermatozoide e do óvulo afinal fecundado. Fecundado em laboratório ou por um modo artificial – também já foi ressaltado - mas sem que os respectivos doadores se disponham a assumi-los como experimento de procriação própria, ou alheia. Pelo que não se cuida de interromper gravidez humana, pois assim como nenhuma mulher se acha “mais ou menos grávida” (a gravidez é radical, no sentido de que, ou já é fato consumado, ou dela não se pode cogitar), também assim nenhum espécime feminino engravida à distância. Por controle remoto: o embrião do lado de lá do corpo, em tubo de ensaio ou coisa que o valha, e a gravidez do lado de cá da mulher. Com o que deixa de haver o pressuposto de incidência das normas penais criminalizadoras do aborto (até porque positivadas em época (1940) muito anterior às teorias e técnicas de fertilização humana in vitro).

35. Nesse ritmo argumentativo, diga-se bem mais: não se trata sequer de interromper uma producente trajetória extrauterina do material constituído e acondicionado em tubo de ensaio, simplesmente porque esse modo de irromper em laboratório e permanecer confinado in vitro é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Impossível de um reprodutivo “desenvolvimento contínuo”, ao contrário, data venia, da afirmação textualmente feita na petição inicial da presente ação. Equivale a dizer, o zigoto assim extra-corporalmente produzido e

também extra-corporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária que, em termos de uma hipotética gestação humana, corresponde ao ditado popular de que “uma andorinha só não faz verão”. Pois o certo é que, à falta do húmus ou da constitutiva ambiência orgânica do corpo feminino, o óvulo já fecundado, mas em estado de congelamento, estaca na sua própria linha de partida genética. Não tem como alcançar a fase que, na mulher grávida, corresponde àquela “nidação” que já é a ante-salado feto. Mas é embrião que conserva, pelo menos durante algum tempo, a totipotência para se diferenciar em outro tecido (inclusive neurônios) que nenhuma célula-tronco adulta parece deter. Daí o sentido irrecusavelmente instrumental ou utilitário da Lei de Biossegurança em sede científico-terapêutica, melhor compreendido a partir das seguintes lucubrações de Marco Antonio Zago (ainda uma vez citado):

Apesar da grande diversidade de células que podem ser reconhecidas em tecidos adultos, todas derivam de uma única célula-ovo, após a fecundação de um óvulo por um espermatozoide. Essa única célula tem, pois, a propriedade de formar todos os tecidos do indivíduo adulto. Inicialmente, essa célula totipotente divide-se formando células idênticas, mas, muito precocemente na formação do embrião, os diferentes grupos celulares vão adquirindo características especializadas e, ao mesmo tempo, vão restringindo sua capacidade de diferenciação. (ob. cit., pp. 3 e 4, sem destaque no original).

36. Convém repetir, com ligeiro acréscimo de ideias. O embrião viável (viável para reprodução humana, lógico), desde que obtido por manipulação humana e depois aprisionado in vitro, empaca nos primeiros degraus do que seria sua evolução genética. Isto por se achar impossibilitado de experimentar as metamorfoses de hominização que adviriam de sua eventual nidação. Nidação, como sabido, que já é a fase de implantação do zigoto no endométrio ou parede do útero, na perspectiva de sua mutação em feto. Dando-se que, no materno e criativo aconchego do útero, o processo reprodutivo é da espécie evolutiva ou de progressivo fazimento de uma nova pessoa humana; ao passo que, lá, na gélida solidão do confinamento in vitro, o que se tem é um quadro geneticamente contido do embrião, ou, pior ainda, um processo que tende a ser estacionário-degenerativo, se considerada uma das possibilidades biológicas com que a própria lei trabalhou: o risco da gradativa perda da capacidade reprodutiva e quiçá da totipotência do embrião que ultrapassa um certo período de congelamento (congelamento que se faz entre três e cinco dias da fecundação). Onde, em boa medida, as seguintes declarações dos doutores Ricardo Ribeiro dos Santos e Patrícia Helena Lucas Pranke, respectivamente (fls. 963 e 929):

A técnica do congelamento degrada os embriões, diminui a viabilidade desses embriões para o implante; para dar um ser vivo completo (...). A viabilidade de embriões congelados há mais de três anos é muito baixa. Praticamente nula”; “Teoricamente, podemos dizer que, em alguns casos, como na categoria D, o próprio congelamento acaba por destruir o embrião,

do ponto de vista da viabilidade de ele se transformar em embrião. Para pesquisa, as células estão vivas; então, para pesquisa, esses embriões são viáveis, mas não para a fecundação.

37. Afirme-se, pois, e de uma vez por todas, que a Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não é isso. O que autoriza a lei é um procedimento externa-corporis: pinçar de embrião ou embriões humanos, obtidos artificialmente e acondicionados in vitro, células que, presumivelmente dotadas de potência máxima para se diferenciar em outras células e até produzir cópias idênticas a si mesmas (fenômeno da “auto-replicação”), poderiam experimentar com o tempo o risco de uma mutação redutora dessa capacidade ímpar. Com o que transitariam do não-aproveitamento reprodutivo para a sua relativa descaracterização como tecido totipotente e daí para o descarte puro e simples como dejetos clínicos ou hospitalares. Dejetos tanto mais numericamente incontroláveis quanto inexistentes os referidos bancos de dados sobre as atividades de reprodução humana assistida e seus produtos finais.

38. Se a realidade é essa, ou seja, se o tipo de embrião a que se refere a lei não precisa da cópula humana nem do corpo feminino para acontecer como entidade biológica ou material genético (embrião que nem saiu de dentro da mulher nem no corpo feminino vai ser introduzido), penso que uma pergunta se impõe ao equacionamento jurídico da controvérsia nodular que permeia o presente feito. Ei-la: há base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou in vitro? Casal que não consegue procriar pelo método convencional do coito? Respondo que sim, e é sem nenhuma hesitação que o faço.

39. Deveras, os artigos 226 e seguintes da Constituição brasileira dispõem que o homem e a mulher, seja pelo casamento civil, seja pela união estável, são as células formadoras dessa fundamental instituição que atende pelo nome de “família”. Família de pronto qualificada como “base da sociedade” e merecedora da “proteção especial do Estado” (caput do artigo 226). Família, ainda, que se expande com a chegada dos filhos, referidos 12 vezes, ora por forma direta, ora por forma indireta, nos artigos constitucionais de n.ºs. 226, 227 e 229. Mas que não deixa de existir quando formada apenas por um dos pais e seus descendentes (§ 4º do art. 226), situação em que passa a receber a alcunha de monoparental. Sucedendo que, nesse mesmo conjunto normativo, o Magno Texto Federal passa a dispor sobre a figura do “planejamento familiar”. Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo 226, negritos à parte). Donde a intelecção de que:

I - dispor sobre o tamanho de sua família e possibilidade de sustentá-la materialmente, tanto quanto de assisti-la física e amorosamente, é modalidade de decisão a ser tomada pelo casal. Mas decisão tão voluntária quanto responsabilmente tomada, tendo como primeiro e explícito suporte o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art.5º); II – princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, esse, que opera por modo binário ou dual. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade ou esfera de privacidade decisória. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva.

40. Dá-se que essa figura jurídico constitucional do planejamento familiar para o exercício de uma paternidade responsável é ainda servida pela parte final do dispositivo sob comento (inciso 7º do artigo 226), que impõe ao Estado o dever de “propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito” (direito ao planejamento familiar com paternidade responsável, repise-se), “vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais e privadas” (original sem destaque).

41. O que agora se tem, por conseguinte, já é o Poder Público tão proibido de se contrapor à autonomia de vontade decisória do casal quanto obrigado a se postar como aparelho de suprimento dos meios educacionais e científicos para o mais desembaraçado e eficaz desfrute daquela situação jurídica ativa ou direito público subjetivo a um planejamento familiar que se volte para a concreta assunção da mais responsável paternidade. Sendo certo que:

I - a fertilização in vitro é peculiarizado meio ou recurso científico a serviço da ampliação da família como entidade digna da “especial proteção do Estado” (base que é de toda a sociedade); II - não importa, para o Direito, o processo pelo qual se viabilize a fertilização do óvulo feminino (se natural o processo, se artificial). O que importa é possibilitar ao casal superar os percalços de sua concreta infertilidade, e, assim, contribuir para a perpetuação da espécie humana. Experimentando, de conseguinte, o êxtase do amor-a-dois na paternidade responsável.

42. Uma segunda pergunta ainda me parece imprescindível para a formatação do equacionamento jurídico-constitucional da presente ação. Formula-a nos seguintes termos: se é legítimo o apelo do casal a processos de assistida procriação humana in vitro, fica ele obrigado ao aproveitamento reprodutivo de todos os óvulos eventualmente fecundados? Mais claramente falando: o recurso a processos de fertilização artificial implica o dever da tentativa de nidacão no corpo da mulher produtora dos óvulos afinal fecundados? Todos eles? Mesmo que sejam 5, 6, 10? Pergunta que se impõe, já se vê, pela consideração de que os procedimentos de procriação assistida não têm como deixar de experimentar todos os óvulos eventualmente produzidos pela doadora e delas retirados no curso de um mesmo período mensal, após indução por injeções de hormônios. Coleta e experimento que

se impõem para evitar novas práticas invasivas (incômodas, custosas, arriscadas) do corpo da mulher em curto espaço de tempo.

43. Minha resposta, no ponto, é rotundamente negativa. Não existe esse dever do casal, seja porque não imposto por nenhuma lei brasileira (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, reza o inciso II do art. 5º da Constituição Federal), seja porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Planejamento que só pode significar a projeção de um número de filhos pari passu com as possibilidades econômico-financeiras do casal e sua disponibilidade de tempo e afeto para educá-los na senda do que a Constituição mesma sintetiza com esta enfática proclamação axiológica: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (sem negrito e sub-linha, no texto original).

44. Recolocando a ideia, planejamento familiar que se traduza em paternidade responsável é, entre outras coisas, a projeção de uma prole em número compatível com as efetivas possibilidades materiais e disponibilidades físico-amorosas dos pais. Tudo para que eles, os pais, sem jamais perder de vista o horizonte axiológico do citado art. 205 da Constituição, ainda possam concretizar um outro conjunto de desígnios igualmente constitucionais: o conjunto do artigo 227, impositivo do dever de “assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

45. Tudo isto, em verdade, tenho como inexcedível modelo jurídico de planejamento familiar para o concreto exercício de uma paternidade ou procriação responsável. Modelo concebido diretamente pela Constituição brasileira, de que este Supremo Tribunal Federal é o guardião-mor. Despontando claro que se trata de paradigma perfeitamente rimado com a tese de que não se pode compelir nenhum casal ao pleno aproveitamento de todos os embriões sobejantes (“excedentários”) dos respectivos propósitos reprodutivos. Até porque tal aproveitamento, à revelia do casal, seria extremamente perigoso para a vida da mulher que passasse pela desdita de uma compulsiva nidação de grande número de embriões (a gestante a ter que aceitar verdadeira ninhada de filhos de uma só vez). Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição, literis: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Sem meias palavras, tal nidação compulsória corresponderia a impor às mulheres a tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou

companheiros, na contramão do notável avanço cultural que se contém na máxima de que “o grau de civilização de um povo se mede pelo grau de liberdade da mulher”.

46. Por outro aspecto, importa reconhecer que na base dessa ausência do dever legal de aproveitamento de grande quantidade de embriões in vitro está o fato de que tais embriões não mantêm com as pessoas de cujo material biológico provieram o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que sói acontecer com o zigoto convencional. Vale dizer, a identidade física, psicológica e amorosa do casal, especialmente a identidade da mulher, é compreensivelmente maior com o zigoto in natura ou não artificial. Com o corpo que se vai formando no interior de outro corpo, de maneira a criar para a gestante (falo a partir do que ordinariamente ocorre nas gestações voluntárias) toda uma diáfana atmosfera de expectativas, sonhos, planos, desejos, risos, cuidados, sustos, apreensões e dores que a poeta Adriene Rich assim traduziu em relato da professora Catharine MackKinnon, da Faculdade de Direito de Michigan:

A criança que trago comigo
durante nove meses não pode ser definida
nem como eu nem como não-eu.

47. É o trecho que se divisa às pp. 77 do mencionado livro “Domínio da Vida”. Mesma página em que o próprio Dworkin retoma o testemunho de Adriene Rich para dizer que:

Ao ignorar a natureza única da relação entre a mulher grávida e o feto, negligenciar a perspectiva da mãe e comparar sua situação à do proprietário de um imóvel ou à de uma mulher ligada a um violinista, a afirmação da privacidade obscurece, em particular, o especial papel criativo da mulher durante a gravidez. Seu feto não está meramente ‘dentro’ dela como poderia estar um objeto inanimado, ou alguma coisa viva mas estranha que tivesse sido transplantada para o seu corpo ‘dela’, e é dela mais do que de qualquer outra pessoa” porque é, porque ela fez com que se tornasse vivo. Ela já fez um intenso investimento físico e emocional nele, diferente do que qualquer outra pessoa possa ter feito, inclusive o pai; por causa dessas ligações físicas e emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está [...].

48. Realmente, o feto é organismo que para continuar vivo precisa da continuidade da vida da gestante. Não subsiste por conta própria, senão por um átimo. Cresce dentro de um corpo que também cresce com ele. Pulsa em par com outra pulsação e respira igualmente a dois. Não sabe o que é solidão, porque desmente a lei da Física de que dois corpos não podem ocupar ao mesmo tempo o mesmo espaço. Se desde os seus primeiros sinais de formação neural já reconhece a voz e o riso de

quem o transporta e alimenta, quem o transporta e alimenta fica para sempre com o seu retrato sentimental na parede do útero. Impossível esquecê-lo! Se o homem esgota o seu constitutivo papel na formação de um novo ser com o ato em si da produção do sêmen fecundante, a mulher não exaure esse papel com a produção do óvulo fecundado. Esse ovócito ou célula-ovo é apenas o início de uma trajetória intestinal que tanto pode dar no esplendor da vida cá de fora, passando pelo útero, naturalmente, como acabar na escuridão de uma urna mortuária (“o absoluto e terrível colapso da luz”, na precisa metáfora do mesmo Ronald Dworkin, página 280 do seu precioso livro). Se a partir de um certo período de vida o feto experimenta o que os teólogos chamam de animação ou presença da alma, essa alma se junta à da parturiente para um tipo de coabitação tão inescapável quanto aquela de ordem corporal. Duas almas vizinhas de porta, no interior de uma só casa maternal. Não dá, então, pra fazer comparação com um tipo de embrião que tem sua dignidade intrínseca, reafirme-se, mas embrião irrompido à distância e que nenhuma chance tem de se aproximar daquela que o tornaria um filho, e ele a ela, mãe. Proximidade que seria até bem mais do que um estar ali do lado, fisicamente, para se tornar um estar aqui por dentro, amorosamente. Mas um dentro tão misteriosamente incomensurável quanto intimista, que ser voluntariamente mãe é esse dom de fazer o seu ventre do tamanho do mundo e no entanto colocar esse mundo na palma da sua mão.

49. Entenda-se bem: o vislumbre da maternidade como realização de um projeto de vida é o ponto mais estratégico de toda a trajetória humana. É ele que verdadeiramente assegura a consciente busca da perpetuação da espécie. Por isso que nesse preciso lapso temporal a gestante ama a sua criatura com as forças todas do seu extático ser. Ama na totalidade do seu coração e da sua mente, dos seus órgãos e vísceras, instintos e sensações. Monumentaliza por tal forma esse amor que se torna a encarnação dele. O amor a tomar o lugar dela, gestante, arrebatando-a de si mesma no curso de um processo em que já não há senão o amor a comandar objetivamente as coisas e a fluir por conta própria. Sem divisão. Sem ninguém no comando. Livre de qualquer vontade em sentido psicológico, assim como acontece com a circulação do sangue em nossas veias e a corrente dos rios em direção da sua sempre receptiva embocadura (o rio se entrega ao mar por inteiro e a cada instante, e ainda agradecido por viver assim de se entregar).

50. São dois fenômenos concomitantes ou com presentes, mas de caráter distinto. Um é a gestação em si, como elemento ou objetivo dado da natureza. Investimento que a natureza faz em um novo exemplar do mais refinado espécime do mundo animal, que é o ser humano. Outro é a maternidade consentida, como subjetivo dado do mais profundo benquerer. Investimento que uma criatura humana faz em outra, planejada ou assumidamente, e que o Direito sobre valor como expressão da paternidade responsável (§ 7º do art. 226 da Constituição, relembre-se). Ali, um criativo investimento de ordem física. Aqui, um criativo investimento de ordem ao mesmo tempo física, psicológica e afetiva. Anímica, verdadeiramente.

51. Passa por este ponto de inflexão hermenêutica, certamente, uma das razões pelas quais o sempre lúcido ministro Celso de Mello assentou que a presente ADIN é a causa mais importante da história deste Supremo Tribunal Federal (ao que se sabe, é a primeira vez que um Tribunal Constitucional enfrenta a questão do uso científico-terapêutico de células-tronco embrionárias). Causa cujo desfecho é de interesse de toda a humanidade. Causa ou processo que torna, mais que todos os outros, esta nossa Corte Constitucional uma casa de fazer destino. Pois o que está em debate é mais que a natureza da concepção ou do biológico início do homo sapiens. Mais do que a precisa conceituação jurídica de pessoa humana, da procriação responsável e dos valores constitucionais da saúde e da liberdade de expressão científica. Tudo isso é muito, muito mesmo, porém ainda não é tudo. É também preciso pôr como alvo da nossa investigação de Direito Positivo a natureza mesma da maternidade. Essa disposição de gerar um novo ser dentro de si que é total disponibilidade para acolhê-lo como parte essencial de uma família e de toda a existência (categoria inda maior que a de sociedade). Pelo que a interpretação do Direito não tem como deixar de valorá-la como a parte mais criativa de todo o processo gestacional. O hermeneuta a se render à evidência de que maternidade assumida e amor absoluto se interpenetram para agir como elemento complementar da formação psicofísica e anímica de uma nova criatura, envolvendo-a na mais arejada atmosfera de empatia com o mundo cá de fora (nas barrigas ditas “de aluguel”, por exemplo, é de se presumir que a gestação não se faça acompanhar da maternidade como categoria de um estruturante benquerer). Tirante, claro, situações em que a própria natureza é que incide em anomalias ou desvarios, falhando no aporte de sua peculiar contribuição para a saúde físico-mental de um ser em estado pré-natal.

52. É o que tenho como suficiente para, numa segunda síntese, formular os seguintes juízos de validade constitucional:

I – a decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como direito ao planejamento familiar, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável;

II - a opção do casal por um processo in vitro de fecundação de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para ele o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.

53. Remarco a tessitura do raciocínio: se todo casal tem o direito de procriar; se esse direito pode passar por sucessivos testes de fecundação in vitro; se é da contingência do cultivo ou testes in vitro a produção de embriões em número superior à disposição do casal para aproveitá-los procriativamente; se não existe, enfim, o dever legal do casal quanto a esse cabal aproveitamento genético, então as

alternativas que restavam à Lei de Biossegurança eram somente estas: a primeira, condenar os embriões à perpetuidade da pena de prisão em congelados tubos de ensaio; a segunda, deixar que os estabelecimentos médicos de procriação assistida prosseguissem em sua faina de jogar no lixo tudo quanto fosse embrião não-requestado para o fim de procriação humana; a terceira opção estaria, exatamente, na autorização que fez o art. 5º da Lei. Mas uma autorização que se fez debaixo de judiciosos parâmetros, sem cujo atendimento o embrião in vitro passa a gozar de inviolabilidade ontológica até então não explicitamente assegurada por nenhum diploma legal (pensasse mais na autorização que a lei veiculou do que no modo necessário, adequado e proporcional como o fez). Por isso que o chanceler, professor e jurista Celso Lafer encaminhou carta à ministra Ellen Gracie, presidente desta nossa Corte, para sustentar que os controles estabelecidos pela Lei de Biossegurança “conciliam adequadamente os valores envolvidos, possibilitando os avanços da ciência em defesa da vida e o respeito aos padrões éticos de nossa sociedade”.

54. Há mais o que dizer. Trata-se de uma opção legal que segue na mesma trilha da comentada Lei 9.434/97, pois o fato é que um e outro diploma normativo se dessedentaram na mesma fonte: o § 4º do art. 199 da Constituição Federal, assim literalmente posto:

A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, vedado todo tipo de comercialização.

55. Providencial regra constitucional, essa, que, sob inspiração nitidamente fraternal ou solidária, transfere para a lei ordinária a possibilidade de sair em socorro daquilo que mais importa para cada indivíduo: a preservação de sua própria saúde, primeira das condições de qualificação e continuidade de sua vida. Regra constitucional que abarca, no seu raio pessoal de incidência, assim doadores vivos como pessoas já falecidas. Por isso que a Lei nº 9.434, na parte que interessa ao desfecho desta causa, dispôs que a morte encefálica é o marco da cessação da vida de qualquer pessoa física ou natural. Ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas; isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras “desta vida de aquém-túmulo”, como diria o poeta Mario de Andrade. Confira-se o texto legal:

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

56. O paralelo com o art. 5º Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por consequência, não existe nem mesmo como potencialidade. Pelo que não se pode sequer cogitar da distinção aristotélica entre ato e potência, porque, se o embrião in vitro é algo valioso por si mesmo, se permanecer assim inescapavelmente confinado é algo que jamais será alguém. Não tem como atrair para sua causa a essencial configuração jurídica da maternidade nem se dotar do substrato neural que, no fundo, é a razão de ser da atribuição de uma personalidade jurídica ao nativo.

57. O paralelo é mesmo este: diante da constatação médica de morte encefálica, a lei dá por finda a personalidade humana, decretando e simultaneamente executando a pena capital de tudo o mais. A vida tão-só e irreversivelmente assegurada por aparelhos já não conta, porque definitivamente apartada da pessoa a que pertencia (a pessoa já se foi, juridicamente, enquanto a vida exclusivamente induzida teima em ficar). E já não conta, pela inescandível realidade de que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, ergo sum, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano. Donde até mesmo se presumir que sem ele, aparato neural, a própria alma já não tem como cumprir as funções e finalidades a que se preordenou como hóspede desse ou daquele corpo humano. Em suma, e já agora não mais por modo conceitualmente provisório, porém definitivo, vida humana já rematadamente adornada com o atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte cerebral.

58. Já diante de um embrião rigorosamente situado nos marcos do art. 5º da Lei de Biossegurança, o que se tem? Uma vida vegetativa que se antecipa a do cérebro. O cérebro ainda não chegou, a maternidade também não, nenhum dos dois vai chegar nunca, mas nem por isso algo oriundo da fusão do material coletado em dois seres humanos deixa de existir no interior de cilíndricos e congelados tubos de ensaio. Não deixa de existir pulsantemente (o ser das coisas é o movimento, assentou Heráclito), mas sem a menor possibilidade de caminhar na transformadora direção de uma pessoa natural. A única trilha que se lhe abre é a do desperdício do seu acreditado poder de recuperar a saúde e até salvar a vida de pessoas, agora sim, tão cerebradas quanto em carne e osso, músculos, sangue, nervos e cartilagens, a repartir com familiares, médicos e amigos as limitações, dores e desesperanças de uma vida que muitas vezes tem tudo para ser venturosa e que não é. Donde a inevitabilidade da conclusão de que a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião in vitro, menos ainda um frio assassinato, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam

levar à superação do infortúnio alheio. Um olhar mais atento para os explícitos dizeres de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça” como valores supremos de uma sociedade mais que tudo “fraterna”. O que já significa incorporar às imperecíveis conquistas do constitucionalismo liberal e social o advento do constitucionalismo fraternal, tendo por finalidade específica ou valor fundante a integração comunitária. Que é vida em comunidade (de comum unidade), a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade. Trajetória do Constitucionalismo que bem se retrata no inciso I do art. 3º da nossa Constituição, verbis: “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

59. Como o juiz não deve se resignar em ser uma traça ou ácaro de processo, mas um ser do mundo, abro as minhas vistas para o cotidiano existencial do País e o que se me depara? Pessoas como Isabel Fillardis, fundadora de duas ONGs e conhecida atriz da Rede Globo de Televisão, a falar assim da síndrome neurológica de que padece o seu filhinho Jamal, de quatro anos de idade: “O Jamal tem West, uma síndrome neurológica degenerativa, que provoca crises compulsivas capazes de destruir áreas do cérebro. Quando você se depara com uma questão como essa, a primeira preocupação vai além do diagnóstico: o pai quer saber se o filho vai morrer ou será dado como louco. Ele chegou a ter 15 crises num dia. Comecei uma corrida contra o tempo, até achar a medicação própria para interromper as crises. Esse é um tempo de incerteza, que no nosso caso perdurou pelos dois primeiros anos de vida. É impossível não questionar a vida” (Correio Braziliense, “Revista do Correio”, 27 de janeiro de 2008, ano 3, número 141, p. 32).

60. Assim também o conhecido jornalista e escritor Diogo Mainardi, a prestar depoimento sobre um pequeno filho com paralisia cerebral. Leia-se: “A paralisia cerebral é uma anomalia motora. Meu filho anda errado, pega errado, fala errado. Quando é para soltar um músculo, ele contrai. Quando é para contrair, ele solta. O cérebro dá uma ordem, o corpo desobedece. É o motim do corpo contra o cérebro”. E depois de descrever os duros testes de fisioterapia a que sua criança tem que se submeter, arremata o testemunho com esta frase em que a profundidade poética só não é maior do que a profundidade amorosa: “Meu filho nunca se interessou por trens elétricos. Mas ele tem um Grande Botão Vermelho conectado em mim. Ele me liga e desliga quando quer. E me faz mudar de trilho, soltar fumaça, apitar” (revista “Veja”, editora Abril, 7 de março de 2007, p. 115).

61. Chego a uma terceira síntese parcial: se à lei ordinária é permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma dada pessoa humana; se já está assim positivamente regrado que a morte encefálica é o preciso ponto terminal da personalizada existência humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e tratamento; se, enfim, o embrião humano a que se reporta o art. 5º da Lei de Biossegurança

constitui-se num ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, então a afirmação de incompatibilidade deste último diploma legal com a Constituição é de ser plena e prontamente rechaçada. É afirmativa inteiramente órfã de suporte jurídico-positivo, sem embargo da inquestionável pureza de propósitos e da franca honestidade intelectual dos que a fazem.

62. Como se não bastasse toda essa fundamentação em desfavor da procedência da ADIN sob iudice, trago à ribalta mais uma invocação de ordem constitucional. É que o referido § 4º do art. 199 da Constituição faz parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à “SAÚDE” (Seção II do Capítulo II do Título VIII). Saúde já precedentemente positivada como o primeiro dos direitos sociais de natureza fundamental, a teor do art. 6º, e também como o primeiro dos direitos constitutivos da seguridade social, conforme a cabeça do artigo constitucional de nº 194. Mais ainda, saúde que é “direito de todos e dever do Estado” (caput do art. 196 da Constituição), garantida mediante ações e serviços de pronto qualificados como “de relevância pública” (parte inicial do art. 197). Com o que se tem o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência. No caso, ciências médicas, biológicas e correlatas, diretamente postas pela Constituição a serviço desse bem inestimável do indivíduo que é a sua própria higidez físico-mental. Sendo de todo importante pontuar que o termo “ciência”, já agora por qualquer de suas modalidades e enquanto atividade individual, também faz parte do catálogo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Confira-se:

Art. 5º.
(...)
IX – é livre a expressão da
atividade intelectual, artística,
científica e de comunicação.

63. E aqui devo pontuar que essa liberdade de expressão é clássico direito constitucional-civil ou genuíno direito de personalidade, oponível sobretudo ao próprio Estado, por corresponder à vocação de certas pessoas para qualquer das quatro atividades listadas. Vocação para misteres a um só tempo qualificadores do indivíduo e de toda a coletividade. Por isso que exigentes do máximo de proteção jurídica, até como signo de vida em comum civilizada. Alto padrão de cultura jurídica de um povo.

64. Acresce que o substantivo “expressão”, especificamente referido à atividade científica, é vocábulo que se orna dos seguintes significados: primeiramente, a liberdade de tessitura ou de elaboração do conhecimento científico em si; depois disso, igual liberdade de promover a respectiva enunciação para além das fronteiras do puro psiquismo desse ou daquele sujeito cognoscente. Vale dizer, direito que implica um objetivo subir à tona ou vir a lume de tudo quanto pesquisado, testado e comprovado em sede de investigação científica.

65. Tão qualificadora do indivíduo e da sociedade é essa vocação para os misteres da Ciência que a Constituição mesma abre todo um destacado capítulo para dela, Ciência, cuidar por modo superlativamente prezável. É o capítulo de nº IV do título VIII, que principia com a peregrina regra de que “O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas” (art. 218, caput). Regra de logo complementada com um preceito (§ 1º do mesmo art. 218) que tem tudo a ver com a autorização de que trata a cabeça do art. 5º da Lei de Biossegurança, pois assim redigido: “A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências”.

66. Sem maior esforço mental, percebe-se, nessas duas novas passagens normativas, o mais forte compromisso da Constituição-cidadã para com a Ciência enquanto ordem de conhecimento que se eleva à dimensão de sistema; ou seja, conjunto ordenado de um saber tão metodicamente obtido quanto objetivamente demonstrável. O oposto, portanto, do conhecimento aleatório, vulgar, arbitrário ou por qualquer forma insuscetível de objetiva comprovação.

67. Tem-se, neste lanço, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos (“Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento”, ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como “era do conhecimento”.

68. “Era do conhecimento”, ajunte-se, em benefício da saúde humana e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza, num contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões in vitro, significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam nas ânsias de um infortúnio que muitas vezes lhes parece maior que a ciência dos homens e a própria vontade de Deus. Onde a lancinante pergunta que fez uma garotinha brasileira de três anos, paraplégica, segundo relato da geneticista Mayana Zatz: - por que não abrem um buraco em minhas costas e põem dentro dele uma pilha, uma bateria, para que eu possa andar como as minhas bonecas?

69. Pergunta cuja carga de pungente perplexidade nos impele à formulação de outras inquições já situadas nos altiplanos de uma reflexão que nos cabe fazer com toda maturidade: deixar de atalhada ou mais rapidamente contribuir para devolver pessoas assim à plenitude da vida não soaria aos médicos, geneticistas e embriologistas como desumana omissão de socorro? Um triste concluir que no coração do Direito brasileiro já se instalou de vez “o monstro da indiferença” (Otto

Lara Resende)? Um atestado ou mesmo confissão de que o nosso Ordenamento Jurídico deixa de se colocar do lado dos que sofrem para se postar do lado do sofrimento? Ou, por outra, devolver à plenitude da vida pessoas que tanto sonham com pilhas nas costas não seria abrir para elas a fascinante experiência de um novo parto? Um heterodoxo parto pelos heterodoxos caminhos de uma célula-tronco embrionária que a Lei de Biossegurança pôs à disposição da Ciência? Disponibilizando para ela, Ciência, o que talvez seja o produto de sua mais requintada criação para fins humanitários e num contexto familiar de legítimo não aproveitamento de embriões in vitro? Situação em que se possibilita ao próprio embrião cumprir sua destinação de servir à espécie humana? Senão pela forja de uma vida estalando de nova (porque não mais possível), mas pela alternativa estrada do conferir sentido a milhões de vidas preexistentes? Pugnando pela subtração de todas elas às tenazes de uma morte muitas vezes tão iminente quanto não natural? Morte não-natural que é, por definição, a mais radical contraposição da vida? Essa vida de aquém-túmulo que bem pode ser uma dança, uma festa, uma celebração?

70. É assim ao influxo desse olhar pós positivista sobre o Direito brasileiro, olhar conciliatório do nosso Ordenamento com os imperativos de ética humanista e justiça material, que chego à fase da definitiva prolação do meu voto. Fazendo-o, acresço às três sínteses anteriores estes dois outros fundamentos constitucionais do direito à saúde e à livre expressão da atividade científica para julgar, como de fato julgo totalmente improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade. Não sem antes pedir todas as vênias deste mundo aos que pensam diferentemente, seja por convicção jurídica, ética, ou filosófica, seja por artigo de fé. É como voto.