
EFEITOS PATRIMONIAIS DO BIODIREITO COM RELAÇÃO AO NASCITURO E AO FILHO PÓSTUMO

*Guilherme Calmon Nogueira da Gama**

1. Biodireito e nova filiação; 2. Técnicas de reprodução assistida e filho póstumo; 3. Efeitos patrimoniais do biodireito quanto ao nascituro e ao filho póstumo.

1. BIODIREITO E NOVA FILIAÇÃO

Várias questões advindas dos avanços tecnológicos não são apenas objeto de preocupação no campo bioético, sendo fundamental a existência de determinadas regras de comportamento que devam ser dotadas dos atributos da obrigatoriedade, da generalidade, da coercibilidade e da imperatividade, gerando, assim, normas jurídicas, na construção do biodireito. Algumas cautelas se impõem. Não há como estabelecer regras rígidas sobre questões éticas da biotecnologia que não sejam objeto de moralidade universal, sendo que quanto àquelas que forem objeto de consenso ou de escolha – após debate plural, democrático e multidisciplinar -, deverão ser destacadas e regulamentadas de acordo com as opções realizadas levando em conta os valores éticos e culturais, mas sempre passíveis de alteração diante do próprio desenvolvimento e rápido avanço

* Mestre e Doutor em Direito Civil pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Civil da UERJ (Graduação e Pós-Graduação). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação da Universidade Gama Filho (RJ). Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª. Região.

das tecnologias e práticas da biologia e da medicina, daí a conveniência de nem sempre a cominação e aplicação de preceitos e sanções serem tão rígidas, havendo maior flexibilidade.

Nas palavras de Vicente Barretto, cuidando da possibilidade da existência de uma ordem jurídica fundada em valores universais no campo das ciências da vida, baseada na concepção filosófica de Immanuel Kant, *“o processo de transição das categorias éticas para a norma jurídica corre o risco (...) de transformar-se em dogmatismo moral, sendo necessário, para que isto não ocorra, o emprego de uma idéia que forneça as estruturas racionais necessárias para explicar e fundamentar o biodireito”*¹, sendo que tal idéia é o direito cosmopolita, apresentada por Kant. A noção de direito cosmopolita *“permite que se tenha uma leitura propriamente moral dos direitos humanos, podendo-se mesmo entender essa categoria de direitos como uma manifestação de valores éticos no sistema jurídico.”*² Os direitos humanos representam, assim, uma forma de moralidade, com base em uma fundamentação racional de uma determinada concepção ética da pessoa humana, da sociedade e do Estado. Kant observou que o direito cosmopolita é requisito indispensável para o pleno desenvolvimento da humanidade que, por sua vez, tem por referencial o aperfeiçoamento moral: *“O direito cosmopolita consiste, portanto, no tipo de norma que ultrapassa as comunidades nacionais e identifica-se como sendo a norma de uma comunidade planetária”*, representando a idéia racional de uma comunidade geral e pacífica de todas as nações da terra.

Na transição do Estado Liberal para o Estado Democrático e Social de Direito, na primeira metade do século XX, o rol dos direitos humanos se ampliou significativamente para além do direito de liberdade em suas várias manifestações em prol do indivíduo, incorporando outros direitos *“que têm a ver com a necessária correção das desigualdades sociais, econômicas e culturais encontradas na sociedade.”*³ No desenvolvimento do século XX, a história vivenciou acontecimentos que abalaram sobremaneira a noção do Estado de Direito – envolto no positivismo e na legalidade como dogmas absolutos -, no qual o direito (legislado) não

¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos. *Ethica Cadernos Acadêmicos*. v. 5. Rio de Janeiro, n. 1, 1998, p. 11.

² *Idem*, p. 12.

³ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 15.

conseguiu evitar as múltiplas e terríveis lesões sofridas pela humanidade, o que exigiu o resgate da noção a respeito das fontes legitimadoras do direito, com a necessária *restauração de parâmetros metalegais*. Assim, no campo biotecnológico, buscou-se inicialmente o reconhecimento de princípios que assegurassem a humanização do progresso científico e, desse modo, *“fixaram-se princípios de caráter moral abstrato, para logo em seguida, mesmo quando a questão ética não estava amadurecida, serem formuladas normas jurídicas, relativas às pesquisas e tecnologias biológicas.”*⁴ Notou-se, no entanto, descompasso entre os valores éticos e a normatização jurídica, exigindo trabalho de elaboração de normas jurídicas que pudessem estar em harmonia e compasso com a formulação ética: *“essa linha de investigação permite que se utilize a idéia do direito cosmopolita como estrutura racional dentro da qual possam racionalmente justificar-se os valores, discutidos em função dos avanços das ciências biológicas, e em que medida poderão constituir-se nos fundamentos da ordem normativa do biodireito.”*⁵

O nascimento do biodireito, portanto, surge nessa época, com a reavaliação das primeiras e apressadas normas jurídicas elaboradas em alguns países. Outro ponto a ser destacado se relaciona à insuficiência do modelo tradicional de construção das normas jurídicas em questões atinentes aos avanços biocientíficos, considerando a própria velocidade e rapidez das pesquisas e descobertas biotecnológicas e de suas aplicações práticas, a demonstrar a inviabilidade de se juridicizarem – ao menos, através do modelo tradicional de formulação das normas comportamentais – determinados aspectos que, em tempo muito rápido, sofriam mudanças até então imprevisíveis, gerando um *vazio normativo*.

Há, atualmente, o reconhecimento de que a bioética extrapola os limites das ciências da biologia e da medicina, apresentando duas vertentes que devem ser conjugadas, e não consideradas isoladamente: *“de um lado, incorpora as novas formas de responsabilidade, principalmente a responsabilidade com as gerações futuras, como foram vistas por Hans Jonas; mas também aceita a idéia kantiana do respeito à pessoa e do*

⁴ *Idem*, p. 16-17. Como bem observou Vicente de Paulo BARRETTO, “... legislou-se sobre a pesquisa e as tecnologias de forma impulsiva, procurando-se resolver situações pontuais e não estabelecer normas jurídicas gerais.” (p. 30)

⁵ *Idem*, p. 17.

*respeito ao conhecimento.*⁶ Assim, os fundamentos da bioética se vinculam, simultaneamente, ao reconhecimento dos direitos da pessoa humana – nos termos do pensamento liberal, como limites à atuação do Estado e das outras pessoas⁷ -, e das responsabilidades das pessoas não apenas no que toca às conseqüências imediatas mas principalmente no que se refere aos efeitos futuros: *“trata-se, portanto, de construir uma ética que irá materializar-se em novas responsabilidades.*⁸ Desse modo, os temas da bioética ultrapassam suas fronteiras iniciais – relacionadas aos médicos e pacientes, aos laboratórios de pesquisa, aos hospitais e clínicas – para serem objeto de debate na sociedade democraticamente organizada, pois tocam imediatamente com questões atinentes à sobrevivência da humanidade, e por cuidar de *“liberdades, direitos e deveres da pessoa, da sociedade e do Estado, a bioética transformou-se na mais recente fonte de direitos humanos.*⁹ Daí a elaboração da *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*, de 1997, pela UNESCO, na qual se reconhece nova categoria de direitos humanos – direitos da pessoa humana no campo da biologia e da genética – relativo ao patrimônio genético e formas de sua manifestação¹⁰.

Tal construção de uma nova categoria de direitos humanos *“responde à indagação central do pensamento social contemporâneo: a possibilidade da universalização de direitos morais, fundados numa concepção ética do Direito e do Estado, vale dizer, na construção de uma ordem normativa construída através do diálogo racional entre pessoas livres.*¹¹ Para tanto, é fundamental

⁶ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 40.

⁷ Nesse sentido, confira a posição de Tereza Rodrigues VIEIRA: *“A ética sob o ponto de vista da razão tem sua origem nos princípios dos Direitos do Homem, pois a noção de igualdade e liberdade impõe o respeito ao próximo, inclusive no que concerne às suas crenças. Exclui o dogmatismo.”* (Bioética e Direito. São Paulo: Ed. Jurídica Brasileira, 1999, p. 17).

⁸ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 41.

⁹ *Idem*, p. 42. Francisco de Assis Correia, sobre o tema, comenta: *“A bioética é um produto da sociedade do bem-estar pós-industrial e da expansão dos ‘direitos humanos da terceira geração’ (para a paz, para o desenvolvimento, meio ambiente, respeito ao patrimônio comum da humanidade) que marcaram a transição do estado de direito para o estado de justiça”* (Alguns desafios atuais da bioética. PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paulo (orgs.), *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Paulus, 1996, p. 31).

¹⁰ Importante a seguinte observação feita por Vicente de Paulo BARRETTO: *“normas internacionais terminaram por consagrar a temática da bioética como tema planetário, procurando envolver mesmo aqueles países onde não se formaram ainda comitês nacionais de bioética.”* (Perspectivas e problemas de bioética, *op. cit.*, p. 66).

¹¹ BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 43.

a verificação quanto à existência de uma sociedade democrática, em que se realize amplo debate e discussão com a presença e o resguardo da manifestação das diferentes comunidades de moralidades particulares.

A Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, de 1997, representa a positivação, no plano internacional, do biodireito, cuidando-se de *“uma tentativa de criar uma ordem ético-jurídica intermediária entre os princípios da bioética e a ordem jurídica positiva, o que irá obrigar os países signatários, como no caso o Brasil, a incorporar as suas disposições no corpo do direito nacional.”*¹² No âmbito nacional de cada país signatário da Declaração de 1997, as regras jurídicas a serem elaboradas deverão necessariamente estar em conformidade com os princípios e regras estabelecidas no referido documento internacional, especialmente diante da incorporação de tais normas jurídicas na ordem jurídica interna, com base na subscrição da Declaração Universal. Não se pode deixar de lembrar que sobre os temas juridicizados envolvendo os avanços científicos na biologia e na medicina – sem desmerecer outros campos do conhecimento –, a relação entre a ética e o direito é de complementaridade, e não de exclusão. Daí a precisa afirmação de Vicente Barretto: *“A prática social acha-se, progressivamente, modificada pelas novas tecnologias, ocupando lugar de destaque nesse processo o papel da ética, que obriga a revisão de conceitos da doutrina jurídica clássica e a conseqüente revolução paradigmática na teoria do direito.”*¹³

Nesse sentido, especialmente relacionadas ao tema envolvendo o biodireito, devem ser destacadas as quatro características da cultura pós-moderna, na visão de Erik Jayme, que se refletem no Direito contemporâneo: a) o pluralismo; b) a comunicação; c) a narração; d) a valorização dos direitos humanos. O *Pluralismo* no Direito é representado em vários aspectos, como o pluralismo de fontes legislativas a regular o fato; o pluralismo de sujeitos a proteger; o pluralismo de agentes ativos atuando em relações despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas; e o pluralismo na filosofia. A *Comunicação* no Direito pode ser observada como método de legitimação, de informação e de esclarecimento, com troca de idéias, garantindo a proteção dos hipossuficientes e dos grupos

¹² BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, biodireito e direitos humanos, *op. cit.*, p. 47.

¹³ *Idem*, p. 47-48.

que a lei quer privilegiar num ambiente democrático e pluralista. A *Narração* consiste em um novo método de elaboração das normas legais, de forma a narrar os objetivos, os princípios, as finalidades das normas, atingindo situações nunca anteriormente cogitadas ou previstas. E, finalmente, a *Valorização dos direitos humanos* - ou o *retour des sentiments*, na expressão de Erik Jayme - abrange não somente o resgate de certa “emocionalidade” no discurso jurídico, mas também a busca de novos elementos sociais, éticos, ideológicos dentro ou fora do sistema, permitindo o encontro de soluções para questões imprevisíveis e imprevistas. *“O Leitmotive, elemento guia, destacado por Jayme, é um revival dos direitos humanos, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microssistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de soft law e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real.”*¹⁴

No direito interno de cada país, tendo como base o conteúdo da Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos e de outros documentos internacionais a que o país tenha aderido, a construção do biodireito deve levar em conta tais características da pós-modernidade do direito, procurando completar o *vazio normativo* que rotineiramente se verifica na maior parte dos países. Na construção do biodireito, os princípios da bioética deverão ser considerados, não isoladamente, mas de maneira harmônica e conjugada, sem que se possa reconhecer a prevalência de um sobre o outro, em ambiente interdisciplinar, democrático, e plural, mas vestidos por determinados princípios e fundamentos jurídicos.

A respeito do assunto, após relacionar várias indagações sobre temas envolvendo o *mercado humano*, Giovanni Berlinguer e Volnei Garrafa questionam: *“Até que ponto isto é compatível com os valores que, entre muitos conflitos e retrocessos, afirmaram-se nas últimas décadas, como os direitos humanos e o equilíbrio do meio-ambiente?”*¹⁵ No Brasil, com o advento

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima, CACHAPUZ, Maria Cláudia e VITÓRIA, Ana Paula da Silva. Igualdade entre Filhos no direito brasileiro atual – direito pós-moderno? *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 16, 1999, p. 26.

¹⁵ BERLINGUER, Giovanni e GARRAFA, Volnei. *Mercado humano*. Trad. de Isabel Regina Augusto. Brasília: Ed. UnB, 1996, p. 210. As indagações anteriormente formuladas pelos autores foram as seguintes: *“Deve-se aceitar que tudo, incluindo nós mesmos, possa ser comprado ou obtido através do poder, exercitado de modo agressivo ou mediado pela força da moeda? Tudo pode ser comprado (ou*

da Constituição Federal de 1988, muitos princípios e regras constitucionais se aplicam perfeitamente aos temas relacionados à biotecnologia e, desse modo, representam parâmetros seguros a serem seguidos na elaboração de regras de comportamento sobre determinados temas, em conformidade também com os fundamentos e princípios da bioética.

Como observa Heloisa Barboza, *“embora encontrem-se inculpidos, de forma esparsa, na Constituição Federal, os princípios gerais de proteção plena à pessoa humana, cabe ao direito privado a tutela geral da integridade física, como integrante da personalidade, mediante um sistema de reparação de danos causados, inclusive morais.”*¹⁶ A característica da narração, no direito pós-moderno, exige que o método de elaboração das normas jurídicas busque – e possa – atingir até acontecimentos e situações jurídicas nunca antes cogitadas, mas de qualquer forma se faz primordial a construção das regras teleológicas, dos princípios, dos objetivos que permitam ao intérprete fornecer a solução de quaisquer dilemas que se apresentem na esfera infraconstitucional, especialmente nos países que seguem a tradição do *civil law*, ou direito continental.

Diante das importantes colocações de Vicente Barretto a respeito do biodireito a partir de todo o tratamento, em nível internacional, a respeito dos princípios da bioética e de determinadas regras imperativas que devam ser observadas e cumpridas, expressos na Declaração Universal do Genoma Humano e Direitos Humanos, da UNESCO, de 1997, mister se faz o reconhecimento dos princípios e regras do biodireito no âmbito interno do Brasil especialmente à luz da Constituição Federal de 1988 e de alguns textos legislativos editados a partir de então, sendo importante ressaltar que em alguns temas as questões relacionadas aos avanços biotecnológicos demandarão resolução consensual por parte das várias comunidades interessadas, justificando e legitimando a existência de determinadas regras jurídicas.

No tema da reprodução assistida, de acordo com o Direito francês, por exemplo, além dos casos de esterilidade comprovada, é considerada

eventualmente roubado): os órgãos para transplantes, o sangue para as transfusões, os recém-nascidos para as adoções, as mulheres e meninas para a prostituição? Tudo pode tornar-se propriedade privada do mais forte incluindo as espécies animais e vegetais transformadas geneticamente, as espécies que nasceram da evolução natural e que podem ser utilizadas com fins alimentares, industriais ou terapêuticos, e a própria espécie humana?” (p. 209-210).

¹⁶ BARBOZA, Heloisa Helena. Direito ao corpo e doação de gametas, *op. cit.*, p. 45.

legítima a iniciativa do casal que pretende recorrer a determinada técnica de procriação assistida diante da alta probabilidade de transmissão de doenças hereditárias ao filho no caso de procriação carnal. Há, nesse contexto, dois interesses tutelados e resguardados: o do casal que, no exercício dos direitos reprodutivos, pretende procriar – e, assim, deseja ter filhos de maneira responsável e respeitando, desde já, suas futuras individualidades –, e o da futura pessoa, sendo que a despeito da diferença do conteúdo da saúde das pessoas envolvidas ambos os interesses são tutelados simultaneamente, sob a perspectiva de que a responsabilidade, na contemporaneidade, não pode mais ser cogitada exclusivamente quanto ao momento presente, mas também quanto ao futuro da civilização humana.¹⁷

Constata-se que o direito à reprodução deve ser reconhecido no âmbito constitucional como direito fundamental e, simultaneamente, como reflexo – ou uma das manifestações – do princípio e direito à liberdade, daí a procriação natural em que o homem e a mulher, na esfera do mais privado dos interesses – resolvem manter relação sexual e, responsavelmente, concebem um novo ser dentro do projeto parental¹⁸ que resolveram concretizar. Como expressamente prevê o texto constitucional, o Estado não pode interferir nessa decisão, estando proibido de adotar qualquer mecanismo coercitivo no contexto do planejamento familiar, pois este é exercido como resultado da livre decisão do casal. No entanto, em se verificando a impossibilidade material do exercício da liberdade procriativa por circunstâncias atinentes à esterilidade do casal – ou de um deles – ou à grande probabilidade da transmissão de doenças hereditárias à prole, incumbe ao Estado fornecer recursos educativos e científicos para o exercício do direito ao planejamento familiar.

No âmbito do Direito Internacional, por força das Declarações Universais e Convenções Internacionais sobre direitos humanos, há o reconhecimento do direito da pessoa a constituir uma família e, nesse contexto, tem-se considerado o direito à reprodução. No Direito brasileiro, há a previsão contida no artigo 226, *caput*, do texto da Constituição, que prevê a especial

¹⁷ No mesmo sentido do texto: “...os limites da individualidade estão inscritos na Constituição e são representados pelo Direito do cidadão de ver garantidas ao filho ou ao produto da concepção, ainda que “*in vitro*”, condições mínimas de vida, personalidade, registro, filiação e herança,, dentro dos mesmos padrões de dignidade”. (LAGRATA NETO, Caetano. *Direito de Família*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 116).

¹⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Temas de direito de família*. São Paulo: RT, 1994, p. 119.

proteção que o Estado deve prestar à família e, logicamente, nela devem ser considerados os filhos, se assim for decidido responsabilmente pelo casal no exercício do direito ao planejamento familiar. Assim, como seria possível implementar o comando constitucional se não se assegurar o próprio direito à reprodução? Logicamente que os preceitos contidos no *caput*, e no § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal, devidamente combinados e harmonizados, indicam a existência do direito à reprodução como direito fundamental. Com as mudanças culturais, especialmente no campo da sexualidade, os direitos reprodutivos passaram a ser encarados não no âmbito do fatalismo da procriação ou da esterilidade, mas sim como direitos das pessoas à realização pessoal e do casal no âmbito da sociedade, pois culturalmente a vida envolve etapas, entre elas – para a maioria das pessoas – aquela de procriar ainda que mais tardiamente, diante das novas condicionantes econômicas, sociais e culturais. Sabe-se, diante da expressa redação da norma constitucional contida no artigo 226, § 7º, que tal direito à reprodução não é absoluto – como nenhum direito fundamental também não o é – e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento jurídico.¹⁹ De acordo com tal perspectiva, ainda que se constate a esterilidade do casal, nem sempre será reconhecida a legitimidade do recurso às técnicas de reprodução assistida, como bem explicita a legislação francesa que prevê vários requisitos e condições que devem ser preenchidos, além de, no caso da transferência de embriões, haver valoração judicial a respeito do requerimento feito pelo casal, o que deve servir de importante fonte para o direito brasileiro na construção de suas próprias normas a respeito das técnicas de reprodução assistida.

Com base nos limites previstos no próprio texto constitucional e, outros que devem ser considerados subjacentes, é imperioso o reconhecimento de que o direito à reprodução é relativo,²⁰ e desse modo não serão todos os casos que permitirão o acesso às técnicas de reprodução assistida, da

¹⁹ No direito italiano, Adriana Loreti Befhè, também defende a posição de que a procriação artificial é direito limitado, condicionado, sujeito à ponderação dos interesses e dos valores em prol da (futura) criança (*La procreazione assistita* de fronte alla legge: brevi cenni di Diritto Internazionale e comparato. *Giustizia Civile: Revista Mensile di Giurisprudenza*. Giuffrè Editore, settembre 1993, p. 443). .

²⁰ No mesmo sentido do texto é a posição de Maria Helena Diniz (*O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.453).

mesma forma que as próprias técnicas não ficam ao livre arbítrio do casal, mas sim somente podem ser indicadas pelos profissionais que, por sua vez, também devem se submeter a determinadas regras que estabeleçam critérios. Assim, por exemplo, se o casal tem condições de ter acesso com êxito de técnica de reprodução assistida homóloga, é vedado o recurso às técnicas de reprodução assistida heteróloga²¹. Vê-se, de acordo com a experiência francesa, que o direito à reprodução não é absoluto, e o próprio recurso do casal às técnicas de reprodução homóloga somente é reconhecido na impossibilidade da procriação carnal²² – salvo na hipótese de transmissão de doenças genéticas.

No contexto do direito à reprodução deve ser analisado o projeto parental daqueles que pretendem procriar com o recurso às técnicas de reprodução assistida²³. Nesse contexto, é importante a existência da família constituída regularmente pelo casal e que, entre os projetos de comunhão de vida, incluiu o seu crescimento e desenvolvimento com a vinda da prole. Diante do princípio da paternidade responsável, tal projeto logicamente não deve se restringir à concepção e ao nascimento da criança, mas também à educação, à afetividade, ao amparo, à proteção e à total assistência – material e imaterial – da futura criança, e razões ou motivos que não se relacionem a tais aspectos provavelmente não podem ser considerados no âmbito do projeto parental²⁴, mas sim em projeto pessoal, individualista, egoístico, de pura satisfação narcísica²⁵. O projeto parental, no mundo contemporâneo, é essencial para as famílias, encontrando sua

²¹ Nesse sentido é expresso o Código de Saúde Pública no direito francês: “Article L. 152-6. *L’assistance médicale à la procréation avec tiers donneur ne peut être pratiquée que comme ultime indication lorsque la procréation médicalement assistée à l’intérieur du couple ne peut aboutir*”.

²² No mesmo sentido, pode ser destacado o seguinte trecho: “O recurso à utilização da inseminação artificial deve ser conferido àqueles casais acometidos de infertilidade impeditiva da procriação natural, como meio excepcional para se atingir a plenitude da saúde reprodutiva” (QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 131).

²³ Nas palavras de Eduardo de Oliveira Leite, “as procriações artificiais surgem como meio legítimo de satisfazer o desejo efetivo de ter filhos em benefício de um casal estéril. E o papel da medicina, tem ocupado posição decisiva e fundamental no projeto parental” (*Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: RT, 1995, p.12).

²⁴ Como anotam Dolores Loyarte e Adriana E. Rotonda, “*el derecho a la paternidad trae el correlato de una obligación al ejercicio de una paternidad responsable, ...*” (*Procreación Humana Artificial*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 392).

²⁵ “... parece muito mais importante acentuar que há que entrar em conta os direitos do novo ente, que não pode em caso nenhum ser considerado um mero instrumento para a satisfação de objectivos alheios” (ASCENSÃO, José Oliveira. *Problemas jurídicos da procriação assistida*. Arquivos do Ministério da Justiça. Brasília/DF, ano 47, n. 183, 1991, p. 98).

vocação mais autorizada e legítima na época do aumento da família com o nascimento de filhos. A prole proporciona o desenvolvimento da família e sua continuidade, inclusive para fins de amparar os pais quando estiverem em idade mais avançada, nos termos dos artigos 229 e 230, da Constituição de 1988. Em termos ideais, é imperativo que a legislação brasileira a ser editada a respeito das técnicas de reprodução assistida observe, estritamente, o disposto nos artigos 226, *caput* e § 7º e 227, *caput* e § 5º, ambos da Constituição de 1988 e, nesse sentido inclua a condição da existência de projeto parental²⁶ que permita reconhecer, no âmbito do direito à reprodução, a possibilidade de acesso às técnicas de reprodução assistida. Se tal projeto parental compõe a esfera da intimidade, da mais pura privacidade, no âmbito da procriação carnal – que tem como regra a consangüinidade –, no campo da procriação assistida heteróloga é fundamental a consideração do disposto no artigo 227, §5º, do texto constitucional, quanto à assistência à constituição de vínculos de parentesco civil²⁷, aí considerados os de paternidade-filiação e/ou maternidade-filiação²⁸. É oportuno notar que a maior parte dos casos de reprodução heteróloga conta com apenas um doador – normalmente o de sêmen – e, logicamente que, nesta situação, o marido será pai da criança no âmbito do parentesco civil, mas a mulher será mãe sob o prisma biológico, afetivo e jurídico, o que revela seu parentesco natural – diante da consangüinidade – relativamente ao seu filho. Quanto à maternidade-de-substituição – caso seja reputada lícita a prática – por meio de técnica de reprodução assistida, da mesma forma que nos demais casos de crianças concebidas através da mesma técnica, somente é admissível o acesso a tal prática por casais estéreis que apresentem um projeto parental, com a demonstração de que terão as condições materiais e imateriais para poder criar e educar em boas condições a criança a nascer, o que faz com que não se admita o recurso a tal prática por mera questão estética – a mulher

²⁶ QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Paternidade*, cit., p. 142: “O desejo de ter filhos não pode ser reduzido ao simples ato de procriar, pois, diretamente ligado a ele, acha-se o desejo de promover o desenvolvimento de uma criança e o de erigir uma família”.

²⁷ Como anota Eduardo de Oliveira Leite, “assim como a vida sexual do casal é comum a ambos, e depende da anuência, ou ‘animus’ de cada cônjuge, da mesma forma, diante da esterilidade, a decisão de procriar ‘artificialmente’ depende de um desejo comum, que determina o projeto parental” (*Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 346).

²⁸ “... o recurso à procriação artificial não deita suas raízes no puro egoísmo mas é, antes de tudo, resultado de um projeto parental tendente a contornar problemas oriundos de um ‘handicap’ de ordem natural” (LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 153).

não querer engordar com a gravidez, por exemplo. Em se verificando que a mulher pode perfeitamente engravidar, não sofrendo qualquer restrição, o recurso da maternidade-de-substituição se mostra ilegítimo provavelmente diante da falta do cumprimento dos princípios constitucionais e, especialmente, a ausência de um sólido projeto parental.

No contexto dos valores e princípios que atualmente vigoram na ordem civil-constitucional brasileira, notadamente quanto ao pluralismo de famílias, à inclusão dos grupos tradicionalmente excluídos em períodos mais conservadores e ditatoriais nos níveis político, social e cultural, à variedade de organizações democráticas voltadas para o exercício mais salutar das autonomias e liberdades de maneira responsável, às transformações nos costumes e hábitos decorrentes de fenômenos da própria evolução da civilização (como o gradativo aumento da idade da primeira gravidez em determinadas comunidades), deve-se considerar possível, ainda que excepcionalmente, o acesso das pessoas solteiras às técnicas de reprodução assistida, desde que configurados requisitos mais rígidos do que normalmente são exigíveis de um casal e um especial entre eles, projeto parental. A Constituição de 1988, indubitavelmente, ao se referir ao planejamento familiar, pressupõe que apenas as pessoas que vivam unidas – formal ou informalmente a outras – teriam direito ao planejamento familiar e, desse modo, apenas se referiu ao casal. Contudo, no próprio § 4º, do artigo 226, do texto constitucional, foi reconhecida expressamente a família monoparental, o que representa uma outra família – não fundada na conjugalidade – que passa a existir apenas entre um dos ascendentes em primeiro grau e o filho. É certo que a norma constitucional não tem o objetivo de estimular a constituição de famílias monoparentais, mas conferir-lhes proteção uma vez ocorridas e, nesse sentido, é perfeitamente possível negar a facilitação da constituição de famílias monoparentais, o que poderia ocorrer com as técnicas de reprodução assistida. No entanto, com base nos limites que devem ser considerados no âmbito do planejamento familiar – ou seja, os princípios da paternidade responsável, da dignidade da pessoa humana e do melhor interesse da criança –, é perfeitamente viável e factível que uma pessoa sozinha comprove que tem condições de respeitar efetivamente todos os princípios que funcionam como limites ao direito à reprodução e, em comprovando sua esterilidade – ou seja, a impossibilidade de procriar

naturalmente -, pretenda ter acesso às técnicas de reprodução assistida. Imagine-se o exemplo de uma mulher que, desde a infância tenha o sonho da maternidade, e, no exercício do direito à liberdade de não se casar e de não se unir estavelmente a qualquer outra pessoa, tenha condições materiais e imateriais de procriar, mas descobre ser estéril. A presença das figuras paterna e materna, na formação da personalidade da criança, como se verifica na Psicologia, é fundamental, mas na realidade não se trata da presença física, podendo as funções de pai e de mãe serem exercidas por pessoas diferentes, como por exemplo um tio, um avô, um amigo, entre outros²⁹.

Tais ponderações revelam como é importante que o Estado-legislativo discipline, a partir das escolhas e opções que faça no contexto pluralista e democrático, com a participação dos diversos setores organizados da sociedade brasileira, os aspectos civis do acesso às técnicas da reprodução assistida, mas ao menos no estágio atual da matéria não se pode peremptoriamente negar o acesso de qualquer pessoa às técnicas de reprodução assistida, em se cumprindo e observando os princípios que o próprio texto constitucional estabelece e, nesse sentido, o melhor interesse da criança deverá ser preservado de maneira prioritária. Contudo, não se pode negar a possibilidade da pessoa sozinha ter um projeto parental que atenda perfeitamente aos interesses da criança, e tal como lhe é reconhecida a faculdade de adotar, também deverá sê-lo no âmbito da reprodução assistida, com todas as cautelas necessárias. A Lei nº 9.263/96, de maneira correta e não infringindo qualquer disposição constitucional, 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 referindo-se de atendimento global e integral à saúde de tais pessoas, o parágrafo único do mesmo dispositivo, a assistência à concepção como atividade que deve ser desempenhada pela rede de serviços de saúde do Sistema Único de Saúde no que respeita à

²⁹ Eduardo de Oliveira Leite se manifesta contrariamente, ao observar que o direito à convivência familiar não poderá ser satisfeito em se tratando de uma mãe solteira, tampouco no âmbito dos casais homossexuais, e nestes casos a técnica de reprodução representaria uma “*inseminação-conveniência*” e, assim, insustentável (*Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 355). É importante ressaltar que somente será possível, na linha de raciocínio do corpo do texto, o acesso à reprodução assistida às mulheres estéréis ou que tenham alta propensão de transmitir doença genética para a criança a nascer, motivo pelo qual não seria caso de mera conveniência ou capricho da mulher. Repita-se, ainda, que tais casos devem ser excepcionais, e avaliados com base em requisitos mais rigorosos, notadamente no que tange ao projeto parental.

mulher, ao homem ou ao casal. Com base, portanto, na disciplina existente em nível infraconstitucional a partir do tratamento dado pela Lei nº 9.263/96, deve ser reconhecido, ainda que de forma mais mitigada e controlada, o direito da pessoa sozinha – ou seja, não unida a outra – a ter acesso às técnicas de reprodução assistida, desde que tenha comprovada a esterilidade – e, portanto, a impossibilidade de procriar naturalmente – e observado os princípios constitucionais que regem o planejamento familiar, o que pressupõe a existência do projeto parental. Cuida-se de um tema que desperta bastante polêmica, especialmente porque a maior parte das legislações existentes – como a francesa – proíbe o acesso das pessoas sozinhas às técnicas de reprodução assistida. No entanto, vale ressaltar que é perfeitamente possível admitir que as técnicas somente possam ser reconhecidas em favor de mulheres sozinhas – e não de homens -, considerando o grande debate que existe quanto à licitude da prática conhecida como maternidade-de-substituição e, sob esse ponto de vista, a Resolução do Conselho Federal de Medicina disciplinou a matéria corretamente, não havendo que se falar em violação ao princípio da igualdade entre homem e mulher exatamente porque os elementos que distinguem, para o fim da reprodução assistida, são a gravidez e o parto que são fenômenos imanentes ao corpo feminino, e a impossibilidade do homem procriar se não através da utilização do corpo de uma mulher, o que justifica razoavelmente o tratamento diferenciado. Relembre-se que a possibilidade de mulher sozinha ter acesso às técnicas de reprodução assistida deve ser excepcional, já que os requisitos – especialmente relacionados à dignidade da criança a nascer – deverão ser avaliados com maior rigor, especialmente com o auxílio de outros campos do conhecimento humano como a Psicologia, não sendo possível adotar o modelo jurídico espanhol que trata de maneira igual a mulher sozinha e as demais mulheres que vivem com base na conjugalidade.

2. TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA E FILHO PÓSTUMO

No âmbito das técnicas de reprodução medicamente assistida, há alguns temas complexos. Assim, por exemplo, apresenta-se a questão acerca da possibilidade de a técnica de reprodução assistida homóloga ocorrer no período em que já havia falecido o marido ou o companheiro e, portanto, o nascimento ocorrer depois dos trezentos dias do falecimento do ex-

parceiro³⁰. Haverá, ou não, possibilidade de estabelecimento do vínculo de paternidade, no caso da inseminação, fertilização ou outra técnica conceptiva *post mortem*? Com base nos avanços científicos, é possível que o sêmen, o embrião, e também o óvulo – quanto a este, as experiências científicas são mais recentes – possam ser criopreservados, ou seja, armazenados através de técnicas próprias de resfriamento e congelamento, o que possibilita, desse modo, que mesmo após a morte da pessoa seu material fecundante possa ser utilizado, em tese, na reprodução medicamente assistida.

Desse modo, a pessoa falecida (ex-cônjuge ou ex-companheiro) será considerada pai, diante do fundamento da verdade biológica e do pressuposto do risco para fins de estabelecimento do vínculo parental. Contudo, haverá diferenças no que pertine aos efeitos de tal paternidade-filiação relativamente aos outros filhos deixados pela pessoa do falecido e que foram concebidos e nascidos durante a vida deste. No direito brasileiro, nos termos do artigo 1.798, do Código Civil, somente as pessoas que, ao menos, tenham sido concebidas antes da morte do autor da sucessão, têm aptidão para suceder, sendo que no caso da técnica conceptiva *post mortem* ainda sequer havia embrião no momento do falecimento do ex-cônjuge ou ex-companheiro.

A questão é polêmica, notadamente diante da objeção referente ao direito da criança à convivência familiar e, especialmente, considerando o disposto no artigo 227, § 6º, da Constituição Federal, ou seja, o princípio da igualdade entre os filhos, independentemente de qualificação e de origem. Ao se admitir a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente do recurso às técnicas de reprodução assistida homóloga – de modo a justificar a legitimidade da técnica na modalidade *post mortem* -, deve-se considerar que o tratamento é diferenciado, no campo sucessório, entre os filhos, já que ao menos os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima³¹. De outro lado, há questões importantes

³⁰ De acordo com Eduardo de Oliveira Leite, a inseminação *post mortem* (também denominada inseminação intermediária, já que não é homóloga nem heteróloga) não se justifica porque não há mais o casal, e poderia acarretar perturbações psicológicas graves em relação à criança e à mãe, daí sua conclusão quanto ao desaconselhamento de tal prática (*Procriações artificiais e o direito*, cit., pp. 154-155).

³¹ BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 54.

relacionadas à validade, eficácia e revogação dos testamentos em geral que tornam bastante frágil a proteção que o ordenamento jurídico poderia conferir à criança a nascer. Talvez fosse o caso de – em se admitindo a legitimidade do emprego de tal técnica, o que é questionável – se estabelecer na lei a insuscetibilidade da disposição testamentária sobre essa matéria ser revogada, a exemplo do que ocorreu, a respeito da revogação, no artigo 1º, § 1º, da Lei nº 883/49, acerca da disposição testamentária que reconhece filho extramatrimonial que não poderia mais ser revogada. Mas tal disposição não alteraria o sistema existente quanto à invalidade e à ineficácia da disposição, o que tornaria a situação do futuro filho do falecido bastante instável. Assim, ao menos no estágio atual da matéria no direito brasileiro, não há como se admitir, mesmo com vontade expressa deixada em vida pelo falecido, o acesso da ex-esposa ou ex-companheira às técnicas de reprodução assistida homóloga, diante do princípio da igualdade em direitos entre os filhos. A despeito da proibição no direito brasileiro, se eventualmente tal técnica for empregada, a paternidade poderá ser estabelecida com base no fundamento biológico e o pressuposto do risco. Nos termos do artigo 1.597, inciso III, do Código Civil de 2002, há a previsão da presunção de que foram concebidos durante o casamento os filhos havidos por qualquer das técnicas de reprodução assistida homóloga ainda que o marido já tenha falecido. Contudo, o Código de 2002 não soluciona a questão a respeito da desigualdade entre os filhos no campo dos direitos sucessórios.

Ainda sobre a questão da reprodução assistida *post mortem* há interessante questão que fundamentalmente se vincula apenas à técnica da fertilização *in vitro*. Qual seria a data da concepção da criança em se tratando de hipótese em que após a fecundação em laboratório e, portanto, a formação do embrião, o marido (ou companheiro) vem a falecer antes da transferência do embrião para o corpo da mulher, já que o embrião pode ser crioconservado? Pode-se considerar que a circunstância do embrião ter se formado antes da morte do homem (marido ou companheiro) altera a solução da questão anteriormente colocada. No direito brasileiro, a criança nascida depois dos trezentos dias da morte do marido não tem a paternidade automaticamente estabelecida em razão de não se aplicar a regra da presunção de paternidade relativamente ao

falecido. Eduardo de Oliveira Leite considera que a concepção ocorre antes da transferência do embrião para o útero da mulher e, desse modo, o que é relevante é a permanência da vontade do homem que foi anteriormente manifestada, no âmbito do projeto parental, e que não foi revogada antes do falecimento³². Tal posição se afigura consentânea com os pressupostos necessários para o estabelecimento da paternidade-filiação decorrente da FIVETE (fertilização *in vitro*) homóloga, porquanto se baseia na vontade manifestada durante o casamento, o que deve ser considerada importante para tornar certa a paternidade (ou, presumido absolutamente tal vínculo). Desse modo, a concepção não pode ser confundida com o início da gravidez, sendo fato reconhecido juridicamente – artigo 1.798, do Código Civil -, para o fim de não apenas estabelecer a paternidade, mas também para conferir direitos sucessórios à criança a nascer.

Nas técnicas de reprodução assistida heteróloga – o que pressupõe a necessidade da utilização de material fecundante de terceiro estranho ao casal -, os fundamentos relacionados à paternidade-filiação e à maternidade-filiação serão diferentes, levando em conta os casos em que um dos cônjuges ou companheiros contribui com seu material fecundante e o outro não tem condições de contribuir por força de esterilidade. É possível, também, que tais técnicas sejam adotadas nos casos em que ambos os cônjuges ou companheiros não tenham condições de contribuir

com qualquer material fecundante e, nestas hipóteses, a técnica também será de reprodução assistida heteróloga³³.

A maior parte dos casos de aplicação das técnicas de reprodução heteróloga se vincula à doação de sêmen de terceiro³⁴. Inexiste dúvida

³² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, cit., p. 393: “E sob esta ótica é possível assimilar-se a fecundação ‘in vitro’ à concepção”.

³³ Na conceituação oferecida por Tycho Brahe Fernandes, “por fecundação heteróloga entende-se o processo pelo qual a criança que vier a ser gerada por qualquer das técnicas de reprodução assistida for fecundada com a utilização de gametas de doadores, dividindo-se a fecundação heteróloga ‘a matre’, quando o gameta doado for o feminino, ‘a patre’, quando se tratar de doação de gameta masculino, ou total, quando os gametas utilizados na fecundação, tanto os masculinos quanto os femininos, são de doadores” (*A Reprodução Assistida em face da bioética e do biodireito*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 58).

³⁴ Daí a referência de Juliane Fernandes Queiroz no sentido de que “se normalmente a relação paternal funda-se nos vetores jurídico, biológico e socioafetivo, na inseminação heteróloga não haverá convergência entre eles. Nessas situações, o marido é o pai jurídico, mas não o pai biológico, e só será pai socioafetivo se assumir a criação da criança com verdadeiro sentimento” (*Paternidade...*, cit., p. 81).

que relativamente à mulher (mãe ou companheira), o fundamento do vínculo que se estabelecerá entre ela e a criança é o biológico, ou seja, a origem sangüínea diante do óvulo fecundado ser dela, havendo coincidência, portanto, entre a informação genética e o critério jurídico que é considerado neste caso. A questão mais intrincada se refere ao marido ou companheiro, porquanto não haverá qualquer liame biológico entre o marido (ou companheiro) e a futura criança. É certo que não será a consangüinidade a origem do vínculo de paternidade-filiação, mas outra fonte que, assim, fará com que a verdade biológica não sirva de fundamento para o estabelecimento da paternidade e filiação.³⁵ De qualquer modo, haverá necessidade de se verificar a presença (ou não) do consentimento do marido para o fim de se avaliar se o vínculo de parentesco poderá ou não ser reconhecido. Independentemente dos critérios, das fontes e das origens que possam ser cogitadas a respeito, é essencial observar que o parentesco entre o homem (marido ou companheiro) e a criança concebida a partir das técnicas de reprodução heteróloga não será o parentesco natural, mas o civil, diante da sua origem ser diversa da consangüinidade. Contudo, relativamente à outra linha – a linha materna – o parentesco que se estabelece entre a criança e a mulher que engravidou e permitiu o seu nascimento é parentesco natural, fundado na consangüinidade.³⁶ O mesmo raciocínio é aplicável nos casos em que foi o marido (ou companheiro) quem contribuiu com seus gametas masculinos para servirem na fecundação de óvulo doado por terceira pessoa, apenas com a inversão das espécies de parentesco: enquanto o homem será pai natural da criança, a mulher será mãe civil.

3. EFEITOS PATRIMONIAIS DO BIODIREITO QUANTO AO NASCITURO E AO FILHO PÓSTUMO

No segmento dos efeitos patrimoniais da procriação medicamente assistida, no âmbito do Direito de Família, é mister o reconhecimento da

³⁵ Por considerar imoral a técnica da inseminação artificial (bem como as outras técnicas de reprodução assistida), Alejandro D. Bolzar considera que o verdadeiro pai, na inseminação artificial, é o doador, baseado no cartório biológico (*Reprodução assistida e dignidade humana*. São Paulo: Paulinas, 1998, p.39).

³⁶ Paolo Vercellone bem observou que, nestes casos, ocorre algo parecido com a adoção do filho do cônjuge (ou companheira) com as vantagens da “*eliminação do adultério e a de que a paternidade se estabelece diretamente e não através da adoção*”. (*As novas famílias*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Direito de Família e do Menor*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 29).

perfeita e imediata aplicabilidade do princípio constitucional contido no artigo 227, § 6º, ou seja, o princípio da igualdade entre os filhos em direitos, havidos ou não da relação de casamento, por vínculo de sangue ou outra origem, para abranger não apenas a adoção, mas também a filiação resultante das técnicas de reprodução assistida com emprego de material fecundante de terceiro. As relações pessoais e patrimoniais que se estabelecem entre pais e filhos, independentemente da origem e do tipo de vínculo (ou sua ausência), são absolutamente iguais diante da normativa constitucional (CF, art. 227, § 6º) que foi repetida no artigo 20, do ECA, e também no artigo 1.596, do Código Civil. É imprescindível que o termo “adoção” constante nos três dispositivos mencionados seja objeto de interpretação extensiva e construtiva para se considerar incluída a procriação assistida heteróloga. Se não for alcançada tal interpretação, certamente haverá injustificado e desarrazoado retrocesso para se sancionarem com a pena da exclusão de direitos e da tutela de interesses as pessoas concebidas por técnicas de reprodução assistida heteróloga, enquanto que os demais filhos terão todos os direitos e vantagens reconhecidos em seu favor. No estágio atual da evolução do Direito de Família no Brasil, essencialmente atrelado aos valores, princípios e regras constitucionais – no pleno desenvolvimento do fenômeno da constitucionalização do Direito Civil –, se afigura inadmissível e inconstitucional excluir qualquer tipo de filho – ainda que havido por técnica conceptiva não admitida, como por exemplo a maternidade-de-substituição – do conjunto de relações pessoais e patrimoniais que a Constituição lhe reserva em igualdade de condições com outros filhos de seus pais.

Há, ainda, que ser considerado que o parentesco civil que se estabelece não se restringe à criança e às pessoas dos cônjuges ou companheiros que implementaram o projeto parental para ter acesso às técnicas de reprodução humana assistida, o que gera conseqüências de ordem patrimonial no campo do direito a alimentos, dos direitos sucessórios, entre outros, que envolvem a criança e os parentes na linha reta e na linha colateral de seus pais. Da mesma forma, não será possível a inserção de regra que estabeleça que a pessoa concebida por técnica de reprodução assistida tenha direito à sucessão hereditária de seu pai em apenas metade da parte correspondente ao outro filho que tenha origem na consangüinidade. Além disso: inexistente possibilidade de distinção

hierárquica entre os filhos para fins de percepção de alimentos devidos pelos pais. Há, portanto, igualdade absoluta entre os filhos matrimoniais e extram matrimoniais, naturais e civis, inclusive no campo dos efeitos patrimoniais, sendo inconstitucional e, portanto, ilegítima qualquer tentativa de se estabelecer qualquer diferença no sentido de excluir ou diminuir quantitativamente direitos do filho.

No campo dos efeitos patrimoniais, revela-se de bastante importância o direito a alimentos que representa o contraponto do dever de sustento que os pais assumem relativamente aos filhos menores (e maiores inválidos). O dever de sustento é consectário da inaptidão dos menores de prover ao próprio sustento diante das limitações físicas e psíquicas existentes. A menoridade e a invalidez física ou psíquica da pessoa maior representam os pressupostos para que seja concretizado o direito a alimentos, gerando o dever dos pais de prover a subsistência material de seus filhos, com a prestação de alimentação propriamente dita, vestuário, habitação, medicamentos³⁷, enfim o necessário e suficiente para permitir o resguardo à vida e à integridade físico-psíquica das crianças e dos demais filhos incapazes³⁸.

É importante que sejam, no entanto, realçadas algumas regras especialmente do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei nº 9.263/96 que, ainda que indiretamente, tocam na questão dos alimentos decorrentes da procriação assistida heteróloga. O artigo 7º, do ECA, ao tratar dos direitos fundamentais à vida e à saúde da criança e do adolescente, expressamente se refere à necessidade da efetivação de

³⁷ Yussef Said Cahali observa que a obrigação alimentar vincula-se à noção de sustento e satisfação das necessidades do favorecido, e também à idéia do cuidado da pessoa entendida tal idéia no sentido “*mais amplo de assistência e auxílio com vistas ao regular desenvolvimento do indivíduo*”. E, mais adiante, complementa: “*Afetando o conteúdo da prestação dos alimentos civis, uma série de circunstâncias deve ser considerada: a posição social e a situação patrimonial dos sujeitos, aptidões, preparação e escolha de uma profissão para o necessitado menor; fatores outros relacionados com a saúde, a idade e a capacidade laborativa do reclamante*” (Dos Alimentos. 3ª ed., Rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 1998, p. 42).

³⁸ Como bem acentua a doutrina nacional, a legislação brasileira não fornece conceito claro acerca da obrigação alimentar, sendo que no artigo 1.687, do Código Civil de 1916, há referência a determinadas necessidades que devem ser supridas, ou seja: o sustento, a cura, o vestuário e, a casa do alimentando, e sendo este incapaz por força da idade, a educação também se inclui. Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda considerava o termo “alimento” designativo, em sentido amplo, de tudo que fosse imprescindível ao sustento, à habitação, ao vestuário, ao tratamento das enfermidades e às despesas de criação e de educação (*Tratado de direito privado*. v. 9. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 207). O Código Civil de 2002 altera o tratamento a respeito dos fatores que integram o quantum de alimentos, já que, no art. 1.694, *caput*, prevê o critério da necessidade vinculado à compatibilidade de sua condição social, o que inclui expressamente a educação.

políticas sociais públicas que possibilitem o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da pessoa, assegurando a existência em condições dignas. O artigo 8º, também do ECA, assegura à mulher gestante o atendimento pré e perinatal, sendo confirmado pelo incisos II e III, do parágrafo único, do artigo 3º, da Lei nº 9.263/96, dentro do programa de atenção integral à saúde em todos os ciclos vitais da pessoa humana. Tais dispositivos têm como fundamento o perfeito e sadio desenvolvimento do nascituro, bem como do recém-nascido, além de assegurarem expressamente os direitos fundamentais à vida e à saúde da criança e do adolescente e, devidamente interpretados à luz do artigo 227, *caput*, da Constituição Federal, permitirem verificar que à família (em sentido amplo) também é imposta a tutela dos direitos fundamentais da criança e do adolescente mesmo no período anterior ao nascimento, quando ainda não são pessoas para o Direito. Assim, a falta de condições materiais mínimas para a gestante se manter e, logicamente, permitir o desenvolvimento sadio do nascituro, deve proporcionar a efetivação do direito a alimentos. No âmbito das relações de parentesco, tal como reguladas no Código Civil (artigo 1.694), os parentes podem ser obrigados a prestar alimentos aos outros que necessitem para sobreviver, de acordo com a ordem estabelecida na lei, devendo ser ajuizada, para possibilitar o próprio nascimento do nascituro, ação de alimentos pelos (futuros) pais como (futuros) representantes legais ou pelo curador do nascituro, nos termos do artigo 1.779, *caput*, do Código Civil. Na contemporaneidade, especialmente diante da tábua de valores privilegiados no texto constitucional de 1988, não há como negar que a tutela aos interesses do nascituro se inicia pela assistência que deve ser prestada durante o período de gravidez da mulher, pois antes da aquisição de qualquer direito patrimonial – por força de doação ou herança, por exemplo –, é fundamental o resguardo das condições dignas de existência da futura pessoa humana³⁹, especialmente se se trata de nascituro fruto de técnica de reprodução medicamente assistida⁴⁰. Se o próprio Estatuto da Criança

³⁹ É oportuno notar que no período histórico anterior a 1988, era freqüente o tratamento doutrinário a respeito da curatela do nascituro apenas sob o enfoque patrimonialista, supondo a (futura) pessoa humana beneficiária de doações e heranças, sem qualquer referência quanto aos interesses não-patrimoniais relacionados ao nascituro (por todos: SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. v. VI, 7ª ed., 1958, pp. 443-447).

⁴⁰ Da mesma forma, considerando o direito a alimentos em favor do nascituro: ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direito do nascituro a alimentos: do direito romano ao direito civil. *Revista de Direito Civil*, v. 54, out.-dez. 1990, pp. 52-66; DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*, cit., p. 126.

e do Adolescente já deixa evidenciada a proteção anterior ao nascimento da (futura) criança, devem ser destacados os artigos 3º, parágrafo único, incisos I, II e III e 9º, ambos da Lei nº 9.263/96, a impor às instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde (SUS) e aos outros órgãos de planejamento familiar, a implementação de políticas e ações efetivas em prol do conceito.

Ainda que seja inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro a prática da maternidade-de-substituição, é imperioso observar que na eventualidade dela ser efetivada, deverá ser reconhecido e resguardado o interesse do nascituro relacionado à existência de condições materiais e imateriais suficientes para o pleno desenvolvimento do feto (nascituro), permitindo seu nascimento e crescimento harmonioso, nos termos do artigo 7º, do ECA. Assim, poderá o juiz nomear curador ao nascituro que, preferencialmente não seja a gestante, nem logicamente os cônjuges ou companheiros que a contrataram, a título gratuito, para gestar o embrião. Na eventualidade da dissolução da sociedade conjugal (ou companheiril), mesmo no caso de ainda não ter nascido a criança, haverá tutela em favor dos interesses do nascituro quanto ao seu pleno e sadio desenvolvimento, tendo como principais devedores de alimentos seus (futuros) pais. O rompimento do vínculo entre os cônjuges ou companheiros não acarretará o desaparecimento dos deveres parentais, ainda que estes produzam efeitos anteriores ao nascimento, com base no artigo 2º, do Código Civil, e dos outros dispositivos mencionados.

Não se pode olvidar que, da mesma forma que os alimentos, os direitos sucessórios têm o caráter de reciprocidade entre os parentes. Assim, tanto no Direito de Família como no Direito das Sucessões, os parentes têm, abstratamente, direito a alimentos e à sucessão hereditária uns dos outros.

A questão polêmica, no campo sucessório, diz respeito à reprodução *post mortem*, tendo ocorrido a concepção da (futura) criança após o falecimento do ex-marido (ou ex-companheiro)⁴¹. Atualmente, não se concebe a possibilidade jurídica da prática relacionada ao emprego de

⁴¹ É de se reconhecer, também a possibilidade remota de reprodução assistida *post mortem* envolvendo óvulo congelado deixado pela ex-esposa (ou ex-companheira), mas atualmente sem qualquer incidência, mesmo porque exige a prática da maternidade-de-substituição (diante da impossibilidade do homem engravidar). Todavia, como os avanços científicos ocasionam surpresas diárias, pode ocorrer de em poucos anos a possibilidade ventilada venha a se efetivar.

material fecundante congelado do ex-marido (ou do ex-companheiro) após a ocorrência da morte daquele que deixou seu sêmen congelado diante da evidente desigualdade que seria provocada relativamente à criança, diante da inexistência de direitos sucessórios. É certo que, de maneira excepcional, a mulher sozinha poderá ter acesso às técnicas de reprodução assistida, mas sem qualquer possibilidade de haver o estabelecimento de vínculos parentais relativamente ao doador de sêmen. No entanto, no caso do sêmen do ex-marido (ou ex-companheiro), a despeito de tratar-se de prática juridicamente inadmissível no estágio atual do direito brasileiro, deve-se verificar que tipo de efeitos patrimoniais tal prática deve produzir. No campo existencial, é importante notar que apenas na eventualidade do marido ter assumido o risco de tal prática, ao manifestar o consentimento a que sua esposa pudesse ser inseminada com seu sêmen, poderá ser estabelecida a paternidade *post mortem* com base na verdade biológica.

No Direito das Sucessões, na esfera da capacidade genérica passiva para a sucessão *mortis causa*, é comum designar-se por “capacidade para suceder” a aptidão ou idoneidade para receber a herança ou o legado que, em se tratando de sucessão legítima, somente se reconhece às pessoas físicas (ou naturais). Assim, é necessária a condição de pessoa humana para ser titular do direito hereditário no campo da sucessão legítima, sendo que na sucessão testamentária também há outros entes com aptidão para o recolhimento da herança ou do legado.

Revelam-se inidôneos para suceder os entes que, ao tempo da abertura da sucessão, sequer foram concebidos, ou premorreram ao autor da sucessão⁴², daí a obrigatoriedade da existência da pessoa humana por ocasião do falecimento do autor da sucessão para que seja assumida a posição jurídica anteriormente ocupada pelo *de cujus*. O Código Civil, reparando alguns equívocos gerados pela redação do texto codificado de 1916, coloca a questão de maneira mais técnica e adequada, “*ex vi*” da regra prevista no art. 1.798, ao estabelecer que “*legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão*”. Observa-se que o dispositivo se localiza no Título referente à *Sucessão em Geral* e, por isso, a regra é aplicável às duas espécies de sucessão – legítima e testamentária. -, permitindo o chamamento das

⁴² GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil: Sucessões*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 60.

peças dotadas de personalidade civil (sob os dois significados) ou dos nascituros (peças em potencial, com a personalidade, sob o significado de valor objetivo) para assumirem as posições de herdeiros – legítimos ou testamentários – e legatários⁴³.

O nascituro, apesar de ser ente desprovido de personalidade civil - no sentido de não ter aptidão para titularizar situações jurídicas - para o ordenamento jurídico brasileiro⁴⁴, tem seus interesses resguardados na esfera do Direito das Sucessões desde a concepção, tendo idoneidade e aptidão para suceder caso venha a nascer com vida. Observa-se, pois, que sua capacidade sucessória passiva não é atual, e sim condicional. Cuida-se de uma situação provisória, de pendência da delação, aguardando-se o posterior nascimento com vida para permitir a aquisição do direito à herança ou ao legado⁴⁵. O que se exige, portanto, é a constatação da personalidade civil daquele que reclama a vocação hereditária, diante da existência da pessoa física no momento da abertura da sucessão⁴⁶. Assim, o nascituro se coloca como dotado de capacidade sucessória passiva condicional, já que ainda não tem personalidade civil na dicção do art. 2º, do Código Civil.

Desse modo, nos termos do art. 1.798, do Código Civil, são capazes, “legitimados” e, conseqüentemente, aptos a suceder (como herdeiros ou legatários): a) as pessoas físicas (ou naturais), ou seja, aqueles dotados de personalidade civil por terem nascido e existirem na época da abertura da sucessão; b) os nascituros, ou seja, aqueles já concebidos no momento da morte do autor da sucessão⁴⁷. Atualmente, é perfeitamente admissível

⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Comentários ao Código Civil* (coord. Antônio Junqueira de Azevedo). v. 20. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 86.

⁴⁴ Sem a pretensão de aprofundar o tema a respeito da *condição jurídica do nascituro* e suas várias teorias, o direito brasileiro se filiou à doutrina natalista quanto à aquisição de personalidade civil sob o significado tradicional, nos termos do art. 2º, do novo Código Civil brasileiro, mas tal não o coloca equiparado às coisas, especialmente levando em conta o valor objetivo da potencialidade da pessoa humana (no segundo sentido da palavra personalidade), daí a própria ressalva contida no dispositivo referido. Para maior aprofundamento do debate: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação: o biodireito e as relações parentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 563-568. No direito brasileiro, Rubens Limongi França e Silmara Juny A. Chinelato de Almeida são adeptos da teoria concepcionista, reconhecendo personalidade civil – na acepção tradicional – ao nascituro (FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de direito civil*. v. 1, 4. ed. São Paulo: RT, p. 142-144; ALMEIDA, Silmara Juny A. Chinelato de. *O nascituro no Código Civil e no direito constituído*. *Revista Inf. Legislativa*, n. 97, jan.-mar. 1988, p. 181-190).

⁴⁵ Em sentido contrário ao texto: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes, *op. cit.*, p. 88-89.

⁴⁶ CAHALI, Francisco José. *Curso avançado de Direito Civil*. v. 6, 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 128.

⁴⁷ GOZZO, Débora. *Comentários ao Código Civil brasileiro* (coords. Arruda Alvim e Thereza Alvim). v. XVI. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 78.

buscar a fundamentação jurídica para a capacidade sucessória condicional do nascituro com base no valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Como já foi comentado “a dignidade da pessoa humana, tal como prevista no dispositivo constitucional relativo ao planejamento familiar, é também aquela da futura pessoa, ou seja, o fruto da decisão do casal no sentido de procriar...”⁴⁸.

Diante das novas técnicas de reprodução medicamente assistida, especialmente com a possibilidade de congelamento de embriões na perspectiva da futura transferência para o corpo de uma mulher, bem como no caso da criopreservação de sêmen ou de óvulo para futura utilização, deve ser equacionada a questão acerca da possibilidade da vocação dos embriões congelados - e daqueles resultantes da utilização do material fecundante congelado - na sucessão *mortis causa* diante da redação do art. 1.798, do Código Civil. Não se pode olvidar, a esse respeito, que o projeto do Código Civil de 2002 foi apresentado com texto cuja formulação foi iniciada no final da década de sessenta, época em que ainda eram incipientes as notícias a respeito das técnicas de fertilização *in vitro* com posterior congelamento de embriões - especialmente os embriões excedentários.

O legislador, ao formular a regra contida no atual art. 1.798, do texto codificado, não atentou para os avanços científicos na área da reprodução humana e, desse modo, adotou o parâmetro do revogado art. 1.718, do Código de 1916, ao se referir apenas às pessoas já concebidas. Deve-se distinguir embrião do nascituro, porquanto este já vem se desenvolvendo durante a gravidez e, assim, é apenas necessária a espera do momento do nascimento para verificar-se se houve (ou não) a aquisição da herança ou do legado. No que tange ao embrião ainda não implantado no corpo humano, ausente a gravidez, a questão se coloca em outro contexto. Deve-se considerar, de acordo com o sistema implantado pelo Código Civil, que o embrião não-implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, do novo Código Civil, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (artigos 226, § 7º, e 227, *caput*, e § 5º, ambos da Constituição Federal)⁴⁹.

⁴⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*, op. cit., p. 464.

⁴⁹ Em outro trabalho, cujo tema central era a filiação resultante da reprodução assistida heteróloga, no

O tema relacionado à capacidade para suceder e a reprodução assistida *post mortem* é dos mais polêmicos e, indubitavelmente, o Código Civil de 2002 não apresenta solução transparente, a despeito da gravidade da questão. A doutrina contemporânea, especialmente à luz do Código Civil, apresenta posturas diversas a respeito do assunto. Francisco José Cahali observa que, no sistema jurídico anterior ao Código em vigor, era inadmissível a constituição de vínculo de parentesco entre a criança gerada e o falecido (cujo material genético fora utilizado) sob o fundamento de que a morte extinguiu a personalidade; contudo, diante da regra do art. 1.597, do Código Civil, o autor concluiu, a contragosto, que o filho do falecido, fruto de técnica de reprodução assistida *post mortem*, terá direito à sucessão como qualquer outro filho, havendo sério problema a ser resolvido quando ocorresse o nascimento da criança depois de já encerrado o inventário e a partilha (ou a adjudicação) dos bens do autor da sucessão⁵⁰. Débora Gozzo, por sua vez, propõe o emprego da analogia para solucionar a questão, no sentido de considerar possível reconhecer o direito sucessório à criança resultante de técnica de reprodução assistida *post mortem* da mesma maneira que se admite a nomeação de filho eventual de pessoa certa e determinada como possível herdeiro testamentário ou legatário, sugerindo o ajuizamento da ação de petição de herança para tanto⁵¹. Eduardo de Oliveira Leite, por sua vez, distingue duas situações: a) a do embrião concebido *in vitro*, com sua implantação posterior ao falecimento do pai e b) a do embrião formado a partir do sêmen preservado (e pode-se, atualmente, também acrescentar o óvulo congelado) depois do falecimento daquele que forneceu o material fecundante. Para o autor, a primeira hipótese autoriza o direito à sucessão hereditária, pois já houve concepção, ao passo que na segunda, não, pois não havia concepção no momento da abertura da sucessão⁵².

concernente aos aspectos e efeitos civis, a conclusão referida no texto foi alcançada, com a apresentação de interpretação razoável (e em conformidade com a Constituição Federal de 1988) do art. 1.597, do novo Código Civil. Assim, “no estágio atual do direito brasileiro, não há como se admitir a legitimidade do acesso da viúva ou da ex-companheira (por morte do ex-companheiro) à técnica de reprodução assistida homóloga *post mortem*, diante do princípio da igualdade de direitos entre os filhos” (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*, op. cit., p. 1000).

⁵⁰ CAHALI, Francisco José, op. cit., p. 132.

⁵¹ GOZZO, Débora, op. cit., p. 42.

⁵² LEITE, Eduardo de Oliveira, op. cit., p. 109-110.

Há, pois, variados posicionamentos a respeito do tema, sendo que não há problema antecedente ao próprio Direito das Sucessões, a saber, a admissibilidade jurídica das técnicas de reprodução assistida *post mortem* no Direito brasileiro. Com fulcro nos valores e princípios constitucionais especialmente relacionados à dignidade da pessoa humana e à efetivação dos direitos humanos e fundamentais também no âmbito das relações privadas, 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.

No entanto, em sendo reconhecida a admissibilidade jurídica do recurso às técnicas de reprodução assistida *post mortem* (e, assim, sua constitucionalidade), a melhor solução a respeito do tema é a de considerar que o art. 1.798, do Código Civil, disse menos do que queria, devendo o intérprete proceder ao trabalho de estender o preceito para os casos de embriões já formados e aqueles a formar (abrangendo, pois, as duas hipóteses antes indicadas). O problema que surge caso a criança venha a nascer após o término do inventário e da partilha pode ser tranqüilamente solucionado de acordo com o próprio sistema jurídico atual em matéria de herdeiros legítimos preteridos – por exemplo, na hipótese de filho extramatrimonial não reconhecido pelo falecido. Deve-se admitir a petição de herança, com a pretensão deduzida dentro do prazo prescricional de dez anos a contar do falecimento do autor da sucessão, buscando, assim, equilibrar os interesses da pessoa que se desenvolveu a partir do embrião ou do material fecundante do falecido e, simultaneamente, os interesses

dos demais herdeiros. Assim, haverá mais uma hipótese de cabimento para os casos de petição de herança, a saber, aquela envolvendo o emprego de técnica de reprodução assistida *post mortem*.

Como analisado, inúmeras são as polêmicas em torno da temática dos efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo, mas é importante que tais questões sejam analisadas, debatidas e eventualmente solucionadas à luz dos princípios e valores constitucionais. Neste sentido será possível equacionar alguns dos mais intrincados problemas bioéticos da atualidade.