



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**FIDELIO PAMPONET NETO**

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO À LUZ DA  
DIGNIDADE DA “COISA” HUMANA**

Salvador  
2013

**FIDELIO PAMPONET NETO**

**DIREITOS SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO À LUZ DA  
DIGNIDADE DA “COISA” HUMANA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Camilo Colani

Salvador  
2013

## TERMO DE APROVAÇÃO

**FIDELIO PAMPONET NETO**

### **DIREITOS SUCESSÓRIOS DO EMBRIÃO À LUZ DA DIGNIDADE DA “COISA” HUMANA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2013

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço ao Professor Camilo Colani, por toda orientação a mim prestada, sempre com muita disponibilidade, competência e conhecimento.

Agradeço a Professora Ana Ana Thereza Meirelles, por estar sempre disponível a esclarecimento sobre o tema, pela ajuda na pesquisa da ADI 3510, pelo apoio e incentivo no início do trabalho.

Agradeço ao Professor Ermiro Neto, pelos ensinamentos em sala de aula, por toda a paciência tirando dúvidas sobre o tema Direito Sucessório e pelos apontamentos das obras literárias que muito me auxiliaram.

Agradeço aos meus pais pelo apoio incondicional e pelo amor concedido.

Agradecimento em especial a todos os meus colegas e companheiros que me auxiliaram nessa árdua caminhada.

Agradecimento em especial a minha namorada Amanda Medrado pela paciência e companheirismo.

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de trazer o método da reprodução assistida homóloga e heteróloga, como evolução científica que possibilita aos casais inférteis exercer o direito ao planejamento familiar, assim como as obrigações dessa decorrente, e do direito do embrião que não se confunde com os direitos dos seus genitores. Aborda as diversas teorias sobre o início da vida com foco na fecundação que é de onde se origina a vida. Traz a impossibilidade da diferenciação entre nascituro e embrião, assim como a origem dos embriões excedentários, graças a uma lacuna normativa sobre o tema. Dissertando sobre os direitos garantidos a todos os seres inatos, tanto os extrapatrimoniais como os patrimoniais, e da impossibilidade de se tratar seres humanos iguais de forma diferente, somente por um se encontrar no ventre materno e o outro *in vitro*, estando este fora do seu habitat natural, graças a uma intervenção do homem. Analisa a decisão negativa sobre a Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510 e as consequências que dela resultam. Trazendo a necessidade do entendimento de embrião como vida e não como “coisa”, com base no princípio da igualdade entre os filhos, da dignidade da pessoa humana e o direito à vida que estão expressos na Constituição Federal, buscando retratar a antinomia jurídica que traz com a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal. Ademais, trata sobre o direito sucessório e a capacidade de suceder que é devida ao embrião, com base no Código Civil que estabelece capacidade a todo aquele vivo no momento da morte do *de cuius* ou concebido, como é o embrião. Por fim traz o meio ao qual este pode arguir o posto direito e até em que momento este pode ser reconhecido.

**Palavras-chave:** Embrião; ADI 3510; Igualdade entre filhos; Direito sucessório.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
PL	Projeto de Lei
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
<b>2 REPRODUÇÃO HUMANA</b>	<b>10</b>
2.1 INFERTILIDADE	10
2.2 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR	12
2.3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA	14
<b>2.3.1 Heteróloga</b>	<b>16</b>
<b>2.3.2 Homóloga</b>	<b>17</b>
<b>3 EMBRIÃO</b>	<b>19</b>
3.1 INÍCIO DA VIDA	20
3.2 EMBRIÃO E NASCITURO	25
3.3 CONGELAMENTO DE EMBRIÕES	27
3.4 EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS	28
3.5 EMBRIÕES E SEUS DIREITOS NECESSÁRIOS	30
3.6 EMBRIÕES E SEUS LIMITES INTERPRETATIVOS	31
3.7 NATUREZA JURÍDICA DO EMBRIÃO	33
3.8 PROTEÇÃO AO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO	36
3.9 EMBRIÃO: COISA OU PESSOA?	38
<b>4 DIREITO DA PERSONALIDADE</b>	<b>40</b>
4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	41
4.2 DIREITO À VIDA	42
4.3 EMBRIÃO E SEUS DIREITOS MATERIAIS	45
<b>5 ADI 3510</b>	<b>49</b>
5.1 CONCEPÇÃO DO MINISTRO AYRES BRITTO	51
5.2 A PERCEPÇÃO DO MINISTRO MENEZES DIREITO	56
5.3 ENTENDIMENTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI	59
<b>6 DIREITO SUCESSÓRIO</b>	<b>66</b>
6.1 ORIGEM DO DIREITO SUCESSÓRIO	67
6.2 MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO	68
6.3 TRANSMISSÃO DO ACERVO HEREDITÁRIO	69
6.4 LUGAR DA ABERTURA DA SUCESSÃO	70

6.5 SUJEITOS DA SUCESSÃO	72
6.6 CAPACIDADE PARA SUCEDER	74
6.7 PETIÇÃO DE HERANÇA	77
<b>7 CONCLUSÃO</b>	<b>79</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>82</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A ciência se desenvolve a passos largos, trazendo grandes benefícios para a sociedade, contudo até o remédio, se aplicado de forma demasiada, causará problemas, surgindo assim o Biodireito para fazer uma análise de até que ponto pode a ciência realizar determinada experiência em nome de um bem maior.

Não há dúvida de que a busca pela cura e pela diminuição do sofrimento é válida, contudo há de saber qual o preço que será pago em face desta, é preciso entender que a sociedade tem valores éticos e morais que devem ser levados em consideração. Surge então a incumbência para o direito de realizar esse limite para a ciência, que não deve ser buscada a qualquer custo, deve ser sempre sobrepesada com a ética, a moral e o direito.

A experiência com seres humanos deve ser muito bem analisada, quais os benefícios que resultarão e quais os prejuízos que poderão decorrer. Devendo haver uma convergência de ciências para a busca de uma sociedade justa e digna.

Faz-se necessário analisar o direito ao planejamento familiar conjuntamente com o desenvolvimento científico que culmina com a reprodução assistida, como meio para alcançar esse direito, analisando a reprodução assistida homóloga e reprodução assistida heteróloga.

O direito que assegura o planejamento familiar, entretanto para que se tenham direitos devem se ter também obrigações, que precisam ser observadas por seus genitores ao assumir o desejo de obter sua prole e qual o número desejado.

Posteriormente surge a grande celeuma sobre quando ocorre o início da vida, devendo esta ser estudada pelas mais diversas ciências e não apenas pelo Direito, tais como embriologia, genética, obstetrícia e neonatologia. O Direito Constitucional rotula a vida no rol do direito fundamental. Para o Direito Civil a vida é tutelada desde o momento da sua concepção. Já o Direito Penal condena qualquer tipo de aborto, que é a interrupção da gestação independentemente de sua fase.

Entretanto surge uma divergência legislativa a respeito do tema, pois com a decisão do não reconhecimento da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 3510 pelo

Supremo Tribunal Federal, passa a ser possível a experiência com células tronco embrionárias, ocorrendo assim o óbito dessas vidas.

São objetos de estudo deste trabalho os diversos entendimentos sobre quando se inicia a vida, trazendo, para uma melhor fundamentação, conceitos médicos e jurídicos, pois o presente trabalho entende que a melhor solução sobre o tema passa por uma conjugação entre as ciências.

Ademais, será discutido neste trabalho a impossibilidade da diferenciação entre o nascituro e o embrião, pois são a mesma coisa, seres que já estão concebidos e que estão por nascer, não podendo ter, pelo simples fato de um se encontrar no ventre materno e o outro *in vitro*, diferentes proteções. Será objeto de estudo quais os Direitos inatos ao ser vivo.

Analisando de maneira sintética os argumentos que levaram a tomada da decisão por alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal, que acabaram por não considerar o embrião como vida.

Com base nesse julgamento fez-se necessário a análise e diferenciação de pessoa e “coisa”, para defender a impossibilidade de se tratar um ser vivo como um objeto e suas implicações.

Fazendo uma breve explanação sobre sua origem, analisando qual o momento da abertura, a transmissão do acervo hereditário e o local da abertura da sucessão. Será analisado quais os sujeitos que compõem a sucessão, assim como aqueles que têm capacidade para suceder, discutindo a necessidade do reconhecimento do embrião como herdeiro legítimo, assim como a possibilidade de ser herdeiro testamentário.

Ademais, para o reconhecimento do embrião como herdeiro legítimo vide o Código Civil que estabelece legítimo para receber as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão ao passo que é o caso do embrião. Discutindo a garantia Constitucional da igualdade entre os filhos.

Desta forma, se vislumbra a possibilidade de estudar o tema, para que com isso se tenha um maior debate, evitando assim contradições legislativas e desconexão com a realidade.

## 2 REPRODUÇÃO HUMANA

Como diz a passagem bíblica: “Crescei-vos e multiplicai-vos”. Portanto, um dos sentidos da vida é a reprodução. As espécies se reproduzem para dar continuidade ao seu código genético, e existem algumas formas de reprodução que podem ser observadas na natureza, as quais se dividem em dois grandes grupos: assexuada e sexuada.

Para Tognotti (2000, p. 1.683), “A capacidade de se reproduzir para perpetuação da espécie é uma das mais importantes funções dos seres vivos”.

O *Homo sapiens* se reproduz de forma sexuada, necessitando, em regra, que um macho e uma fêmea copulem em período fértil para que se dê início a uma gestação. Há, todavia, outras formas de reprodução humana que prescindem da cópula.

A família que é construída através do casamento ou união estável normalmente tem como um dos principais objetivos a procriação. Ter filhos, para a maioria das pessoas, é condição elementar para o desenvolvimento da sua própria dignidade. Casais que tem filhos apresentam uma maior tendência ao relacionamento social. A reprodução humana, portanto, está ligada diretamente ao desenvolvimento das microrrelações sociais.

### 2.1 A INFERTILIDADE

A medicina, com ênfase na Embriologia, tem se desenvolvido em passos largos. Dois marcos podem ser observados como pontos paradigmáticos para o desenvolvimento das pesquisas em reprodução humana: a magnificação (quando o homem, através da invenção das lentes, possibilitou o estudo dos gametas) e a anestesia (que permitiu a abordagem cruenta para a captação de óvulos). A tecnologia não para de evoluir e, em consequência disto, os estudos foram se aprofundando e novos métodos foram sendo criados para se permitir a reprodução artificial (CLÍNICA FÉRTIL, 2011).

A ciência passa a interferir no sentido de possibilitar o tratamento da infertilidade e realizar o sonho de muitos casais que, embora desejem ter filhos, não podem por questões orgânicas que resultam em infertilidade de um ou ambos os cônjuges. Mas o que seria a infertilidade?

Tognotti (2000, p. 1.684) define a infertilidade baseado na perspectiva de que noventa por cento dos casais, quando não se utilizam de qualquer método contraceptivo, obtêm a gestação após um ano. Portanto, casal infértil é aquele que não consegue engravidar após doze ciclos ovulatórios consecutivos.

Este conceito também é sustentado por Burney, Schust e Yao (2008, p. 878): “A infertilidade é definida como a ausência de concepção após um ano mantendo relações sexuais sem proteção”.

A infertilidade pode ser classificada como “infertilidade primária”, na qual não houve gestações prévias, e infertilidade secundária, nos casos em que se tenha havido gestação anterior, independentemente de ter nascido vivo ou não.

Para Alvarenga (2005, p. 229), a infertilidade é a incapacidade de um ou ambos os cônjuges para procriar, de vir a gerar um filho, por um lapso temporal de no mínimo dois anos, tendo uma vida sexual ativa, quer seja tal infertilidade oriunda de causa funcional ou orgânica. Não se confunde, portanto, a infertilidade com a esterilidade. Esta é observada quando após o uso de todos os métodos para a procriação, não se consegue atingir o objetivo que é a gestação.

A infertilidade pode ser oriunda tanto do homem quanto da mulher, podendo derivar das causas mais variáveis possíveis. Verifica-se uma diferença entre as principais etiologias ligadas ao homem e à mulher. Observa-se, na perspectiva da mulher, que as alterações endócrinas são as principais responsáveis pela infertilidade, seja por alterações hormonais decorrentes do aumento ou diminuição dos hormônios necessários à ovulação ou sustentação de uma gravidez. Há, também, um grande número de alterações anatômicas que resultam na dificuldade de se manter uma gestação, a exemplo das alterações uterinas, tais como o útero bicorno (ALVARENGA, 2005, p. 230).

A infertilidade masculina era um grande tabu social. A sociedade brasileira se desenvolveu com base no patriarcalismo e, ainda hoje, mantém várias características machistas. O homem infértil era, antes de tudo, considerado um

homem incapaz, marginalizado em seu próprio meio de convivência (ALVARENGA, 2005 p. 231).

Ao se falar em infertilidade do sexo masculino, existia muita cautela. Geralmente o homem tem uma menor preocupação com a possibilidade de infertilidade, a não ser que apresente alguma disfunção que o afete na capacidade reprodutiva.

Contudo, a capacidade de ejaculação é só um dos indicadores de fertilidade masculina, não há correlação alguma entre a capacidade de ejacular com a capacidade de produzir espermatozoide. Entretanto, nos dias atuais, mesmo que se tenha uma baixa produção de espermatozoide, já é possível a fecundação. Esta pode ocorrer com apenas um espermatozoide, sendo o suficiente para a fecundação, através da injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ALVARENGA, 2005, p. 231).

## 2.2 DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR

Filhos: tê-los ou não, eis a questão. Esta é uma decisão que cabe o casal. Apesar de nem sempre ser possível a procriação, a ciência se desenvolve com o objetivo de tornar viável o desejo de se reproduzir. O planejamento familiar pode ser entendido como programação da prole que é a decisão do casal em optar pela procriação ou, de modo contrário, evitá-la. Esta é uma questão que envolve aspectos éticos e morais da sociedade. Para Schützer (2000, p. 780):

Nada há na vontade moral, nela própria, que obrigue à procriação ou que, de outro lado, obrigue ao dever de limitá-la. Não há, na verdade moral, nada que obrigue a procriação; e o próprio mandamento de crescer e multiplicar-se – com limites, é evidente- não é originado da vontade moral autônoma. É mandamento heterônomo. Não há, pois, a rigor, nada que discutir com relação às teorias voluntaristas.

As técnicas de reprodução humana permitem que o homem possa submetê-la à sua vontade.

Do ponto de vista conceitual, segundo Guilherme Calmon (2003, p. 448), o planejamento familiar se funda em uma escolha do casal de procriar, com base na paternidade responsável. Schützer (2000, p. 781) entende sobre responsabilidade:

[...] a obrigação que tem os genitores para com a sociedade e para com a prole, de a ela prover a sobrevivência e de a educar como seres que

possam vir a contribuir para a vida em sociedade, não se tornando dela apenas dependentes.

Para que ocorra a paternidade responsável, tem que lhe ser propiciada a informação do que esta venha a ser, os métodos que podem ser por estes utilizados para uma possível utilização da vida sexual livre e estejam ao seu alcance os diversos aparatos necessários para o exercício de seu direito de gerar. Tem de se informar qual o impacto que terá a realização deste direito, quais os deveres que deverão ser implicados a partir deste. Além disto, para Schützer (2000, 781), há uma necessidade de encarar o impacto social da procriação, que resulta em crescimento demográfico e, por consequência, desequilíbrio social quando não se atenta às questões de responsabilidade.

A magna Carta traz, expressamente em seu texto, o direito ao planejamento familiar, cabendo ao casal a decisão de ter ou não filhos, observado no artigo 226, § 7º, que profere:

Fundados no princípio 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 privada.

Aldrihghi e colaboradores (2000, p. 786) restringem o conceito de planejamento familiar apenas às condutas que evitem a procriação, observadas através da interpretação dos princípios que postulam: liberdade do casal e fornecimento de informações sobre todos os métodos anticoncepcionais, ressaltando vantagens e desvantagens destes.

A Constituição Brasileira de 1988 demonstra preocupação com a viabilização do planejamento familiar e o classifica como direito fundamental. Cria, portanto, todas as condições necessárias para a efetivação deste direito. O artigo 9º da Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996, dispõe a respeito do planejamento como política pública voltada para o indivíduo, seja homem ou mulher:

O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral a saúde.

Observa-se, portanto, a grande importância e proteção a que se preocupa a Constituição Federal ao tratar do planejamento familiar, visando, também, a proteção do menor, bem observado no artigo 226, § 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.

Neste artigo, pode-se perceber a ressalva que é feita ao direito ao planejamento familiar, pois deve o casal obedecer aos princípios da dignidade da pessoa humana, conceder ao menor uma vida digna e uma paternidade responsável. O casal tem a obrigação constitucional de ter o conhecimento relativo ao impacto econômico e social que terá esse menor em sua vida, bem como reunir todas as condições econômico-sociais e afetivas para poder criar o filho dentro do mínimo exigido.

### 2.3 REPRODUÇÃO ASSISTIDA

A fertilização *in vitro* com transferência embrionária é a técnica de reprodução assistida com maior prevalência no mundo. O seu primeiro relato foi datado de 1978, na Inglaterra e, a partir de então, surgiu uma nova modalidade de reprodução humana assistida.

Alvarenga relata que, naquele método de reprodução artificial, observa-se a fecundação do óvulo pelo espermatozoide em um ambiente artificial, fora do corpo da mulher. Tal procedimento é realizado em laboratório, mantendo os espermatozoides e óvulos em uma placa de Petri como meio de cultivo e sob o controle das condições ambientais. Segundo Alvarenga, a fertilização *in vitro* é bem indicada para pacientes que apresentem disfunção anatômica de ambas as tubas uterinas prejudicadas e que não haja tratamento disponível para a reversão do quadro ou em pacientes com outras disfunções do sistema reprodutor, além dos casos em que a causa se deva a fatores masculinos (ALVARENGA, 2005, p. 233).

A coleta do óvulo se dá durante o meio do ciclo ovulatório e é facilitada pelo exame de ultrassonografia que detecta os folículos ovarianos. Estes não necessariamente produzirão óvulos maduros, aptos para a fecundação *in vitro*, e, em regra, apenas um é que poderá gerá-los. Os demais folículos, que não produziram óvulos maduros, serão absorvidos ou eliminados juntamente com a menstruação (ALVARENGA, 2005, p. 234).

Desta forma, a mulher terá a possibilidade de engravidar de um filho a cada ciclo ovulatório, pois apenas um óvulo vai chegar à maturidade. Em alguns casos, mais de um folículo poderá amadurecer e ser fecundado, resultando em gêmeos não idênticos.

Com o objetivo de aumentar a eficácia do procedimento, o médico estimula a ovulação, através da administração de hormônios, para obter um maior recolhimento de óvulos. Isto acontecerá antes da reabsorção dos folículos que acompanham o folículo dominante. Este procedimento possibilita uma ovulação mais eficaz o que pode favorecer, positivamente, a fecundação dos óvulos maduros produzidos (ALVARENGA, 2005, p. 234).

Esta questão é estatística: quanto mais óvulos maduros produzidos, através da estimulação da ovulação, maior será a chance da fecundação. Não significa, contudo, que, uma vez fecundado, a mulher gerará um filho. Existem outros fatores que influenciam o desenvolvimento da gestação, tais como a implantação endometrial satisfatória e a manutenção das taxas hormonais em níveis séricos aceitáveis. Disto pode extrair-se que, quanto mais óvulos maduros disponíveis, maior a chance de gerar um filho.

Contudo, é necessário observar que deve existir um limite para tal fecundação, devendo ser analisado a partir do contraponto de uma maior eficiência do procedimento com o risco de uma multigestação, não devendo ser aceito a fecundação de vários óvulos, gerando, assim, diversos embriões, para que com estes se possam fazer a seleção não natural de qual o mais indicado para o prosseguimento natural. Sendo, portanto razoável a fecundação de dois embriões, existindo assim uma proporcionalidade e razoabilidade no procedimento.

A fecundação acontece com o contato do espermatozoide com a camada rodeia do óvulo, e a partir do instante que o espermatozoide consegue penetrar esta camada, o óvulo ativa uma camada celular bloqueando a entrada de qualquer outro espermatozoide (ALVARENGA, 2005, p. 235).

Como já exposto mais acima, no caso de se tratar de um problema de não capacidade do espermatozoide fecundar, a tecnologia permite que este, através do processo de injeção intracitoplasmática de espermatozoide, fecunde o óvulo com um único esperma.

### 2.3.1 Heteróloga

O método heterólogo vem a ser uma das maneiras de se realizar a fecundação, sem a necessidade da conjunção carnal. Sendo este um dos métodos utilizados para a reprodução assistida.

Do ponto de vista estatístico, o método heterólogo é um exemplo de reprodução assistida. Trata-se do processo conhecido como inseminação artificial ou fertilização *in vitro*. Esta técnica ocorre com a fertilização do óvulo da mulher com o espermatozoide do doador em um ambiente artificial (BONELLI, 2009, p. 246).

Para Bonelli (2009, p. 247), a reprodução assistida pelo método heterólogo, aliado ao elemento vontade do companheiro, resultará na presunção de paternidade, de forma semelhante ao que ocorre com a conjunção carnal. A vontade também manifesta por parte do doador de não se inserir no processo que dará origem a futura pessoa que foi concebida com seu sêmen.

A não manifestação da vontade faz com que não exista vínculo de paternidade entre o doador e criança. Sendo, portanto, de fundamental importância a demonstração da vontade por parte do companheiro que não contribuiu com seu material para a concepção da criança para que se configure o vínculo parental. Tal como qualquer negócio jurídico, a vontade não pode estar eivada de qualquer vício e há de ser expressa de forma clara e específica quando se trata da finalidade a que se destina aquele material genético doado.

Contudo, segundo entendimento de Bonelli (2009, p. 247), deve-se perceber que o direito à filiação que será assegurada ao rebento, não se confunde com o direito à ascendência, por exemplo, ao se ter necessidade de um estudo do material genético do doador a fim de se obter a cura de uma determinada doença ou a prevenção da mesma. Direito este que deve ser resguardado ao descendente genético, contudo, não pode ser confundido com pai biológico, visto que este apenas fez a doação, não tendo qualquer tipo de direito ou dever em face do fruto gerado.

Entendendo o doutrinador Guilherme Calmon (2003, p. 474), que deve se aplicar aos filhos oriundos da técnica de inseminação heteróloga o mesmo artigo 1.626, parágrafo único, do ordenamento Civil que é aplicado para seres adotivos, o qual refuta:

Parágrafo único. Se um dos cônjuges ou companheiros adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou companheiro do adotante e os respectivos parentes (Lei nº 12.010 , de 2009).

Segundo Guilherme Calmon (2003, p. 474), nesta técnica de reprodução assistida, na qual se encontra como principal característica para a presunção de paternidade e maternidade, em alguns pontos podem se assemelhar com a adoção. Pela qual se encontra uma filiação, que não se caracterizou por vínculo consanguíneo e sim pelo elemento vontade.

### 2.3.2 Homóloga

A reprodução assistida homóloga é aquela em que o material genético pertence ao casal que possui determinada impossibilidade fisiológica de gerar a criança de forma natural (BONELLI, 2009, p. 246).

Contudo, não há que se falar em infertilidade. Neste caso não há nem que se falar no elemento vontade, pois o próprio exame de DNA já comprova a paternidade. Aqui haverá a presunção de paternidade. Como estabelece o Código Civil, que convém apresentar:

Art. 1597. Presume-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

II – nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação de 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 previa autorização do marido.

O art. 1.597 do CC/2002 traz um rol taxativo de presunção de paternidade na constância do casamento. Percebe-se no inciso III que há presunção, ainda que relativa, de paternidade mesmo que o marido tenha falecido.

Os embriões excedentários, decorrentes da fecundação homóloga ou da heteróloga, desde que haja a autorização expressa do marido, o que caracteriza o elemento

vontade, que será elemento de presunção de paternidade, serão considerados filhos havidos na constância do casamento.

Neste momento, há uma contemplação do novo tipo de família, que é a família advinda não do vínculo genético, como era muito característico da antiga sociedade patriarcal, mas do elemento vontade, muito em evidência nas famílias atuais (BONELLI, 2009, p. 247).

Preocupação esta que foi suprida pela nossa constituição, pelo princípio da igualdade entre os irmãos, estabelecido no artigo 227. Como se percebe não se faz nenhum tipo de diferenciação na presunção de laços familiares, pois, se assim o fosse, estar-se-ia criando descendentes de segunda categoria, tratando-se irmãos de forma diferente, o que é inconstitucional.

Com estas novas técnicas de auxílio ao planejamento familiar verificam-se, mais do que nunca, a necessidade de se aplicar o artigo 226 que descreve: “A família, base da sociedade tem especial proteção do Estado”, e artigo 227 da Constituição Federal:

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

Artigo 227, § 6, descreve: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Devem-se interpretar tais artigos de forma ampliativa, não de forma literal, pois se assim o for estará fazendo uma incongruência no direito, pois só estão ai previstos os filhos fruto da consanguinidade e os filhos não consanguíneos resultantes da doação. Apesar de não expresso, estão ai englobados os filhos não consanguíneos decorrentes da reprodução assistida heteróloga também.

### 3 EMBRIÃO

Antes de conceituar embrião, é importante se ter uma breve noção de como ocorrerá a fecundação.

Para Montenegro e Rezende Filho, “fecundação, quando o espermatozoide se funde com o óvulo para dar origem ao ovo, célula que representa o início do novo ser” (2011, p. 50).

Explana Montenegro e Rezende Filho que, com a fecundação, que é a inseminação do óvulo pelo espermatozoide, esta fusão que contém o espermatozoide formando 22+Y com o óvulo, que será sempre 22+X, resultará em 44+XY, cuja evolução resultará em um menino e se o espermatozoide for 22+X, resultará em uma menina (2011, p. 48).

Deixando claro que, desde a fecundação, já se pode encontrar todo o código genético do novo ser humano, individualizado por sua genética que não será a mesma de qualquer outro.

Segundo Moore, 2008, ganhador do primeiro Henry Gray em 2007, que significa a mais alta distinção da American Association of Anatomists, pela excelência na educação da anatomia humana, a fecundação terá as seguintes fases:

Passagem do espermatozoide através da corona radita do ovócito, ocorrendo depois a penetração da zona pelúcida, fusão das membranas plasmáticas do ovócito e do espermatozoide, termino da segunda divisão meiótica do ovócito, formação do pronúcleo masculino e a lise da membrana do pronúcleo (2008, p. 25).

Posteriormente a esse processo, segundo o autor, terá a formação do zigoto, que é a união do espermatozoide com o óvulo, sendo este uma célula complexa e singularizada, sendo formado pelos cromossomos e genes do pai e da mãe. Este já contém toda a sua herança genética e a variação da espécie humana (2008, p. 24).

Após a fecundação e formação do zigoto ocorrerá a clivagem do mesmo, que consiste nas divisões mitóticas que acontecerão com o zigoto, resultando em diversos números de células. Estas, sendo células embrionárias, são chamadas de blastômeros, que se tornam menores a cada divisão (MOORE, 2008, p. 27).

Após a oitava célula, este blastômero irá se juntar aos outros, formando assim um único conjunto de células. Quando estes se dividem formando um número entre 12 e 32, estará formada a mórula (MOORE, 2008, p. 28).

A mórula, quando alcança o útero, o fluido que contém na sua cavidade irá passar pela zona pelúcida para formar a cavidade blastocística. Este fluido aumentará a sua cavidade a ponto de separá-las em duas partes, o trofoblasto, a camada celular externa que formará a placenta e o embrioblasto, que, na parte central da célula, originará o embrião (MOORE, 2008, p. 28).

Para Moore, “embrião refere-se ao ser humano em desenvolvimento durante os estágios iniciais” (2008, p. 5).

Segundo ele, o período embrionário acontecerá até a oitava semana, contudo, antes desse período já se tem todas as estruturas essenciais e o momento *a posteriore*, considerado o período fetal, será o desenvolvimento dessas estruturas essenciais que já estão contidas no embrião (MOORE, 2008).

### 3.1 INÍCIO DA VIDA

Como ponto de partida para qualquer direito, há que se estabelecer quando se começa a vida, e para responder tamanha indagação é preciso buscar entender as diversas teorias existentes sobre o tema.

É necessário entender que o Supremo, ao emitir sua decisão na ADI 3510, permitindo que sejam utilizadas células embrionárias para fins de pesquisa e terapias, deixa claro que o início da vida para o direito começa a partir do embrião implanto. Contudo, é imprescindível analisar todas as teorias sobre o início da vida.

A primeira teoria seria a concepcionista, na qual o ser humano surge a partir da concepção, no momento em que acontece a fecundação entre o espermatozoide e o óvulo, sendo pertinente o reconhecimento de todos os direitos pertencentes ao homem. Aproximadamente após as 12 (doze) horas da fertilização, ocorrerá a concepção, a fusão do gameta masculino com o gameta feminino, compondo um novo ser, onde se deve falar em concepção de uma vida distinta das de seus genitores (SOUSA, 2009, p. 62).

Para esta teoria, o embrião tem de ser tratado como pessoa, pois este já é detentor de várias características que o individualizam dos outros seres da mesma espécie, nesta fase, já está determinado qual o sexo, cor de pele, cor dos olhos, entre outras particularidades que os permite diferenciar das demais pessoas. É importante ressaltar o fato de aquele mesmo genoma encontrado em um embrião é o mesmo durante toda a sua vida.

Diante do exposto, pode-se ressaltar uma explanação de Reinaldo Pereira e Silva:

O zigoto não é potencialidade humana. Desde a fusão dos pronúcleos masculino e feminino, o zigoto é o início do ciclo vital de um novo homem, cuja potencialidade para vir a ser é intrínseca a sua natureza. A concepção é o início da existência de um ser humano distinto em relação aos genitores e também em relação aos demais seres humanos (2009, p. 63).

Valéria Silvia Galdino, ao dispõe sobre a corrente concepcionista:

a personalidade do nascituro é incondicionada, não dependendo de nenhum evento subsequente, estando seus direitos personalíssimos(vida, liberdade, saúde) garantidos. No entanto, certos efeitos de certos direitos (como patrimoniais) dependem do nascimento com vida. A titularidade dos direitos não seria discutida, havendo apenas incapacidade. Já em relação aos patrimoniais, o nascimento sem vida funcionaria tão só como condição resolutiva.

Esta teoria está amparada pelo nosso ordenamento no artigo segundo do Código civil, além do artigo 1.609, parágrafo único, que descreve: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”. O artigo 542, por sua vez, diz que: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. O artigo 1.779 descreve: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. O artigo 1.798 também prevê que: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

A próxima teoria a ser analisada é da singamia. De acordo com esta, no momento em que o espermatozoide ultrapassa a camada rodeia do óvulo, acontecendo a fecundação, tem-se então o início da vida humana, anterior a fusão do genoma masculino com o genoma feminino, defendido pela teoria concepcionista (SOUSA, 2009, p. 64).

Outra teoria relevante é a Cariogamia, que reconhece o início da vida com a fusão dos pronúcleos masculino e feminino no interior do ovo. É só a partir desta junção,

que irá ocorrer dentro do óvulo, que se dará o indivíduo, com genoma único capaz de se diferenciar dos demais (SOUSA, 2009, p. 65).

Para esta teoria, não há de se falar em ser humano em potencial, o que ocorre de potencial é o seu desenvolvimento humano, assim como em qualquer tipo de reprodução, seja ela corpórea ou extracorpórea, importando para tanto a fusão dos pronúcleos.

A teoria da nidação diz que o começo da vida ocorre no momento em que acontece a nidação, que é afixação do ovo no útero materno. Afirma que enquanto não atingir esta fase de maturação são apenas várias células, que constitui os alicerces do embrião (SOUSA, 2009, p. 67).

Esta teoria afirma, assim, que os embriões que estiverem fora do útero materno, como ocorre na fertilização *in vitro*, antes de serem implantados no útero, não constituem vida humana, antes deste momento a mulher pode sequer ser considerada grávida.

Cristiane Beuren Vasconcelos discorda deste raciocínio, afirmando que:

A nidação nada mais é do que uma das diversas fases entre si associadas e interdependentes porque passa o embrião no seu contínuo processo de desenvolvimento (um embrião que tem inscritos em seus genes o gerenciamento e a autodeterminação do seu próprio desenvolvimento). Elegê-la como marco inicial concessivo de proteção ao conceito implica ignorar o estágio de vida que a antecede, abrindo um perigoso caminho à livre manipulação dos embriões produzidos ou mantidos em laboratório, pondo em risco o patrimônio genético da humanidade (2009, p. 68).

Outra crítica que se pode fazer a esta teoria é a inobservância por parte dela do fato que o desenvolvimento do embrião independe de qualquer condição ou pré-requisito.

Teoria muito discutida nos dias atuais é a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso, a qual entende que o início da vida acontece no momento em que surgem os primeiros sinais de formação do córtex central (SOUSA, 2009, p. 69).

Esta teoria ganha grande relevância com seu principal defensor, Jaques Monod, ganhando o prêmio Nobel de Biologia em 1965, entendendo que o fundamento essencial para ser homem é a consciência, traçando uma linha tênue entre o sistema nervoso central diretamente relacionado com o início da vida.

Contudo, esta teoria recebe uma forte crítica de Fernanda Souza, afirmando que a formação dos rudimentos do sistema nervoso é inconsistente:

Do ponto de vista jurídica, esta teoria é particularmente atraente a partir do momento em que numerosas legislações estabeleceram que o fim da vida é dado pela falta de atividade elétrica do cérebro. No entanto, encontramos frente a situações conceitualmente diversas, já que não é comparável o caso da morte cerebral onde se detecta uma suspensão irreversível da função, com a do embrião, onde essa emissão elétrica é a culminação de um processo de formação do sistema nervoso central, desenvolvimento inequivocamente iniciado com o aparecimento do sulco neural (2009, p. 69).

Uma teoria de grande relevância é a do pré-embrião. Conforme esta, o ovo humano até o décimo quarto dia após a concepção, antes disto não deve ser considerado humano, mas tão somente uma célula progenitora humana, com capacidade de gerar uma espécie humana, não tendo assim qualquer impedimento com relação à pesquisa das células tronco, pois até o estágio embrionário extracorpóreo não se poderá falar em vida (SOUSA, 2009, p. 70).

Esta teoria se funda em três fundamentos, sendo o primeiro, é que, após o décimo quarto dia, não é mais possível a formação de gêmeos univitelinos, a segunda argumentação é que após este lapso temporal, perde a qualidade de totipotência de suas células e o terceiro e último fundamento é que neste período está a linha primitiva do embrião, que vai imprimir sua estrutura.

O primeiro fundamento levantado por tal teoria não vem a negar em nenhum momento a existência de vida humana desde a concepção deste. O segundo argumento por ela utilizado também não irá prosperar, pois o zigoto contém a informação genética suficiente para determinar, durante este período de totipotência das células, o desenvolvimento de mais de uma célula com individualidades idênticas, cada gêmeo tem sua individualidade na essência, desde a sua concepção. O último argumento também irá ser mitigado devido a relevante diferenciação das células embrionárias. Desde a sua concepção, já tem um genoma humano singular que será o mesmo durante toda a vida, até a morte (SOUSA, 2009, p. 71).

Para a teoria natalista, a proteção aos direitos do ser humano só poderá acontecer após o nascimento com vida, não admitindo os direitos da personalidade do nascituro, tendo este uma mera expectativa de direito (MONTAL, 2009, p. 44).

A última teoria é a da pessoa humana em potencial, a qual sustenta que este é uma pessoa em potencial. Não podendo identifica-lo como pessoa, portanto, não tendo

direito da personalidade, contudo, terá este direito assegurado se nascer com vida. Entretanto, ela reconhece que o embrião não é uma simples célula humana, enxergando assim um ser humano em potencial, tendo como principal característica o reconhecimento do embrião como um ser humano em potencial.

Fernanda Souza faz críticas a esta teoria e, ao analisar a questão, afirma:

Não é admissível ver representada no embrião humano uma simples potência, pois mesmo encontrando-se em uma fase particular de desenvolvimento, corresponde à substância viva e individualizada. O embrião é em potência uma criança, ou um adulto, ou um velho, mas não é em potência um indivíduo humano, pois isso ele o é em ato (2009, p. 69).

Fica evidente que não se pode negar personalidade jurídica ao nascituro, pois são titulares de vários direitos como o direito a reclamar alimentos, à assistência pré-natal, sendo, portanto titular de personalidade jurídica, afinal o é todo aquele que titulariza direitos e obrigações.

Ainda há de se falar que o direito civil tem de utilizar como motor em seu ordenamento, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Afinal a constituição é a norma suprema do sistema jurídico, tendo assim de se entender o direito civil com base na constituição. E fica evidente nesta que, diferente dos países liberais, o Brasil dá grande eficácia aos direitos fundamentais individuais e às garantias:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que não só assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (CALMON, 2003).

Devendo assim os civilistas aplicar e interpretar as normas, com uma nova postura, imposta pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

### 3.2 EMBRIÃO E NASCITURO

Para que se possa fazer uma análise do nascituro e do embrião faz-se necessário uma breve introdução de como acontece o processo de fecundação.

Sintetizando todo o processo, como ensina Andrade:

A gênese da vida humana, no processo natural, provém da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, na trompa de falópio. Em seguida, ocorre o fenômeno da nidação, com o deslocamento do óvulo fecundado, ou zigoto, rumo ao útero para fixar-se no endométrio. Nos primeiros estágios de desenvolvimento até o fim da morfogenia geral tem-se a figura do embrião, após, num período variável entre oito e doze semanas, surge o feto.

Pode ser retirado desta brilhante explanação, a ideia de que o embrião irá surgir a partir da fecundação, que é o momento onde se terá todas as características genéticas, que obtém desde este momento até o final de sua vida.

Nascituro será a pessoa que está por nascer já concebida, contudo lhes são salvaguardados todos os seus direitos inerentes à proteção da vida (OLIVEIRA, 1996, p. 21).

O nascituro é então um ser humano, que pode vir a nascer, fruto de uma fecundação de um espermatozoide com um óvulo. Existindo para a proteção de seus direitos três teorias, a concepcionista, a teoria da personalidade condicionada e a teoria natalista, a qual é adotada no Brasil.

Ao nascituro não lhe é concedido direito à personalidade jurídica, contudo, este direito lhe é salvaguardado, buscando com essa proteção a não coisificação do nascituro, do ente que está vivo, deixando protegidos todos os direitos que venha a ter se nascer com vida.

Ao analisar o embrião *in vitro* e o nascituro, podem ser observadas grandes semelhanças que impossibilitam uma diferenciação, pois tanto em um como no outro caso, ao se falar no desenvolvimento, nenhum tem certeza de vida, tanto no caso do nascituro que é vida intrauterina, como no caso do embrião *in vitro* que se mantém congelado.

Portanto, a partir do momento da fertilização, se formará o zigoto, definindo o código genético que é único e individualizado e acompanhará desde esta etapa até a sua morte, será neste momento em que se terá o embrião ou o nascituro.

Para que seja analisada toda esta premissa, é de grande relevância observar os ensinamentos de Rodolfo Acatauassú, mestre e doutor em cirurgia geral pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, o qual foi um dos vinte e dois especialistas ouvidos no julgamento da ADI 3510, para a definição do início da vida.

Não seria respeitoso com a dignidade humana utilizar classificações didáticas para remanejar o marco inicial da vida de um ser humano e, a partir daí, passar a executar lesões físicas à sua estrutura, com a justificativa de que abaixo do período arbitrado já não haveria vida quando todas as evidências mostram o contrário. Esta postura prejudica a formação do futuro médico ou de outros profissionais de saúde. Essa aparente confusão atrapalha na transmissão do zelo pela vida humana (2007).

Também suscitado brilhantemente pelo mestre, a não conformidade de um embrião ser destinado ao prosseguimento da vida, enquanto outro será descartado e utilizado para pesquisa de células tronco, como assim explana.

É no mínimo contraditória a situação em que uns embriões são usados para pesquisas enquanto que outros são ofertados às condições para prosseguir no seu desenvolvimento. Essa alternativa incomoda. Parece preferível deixar os embriões pelo menos a possibilidade de completar o seu desenvolvimento através de seus genitores ou eventualmente por adoção (ACATAUASSÚ, 2007).

Sendo tratados dois seres iguais, de maneiras totalmente desiguais, parecendo ser o mais óbvio a proibição de tal ato ou então um reestudo. Deve-se delimitar a quantidade de embriões excedentários produzidos, em face de se evitar em um futuro não tão distante a produção de zigotos para o comércio farmacêutico ou estético, dentre outros. Não se nega a importância da pesquisa com células tronco embrionária. O que deve ser discutido é a maneira com que isso deve ser feito, não cabendo esta se sobrepor a uma vida, pois todas elas são iguais, não existindo vida mais importante que a outra, independentemente de seu estágio.

Tendo assim uma equidade entre o embrião *in vitro* e o nascituro, devendo ambos ter o reconhecimento e a proteção de pessoa, não se pode deixar de reconhecer esta égide que está evidenciada no ordenamento, sob pena de breçar a própria existência humana.

### 3.3 CONGELAMENTO DE EMBRIÕES

A primeira experiência que ocorreu em embriões congelados se deu através de experiências com embriões de ratos, em 1972. A partir de então se iniciou a realização de novas experiências com os demais mamíferos, até que em 1983 surgiu a primeira gestação humana, originada deste método (ALVARENGA, 2005, p. 240).

O estudo dos processos de congelamento de células e tecido é denominado crio biologia, devido a este estudo, se consegue manter por muito tempo, através de métodos eficientes, as células congeladas como o embrião, na maioria das vezes sem afetar, ou afetando muito pouco, a estrutura (ALVARENGA, 2005, p. 241).

Esta técnica fez com que se reduzisse em números elevados a possibilidade de múltipla gestação. E se faz a opção por fazer o congelamento de embriões que estejam em ótima qualidade, sendo quase certas as chances de sobrevivência.

Assim como bem explicita Raquel de Lima Leite Soares Alvarenga:

O congelamento é muito eficiente e não há limite de tempo estabelecido, pois nenhuma atividade biológica conhecida ocorre em células congeladas em nitrogênio líquido. Os únicos tipos de reações que poderiam ocorrer a esta temperatura seriam fotofísicas, como a radiação ionizante. Assim um problema potencial da estocagem prolongada seria a possibilidade de dano genético como resultado da exposição prolongada à radiação. No entanto, experimentos usando radioatividade em embriões de ratos criopreservados, simulando um longo período de radiação ionizante, mostrou que os embriões poderiam ser estocados pelo equivalente a 200 – 1000 anos antes que existisse uma redução significativa na sobrevivência própria da acumulação de dano genético causado pela radiação (2005, p. 242).

Sendo provável que os embriões humanos se comportem da mesma forma que os destes mamíferos, afinal, foi dos estudos e experiências destes que surgiram as respostas para este avanço tecnológico, pois os embriões tiveram a mesma reação comportamental que os mamíferos experimentais. Devendo, portanto, ter o mínimo de tempo de estocagem, o tempo de vida reprodutiva do casal.

Os números de embriões crio preservados, que conseguem prosperar em uma gravidez, é um pouco inferior à taxa de gestação com embriões frescos. Deve-se levar em conta que os primeiros embriões a serem implantados serão os melhores, congelando os mais frágeis, evidenciando que não existe qualquer diminuição de

sucesso por se tratar de embriões congelados. Um eventual insucesso derivaria sim de uma seleção natural (ALVARENGA, 2005, p. 241).

### 3.4 EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

Edison Tetsuzo, ao começar a falar sobre o tema, ressalta que “a primeira postura ética é a de que os embriões excedentários não deveriam existir”.

Afirmar esta que pode ser comprovada a partir do pensamento que a reprodução assistida, a qual dará origem ao embrião excedentário, foi criada justamente para a possibilidade de um planejamento familiar, assegurada por nosso ordenamento. Essa sobra de seres vivos não implantados, contudo, apenas ressalta a falta de planejamento, o que vem a ser um contraponto do objetivo de sua criação.

Os embriões excedentários irão surgir após o diagnóstico pré-implantacional, que definem quais são implantados no útero da mãe quais dão origem a esta classificação que terá como fim a doação para casais com problemas de fertilização ou utilizados para pesquisa se não forem detectados como inviáveis ou sendo inviáveis serão descartados (ARAUJO, 2008, p. 24).

Surgindo então a partir da técnica de reprodução assistida *in vitro*, que, devido a um grau de incerteza sobre a viabilidade dos embriões, se fecunda um número elevado em nome de uma economia de tempo e de verba para uma nova tentativa.

Contudo, esta economia é completamente ilusória, pois o excessivo número de embriões excedentários irá trazer um gasto para a manutenção dos mesmos pelo prazo mínimo de cinco anos, visto que é esse o prazo para poder haver a pesquisa com células tronco.

Sendo estes embriões que “sobram”, os quais não são fecundados por uma série de motivos, como, por exemplo, o sucesso de um procedimento ou a desistência do casal ou até mesmo a fecundação pelas vias normais.

É preciso entender que cada um desses embriões que sobram são seres humanos, sujeitos únicos e irrepetíveis, e assim devem ser respeitados, tendo uma dignidade incompatível com o *status* de “coisa” (TETSUZO, 2009, p. 33).

Hoje, o que poderá ocorrer com esses embriões excedentários que sobram será o simples congelamento, a doação para outro casal que tem problemas de fertilidade ou o uso em pesquisas com célula tronco (TETSUZO, 2009, p. 33).

Há de ser ressaltado que a expressão “doador” é erroneamente utilizada, pois, se assim fosse, o consideraria coisa, sujeita a qualquer contrato de doação, devendo utilizar a expressão “adotado”.

Facilmente visualizando esta como uma destinação legítima para aquele ser vivo que está precisando de genitores para o seu decurso natural, o qual será o nascimento com vida.

A alternativa do simples congelamento do embrião não parece ser a mais correta, visto que o fim deste deverá sempre ser a vida, contudo, se veio a surgir, ele deverá permanecer vivo, sendo providas todas as condições para tal pelos familiares, que, segundo a lei, serão sempre responsáveis uns pelo outros e, na falta desta condição, o Estado deverá ser onerado.

Vale ressaltar que o posicionamento adequado entendido neste trabalho é pela não existência de embriões excedentários, ou, na impossibilidade da mesma, a diminuição considerável, através de uma delimitação das fecundações.

A possibilidade de utilização destes embriões excedentários para fins terapêuticos não vem a ser a mais adequada.

Vale ressaltar o temor de Tetsuzo ao afirmar:

Existe forte resistência ao ato de “ceder” os embriões para pesquisas, principalmente por se acreditar que se dispõe da vida de alguém, descaracterizando a natureza humana, além dos abusos que podem ser cometidos: tentar a obtenção do ser perfeito, o cruzamento de cargas genéticas (com a de animais, por exemplo) para favorecer o mercado cosmético (2009, p. 35).

Parece ser muito precoce a possibilidade de se retirar a vida humana mesmo que em nome de um “bem maior” que já não existe desde o ano 2012, quando descoberto a reprogramação de células maduras, que poderão vir a se transformar em qualquer célula do nosso corpo assim como as células tronco embrionária, com a vantagem de já se ter a compatibilidade, pois estas são retiradas do próprio corpo do doador.

Além da perda do motivo basilar para a realização de experiência com células tronco, não deve ser eivada a vida de tais seres em nome de qualquer que seja o bem que possa vir a causa a ter, o que não será mais o caso.

### 3.5 EMBRIÃO E SEUS DIREITOS NECESSÁRIOS

Acerca do embrião *in vitro*, este necessita do reconhecimento da condição de sujeito de direito. Evidência esta, que se pode perceber ao contemplar o conceito de personalidade, sendo este, segundo Maria Helena Diniz, “a aptidão genética para adquirir direitos e contrair obrigações” (DINIZ, 2007, p.114).

Para fortalecer tal entendimento, Carolina Valença afirma que a personalidade nada mais é do que o conjunto de características que estão contidas no indivíduo, trata-se de uma parte intrínseca do próprio ser humano. É um bem, sendo o primeiro que pertence ao indivíduo (2005, p. 19).

Além da questão de verossimilhança tratada mais acima entre embrião e nascituro, fica cada vez mais evidente, diante dos avanços tecnológicos, a incongruência no prazo de cinco anos que o Supremo estipula ao decidir pela permissão de pesquisa com embriões excedentários.

Visto que a ciência tem conseguido gerar implantações perfeitas com um prazo de tempo muito superior. Tornando-se este prazo de cinco anos como hipotético.

O doutor Rodolfo Acatauassú revelou que relatos recentes com aprimoramento das técnicas de conservação de embriões têm mostrado implantações uterinas bem sucedidas com nascimentos de crianças normais após doze anos de congelamento. “Os métodos de congelamento, de preservação, estão melhorando e isso protege aquele embrião congelado”. (2007)

Outras questões são de grande relevância para aqueles que não consideram o embrião *in vitro* o mesmo que ser humano e que nascituro. Se não for considerado por estes como um ser humano, o que vem a ser? Podemos considerar e tratar o embrião como uma coisa?

É de grande relevância a explicação da doutora Carolina Valença Ferraz, que refuta, “na realidade o zigoto é uma célula extremamente complexa, já que resume em uma

só toda a informação necessária ao desenvolvimento do organismo inteiro” (2011, p. 23).

O que deve ser entendido é que a dignidade é inerente ao ser, não sendo justo ser menos ou mais protegida a depender da fase em que se encontra. Deve-se ter a mesma dignidade com o mesmo nível de proteção, defendida desde o momento da sua concepção, até o momento posterior à sua morte.

Salienta-se, que o embrião humano não faz mais parte do espermatozoide e do óvulo, ele é um ser independente, com cromossomos independentes, é um novo ser vivo, com características unas e diferentes de qualquer outro ser humano, não importando para isto se estará dentro ou fora do corpo da mulher. Esta é uma opção ofertada pelo avanço científico, não sendo por este motivo lhe retirado a característica de vida, devendo este ter todos os direitos de ser humano e respeito que lhe são intrínsecos.

### 3.6 EMBRIÃO E SEUS LIMITES INTERPRETATIVOS

Necessita-se de uma ampla discussão para normatizar todas as técnicas biológicas, para que não se “coisifique” o ser humano, através de um discurso legitimador e convincente.

Faz-se necessário o esclarecimento de qual a natureza jurídica do embrião, pois se não for considerado nascituro, como assim o faz o Supremo ao permitir a pesquisa das células tronco, vem a pergunta de qual seria a exata condição jurídica dos embriões excedentários, já que, segundo a lei, estes não vêm a ser uma pessoa e, segundo decisão do Supremo na ADI 3510, tem uma dignidade diferente da de nascituro, não o podendo assim ser protegido e ter os mesmos direitos.

É necessário entender que quando se fala em embrião, está se falando de algo corpóreo, gerado por uma fecundação, não cabendo coisificar tal ser, não sendo reconhecido ter um caráter patrimonial ou pessoal.

Tem de ser entendido como um bem extrapatrimonial, recepcionando como vida, sendo este um princípio fundante e inviolável, pois sem este não há de se falar em

nenhum outro direito, afinal, o fim último do ordenamento é o homem (DINIZ, 2011, p. 47).

Segundo Guilherme Calmon (2003 p. 26), a civilização estaria no bojo de uma “época do extremo esquecimento do ser, época do pensamento calculante”, consistente na extinção do ser humano. A pessoa deixa de ser autônoma e livre para se transformar em servo de suas próprias criaturas, dos monstros por elas criados. Ainda segundo Heidegger, “a ciência não pensa, a tecnologia não pensa, apenas a filosofia pensa”. Ainda segundo Heidegger APUD Calmon. Fica evidente a necessidade do debate sobre biodireito, que se tenha o conhecimento do que estes significam e assim ter uma maior normatização. (2003, p.26)

É preciso uma grande reflexão à luz do sistema jurídico, visto que o próprio homicídio é tipificado, é crime, o que falar então da possibilidade do consentimento da destruição de células embrionárias, que são vida, se está fazendo um tirando uma vida de um ser indefeso, não está dando o direito ao nascimento, o que em outras palavras também é homicídio. (DINIZ, 2011, p. 50).

O ritmo com que as novas descobertas no campo tecnológico vêm surgindo é muito grande, contudo, se vê a necessidade de não se perder o fundamental elemento teleológico de toda esta atividade, que é a pessoa humana. Devendo existir para isso limites, limites estes que são concebidos pela nossa constituição, a medida com que estabelecem os direitos fundamentais e os princípios, pelos quais o direito deve se pautar e almejar.

Pode-se observar Helena Barboza em uma parte de seu texto, a necessidade destes limites:

[...] os acelerados avanços biomédicos apresentados neste século reacenderam os debates, especialmente no tocante aos limites admissíveis de interferência no corpo humano vivo ou mesmo mortos, já que a necessidade de imposição de limites pode ser considerada como decorrência natural da intromissão em uma unidade não de toda conhecida e explicada (CALMON APUD BARBOZA, 2003, p. 42).

Parece mais prudente analisar o embrião à luz dos princípios constitucionais, privilegiando assim os direitos extrapatrimoniais. Devendo ser interpretadas as regras segundo tais orientações, afinal o código civil assim como os demais ramos do direito passa por um momento de constitucionalização como um todo.

Percebe-se, que ao disciplinar tal matéria, o novo Código Civil traz a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, com relação às novas realidades tecnológicas, necessitando alterar algumas legislações, para que se adéque à nova realidade. Contudo, alguns pontos já estão apaziguados, como por exemplo, o sigilo da informação do doador, o não vínculo que existe entre o doador e a pessoa gerada pelo método de reprodução assistida.

Surge então a necessidade da existência de novas regras de comportamento que devem ser tratadas com o atributo de obrigatoriedade, cabendo ser normatizadas. Para isto, tem de ter uma conformidade com os valores culturais e sociais, devendo existir harmonia com a moralidade, com os direitos humanos, uma concepção ética da pessoa humana. Faz-se necessário buscar a humanização dos processos científicos, para que, a partir de então, se normatize juridicamente as questões relativas à biotecnologia.

Ao se normatizar, devem ser resguardados alguns direitos constitucionais, como o direito das pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental. Cabe ao Estado prestar assistência a estas, com o intuito de promover a habitação na esfera da vida, inclusive programas de prevenção e atendimento especializado assim como o art. 203 da Constituição Federal descreve: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivo”, IV: “A habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”.

Assim sendo, qualquer normatização que, de alguma forma, direta ou indiretamente, visar impedir a não vinda ao mundo de deficientes, de ser mantido vivo ou de ter uma vida normal, será tido como um dispositivo inconstitucional.

### 3.7 NATUREZA JURÍDICA AO EMBRIÃO

Diante das considerações já expostas, se vislumbra o problema da tutela jurídica do embrião, pois é evidente a impossibilidade deste ser tratado como um objeto dentro do direito, como vem sendo pelo nosso ordenamento ao permitir a pesquisa com células tronco embrionárias.

Para fins de explicação, fica a excelente explanação de Barboza: “se tomamos o ovo fertilizado ou zigoto imediatamente depois da concepção, é difícil sentir perturbado com sua morte”, contudo não deixa de ser para o direito um aborto, aborto esse que poderá também ser de forma espontânea, sem sentir qualquer dor ou consciência, por outro lado, continuará a ser um aborto, o motivo seria a existência de um código genético único (2005, p.263).

Assim como acontece no embrião que será utilizado para pesquisa de células tronco, o qual já foi fecundado e contém um código genético único, e deve assim ser considerada vida como qualquer outra, e o seu descarte ser considerado um aborto, por ceifar da vida de um ser vivo em potencial.

Nesta oportunidade, realiza explanação Barboza:

[...] rejeitando a tese dos que sustentam o ataque à dignidade, pois no zigoto estão os dados genéticos potencialmente configurados da futura pessoa, por entender que o zigoto é uma base de dados do futuro indivíduo, mas não é o indivíduo, não é um ente personificado, sendo um conglomerado de células indiferenciadas. É algo mais que um tecido, porém menos que uma pessoa, podendo nunca chegar a cumprir seu potencial genético (2005, p. 263).

O que fica evidente pela passagem é o fato de considerar o ser fecundado, o embrião, um dado genético configurado da futura pessoa, não importando aqui se este estará no estado intrauterino ou *in vitro*. Ambos têm um código genético individual, podendo ser considerados indivíduo em potencial, assim como o embrião no útero da mãe, que é um ser humano em potencial, devendo ser resguardados todos os seus direitos, como direito à vida, à saúde, entre outros.

Ao propor uma solução em face da lacuna que é deixada pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a ADI 3510, em que não se afirma qual será a verdadeira classificação do embrião, são propostas por Mantovani três soluções: a primeira solução é que se considere o embrião como “coisa”, fato que justificaria a legalização da pesquisa com células tronco, ficando este totalmente disponível, o que possibilitará a utilização destes para qualquer fim, inclusive para produção de cosméticos e comércio de órgãos.

A segunda proposta seria a equiparação total entre o embrião e o homem, reconhecendo assim a mesma dignidade de pessoa humana, a qual foi negada pelo Supremo, ao admitir o descarte de células tronco para fins terapêuticos e de pesquisa.

A terceira proposta é a diferenciação parcial, o embrião sendo humano, mas ainda não sendo uma pessoa, não tendo a mesma tutela jurídica, seria o que propõe o Supremo, um reconhecimento de direitos relativos que irá somando à medida que se ultrapassar as fases, assim como afirma no julgamento da ADI 3510, no seu voto o então relator Ministro Carlos Britto:

[...] Proteção que vai aumentando à medida que a tais etapas do envolver 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).

Ao analisar as teses propostas por Mantovani, pode, de logo, descartar a primeira, a qual não é defendida por quase nenhum doutrinador, pelo fato de desumanização total do embrião, ao ente concebido, seria uma opção ilógica admitir a coisificação do embrião, a utilização destes para fins cosméticos e industriais. Seria um contrassenso do que prega a nossa Constituição com direitos fundamentais tão fincados.

A segunda teoria, sendo a teoria mais lógica, se entendendo a equiparação dos direitos do embrião ao direito do nascituro, tendo estes todas as características, toda a expectativa de vida, por conter um código genético individualizado, diferente de qualquer ser humano. E a interrupção e violação de direitos devendo ser considerado uma pratica de crime contra a vida.

A terceira e ultima proposta parece ter sido a adotada pelo Supremo como exposto mais acima. Sendo, contudo, uma decisão errônea, pois não se pode diferenciar a proteção de cada etapa da vida. Vida é o bem mais precioso do direito e assim deve ser protegida independentemente do estágio em que se encontrar. A Constituição, ao legitimar o direito à vida como um direito fundamental, não diferencia os diversos estágios da vida, ela simplesmente tutela, protegendo todo o tipo de vida existente.

A grande discussão seria a antinomia entre a segunda teoria, a qual propõe equiparar o ente concebido ao homem e a teses de diferenciação parcial, que estabelece os direitos do homem com base em fases sucessivas.

No que concerne à primeira teoria, a proteção ao direito à vida irá ocorrer no momento da fecundação, sendo um embrião uma vida, como afirma Barboza: “[...] a

fusão representa o verdadeiro e único salto de qualidade que não se repete, gerando uma individualização nova e autônoma”. Parecendo assim ser mais correto afirmar que o embrião é sim uma vida, pois esta começa desde a fecundação (2005, p. 265).

Na segunda tese, a proteção do direito à vida não ocorrerá na fecundação, irá aumentando com o passar das fases, esta última tem a fase de concepção como uma coisificação, teremos o embrião como uma “coisa”.

Entendendo como o conceito de coisa, um bem que tem valor econômico, é uma espécie de bem e com este não se confunde, a coisa se restringe às utilidades patrimoniais. Tem de haver nela algum valor econômico, sendo capaz de ser utilizado ou apropriado por um sujeito, para que sane as suas necessidades (GOMES, 2009).

Se assim for considerado, deve ser disciplinado pelo direito real, devendo conter para isto um sujeito ativo que é o pertencente do bem e a coisa que assim por considerar será o embrião (DINIZ, 2011, p. 26-28).

Não parece razoável a coisificação do embrião, equiparando uma vida à coisa, deixando esta as diretrizes do direito real, devendo ser o mais lógico criar um limite para que se evite a produção de tantos embriões excedentários. Propõe Barboza, “limitar a dois o numero de embriões que poderão ser produzidos em laboratórios, determinando sua transferência a fresco” (2005, p. 267).

Como bem explicitado por Andorno:

Para além do debate interminável acerca do estatuto ontológico do embrião humano, a ética e o direito determinam, não *o que é* o embrião, mas *como devemos tratá-lo*. E se para isso se inspiram em um critério razoável, devem concluir que resulta necessário respeitá-lo como uma pessoa. (Andorno apud Barboza, 2005, p. 267).

Devendo concluir pela inviolabilidade do embrião, devendo ser sujeito de direitos como um nascituro que o é sendo respeitado o direito à vida e reconhecido o direito à personalidade.

### 3.8 PROTEÇÃO AO EMBRIÃO EXCEDENTÁRIO

Ao começar a estudar a proteção que o ordenamento jurídico concede ao embrião, é preciso entender primeiramente que todo o ordenamento vem sofrendo mudanças, podendo ser percebida uma maior influência do direito constitucional nos demais ramos do direito, devendo ser base do direito civil princípios e direitos fundamentais contidos na constituição pátria.

Carecendo para tanto haver normas constitucionais e infraconstitucionais nas quais devam se basear no direito à dignidade da pessoa humana e direito à vida, que são preceitos fundamentais da constituição, desde a sua concepção.

Este, segundo Carolina Valença, tem de ser o primeiro direito a ser tutelado e vislumbrado desde a sua concepção, devendo ser entendido como o direito ao nascer. Não admitindo gradações, ou se admite o direito a vida ou não se admite (VALENÇA, 2011, p. 35).

Segundo Carolina Silva Guerreiro, a tutela Constitucional irá abarcar não apenas aqueles seres fecundados no interior do útero materno, mas também aqueles que foram fecundados *in vitro*, devendo gozar desta tutela desde a sua concepção (GUERREIRO, 2004, p. 241).

Os direitos constitucionais vão muito além do direito à vida, o qual poderá ser observado no ordenamento jurídico desde a sua concepção, mas também no que se refere ao direito a uma vida digna. Sendo estes direitos os fundantes, pois sem estes não se teria o porquê ter os demais. Devendo este ser perseguido pelo legislador e pelo operador do direito.

Portanto, no que se refere ao direito humano tem de se conceder ao embrião excedentário o direito de nascer, não sendo possível a interpretação do mesmo ser considerado um lixo hospitalar ou um experimento científico (VALENÇA, 2011, p. 38).

Todo aquele ser que venha a ser concebido assim como o é o embrião excedentário terá o seu direito à vida salvaguardado, não podendo qualquer lei infraconstitucional disciplinar de forma diversa.

Defende Rafael Silva Ribeiro que a vida, assim como a dignidade da pessoa humana, são direitos constitucionais invioláveis e, ao falar em embrião, este tem sua tutela jurídica assegurada pelo ordenamento independente do seu genitor. (RIBEIRO, 2012, p. 56).

O embrião excedentário é, sim, uma vida, assim como defende Ferraz:

Bastando para dirimir dúvidas ou incertezas a simples indignação: há vida humana sem a fase embrionária? Ou ainda, qual a pessoa nascida que não foi embrião? Sem que tenhamos alteração do genoma, após o nascimento, podemos admitir a inviabilidade do nascimento das pessoas in vitro apenas pela fecundação ter se dado em laboratório?

Questionamentos têm como objetivo desmistificar qualquer dúvida que venha a pairar sobre a vida do embrião.

É importante considerar que não importa quais os meios utilizados para a chegada da vida humana, todos terão o mesmo fim, que é o nascimento, e deverão ter igual proteção.

Considerar embrião excedentário uma coisa e não conceder a este uma proteção adequada de pessoa como o é, significa reduzir a titularidade de uma vida à vontade de outrem. Visto que o seu desenvolvimento ou o seu descarte será decidido por seu genitor.

O mesmo que, graças ao direito ao planejamento familiar, tem o direito de obter a sua prole e na não observância ao direito à paternidade responsável vem a gerar mais de um filho e pode posteriormente optar pelo descarte do indesejável.

Sendo que o critério para a progressividade deste embrião será a viabilidade do mesmo. Contudo não parece ser o melhor critério para a decisão da proteção ao direito à vida, pois um portador de uma deficiência se não recebesse os cuidados necessários e que a lei determina, poderiam também ser considerados seres inviáveis.

Não está a ser respeitado o direito universal à vida quando se tem como parâmetro para a sua proteção a viabilidade do ser, pois terá assim uma sociedade que elimina seres indesejáveis (DINIZ, 2011, p. 104).

Devendo para tanto se ter a proteção à vida como um todo e para todos os seres vivos de forma indistinta.

### 3.9 EMBRIÃO: COISA OU PESSOA?

Depois de analisadas diversas posições, deve-se definir se embrião pode ser considerado coisa e, assim o sendo, ser permitido todo e qualquer procedimento, seja ele estético, financeiro, entre outros fins, ou ser considerado pessoa e, por força do mesmo, outorgar ao mesmo todos os direitos inerentes a essa condição.

A discussão sobre o tema traz um conflito entre o interesse científico e o respeito à vida, a proteção de um ser vivo que ainda não veio a nascer (OLIVEIRA, 1996, p. 20).

Indiferente à posição tomada por cada um, tem de se considerar que o embrião é, sim, um ser humano, que contém na sua formação todo o DNA e as características necessárias para vir a se tornar um indivíduo, como assim explana, em seu pensamento, Oliveira:

Quando um espermatozoide humano fecunda um óvulo humano há, certamente, potencialidade de pessoa, mas, sobretudo, surgimento indiscutível de uma vida humana porque este óvulo fecundado não conduzira a outra coisa, senão, a um ser humano. Esta vida, porque ela é humana, é eminentemente respeitável e deve ser protegida desde o começo (1996, p. 21).

Não há como fugir desta certeza, as correntes que buscam uma conceituação diferente devem observar que existe uma diferença entre a personalidade que está condicionada ao nascimento com vida do mesmo e o direito à vida que é inerente a todo ser que configure uma vida em potencial.

A lei considera o início da personalidade o nascimento com vida, contudo, põe a salvo estes desde a sua concepção, isso se deve ao direito à vida que não pode ser transgredido em momento algum.

Ao considerar a vida em potencial como coisa, não poderá o ordenamento salvaguardar o direito à personalidade jurídica desde a sua concepção, terá de relativizar o direito à vida, só obtendo este a partir do nascimento com vida.

Embrião não poderá ser considerado em nenhum momento como coisa, vide a postura dos genitores que foram em busca de uma reprodução, de realizar o seu desejo de ter uma criança.

Não é coerente, em um primeiro momento, conceber este como ser humano de desejo e posteriormente uma coisa.

O que ocorre é que se desvirtua o objetivo com o qual esta técnica de reprodução foi criada, afinal, a reprodução assistida acontece para que se tenha a possibilidade de realizar o sonho de gerar uma criança e não de se gerar uma coisa.

#### **4 DIREITO DA PERSONALIDADE**

Antes de tratar de direito da personalidade, é preciso antes discorrer sobre a natureza jurídica do mesmo, o qual surge a partir de duas correntes. A corrente *jus* naturalista, que considera o direito da personalidade inato ao homem, independente do estágio de vida e do reconhecimento da própria ordem jurídica e a corrente positivista que afirma ser este um direito inerente à condição humana, necessitando de um reconhecimento dentro do ordenamento (PAMPONET, 2009, p. 259).

Considera-se, hoje, para o direito Civil a existência de dois tipos de pessoas. A pessoa jurídica e a pessoa natural, ambas com capacidade para ser titular de direitos da personalidade. A personalidade pessoa natural, ocorre com o nascimento com vida assim como o artigo segundo do código civil de 2002 descreve: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (GAGLIANO, 2002, p. 89).

Fica evidente que será titular de personalidade civil a partir do nascimento com vida, contudo não descreve em que momento ocorre a vida, apenas descreve o momento em que adquire a personalidade.

FARIAS e ROSENVALD conceituam o início da vida a partir do momento em que se é separado o feto do corpo da mãe. No momento em que se tem a presença de ar nos pulmões, e arremata: “ainda não terá nascido enquanto permanecer ligado ao cordão umbilical” (2007).

Ao nascituro, aquele que está por nascer, lhe são resguardados todos os direitos da personalidade jurídica, desde a sua concepção, artigo segundo do código civil de 2002.

O que fica evidente é que o legislador ao disciplinar sobre a teoria da personalidade, não está interessado em dizer quando se inicia a vida, mas sim em proteger esta como um valor absoluto, não inviabilizando sua aplicação de maneira extensiva, como deve ser a aplicação do direito a vida, cabendo ao direito proteger esta e não dizer quando acontece (FIGUEIREDO, 2009, p. 18).

#### 4.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Segundo Heloisa Helena, o termo pessoa deve ser significado como aquele “ser que possui uma dignidade intrínseca”. Esta garantida desde o primeiro indício de vida. Afirmando ainda que a pessoa é um fim em si mesmo, sendo oposto do sentido de “coisa” (2005, p. 258).

Ainda segundo Dr. Helena, dignidade pode ser dividida em duas categorias, a primeira sendo dignidade ontológica, a qual se caracteriza por ser intrínseca ao ser humano, está presente desde antes da vida e impossibilita qualquer redução do mesmo a uma “coisa”. E a segunda sendo a dignidade ética, que será construída por cada ser humano ao longo da vida (2005, p. 259).

Helena, em seu texto, esclarece que o princípio da dignidade da pessoa humana se refere ao primeiro conceito por ela descrito.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expresso na Constituição Federal como princípio fundamental no artigo 1º, inciso III. Devendo, portanto ser garantido a todos indistintamente.

Segundo Ricardo Maurício Freire, esse princípio é inconteste na atual situação em que se encontra a sociedade. Afirmando ainda que se trata de um dos poucos consensos no mundo atual ao retratar o valor essencial que significa o ser humano (2010, p.134)

O autor aduz:

A dignidade da pessoa humana identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições

materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação do ser humano em sociedade. ( 2010, 135)

É necessário entender que o ser humano é o fim último do direito, o qual é utilizado para defender todas as suas garantias de uma vida digna, não podendo ser utilizado de maneira nenhuma o ser humano como um meio para se alcançar determinado fim. O direito irá servir ao homem.

Ressalta-se que para que este princípio exista, tem como pressuposto a intangibilidade da vida, pois sem a mesma não haverá pessoa e sem esta não haverá que se falar em dignidade (Heloisa Helena, 2005, p. 261).

É defendido pela mesma que o artigo 5º da Constituição Federal, ao disciplinar como proibido o aborto, está em absoluto vedando também a proibição da utilização do embrião para qualquer fim que não seja a vida, pois o zigoto a ser abortado é o mesmo que dará origem a criança, todas tendo de passar por este processo.

É preciso que se considere que, a partir do momento em que há a fecundação, trata-se já de um novo ser humano diferente daqueles que lhes deram origem, com características únicas e claramente próprias (TETSUZO, 2009, p. 17).

## 4.2 DIREITO À VIDA

Ao se falar no direito à vida é necessário que se tenha a exata noção que este se trata de um direito fundamental abarcado em nossa Constituição Federal.

Segundo conceitua Paulo Gonet Branco:

a existência humana é pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte, não faria sentido declarar outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo. O seu peso abstrato, inerente à sua capital relevância, é superior a todo outro interesse (2011, p. 287).

É de brilhante explanação sobre a relevância da defesa do direito à vida, sem o qual não fará sentido qualquer outro direito. Sendo no mínimo incongruente se entender então que o embrião, enquanto ser, tem um direito de ser reconhecido como filho pelo nosso ordenamento se for provido de uma fecundação homóloga mesmo que o pai tenha vindo a óbito.

Direitos ainda como reconhece ser filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários ou decorrentes de concepção artificial homóloga, havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Como foi explanado, não servirão de nada tais direitos se não forem resguardados o direito à vida destes. Devendo inclusive ser punida qualquer contrariedade a esta com a pena de reclusão.

Paulo Gonet deixa claro a contrariedade que há na decisão da ADI 3510 quando explana:

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida titularidade do direito mais elementar de expressão dessa dignidade única- o direito a existir. A ideia de igual dignidade de todos os seres humanos ficaria ferida se fosse possível graduar o direito a vida segundo aspectos acidentais que marcam a existência de cada pessoa. Não se concilia com a proposição de que todos os seres humanos ostentam igual dignidade classifica-los, segundo qualquer ordem imaginável, para privar alguns desse direito elementar. Onde, pois, houver um ser humano, há aí um indivíduo com o direito a viver, mesmo que o ordenamento jurídico não se dê ao trabalho de se proclamar explicitamente (2011, p. 290).

Inicialmente no relato, pode-se inferir a importância de se entender o direito à vida do embrião, pois este se trata de um ser singular, individualizado, visto que aquele código genético que diferencia uma pessoa de outra já é existente no mesmo e viverá assim até o momento de sua morte. E como este ser deve sim ter o direito à vida protegida pela sua família, pela sociedade e pelo Estado assim como disciplina a nossa Constituição Federal no seu artigo 227.

Posteriormente de forma brilhante Gonet, afirma a impossibilidade da degradação do direito à vida, ferindo assim o direito à dignidade. É preciso que se entenda que o direito à vida à qual se é responsável é indissolúvel. Sendo um ser humano, independente de qual fase ele se encontre ou onde, é sim titular de direito à vida.

Não importando para tanto que o ordenamento o faça de forma diversa, mesmo que se tenham fatores físicos ou psicológicos. Este direito é a base de todos os demais, não podendo ser suprimido mesmo que por fatores acidentais (2011, p. 290).

Ainda segundo Gonet:

Não há de se condicionar o direito à vida a que se atinja determinado fase de desenvolvimento orgânico do ser humano. Tampouco cabe subordinar

esse direito fundamental a opção do legislador infraconstitucional sobre atribuição de personalidade jurídica para atos da vida civil. O direito à vida não pode ter o seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional- e é essa consequência constitucionalmente inadequada que se produziria se se partisse para interpretar a Constituição segundo o legislador ordinário, máxime quando esta não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito do direito à vida. Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa i que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há direito à vida. ( 2011, p.291)

Fica evidente no texto produzido pelo brilhante escritor que o direito à vida é o mais importante direito fundamental do ordenamento, ele nasce no momento em que se tem o primeiro sinal de vida, naquele momento em que se tem a singularidade do ser, a individualização do mesmo. Sendo este momento o da fecundação, o momento em que se forma o embrião.

Este direito não poderá ser de forma alguma degradado nem mesmo pelo legislador, pois sem ele, perderão o sentido todos os outros direitos.

É preciso perceber que a medicina avança a passos largos e a cada dia mais se observa uma quantidade maior de vidas oriundas de fecundação assistida. Esta tem de ser entendida como uma das etapas da vida e como tal ser resguardada, ao invés de ter degradada a sua proteção, condenando-a a outro fim que não seja o prosseguimento natural do seu desenvolvimento, que será o nascimento com vida. Gonet explana que “o elemento decisivo para se reconhecer e se proteger o direito à vida é a verificação de que existe vida humana desde a concepção, quer ela ocorra naturalmente, quer *in vitro*”. ( 2011, p. 293)

Deve ser observado que a vida do ser humano *in vitro* é posta em risco toda vez que se fala em pesquisa com células tronco ou eliminação dos mesmos, pois em ambas as situações o desenvolvimento natural daquele ser será obstado, não poderá ter o seu decurso natural (VALENÇA, 2011, p. 42).

É preciso ressaltar que, assim como os pais têm direito ao planejamento familiar, expresso no ordenamento, têm também igual responsabilidade, devendo ser obrigação dos mesmos a responsabilidade por sua prole (VALENÇA, 2011, p. 43).

Deve o Estado por à disposição todos os métodos para que o sucesso do desejo de concepção seja obtido, contudo não é de responsabilidade do mesmo a sustentação e a destinação desta prole e sim dos genitores, cabendo a estes ser aplicada a diretriz da paternidade responsável.

Cabe inteiramente aos genitores a responsabilidade por suas proles não fecundadas, devendo os mesmos, ao desejarem apenas um filho, fecundar um embrião e assumir que o risco de fecundar mais trará a responsabilidade pelos demais filhos. Não se pode descartar um filho não desejado, mas que veio a existir por assunção de risco (VALENÇA, 2011, p. 43).

Segundo Carolina Ferraz:

é preciso lembrar que os embriões de laboratório podem representar as gerações futuras; e, sob ótica oposta os seres humanos já nascidos, foram, também, embriões na sua etapa inicial de desenvolvimento( e muitos deles foram embriões de laboratório). Logo, considerados os embriões humanos concebidos e mantidos in vitro como pertencentes à mesma natureza das pessoas humanas nascidas, a eles são perfeitamente aplicáveis o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (2011, p.44).

Deve-se observar a utilização deste princípio da dignidade da pessoa humana com a junção da igualdade a que refere o texto constitucional no artigo 227, estabelecendo a igualdade entre filhos. Deve-se, portanto, salvaguardar todas as garantias estabelecidas ao filho concebido de forma corpórea à prole gerada a partir da fertilização, pois, em ambos os casos, há o mesmo direito.

O começo desta proteção ao ser humano extracorpóreo é justamente a não coisificação do mesmo, vedando assim qualquer prática que esteja em desacordo com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana.

#### 4.3 EMBRIÃO E SEUS DIREITOS MATERIAIS

Como já suscitado mais acima, o direito brasileiro concede proteção a todo ser vivo de direito a vida como um objeto fundamental, desde que esta é gerada. Assim sendo, assegurando que, nas gestações, os seres já formados alcancem o seu fim que é o de ser gerado.

Verificando assim que toda espécie de ser humano tem o direito à vida, como o ser humano, e como lhe é inato ter personalidade, a qual decorre da própria condição de pessoa. Sendo assim são titulares de todos os seus direitos, sejam eles de cunho patrimonial ou de cunho extrapatrimonial.

Seria impossível conceder a um ser humano o direito à vida, o qual é um direito fundamental, expresso em seu artigo 5º e não lhe conceber direito ao patrimônio

como também esta exposto na Constituição no mesmo artigo 5º, o direito à propriedade. Seria incompatível com o ordenamento, assegurar a condição de uma vida e não lhe assegurar os direitos necessários a sua subsistência, sendo evidente a segurança que se deve conceber a todo e qualquer ser humano, inclusive o *in vitro*.

Não seria possível entender um ser humano vivo que não tenha assegurado os seus direitos patrimoniais, impossibilitando assim o direito a uma vida digna. Seria impensado conceber um direito à vida, à dignidade e não assegurar a este o direito ao mínimo existencial, ao patrimônio.

Ao falar sobre direito patrimonial do ser humano *in vitro*, do ser concebido, pois assim o é, terá de se falar sobre o direito à herança, o direito ao qual irá permitir em alguns casos a sua subsistência, a sua concepção, o seu direito à vida digna que lhe deve ser assegurado.

Há que ser entendido, o fundamento do direito à herança é um direito vinculado ao parentesco, que não apenas deriva da relação de consanguinidade, como também da relação de consentimento, do ato de vontade.

Também versa sobre relações testamentarias que derivam da vontade do *de cuius*, contudo a principal vinculação é ao parentesco, fundamento com forte argumentação visto que não se pode dispor de toda a herança, existindo uma parte deste acervo que será indisponível, pois será destinado ao parentesco, assim como dispõe o artigo 1789 do Código Civil: “Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade da herança”.

A esse ser humano *in vitro* lhe deve ser garantido todos os direitos de herança tanto na forma de sucessão legítima como de sucessão testamentária, pois é parte legítima para tal, tratando-se de uma pessoa física que não incidiu na indignidade nem na deserção.

Também poderá se fazer beneficiar por meio do legado, que será um bem ou um conjunto destes certos e determinados, deixado pelo testador na sua última expressão de vontade (GOMES, 2009, p. 7).

A regra geral para ter capacidade sucessória, se caracteriza em já ter nascido ou concebido como disciplina o artigo 1798 do Código Civil: “Legitima-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Concluindo que o próprio código neste dispositivo reconhece a legitimidade do embrião *in vitro*, pois este se trata de um ser já concebido.

Concedendo assim capacidade sucessória ao nascituro, ficando a capacidade, assim como a personalidade, sob a condição de nascer com vida, contudo um direito que deve ser resguardado (GOMES, 2009, p. 30).

Devendo estes direitos ser resguardados por seu representante legal, e ser submetidos ao prazo da condição de nascer com vida, o mesmo prazo para exercer o direito de requerer herança, que é feita através da petição de herança, que tem prazo prescricional de dez anos de acordo com os novos prazos adotados pelo legislador (GOMES, 2009, p. 266).

Ao fundamentar a relação de parentesco o Código civil artigo 1597 estabelece:

Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

II- havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

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

IV- havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

A partir da leitura deste dispositivo legal, pode-se observar que a proteção à filiação ao embrião *in vitro* ocorre a qualquer tempo quando se fala em reprodução homóloga, e com base no consentimento, quando se fala em inseminação heteróloga, tendo assim a característica de filho protegida por lei.

Após este entendimento de que se trata de uma filiação de embrião *in vitro*, deve-se ter a noção do texto Constitucional artigo 227, § 6, que expressa:

Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Podendo concluir que tanto o filho havido de maneira carnal e o embrião que se encontra em estado de *in vitro*, ambos são vida e protegidos pelo ordenamento, tendo os mesmos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

O reconhecimento deste embrião como filho e o não reconhecimento patrimonial, ao direito a herança, configura uma nova conceituação de filiação, a qual é uma afronta ao próprio texto constitucional.

Maria Helena Diniz faz explanação sobre a relação entre o direito de família e o direito patrimonial do filho, afirmando:

O fundamento científico do direito sucessório nas conclusões da biologia e da antropologia atinentes ao problema da hereditariedade biopsicológica, segundo a qual os pais transferem à prole não só os caracteres orgânicos, mas também as qualidades psíquicas, resultando daí que a lei, ao garantir a propriedade pessoal, reconhece que a transmissão hereditária dos bens seja uma continuação biológica e psicológica dos progenitores. (2011, p. 19).

No seu texto Maria Helena Diniz reconhece como sendo de fundamental importância a sua prole, tenha sido ela concebida da forma carnal ou sob a forma de fecundação *in vitro*, não importa, pois estes não tem diferença aos olhos do ordenamento. O que vem a ser de suma importância é o direito à herança, tanto quanto a transferência genética que é transmitida de pai para filho.

## 5. ADI 3510

A Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta pelo Procurador Geral da República, Dr. Claudio Fonteles, tendo como lide o artigo 5º da lei de biossegurança numero 11.105, que dispõe:

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 de 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 pesquisas ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética e 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.

Para a defesa de sua tese, defende o então Procurador da República, o direito deve se pautar na Constituição Federal, que garante no seu artigo 5º o direito à vida como direito fundamental.

Afirma que a vida começa a partir da fecundação e para tanto busca declarações de especialistas, como se pode perceber em trecho da sua petição, na qual encontra-se declaração do Dr. Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Dawn:

Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato.

Trazendo muitas outras pesquisas para defesa de sua teoria. Defende assim que não se pode graduar a proteção ao ser vivo, nem se poderá atribuir um determinado valor à perna, ao braço, até que se forme um todo, o embrião deve ser considerado como vida, como verdadeiramente o é.

Se assim o fosse seria necessário ter exemplos de penas gradativas, se matar um bebê, pena menor do que se matar um adulto, não sendo assim no sistema jurídico por não fazer sentido. Vida é o principio fundante como um todo, sem a mesma não existia nem mesmo o ordenamento e como tal deve ser protegida, desde a seu início que ocorre na fecundação.

Em sua petição ele também elucida a situação do nascituro, que não vem a ser um ser humano com personalidade ainda, contudo estão resguardados pelo artigo 4º do Código Civil todos os seus direitos, desde que nascido com vida, como uma condição suspensiva, tendo que se entender que o embrião também é um nascituro só que o mesmo poderá estar no ventre da mãe ou *in vitro*, afinal se a mãe perde um bebê quando está na fase de gestação, concretamente se perde um bebê, este é um nascituro, mesmo estando no ventre ou *in vitro*.

É importante perceber que, ao disciplinar no artigo 4º sobre a proteção do nascituro, o que a lei busca é proteger o sujeito em formação, de maneira que é preciso seguir a interpretação da lei e não distorcê-la.

Ponto de brilhante explanação da petição inicial do Procurador Geral da República quando cita a professora Flávia Piovesan:

Sob o prisma da moral católica e cristã, a vida é considerada sagrada desde a concepção. No entanto, reitera-se, não há definição científica sobre o início da vida: se na fecundação, se no momento da implantação do embrião no útero; se com a formação do sistema nervoso; se a partir do 3º mês, como decidiu a Suprema Corte norte-americana no caso *Roe v. Wade* em 1973; ou se apenas com a vida extra-uterina (como, por exemplo, entende o judaísmo). Na própria história do catolicismo, constata-se que São Tomás de Aquino sustentava firmemente que o feto só adquiria alma após determinado lapso temporal – 40 dias para os fetos masculinos e um lapso temporal maior para o feto feminino. Todas as religiões convergem no absoluto respeito ao valor da vida. Divergem, contudo, na concepção e no sentido da própria vida e no modo como valor intrínseco da vida há ser desenvolvido e potencializado. Neste cenário, a ordem jurídica em um Estado Democrático de Direito deve manter-se laica e secular, não podendo se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico. Vale dizer, a temática objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade há de ser enfrentada sob as molduras constitucionais de um Estado laico, no qual todas as religiões mereçam igual consideração e profundo respeito. Neste contexto, o termo inicial da vida humana é um fato cultural. (2008, p.202 a 204)

Percebe-se que não se pode ter uma precisão exata de quando se começa a vida, o que se tem é uma verdadeira insegurança ao mesmo quando se percebe os diversos discursos dos *amicus curiae* que são especialistas no assunto e divergem um dos outros de quando é o lapso temporal do nascimento com vida. Parecendo a decisão mais prudente proteger o bem mais precioso do nosso ordenamento desde o primeiro relato de vida.

Pode ser retirado de defesa o pilar do princípio da dignidade da pessoa humana o qual está disciplinado como direito fundamental, que é um direito inerente a todos, diferente do direito da personalidade que deverá ser posto muito antes do nascimento com vida e irá além da morte.

Na Alemanha é sim permitida a importação de embriões apesar de na mesma ser vedada a utilização de células tronco embrionárias, por respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana o qual é resguardado ao ser humano mesmo antes do nascimento com vida (ADI 3510,2008, p. 425).

## 5.1 CONCEPÇÃO DO MINISTRO AYRES BRITTO

Ministro Ayres Britto, relator da ADI 3510, julgou improcedente a posta demanda, tendo sua fundamentação partido da ideia de que não é decisão unânime que desde

a sua concepção o embrião pode ser considerado vida, afirmando para tanto que existe uma diferença, pois este é produzido in vitro e não in vida como afirma o então Ministro (ADI 3510, p. 155). Entretanto se existe uma dúvida no entender do então relator, deve-se optar sempre pela vida e não em detrimento desta.

Bianca Florencio, em seu trabalho de Mestrado, traz um contraponto a esta ideia:

Primeiro porque o embrião in vitro só esta fora do útero feminino, por intervenção humana, já que as técnicas de Reprodução Assistida utilizadas para viabilizar o projeto parental, assim permitiram. Nunca é demais lembrar que sem a intervenção humana o embrião jamais se formaria fora do útero feminino, e o ministro nega-lhe a vida por este motivo, por este embrião não estar no lugar que deveria, porque nós o colocamos neste lugar: nos tubos cilíndricos, nas palhetas que são capazes de armazenar até 04 embriões.

Seria esta uma decisão justa? Eximirnos-nos de responsabilidades pela situação em que colocamos o outro? Condenarmos a morte alguém que ainda não enxergamos a nossa imagem e semelhança? ( 2008, p.107)

Entende o então excelentíssimo Ministro que este será para um bem maior, que é a pesquisa com células tronco trazendo um foco na medicina regenerativa, tendo a substituição de células defeituosas que causam certos traumas, substituídas por células tronco embrionárias que podem vir a formar qualquer órgão do nosso organismo.

Argumento também posto pelo excelentíssimo é a existência de barreiras para esta pesquisa, necessitando de um lapso temporal de cinco anos para a autorização da pesquisa, contudo, já foi exposto que este tempo não condiz com a realidade, já que, Doutor Rodolfo, como citado anteriormente já relata o nascimento saudável de embriões congelados por doze anos, fato que deve ser levado em consideração.

Deve se ter muito cuidado ao estipular qualquer tipo de prazo para a vida, visto que a ciência tem avançado em passos largos sendo claramente observado o aumento da perspectiva de vida de cada ser humano, não sendo diferente para os embriões congelados, afinal a ciência se desenvolve em várias frentes.

Outro ponto de reflexão é o consentimento dos genitores, levantado como uma das barreiras que asseguram a pesquisa, entretanto há de se observar que não existe esta possibilidade no nosso ordenamento, de um aborto consentido, sendo este disciplinado no nosso ordenamento no artigo 126 do código penal brasileiro, que tem como pena reclusão de um a quatro anos.

Os doadores do espermatozoide e do óvulo não têm nenhum direito de decidir sobre a vida do embrião, que é um ser autônomo, um terceiro. O fato de serem os genitores do mesmo, não os dá o direito de dispor da vida deste.

O entendimento do Dr. Ayres Britto ao relatar:

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 na 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 artigo 1), 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 artigo 34), livre exercício dos direitos [...] individuais ( inciso III do artigo 85) e até dos direitos e garantias individuais como clausula pétrea (inciso IV do § 4º do artigo 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo pessoa. Gente. Alguém. De nacionalidade brasileira ou 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 fundamental idade (artigo 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 placa de Petri), além de complementar a referência do seu artigo 5º aos brasileiros para dizer que eles se aloquem em duas categorias: a dos brasileiros natos( na explícita aceção de nascidos, conforme as alíneas a, b e c do inciso I do artigo 12) e brasileiros naturalizados (a pressupor formal manifestação de vontade, a teor das alíneas a e b do inciso II do mesmo artigo 12).

O Ministro Ayres Britto não percebe que estes direitos e princípios que nega ao nascituro e ao embrião, impondo como óbice para estes o nascimento com vida, existem desde a sua expectativa de nascimento.

Direitos que são garantidos desde a sua fecundação, se não qual outro motivo de nosso ordenamento disciplinar no Código Penal Brasileiro a pena de reclusão para os diversos tipos de aborto, se esses não fossem direitos assegurados.

Direitos da pessoa humana como liberdade e igualdade, estão garantidos muito antes de sua própria existência e alguns vão além de sua morte, como pode se verificar na calúnia de ser humano já não em vida. Deve-se ter em mente que o direito assegurado à vida é o mais importante direito do nosso ordenamento e como tal é imperativo que haja o devido respeito.

Quando a Carta Magna não disciplina em qual momento começa a vida e de que forma essa deve se dar, não se deve interpretar pela falta de proteção, e sim ao fato da mesma abranger os diversos tipos de vida que poderão surgir pelos mais

variados meios pelos quais não podem estar expressos, devido ao célere avanço que a ciência sofre. Contudo, a Constituição disciplina como direito fundante o direito da personalidade humana, direito à igualdade, à vida, à segurança e à propriedade sendo devida a proteção nos mais variados moldes.

Destaca o Ministro (ADI 3510, 2008, p.168), a tese de que o direito protege o ser humano de forma variada a cada etapa de sua vida. Proteção que, segundo relata, vai aumentando à medida que se desenvolve o ser humano, à proporção em que o investimento é feito no ser, chamada por este como “tutela jurídica proporcional ao tamanho do investimento”. Afirmando ainda que a curva desta linha se faz na descendente à medida que se chega a velhice.

Não é percebido por vossa excelência que a Constituição não valora os diferentes níveis da vida, para esta uma vida tem o mesmo valor da outra e todas devem ser assim respeitadas, como se funda o artigo 5º da Constituição trazendo os direitos a igualdade, liberdade a dignidade da pessoa humana em que é garantida no artigo 1º. Não se pode valorar uma vida diferente da outra. Se assim o fosse teria de se fazer uma degradação também da pena de homicídio por idade, representaria o valor daquela vida retirada.

Aduz o nosso julgador sobre o aborto, que é vedado no nosso ordenamento dispor de qualquer tecido, órgãos ou parte do seu corpo, exceto para transplante em medula óssea ou em algumas outras exceções. Existe também a exceção ao aborto terapêutico e ao aborto sentimental, entendendo assim que se busca com esta disciplina é tutelar o ser humano e não outro, contudo ainda assim afirma Dr. Ayres Britto, esta ao se referir a um ser que esta dentro do corpo feminino.

Afirmção esta que não pode ser retirada do nosso ordenamento de maneira alguma, tem de se perceber que sempre quando buscar interpretar as transcrições legais devemos dar a máxima efetividade aos princípios fundantes do mesmo como direito à vida, à liberdade, à igualdade, e procurar difundir uma maior proteção e não restringi-la, ou pode-se estar desvinculando dos mandamentos deste.

Como último fundamento, o Ministro Ayres Britto (ADI 3510, 2008, p.182), refuta que o que se é destinado à pesquisa não é um embrião que está no corpo da gestante e sim o que está in vitro e que esse embrião tem a capacidade de reproduzir as mais

diversas células do corpo. Afirma ainda que não teria qualquer outra serventia se não o descarte.

Contudo, não é percebido pelo ministro que o objetivo de um embrião é e tão somente deve ser a vida e não outro.

Medida necessária é delimitar o número de embriões para a reprodução assistida, a fim de que não se produza um grande número de embriões excedentários.

Havendo embriões excedentários deve-se culpar os genitores, que são os responsáveis pela manutenção dos mesmos, sendo responsáveis pela realização de mais de uma tentativa de fecundação.

Quando se resolve fazer mais de uma fecundação, gerando assim dois ou mais filhos têm de se assumir os mesmos, este nada mais será do que um risco assumido, pois é sabido que poderá haver sucesso em todas as fecundações realizadas, gerando vários descendentes. Será assim o mesmo risco em manter relação sexual sem nenhum método contraceptivo e não é por este motivo que se autoriza o descarte daquele embrião.

Sobre a pesquisa com célula tronco vale ressaltar uma brilhante entrevista prestada por Batista à Folha de São Paulo, onde relata:

Prezados,

Retornei recentemente ao Brasil após dois anos de trabalho junto a um renomado grupo de pesquisa em células-tronco no Canadá. Ao chegar, deparei-me com um clima de euforia incomum em relação às promessas atribuídas às células-tronco embrionárias.

Deu-me profunda pena assistir ontem o noticiário e constatar que inúmeras famílias e deficientes físicos (presentes na Câmara durante a votação da Lei de Biossegurança) estão mergulhados e iludidos com o euforismo sem fundamento e sem base científica que justifique o uso de células-tronco embrionárias humanas.

Como uma das pouquíssimas pesquisadoras que estudam o potencial de células-tronco no tratamento de doenças neurodegenerativas no Brasil, acredito fortemente no potencial de células-tronco maduras, tendo obtido evidências de que estas células são, de fato, as mais promissoras, as únicas até hoje empregadas em terapias já em fase clínica. As células-tronco derivadas do embrião, até hoje, geraram tumores e são rejeitadas pelo organismo transplantado.

O lobby, feito por um pequeno grupo, confunde claramente as pessoas leigas no assunto, isto é, a grande maioria presente durante a votação de ontem em plenário. Basta citar a frase da Sra. Ana Cavalcanti: "Já sabemos que a utilização em pacientes autoimunes de células-tronco adultas retiradas do sangue do cordão umbilical dos bebês não têm uma resposta tão boa".

Onde esta senhora ouviu isto? Todas as terapias testadas no Brasil e no mundo até hoje foram feitas apenas com células maduras e só estas alcançaram resultados promissores! Certamente os conceitos se embaralham e geram slogans do tipo “Projeto salvador de vidas”; Até hoje, quais vidas? ( 2005)

É de muita relevância a explanação da professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que é PhD em embriologia.

A brilhante explanação aconteceu no momento em que houve a votação em que a mesma defende a não utilização de células tronco embrionárias para fins terapêuticos e passado um tempo vem a se ter a confirmação do que já era pela autora revelado.

No ano de 2012 os ganhadores do premio Nobel de ciência descobriram como se fazer para células adultas se reprogramarem e gerarem qualquer outra célula do nosso corpo. Devendo a partir desde fato impulsionar uma nova ADI sobre o tema, pois o seu fundamento máximo, que é por um bem maior, não existe mais (MOUTINHO, 2012).

Outra grande vantagem que favorece a utilização do método da reprogramação das células é que estas células irão produzir células com o mesmo DNA daquela retirada, não haverá o perigo da rejeição, já serão compatíveis.

## 5.2 A PERCEPÇÃO DO MINISTRO MENEZES DIREITO

O então ministro Menezes Direito, julgador da ADI 3510, começa o seu voto relatando que escreveu uma obra sobre a compreensão do homem sobre a dimensão do corpo e alma, nesta obra busca segundo relatos do próprio, a resposta sobre para que deve servir as descobertas científicas e tecnológicas.

Afirmando que em sua obra demonstra que vários estudos levam muito tempo de maturação, que em diversos casos levam a um sofrimento humano, desrespeitando até o preceito vida. E para tanto traz o exemplo de Robert Koch, descobridor da vacina da tuberculose, que em decorrência do seu apressado anuncio veio a causar dezenas de mortes (ADI 3510, 2008, p. 237).

No decorrer de seu voto o Ministro levanta um ponto de muita relevância, que todas as disciplinas devem interagir para chegar a uma convergência. Não se deve tomar uma perspectiva única como verdade absoluta.

Como assim o fazem alguns doutrinadores ao afirmarem que o critério estabelecido no código civil de falecimento a partir da sessão de trabalhos cerebrais deve ser aplicado para o início da vida, começando esta a partir do funcionamento cerebral.

Ao analisar, por exemplo, os experimentos feitos por cientistas do nazismo em seus campos descreveu como eram aterrorizantes e completamente reprováveis. Contudo, não há de se negar que tiveram resultados, afinal o estudo do enriquecimento de urânio que serve para abastecimento de energia e também para a bomba atômica começou por cientistas nazistas.

Entretanto não é porque algo demonstrou resultados que devemos aprová-lo, segundo relato de Menezes quase todos os cientistas americanos defendem regras para que se haja, acima de tudo em suas experiências, proteção à vida humana, e assim o fazem não como cientistas, mas como cidadãos (ADI 3510,2008, p.238).

Explana o excelentíssimo Ministro:

O que há de se determinar é que a lei que autoriza a utilização de células tronco extraídas de embriões humanos destinados à geração de uma vida, intenção primeira dos genitores, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana pelas normas constitucionais. E tudo porque se alega, de um lado, que a simples manipulação de embriões humanos para pesquisa atentaria contra a dignidade e, de outro, que, para serem obtidas, as células tronco embrionárias dependeriam da destruição do embrião. O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa.

É necessária que se tenha a noção que não está em julgamento nenhum preceito religioso, a demanda trata sobre um preceito fundamental expresso na Constituição e que está sendo desrespeitado.

A reflexão do Dr. Menezes (ADI 3510,2008, p. 239), quando relata que talvez “estamos fadados a saber que existe um processo que enseja em um resultado vida, contudo não seremos capazes de decifrá-lo quando se inicia ou quando se termina”. E para isso não basta apenas uma discursão com a matéria direito, tem de se dar atenção à medicina, engenharia genética, bioética, indo muito mais além do que apenas a discursão sobre aborto.

Deve se entender que a gravidez é uma das etapas que irão levar à vida, não é pelo motivo de o embrião *in vitro* não estar localizado dentro do corpo materno que este poderá ser considerado menos vida que o intrauterino. Está se falando de vida em ambos os casos, apenas em etapas diversas.

Menezes traz em seu texto uma explicação sobre os diversos tipos de embriões que serão fecundados, havendo os inviáveis e os viáveis.

Os inviáveis sendo conceituado pela SBRA (Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida):

O conceito de embrião inviável é dúbio quando relata ser aquele que teve seu desenvolvimento espontâneo interrompido por ausência espontânea de clivagem, após período superior a 24 horas a partir da fertilização "in vitro". Entretanto, alguns embriões podem fazer a primeira clivagem após período superior. Assim, sugerimos definir como inviáveis:

- 1 – Os embriões que não apresentem a primeira clivagem após 36 horas da fertilização.
- 2 – Os embriões que não apresentem divisão celular em um período de 24h a 48h em cultura após a primeira clivagem.

Portanto, estes embriões perderam qualquer capacidade biológica de gerar uma vida, não serão congelados nem poderiam, evidentemente, ser utilizados para qualquer pesquisa de células tronco embrionárias.

Ficando evidente segundo explanação da Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida que embriões viáveis estão sendo levados à pesquisa. Portanto são vidas, pois os que não têm a capacidade para completar o ciclo natural de maturação serão descartados, porque não têm capacidade para serem utilizado na pesquisa com células tronco embrionárias.

Relatado por Menezes a evolução que vem tendo a ciência reprodutiva na passagem:

E essa identificação precisa da viabilidade é exatamente a meta dos profissionais da reprodução assistida, uma meta que está cada vez mais próxima e que possibilitará que se alcance a gravidez com a transferência de um único embrião, evitando-se os riscos e as inconveniências da gravidez gemelar ou múltipla.

Não é difícil perceber, todavia, que com a maior precisão na identificação da viabilidade e com a possibilidade da transferência de apenas um único embrião para o útero do paciente, um número ainda maior que o atualmente existente de embriões esta fadado ao congelamento.

Esse prognóstico não é animador porquanto indica aumento futuro do número de embriões em criogenia e, em consequência, do número de embriões desviados de seu destino original (ADI 3510,2008, p. 243).

É fato notório o desenvolvimento científico no campo da reprodução assistida, a ponto de cada vez mais se necessitar de menos embriões fecundados para se gerar uma vida. A técnica de reprodução assistida, a qual foi desenvolvida com base em possibilitar que cada família venha a gerar uma prole se assim o desejar está em tamanha evolução que não se vislumbra mais a necessidade de realizar tantas fecundações.

Ao passo que vem se desenvolvendo essa técnica de reprodução assistida não vem ocorrendo o mesmo com as leis que a normatizam, de forma que não se estabelece o mínimo de embriões fecundados, gerando assim seres vivos que venham a ser ou objeto de pesquisas para células tronco ou lixo biológico.

A técnica de reprodução assistida trouxe também o diagnóstico pré implantacional feito no embrião, a qual se resume em retirar uma ou mais células do embrião fecundado e, a partir do estudo de sua genética, verificar a existência de alguma anomalia, a cor do cabelo, o sexo do mesmo, entre outras características genéticas (ADI 3510,2008, p 244).

Com base no exame do diagnóstico pré implantacional consegue se verificar 63 tipos de anomalias genéticas. O que de certa maneira impede os embriões que tenham seu diagnóstico positivo não venham a ser implantados (ADI 3510,2008, p. 245).

Existe, portanto, uma seleção de embriões, através de seu estudo genético. Tendo de ter cuidado com o limite ético que trazem tais descobertas, pois pode estar se criando uma velha prática de seleção onde os mais fortes sobrevivem e os mais frágeis são descartados, como em Esparta.

### 5.3 ENTENDIMENTO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

O voto a ser analisado é o do Ministro Ricardo Lewandowski que propõe a inconstitucionalidade do artigo 5º da lei de Biosegurança, atacando a mesma ao relatar que esta fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, direitos que são Constitucionais (ADI 3510,2008, p. 376).

Lewandowski, em seu relato, observa que todo o ordenamento deve se basear nos princípios expressos na Constituição Federal, o que não acontece na presente Lei de Biosegurança, que vai de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Posteriormente trata das “células tronco humanas”, relatando todo o processo que ocorre até a etapa final de constituição do embrião, expondo que estes utilizados para a pesquisa resultam da reprodução *in vitro*, mas que nem por este motivo deixam de ser humanos. (ADI 3510,2008, p.357).

Lewandowski não nega que possa haver ganho com as pesquisas de células tronco embrionária, mas, por outro lado, mostra uma preocupação muito grande com o futuro da espécie humana ao começar a tratar o homem como meio para se chegar a um fim para outros homens.

Observa o direito à igualdade entre os filhos, o que impossibilita de tratar as suas proles de maneira desigual, apenas por uma se encontrar *in vitro* e a outra no ventre materno. Vale ressaltar que a célula *in vitro* só está fora do seu habitat natural devido a uma experiência que tem como finalidade a reprodução humana.

Valendo-se da ressalva de fatos históricos, como nas Guerras onde se praticavam várias técnicas degradáveis em busca de um avanço científico, o próprio efeito estufa, devido a práticas indevidas, a buscas incessantes por descobertas científicas. Não há como negar que nestes pontos citados se desenvolveram benfeitorias à humanidade, mas qual o preço pago por estas? (ADI 3510,2008, p. 382)

O ministro muito teme “a coisificação das pessoas”, e por isso entende caber aos seres racionais a tarefa de por limites morais e éticos a práticas científicas (ADI 3510,2008, p. 386-387).

Propõe assim uma reflexão sobre os benefícios da ciência em si, em momento nenhum nega as benfeitorias que a ciência traz, contudo traz a ressalva de que a ciência, como um fim em si mesma, não sendo um meio para alcançar o fim maior que seria o homem, não é benéfica.

Seguindo o seu pensamento propõe ser a ciência o direito de quarta geração. Assim sendo, pois os direitos à vida, a liberdade, a propriedade se enquadram nos direitos de primeira geração (ADI3510,2008, p. 387).

Seguido pelos direitos de segunda geração que são abarcados pelos direitos individuais, direito à greve, a previdência social, direito do trabalho entre outros.

O terceiro direito vem de uma necessidade percebida após as guerras, a corrida pelo poder, a globalização, gerando os direitos de terceira geração que são abarcados pelo princípio da solidariedade da fraternidade. Percebe-se então a necessidade de se ter um direito de quarta geração, em face da limitação das práticas tecnológicas e científicas (ADI 3510,2008, p.388).

O Ministro faz um contraponto entre bioética e direitos humanos no plano internacional, afirmando que os resultados, fins e procedimentos de pesquisas fazem nascer bases éticas e jurídicas (ADI 3510,2008, p. 390).

Faz-se presente a preocupação do Min. Lewandowski em se ter a globalização entre os ordenamentos no que tange as pesquisas científicas que, ao tempo que demonstram sua importância, mostram a necessidade de se determinar barreiras pautadas na ética, moral e justiça.

Um dos principais pontos é o patrimônio do genoma humano, o qual é direito fundamental de todo ser humano e seu tratamento ou pesquisa deve receber uma forte restrição e avaliação sobre os riscos e benefícios que se terá (ADI 3510,2008, p. 392).

Devendo sempre, todo e qualquer estudo que envolva o genoma humano, preservar o direito à vida, a integridade, a dignidade e a identidade do ser humano. Direitos estes que foram adotados também pelo Brasil, que participou da Declaração Universal de Genoma Humano, através de representante (ADI 3510,2008, p. 393).

Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco, a qual o Brasil também é figura presente, exige que os avanços tecnológicos e científicos respeitem a dignidade da pessoa humana e os direitos humanos (ADI 3510,2008, p. 393).

Estando o Brasil obrigado a dar efetividade a esses preceitos os quais pactuou em âmbito internacional.

Nota que toda pesquisa que envolva experiência com seres humanos deve ser pautada no estudo de seus benefícios e prejuízos, sempre se respeitando a vida, a integridade a dignidade e a identidade do ser humano. O que fica claro com o

presente estudo, a impossibilidade de se ter tais garantias com as pesquisas com células tronco, visto tratar-se de descarte de seres vivos.

Lewandowski faz considerações de quando se dá o “início da vida e a sua proteção”. No seu começo de discursão afirma não acreditar que esteja no direito o local mais adequado para se solucionar tal celeuma. Para o Ministro, as pessoas mais adequadas para resolver essa discursão seriam os cientistas, contudo até os mesmos divergem sobre este ponto, sendo encontradas as mais diversas teses (ADI 3510,2008, p. 397).

Para Lewandowski, o direito, sem dúvida, disciplina o começo da vida a partir da fecundação e para tal afirmação se utiliza da adoção por parte do Brasil do Pacto de San José da Costa Rica que assim disciplina o começo da vida a partir da sua concepção. Tem de se entender que, depois de ratificado o Pacto, este entrou no nosso ordenamento como norma supra legal tendo força hierárquica superior as leis do nosso ordenamento (ADI 3510,2008, p. 399).

Devendo o direito respeitar a suas normas por ele estabelecido ou ratificado, podendo relativizar somente em casos excepcionais, como exemplo do aborto em caso de estupro.

Por se tratar de um direito fundamental e não ter conseguido o coro de lei Constitucional passando pelas duas casas, a mesma figura no nosso ordenamento como norma supra legal, sendo hierarquicamente superior às leis. Devendo ser observada pelo ordenamento.

Ademais, trata do “princípio da precaução da saúde pública”, se refere a este como significado no plano da defesa do direito à vida por parte da sociedade. Garante que quando a prática ensejar dano à vida ou ao meio ambiente, serão tomadas medidas para assegurá-las (ADI 3510,2008, p. 406).

Com base nesses princípios, surgem alguns outros subprincípios como a precaução diante das incertezas científicas, a determinação do não fazer condutas prejudiciais à vida ou ao meio ambiente, a transferência do ônus da prova, não sendo da vítima e sim do autor da ação e o direito ao consentimento esclarecido (ADI 3510,2008, p.407).

Este princípio não irá somente abarcar o dano e a reparação propostos no direito civil, irá mais além, trata-se do não fazer em atos que são contrapostos com o direito à vida e ao meio ambiente, atos aos quais nem se saibam quais os efeitos.

Trata sobre a “dignidade da pessoa humana”, que é o núcleo de todo e qualquer tratado pactuado no direito internacional sobre direito fundamental, assim como no direito que versa no âmbito dos Estados (ADI 3510,2008, p. 409).

O mesmo aduz que, ao se falar em dignidade da pessoa humana, não pode se restringir a tratar de direitos pessoais e sim de direitos que versam perante toda a sociedade.

Este princípio tem de ser respeitado por todos, deve ser seguido como parâmetro, como base para as atitudes e para o ordenamento. Não devendo ter nenhuma norma que vá de encontro a ele, sob pena de ser Inconstitucional (ADI 3510,2008, p. 412).

Para o posto Ministro direito fundamental é uma “metanorma”, que dará significado ao próprio direito à vida e aos demais direitos como um todo e sob a ótica geral de todos os seres humanos em todas as suas formas, desde a sua concepção (ADI 3510,2008, p. 416).

Traz as “células embrionárias humanas no direito comparado”, para tanto vê a necessidade da distinção entre coisa e pessoa (ADI 3510,2008, p. 417).

E a primeira diferença que relata é que o homem é sujeito de direitos enquanto o animal é objeto de direitos, possuindo também direitos protetivos. Sendo os primeiros detentores de uma maior proteção (ADI 3510,2008, p. 417).

Relata que na França, os embriões são considerados pessoas e como estes são protegidos, assim como nos Países Baixos, onde os embriões também tem proteção de pessoa, contudo só adquirindo personalidade no momento que vier a nascer com vida (ADI 3510,2008, p. 417).

No direito Alemão a maior parte da doutrina entende o embrião como pessoa, contudo há outra parte que o entende como um sujeito que terá direitos subjetivos quando vier a nascer, contudo essa parte de doutrina reconhece uma proteção ao ser que está por nascer. Isto com base no principio da dignidade da pessoa humana (ADI 3510,2008, p. 418).

Quando estipula os “limites a produção e manipulação de embriões”, ele trata do absurdo de a lei não vedar a produção de embriões para o fim terapêutico e não limitar o número de embriões (ADI 3510,2008, p. 420).

O que propõe o então Ministro é que sejam criadas normas com estes fins, que delimitem a pesquisa com células tronco, pois, no rigor da lei, nada limita esses experimentos científicos que utilizam vida em suas experiências.

Propõe a reflexão do que é “inviabilidade dos embriões”, pois no texto da lei de Biosegurança nada fala sobre em que sentido deve-se interpretar inviabilidade, ficando à mercê dos pesquisadores (ADI 3510,2008, p. 430).

Deve-se ter um limite interpretativo para isso, não podendo interpretar práticas eugênicas como sendo embriões inviáveis. Devem ser considerados embriões inviáveis para pesquisa aqueles que não estiverem aptos a progredirem com o seu segmento natural que é o nascimento com vida, fora esta opção todos devem ser considerados viáveis e não possíveis de doação para pesquisa com células tronco embrionária.

Esta prática permite que haja a seleção de embriões de forma a descartar um ser vivo por suas características como sexo, cor da pele, características que podem ser escolhidas pelo casal ou pelo pesquisador. Acontecendo a distorção do que vem a ser inviabilidade do embrião.

Necessita-se ter “critérios para a utilização dos embriões criopreservados”, trata-se do princípio da igualdade sobre o qual versa o texto constitucional e é claramente ferido na supracitada lei (ADI 3510,2008, p. 436).

Após o lapso temporal de cinco anos dos embriões congelados, já se faz o bastante para o tratamento tão desigual entre irmãos, pois mesmo os filhos nascidos um dia foram também embriões.

Contudo, este lapso temporal em nada tem haver com a inviabilidade do embrião com o passar destes anos, visto que já se tem experiências bem sucedidas com embriões após treze anos congelados (ADI 3510,2008, p. 437).

Defendido pelo Ministro que devem ser implantados os embriões necessários, entretanto não deve nunca ser permitido o descarte nem a destruição do mesmo por serem seres humanos e, portanto, detentores de direitos.

Defendendo o mesmo, que aquele que veio a gerar o excesso de embriões deve arcar com estes, tanto na seara moral quanto na pecúnia de manutenção dos mesmos (ADI 3510,2008, p. 438).

Refere-se à “necessidade de consentimento livre e informado”, contudo para o então Ministro isso não permite aos genitores que decidam o futuro de sua prole indesejável (ADI 3510,2008, p. 441).

Este requisito que consta como óbice à pesquisa com células tronca se baseia nas doações e no tratamento de algumas doenças. Entretanto há que se perceber que os casos não coincidem, pois nestes últimos se está buscando a vida, enquanto no primeiro se está autorizando a morte.

Outro ponto de crucial relevância é que a pessoa que doa ou a se sujeita ao tratamento é que irá tomar a decisão, está apta, diferente do embrião que não tem nem a capacidade de tomar tal decisão, não o é escutado a sua vontade.

Aduz sobre “a independência e pluralismo dos comitês de ética”, os quais serão os responsáveis por aprovar esses projetos de pesquisa com células tronco embrionária (ADI 3510,2008, p. 444).

O Ministro não se sente à vontade em saber que os responsáveis por realizar a pesquisa com as células tronco serão os responsáveis também por formular quais os limites éticos desta, quais as barreiras que não poderão serem quebradas.

Para finalizar ele prolata seu voto julgando procedente em parte a ADI.

## **6 DIREITO SUCESSÓRIO**

O fim da vida traz duas consequências jurídicas imediatas: extingue a pessoa e, conseqüentemente, a sua personalidade jurídica e abre-se a sucessão. Esta transmissão de bens do *de cuius* para os seus sucessores é regida pelas normas do CC/02 que trata do direito da sucessão. Sobre esta, Rodrigues (2000, p.3) afirma que é “um conjunto de princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu a seus sucessores”. Aquele autor, ao tratar da transmissão por sucessão, relata a existência das formas onerosa e gratuita,

transmitindo-se ao espólio os ativos e os passivos do *de cuius*. Ressalta-se, todavia, que esta transmissão é um direito, e não um dever, do adquirente.

Para Gomes, a sucessão é uma das formas de aquisição de propriedade que decorre da morte do *de cuius*, fundamentado no princípio da *seisine*, em que há a transferência de direitos reais daquele para os sucessores (pessoas físicas). Segundo Gomes, o testamento é um negócio jurídico e a sucessão legítima relaciona-se ao direito da família. A herança, portanto, é uma forma de “extensão ao direito de propriedade privada, além da vida” (2009, p.1-2).

O direito das sucessões terá eficácia, em regra, no momento exato da morte da pessoa natural, que é, descrito por Ribeiro (2012), a perda total irreversível das funções encefálicas, conforme determinado pela Lei dos transplantes (Lei 9.434/97), baseado nas premissas médicas encontradas na resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina. Com a morte encefálica é produzido, portanto, o atestado de óbito, marco formal do momento da transmissão de bens.

A exceção a isto é percebida no direito de sucessão decorrente da morte presumida, que decorre da declaração de ausência, ou na hipótese do artigo 7 do código civil, que dispensa a declaração de ausente, no caso de ser extremamente provável a morte de quem estava sobre perigo de vida e alguém que desaparece em campanha ou feito prisioneiro, caso não seja encontrado em até dois anos após o termino da guerra. Deve a sentença fixar a data do provável falecimento, fato de grande relevância, pois nestes casos será a data estabelecida por sentença o tempo de vigência da norma (HIRONAKA, 2007, p.1).

O direito à sucessão está garantido na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XXX que disciplina como direito fundamental o direito à herança. E traz no artigo 227, § 6º a impossibilidade de qualquer que seja a discriminação entre os filhos, sendo estes havidos ou não da relação do casamento ou por adoção (GOMES, 2009, p.4).

O mesmo artigo disciplina ser dever do estado, assim como da família, assegurar para todos os filhos o direito a uma vida digna, garantindo para esta o direito à propriedade prevista no artigo 5º da mesma. Além de que prevê a necessidade de se ter a igualdade entre os filhos havidos ou não na constância do casamento.

## 6.1 ORIGEM DO DIREITO SUCESSÓRIO

Nas sociedades antigas existia uma íntima relação entre direito hereditário e religião. Não ocorria a transferência do direito hereditário como se tem na atualidade, pois se entendia que o acervo hereditário não pertencia ao *de cuius* e sim à família (RODRIGUES, 2000, p. 4).

Havendo assim uma sucessão, no lugar que pertencia ao *de cuius* e passando a pertencer ao varão mais velho, sendo o responsável por conduzir o culto doméstico (HIRONAKA, 2007, p. 3).

Com o passar do tempo começou se a pensar no direito à propriedade, este agora era do indivíduo e não mais da família, passando a fundamentar a sucessão na necessidade de permanecer aquele patrimônio dentro da mesma família, e o que fundamenta agora a sucessão passa a ser a permanência daquele patrimônio dentro da mesma família (HIRONAKA, 2007, p. 3).

Com a evolução, certas ideias vão se desligando, e hoje se tem um direito sucessório que busca um equilíbrio entre o direito de família e o direito de propriedade, não apenas na forma de pensar, de acumular patrimônio a uma só família, mas com o entrelaçamento com o direito de família, com o intuito de protegê-la, sem que haja qualquer tipo de discriminação entre os irmãos.

## 6.2 MOMENTO DA ABERTURA DA SUCESSÃO

Disciplina o Código Civil no artigo 1784 que “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. No momento em que ocorre a morte do *de cuius*, considera-se aberta a sucessão. Havendo o óbito, dá-se ensejo, à transferência da posse e do domínio útil da herança (RODRIGUES, 2000, p. 11).

O momento deve ser considerado este, pois não existe direito subjetivo sem um titular, é por este motivo que a titularidade dos direitos a que compunha a herança

do *de cuius* se transfere automaticamente para o herdeiro (RODRIGUES, 2000, p. 12).

No momento em que ocorre a morte do *de cuius* o patrimônio transfere-se desde logo para os seus herdeiros de forma imediata. Isso ocorre em decorrência do princípio da *Saisine*, que tem origem no direito Francês. Todos os bens e obrigações do falecido se transferem para o seu herdeiro e este é o momento da abertura da sucessão (DIAS, 2011, p. 107).

Havendo a morte do titular dos direitos patrimoniais, a sucessão produz o efeito de transferir a titularidade de direitos, do *de cuius* a seu herdeiro, tanto os bens de cunho patrimonial, como os de cunho não patrimonial. Contudo, os bens de relevância moral têm uma certa restrição, pois alguns direitos só poderão ser exercido pela própria pessoa, são intransferíveis.

A regra de o direito sucessório ser instituído logo após um segundo da morte do *de cuius* é retirada do direito francês, consagrado pelo princípio de *Saisine*, considerando que no momento da morte, transfere-se o patrimônio, de forma íntegra aos herdeiros. Ocorre a continuação das relações jurídicas deixadas pelo *de cuius* para o herdeiro, este, agora, assumindo todos os direitos e obrigações sobre os quais são oriundas do patrimônio herdado (RODRIGUES, 2000, p. 13).

A transferência patrimonial se dará da forma estabelecida em lei, através de ato de vontade com restrições expressas pelo ordenamento. Necessita-se de capacidade hereditária para que seja herdeiro.

### 6.3 TRANSMISSÃO DO ACERVO HEREDITÁRIO

A sucessão será aberta no momento após a morte do *de cuius*. Logo após da sua abertura, irá ocorrer a transmissão, que, contudo, com aquela não se confunde. A sucessão só poderá ocorrer após a morte do autor da herança, este será pressuposto e causa. E a transmissão será a consequência (HIRONAKA, 2007, p. 6).

Como explana Ney de Mello Almada:

distinguido-a do fenômeno da substituição, acentua que, na sucessão, constata-se uma subentrada dos herdeiros em idêntica posição jurídica, ativa ou passiva, pertinente ao falecido. De fato, caracteriza-se a sucessão a título de morte pelo chamamento dos sucessores à titularidade das relações jurídicas patrimoniais integradas no patrimônio sucessível (p.80,).

Após a morte, nasce a transmissão dos bens e com esta todas as obrigações que destes derivam. Fato que ocorre logo após a morte do *de cuius*. Isto ocorre devido à perda de personalidade daquele que veio a falecer, sendo transferida a seus herdeiros.

Esta transferência advém para que não se forme um vazio nos bens, evitando que existam bens sem donos. Para que não se aplique o instituto da herança vacante, quando o poder público torna-se o titular da herança, sendo este o herdeiro, pois ocorreu a falta de um sucessor capaz.

Conforme disciplina o princípio da *Saisine*, quando ocorre o óbito do autor da herança, esta se transfere de forma integral para o seu herdeiro.

Contudo, essa transferência não será pura e simplesmente da forma direta, haverá o domínio e a posse indireta, por todos os componentes do acervo hereditário. Este se transferindo para os herdeiros em forma de condomínio e assim permanecendo até que ocorra a partilha (HIRONAKA, 2007, p. 7).

Os bens decorrentes do acervo hereditário serão considerados como imóveis, mesmo que móveis em sua essência, até o deferimento da partilha.

#### 6.4 LUGAR DA ABERTURA DA SUCESSÃO

Com a seção da personalidade do falecido, será se transmitir a propriedade de seu bem ao seu herdeiro, no instante após o seu falecimento. Para isso é necessário legalizar esta transferência, para que os novos titulares do direito possam exercer o direito a eles incumbido da maneira que melhor entenderem. Essa legalização é feita através de um inventário (DINIZ, 2011, p. 43).

O processo de inventário será necessário para que se proceda com a partilha dos bens que foram deixados, para logo após registrar esta partilha no Registro de

Imóveis, ocorrendo a mudança efetiva de titularidade, do falecido para o herdeiro, embora os herdeiros já tenham o domínio e a posse.

Esse processo de inventário ocorrerá no local do ultimo domicílio do autor da herança, mesmo tendo falecido em outra localidade ou os seus bens estejam localizados em outro local (GONÇALVES, 1997, p. 6).

Segundo Silvio Rodrigues, será o melhor juízo competente para tal demanda aquele em que se localize na comarca em que ocorre o óbito do autor da herança, visto que esta sob a sua jurisdição no momento em que ocorre a transmissão da herança por consequência da sua morte (RODRIGUES, 2000, p. 20).

A abertura da sucessão irá acontecer como disciplina o artigo 1.785 do Código Civil, no lugar onde tenha sido o ultimo domicílio do de cujus. Mesmo que seus bens estejam em lugares diversos.

Será, portanto, o ultimo domicílio a sede jurídica para se processar o inventário, competente para julgar qualquer ação relacionada à herança, seja ela uma ação de petição de herança ou uma ação de credores ou devedores. Havendo o *de cujus* falecido vários domicílios, assim que se requerer em um destes juízos, fixará a competência para todas as demais demandas (RODRIGUES, 2000, p. 21).

Além do Código Civil, o Código de Processo Civil, no artigo 96, versa sobre o foro competente para o inventário, mesmo que em concorrência com a legislação estrangeira, disciplinando que:

Art. 96. O foro do domicílio do autor da herança, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento de disposições de última vontade e todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro.

Esta competência é absoluta, sendo entendida que é a melhor opção, pois se presume que o último foro é onde se localiza a sede dos seus interesses, além de ser a última jurisdição onde ocorre a transferência de bens.

É importante ressaltar que se o último domicílio do *de cujus* tenha sido no estrangeiro, mesmo nesta situação, o competente para proceder ao inventário deverá ser o ultimo domicílio no Brasil. Segundo o artigo 89 do Código de Processo Civil:

Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:  
I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

Assim sendo, mesmo se o último domicílio do falecido tenha sido no estrangeiro a competência para julgar o inventário será da justiça brasileira, contudo deve o magistrado não efetuar a partilha de bens situados fora da jurisdição (RODRIGUES, 2000, p. 21).

Devendo ser observado para abertura da sucessão o prazo que disciplina o Código Civil/02 no artigo 1.796 que:

No prazo de trinta dias, a contar da abertura da sucessão, instaurar-se-á inventário do patrimônio hereditário, perante o juízo competente no lugar da sucessão, para fins de liquidação e, quando for o caso, de partilha da herança.

Na falta ou no desconhecimento do domicílio, o Código de Processo Civil artigo 96, inciso I e II, disciplina as competências subsidiárias de o foro competente para haver o julgamento do inventário, sendo estes:

I - da situação dos bens, se o autor da herança não possuía domicílio certo;

II - do lugar em que ocorreu o óbito se o autor da herança não tinha domicílio certo e possuía bens em lugares diferentes.

Importante ressaltar que após o fim do inventário e feita a partilha dos bens, o foro competente para futuras ações será o da localidade dos herdeiros.

Além do foro competente para processar e julgar o inventário, observa-se que a lei vigente que irá ser aplicada, seja qual for a lei do tempo da morte do falecido, assim como disciplina o artigo 1787 do Código Civil: “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela”.

Momento mais nebuloso será quando ocorre a comoriência, quando duas ou mais pessoas venham a óbito no mesmo instante, ou quando não seja possível identificar qual faleceu primeiro. O Código Civil, no seu artigo 8º, prevê: “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”. Contudo, esta presunção é relativa, admite prova em contrário, como testemunhas, ou registros a bordo de navio, entre outras provas.

No caso ter havido a morte no mesmo instante, cada falecido transmite a sua herança para seu determinado herdeiro. Sendo parentes os falecidos e havendo transmissão de herança para o morto comoriente se esse não assim o fosse, o

direito admite que não houve tempo para a transferência de bens entre os falecidos e um não herdará do outro.

## 6.5 SUJEITOS DA SUCESSÃO

O Direito sucessório atua no campo da *mortis causa*, sendo o sujeito ativo da relação o autor da herança. Como polo passivo da vocação hereditária os herdeiros ou os legatários, que podem ser beneficiados com uma quota parte ou um bem ou direito específico da herança (CAHALI, 2007, p. 18).

No polo passivo constam os testamentários, que são os instituídos por um testamento, através do elemento vontade, além dos legatários que também são instituídos por testamento (CAHALI, 2007, p. 18).

Herdeiros legítimos são aqueles que foram assim designados por uma determinação legal, que irá determinar a ordem de vocação hereditária, sem a participação do elemento vontade, sendo assim determinada “sucessão legal” (MARIO, 2010, p. 67).

Esta também pode ser reconhecida como *ab intestato*, quando o autor da herança não deixa testamento para dispor da mesma. Essa espécie de sucessão foi fundamentada a partir da ligação que se busca do autor da herança com seu grupamento familiar (MARIO, 2010, p. 68).

Estando a ordem da sucessão legítima disciplinada no artigo 1.829 do Código Civil que privilegia os descendentes, em concorrência com o cônjuge, com ressalvas, em seguida os ascendentes em concorrência com o cônjuge, logo após vem o cônjuge sobrevivente e no final os colaterais.

Sendo os herdeiros necessários os estabelecidos no artigo 1.845 do Código Civil/02, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. Os herdeiros testamentários são os agraciados pela herança devido à última declaração de vontade do testador. Nessa espécie, o autor da herança divide o seu patrimônio conforme a sua vontade através de um ato unilateral (GOMES, 2008, p. 84).

Contudo essa liberdade de testar é mitigada, é preciso se relacionar o direito de testar com os herdeiros necessários que estão previstos em lei. Ficou estabelecido desde o código civil de 1916 que o autor da herança, que tenha ascendente ou

descendente não pode dispor de mais da metade do seu acervo hereditário (MARIO, 2010, p. 169).

Sendo esse dispositivo recepcionado pelo nosso atual Código Civil, adicionando o cônjuge sobrevivente, estabelecendo no seu artigo 1.789 a mesma fração a qual o testador poderá dispor através do seu ato de vontade.

Entretanto, a outra metade do seu patrimônio que pertence ao autor da herança poderá ser disposta por este como melhor entender, podendo fazer essa partilha observando o limite legal por testamento ou por doação, estando ainda em vida.

Os legatários não serão confundidos com os herdeiros, estes são instituídos através do testamento para um benefício singular. Podendo, da mesma forma que no herdeiro testamentário, ser o sujeito passivo do posto caso o herdeiro legítimo da herança (CAHALI, 2007, p. 19). Tendo também como limite que este bem estabelecido em testamento não represente mais da metade do patrimônio do autor da herança.

Assim, aquele que falece sem deixar testamento, ou o faz sem ter capacidade para tal, o considerado inválido, terá seu acervo hereditário transmitido aos herdeiros determinados pela legislação vigente no tempo da sua morte, sendo este o marco temporal para incidência da norma. Pode-se verificar tal informação conforme disposto no artigo 1787 do Código Civil, que descreve: “Regula a sucessão e a legitimação para suceder a lei vigente ao tempo da abertura daquela” e artigo 1788, descreve: “Morrendo a pessoa sem testamento, transmite-se 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”.

## 6.6 CAPACIDADE PARA SUCEDER

O princípio fundante do direito sucessório determina que acontece a transmissão de bens do acervo hereditário do *de cuius* para os herdeiros no momento em que ocorre a morte, ficando subordinada apenas à capacidade para suceder (MARIO, 2011, p. 24).

Deve, portanto, o herdeiro ter capacidade para suceder, contudo esta capacidade não se confunde com a capacidade para a vida civil, sendo esta incapacidade algum impedimento que venha a ter de fazer jus à herança (MARIO, 2010, p. 24).

Não fazendo jus à herança aquele que foi indigno, deserto, os filhos que não estejam concebidos pelo testador e os entes coletivos sem existência legal (GOMES, 2010, p.92).

No que concerne ao embrião, este terá capacidade para suceder, por estar vivo no momento da transmissão da herança, sua incapacidade só será negada se não vier a nascer com vida (DIAS, 2011, p. 121).

Desta forma, pode-se considerar o embrião como herdeiro legítimo, com direito de suceder resguardado por lei, assim como lhes são garantidos todos os demais direitos da personalidade expressos no artigo segundo.

O legislador, ao estabelecer as relações de paternidade havidas no casamento e de filiação decorrente dos métodos científicos, reconhece a presunção de filho aos nascidos por procriação assistida *pos mortem*, ele estabelece esta relação em duas situações, sendo na fecundação artificial homóloga, podendo ocorrer após a morte do doador (HIRONAKA, 2007, p. 22).

Como já estabelecido, na fecundação artificial homóloga haverá a presunção de paternidade, tendo esta direito ao reconhecimento da relação familiar estabelecido em lei, e assim sendo deverá a este embrião ser resguardado todo e qualquer direito sucessório como filho que verdadeiramente é, podendo se verificar através mesmo de um exame de DNA, contendo todas as características genéticas de seu genitor.

Maria Berenice Dias defende que, na fecundação homóloga, na qual há presunção de paternidade, não há nenhuma razão para que a morte de seu genitor opere a revogação dos direitos sucessórios de sua prole (DIAS, 2011, p. 123).

Devendo, assim, ser considerado como capaz para a sucessão o filho que, mesmo vindo a nascer após muito tempo de sua morte, como já explicitado mais acima, deve o direito a dignidade da pessoa humana ser um princípio norteador do direito civil, não podendo ser afastado por ser um princípio basilar da nossa constituição, e se contraposto com a necessidade de um prazo para que haja segurança jurídica, fica evidente que falta argumentos para se afastar deste um direito que lhe é inerente.

Como afirma Maria Berenice Dias:

É difícil dar mais valor a uma ficção jurídica do que ao princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação (227 § 6º CF). Determinando a lei a transmissão da herança aos herdeiros (1.784 CC), mesmo que não nascidos (1.798) e até as pessoas ainda não concebidas, nada justifica excluir o direito sucessório do herdeiro por ter sido concebido *post mortem*. Sob qualquer ângulo que se enfoque a questão, descabido afastar da sucessão quem é filho e foi concebido pelo desejo do genitor (2011, p.123).

Como traz ordenamento no artigo 1.798 do Código Civil, tendo direito sucessório os filhos já nascidos no momento da sucessão ou os já concebidos. Desta forma, fica evidente o direito sucessório ao embrião por se tratar de um filho já concebido, pois se concretiza a partir do momento da fecundação do óvulo com o espermatozoide.

Tendo sim direito sucessório, como afinal lhe é assegurado pela própria constituição o Direito à igualdade entre os irmãos. Se vier a ser fecundado este embrião assim como já pacificado em lei que reconhece o direito à filiação, deverá também ser reconhecido o direito à sucessão, pois, como já visto, o direito civil deve se fundar na constituição federal, não devendo ir de confronto a esta.

Entendendo o Código Civil o qual versa sobre a legitimidade a suceder tendo esse direito as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. Tem de ser tratado de forma ampliativa, para que não viole o princípio constitucional da igualdade entre os irmãos, criando assim uma segunda categoria de filhos, sem terem direitos sucessórios os quais são inerentes à filiação, não podendo assim ser interpretado tal artigo de forma restritiva.

Entretanto é defendido por Guilherme Calmon, a não possibilidade de se atribuir ao filho oriundo de fecundação heteróloga *post mortem*, a condição de herdeiro legítimo (2003, p. 889).

Para Calmon, a fecundação heteróloga sendo uma fecundação que se resulta do doador, este ao renunciar ao direito personalíssimo do material genético, cria a impossibilidade dos demais direitos que são oriundos da relação com o ser humano gerado.

Fato diferente ocorre se o doador expressa sua vontade antes de vir a óbito. Assim sendo, o ser que resultará deste procedimento será considerado filho, obtendo todos os direitos como herdeiro legítimo.

A polêmica surge quando se fala em embriões excedentários, que são nascituros assim como conceituado e terão os mesmos direitos dos filhos já nascidos, devendo para tanto ser resguardados da sua quota parte equivalente na herança. Isso se verifica diante da lei que lhe concebe como filho, bem como veda a Constituição veda qualquer diferenciação entre irmãos, devendo assim ser dividida a herança contados os embriões que se encontram *in vitro* (CAHALI, 2007, p. 23).

José Cahali explana:

Ora, como descendente que é, ele não será, também, sucessor do falecido? Onde está a segurança jurídica? Onde há estabilidade das relações jurídicas? Registre-se, aqui, a proposta de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka no sentido de se proceder à ruptura do testamento eventualmente existente ou da sobrepartilha da herança, como se fosse um filho desconhecido e posteriormente declarado como tal (2007, p. 23).

Não há o que se diferenciar filhos *in vitro* de filhos de geração carnal, são filhos de mesma espécie, não dependendo o tempo que leve para vir à vida, pois se assim não o for irá de encontro à dignidade da pessoa humana, a igualdade entre as proles, o direito à vida digna, entre outros direitos inobservados.

Celeuma existe com relação ao direito a ser herdeiro testamentário por parte do nascituro, que segundo artigo 1800, § 4º do Código Civil, estabelece o prazo de dois anos para que, contado da abertura da sucessão, seja concebido o herdeiro esperado, ficando um curador responsável por sua quota parte (CAHALI, 2007, p. 24).

Fica evidente na redação do artigo a incongruência de se estabelecer um prazo para a concepção do nascituro, diferente do prazo para qualquer outra prole que tem prazo prescricional para requerer direito de herança dez anos.

## 6.7 PETIÇÃO DE HERANÇA

O meio de se fixar qual a quota correspondente da herança é através da partilha ou inventário, podendo ocorrer algum erro na transmissão dos bens, e o meio que se tem de contestar é através da petição de herança (OLIVEIRA, 1996, p. 402).

Tal questionamento poderá ocorrer em relação a sua quota da herança ou em relação ao todo, se tratando de herdeiro único.

Esta petição serve para que os verdadeiros herdeiros da herança tenham garantido o seu direito de sucessão, que por algum motivo não o foi feito. Tendo legitimidade para tal ato processual, o herdeiro legítimo ou testamentário, fazendo parte do polo ativo da relação, pode inclusive figurar também neste polo o sucessor do herdeiro legítimo. No polo passivo da relação estará o possuidor dos bens que compõem a massa hereditária (FARIAS, 2007, p. 70).

A petição de herança será composta por dois objetos, o reconhecimento da qualidade de herdeiro e a obtenção da herança que se encontra em poder de terceiro, assim como versa o artigo 1824 do código civil. Sendo assim uma ação condenatória e declaratória, pois deverá declarar a qualidade de herdeiro e condenar o terceiro que está em posse da herança que não lhe pertence, em parte ou no todo (FARIAS, 2007, p.74).

Como uma ação condenatória, será submetida a um prazo prescricional, tendo o autor que promover tal ação dentro de um limite estabelecido em lei, sob pena de perda de pretensão. Tal ação não tem prazo prescricional específico, recaindo sobre ela a regra geral da Lei Civil artigo 205 que estabelece como prazo de prescrição dez anos. O prazo será contado a partir da data da abertura da sucessão (FARIAS, 2007, p. 76).

Podendo ser proposta tal ação inclusive após a homologação da partilha, não produzindo efeitos sobre o herdeiro não citado. Ficando aqui evidente que prazo menor a este, para os filhos havidos não de maneira carnal, será inconstitucional, não podendo contemplar o PL 276/07 que dá ao embrião, expressamente, para figurar na condição de herdeiro um prazo prescricional de dois anos após a partilha dos bens, para que este venha a ser implantado no útero e venha a nascer para adquirir a condição de sucessor. Prazo completamente equivocado já que o próprio código permite um prazo de dez anos para requerer a partilha, mesmo que já tenha sido homologado o inventário.

## 7 CONCLUSÃO

A evolução científica traz com ela grandes benfeitorias que devem ser balizadas. Com o advento da reprodução assistida, ocorre a ampliação do direito ao planejamento familiar, contudo esse deve ser tratado com responsabilidade, pois o direito de um indivíduo acaba quando começa o do outro.

A ciência permitiu que casais que vivem o problema de infertilidade e que desejam procriar realizem o seu sonho. Contudo deve ficar claro que, ao se produzir o embrião, dá-se início a uma nova vida. O direito dos pais se encerra a partir do momento que se inicia o direito da sua prole e não deve ter, portanto, imbricação de direitos.

Deve-se entender que aquele que assume o risco de fertilizar mais de um óvulo, poderá obter, por consequência, vários embriões aptos a nascer com vida, o que poderá ser constatado a partir do exame pré-implantacional. Todos aqueles embriões gerados, aptos à maturação devem ser fecundados, haja vista que, se há vida, o ordenamento a protege, o que pode ser claramente percebido pelo Código Penal que impossibilita o aborto em qualquer fase da gestação.

Existe um grande problema em aceitar que os embriões *in vitro* são vidas, assim como os localizados no útero da mãe, ambos tem um código genético que os definirá e os acompanha até o óbito, código esse que é singular a cada um dos seres humanos. Não há como se diferenciar seres iguais com direitos diferentes, apenas por se encontrarem em ambientes distintos. Deve-se perceber que, pela natureza, ele nunca deveria estar ali, mas encontra-se congelado por obra do homem.

O grande problema que se tem na atualidade é um direito que lhe foi garantido e que não está sendo bem observado devido a uma falta de normatividade. Genitores com sonhos de procriar vão até uma clínica de fertilização e fecundam um número indeterminado de óvulos e, após obter o sucesso de uma gravidez, negam a vida às demais proles, não continuando nem a pagar o aluguel do estabelecimento, gerando assim uma série de embriões excedentários sem destinação. É como se o ordenamento permitisse que aquele pai que gerou várias crianças pudesse escolher

quantas ela quer assumir. O ordenamento nem ao menos limita o número de fecundações.

Com esse grande problema se julgou a ADI 3510, que possibilitou a destinação dos embriões excedentários, tendo como principal fundamento um bem maior que seria a possibilidade de se estudar as células embrionárias graças à suposta capacidade que as mesmas teriam de se transformar em qualquer outro tecido.

Decisão esta que perde seu principal fundamento no dia 08/10/2012, quando foi anunciado o Premio Nobel de Medicina para os pesquisadores John B. Gurdon, biólogo britânico, e Shinya Yamanaka, médico japonês, que descobriram como células maduras podem ser reprogramadas para se transformar em qualquer tecido do nosso corpo, assim como se buscava nas células tronco embrionária.

Com esta descoberta cai por terra todo e qualquer fundamento que se tenha para o estudo das células tronco embrionárias.

Análise a ser observada é que não é pelo motivo dos doadores do espermatozoide e do óvulo terem o feito que tem total autonomia sobre este, não deveriam poder decidir pela vida de sua prole, pois a mesma tem vida própria, autônoma de seus genitores e como tal tem de ser protegida pelo ordenamento.

O presente trabalho busca o reconhecimento do direito à vida do embrião, que deve vir a nascer se for gerado, pois não existe outro o objetivo para o qual estes foram produzidos.

Assim como o direito à vida, tem-se também direito a uma vida digna e direito de igualdade entre os filhos que são expressos na Constituição Federal, implicando assim no reconhecimento além dos direitos extrapatrimoniais salvaguardados, também os direitos patrimoniais a que faz jus o herdeiro legítimo.

A defesa desse direito passa pela capacidade sucessória a que tem direito todo aquele nascido ou concebido no momento da morte do *de cuius*, assim como se apresenta o embrião. Devendo por uma garantia legal ter todos os seus direitos sucessórios salvaguardados até o momento de seu nascimento. A partilha da herança deve ser feita por quantas proles forem decorrentes do *de cuius*, ficando sob responsabilidade de um curador.

Se assim não acontecer, a lei estabelece a todo aquele verdadeiro herdeiro o direito de requerer a herança que lhe é cabível através da ação de petição de herança a qual poderá ser requerida no prazo prescricional de dez anos, ficando evidente a incongruência de qualquer prazo diferente estabelecido para o embrião pela igualdade entre os filhos expressa na Constituição Federal.

Faz-se necessária, com os novos fundamentos que surgiram a partir das descobertas de 2012, uma nova Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, com debates sobre as diversas teorias e ciências, não apenas o direito. Necessitando o direito do acompanhamento da realidade social, não deixando de disciplinar o mais importante bem que existe, que é a vida.

## REFERÊNCIAS

AFONSO, José da Silva. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALDRIGHI, José Mendes *et al.* Planejamento Familiar – Classificação dos métodos: indicações e contra-indicações. *In:* HALBE, Hans Wolfgang. (Coord.). **Tratado de ginecologia**. 3. ed. São Paulo: Roca, 2000.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In:* CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 229-244.

ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina Jurídica do embrião extracorpóreo. **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 35. jul./set. 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção Jurídica do embrião humano. *In:* CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. (Coords.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**. Belo Horizonte: DelRey, 2005, p. 248-268.

BATISTA, Claudia M. C. **Cientista envia carta de indignação à Folha de São Paulo, sobre células-tronco embrionárias**. Disponível em: <<http://www.montfort.org.br/cientista-envia-carta-de-indignacao-a-folha-sobre-celulas-tronco-embrionarias/>>. Acesso em: 26 maio 2013.

BONELLI, Rita Simões. O nascituro à luz do Biodireito. *In:* DUARTE, Geraldo; FONTES, José Américo Silva. (Coords.). **O Nascituro visão interdisciplinar**. São Paulo: Atheneu, 2009, p. 243-255.

BRASIL. **Lei 9.263**, de 12 de Janeiro de 1996. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9263.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9263.htm)>. Acesso em: 22 mai. 2012.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF: Ed. Rideel, 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei 12.010**, de 03 de agosto de 2009. Brasília, DF: Ed. Saraiva, 2010

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.3510**. FONTELES, Claudio. Disponível em: <[http://www.ghente.org/doc\\_juridicos/adin\\_3510.htm](http://www.ghente.org/doc_juridicos/adin_3510.htm)>. Acesso em: 20 abr. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n.3510. **Voto do ministro Ayres Britto**. Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STF/IT/ADI\\_3510\\_DF\\_1278989373857.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STF/IT/ADI_3510_DF_1278989373857.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n.3510. **Voto do ministro Menezes Direito.** Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STF/IT/ADI\\_3510\\_DF\\_1278989373857.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STF/IT/ADI_3510_DF_1278989373857.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n.3510. **Voto do ministro Ricardo Lewandowski.** Disponível em: <[http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STF/IT/ADI\\_3510\\_DF\\_1278989373857.pdf](http://www.jusbrasil.com.br/filedown/dev4/files/JUS2/STF/IT/ADI_3510_DF_1278989373857.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2013.

BURNEY, Richard O.; SCHUST, Daniel J.; YAO, Mylene W. M. Infertilidade. *In*: BEREK, Jonathan S. (Coord.). **Berek e Novak: Tratado de Ginecologia.** Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2008.

CAHALI, José Francisco. Sujeitos da sucessão: capacidade e legitimação. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. (Coords.). **Direito das Sucessões.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CLÍNICA FÉRTIL. **Tratamento de infertilidade conjugal.** Disponível em: <[http://www.fertil.med.br/?page\\_id=3321](http://www.fertil.med.br/?page_id=3321)>. Acesso em: 3 maio 2013.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das Sucessões.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito civil brasileiro: Direito das coisas.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral. A Pessoa Natural.** 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobiانchi. O início da vida para proteção jurídica sob os ditames da Constituição e dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil. *In*: GARCIA, Maria; GAMBА, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso. (Coords.). **Biodireito Constitucional.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.15-37.

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcante de. **Fecundação artificial pos mortem e o direito sucessório.** Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:BfPL8ezoNUoJ:www.grupos.com.br/group/direitona/Messages.html%3Faction%3Ddownload%26year%3D08%26month%3D2%26id%3D1202829476948546%26attach%3D+fecunda%C3%A7%C3%A3o+artificial+post+mortem+e+o+direito+sucess%C3%B3rio+carlos+cavalcanti+de+albuquerque&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 5 mar. 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2002.

GALDINO, Valéria Silva. **Da destinação dos embriões excedentários**. Disponível em: <<http://www.protocolojuridico.com.br/site/artigos-a-articulas/valeria-silva-galdino/2853-da-destinacao-dos-embrioes-excedentarios>>. Acesso em: 29 jun. 2012.

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

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das Sucessões**. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1997.

GONET, Paulo Gustavo Branco e MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERREIRO, Carolina Silva. Embriões Fecundados *in vitro*: breves reflexões. **Revista Jurídica dos formandos em direito da UFBA**. Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, v. 6, n. IX, 1997-2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Sucessões**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.

MAURÍCIO, Ricardo Freire Soares. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOORE, Keith L. **Embriologia básica**. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2008.

MONTAL, Zélia Maria Cardoso. Vida humana: Abordagem sob o ponto de vista dos avanços científicos e da necessidade de adequação dos conceitos jurídicos tradicionais. *In*: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso. (Coords.). **Biodireito Constitucional**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p 39-58.

MONTENEGRO, Carlos Antonio Barbosa; REZENDE FILHO, Jorge de. Bases Morfológicas e funcionais do sistema genital. *In*: MONTENEGRO, Carlos Antônio Barbosa; REZENDE FILHO, Jorge de. (Coords.). **Obstetrícia**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

MOUTINHO, Sofia. **Criação e recriação**. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/especiais/premio-nobel-2012/criacao-e-recriacao>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.

NUNES, Rodolfo Acatuassú. **Início da vida Humana e prática médica**. Disponível em:< <http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69686>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

OLIVEIRA, Eduardo de Leite. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *In*: PEREIRA, Ricardo Lira; MARINHO JUNIOR, Marlan de Moraes. (Coords.). **Revista da Faculdade de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PAMPONET, Simone Silvano de Souza. O nascituro à luz do direito civil I. *In*: DUARTE, Geraldo; FONTES, José Américo Silva. (Coords.). **O Nascituro**: visão interdisciplinar. São Paulo: Atheneu, 2009, p. 257-268.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Direito das Sucessões**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RIBEIRO, Rafael Silva. **Conceito Médico-Jurídico de morte encefálica e possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos**. 2012. Monografia. (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade Baiana de Direito, Salvador.

RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil Direito das Sucessões**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SHUTZER, Linneu de Camargo Von Landgraf. Planejamento Familiar e as questões éticas na programação da prole. *In*: HALBE, Hans Wolfgang. (Coord.). **Tratado de ginecologia**. 3. ed. São Paulo: Roca, 2000.

SOUSA, Fernanda dos Santos. **Células-tronco embrionárias**. São Paulo: All Print, v.1, 2009.

SOUZA, Wesley de Andrade. A Tutela Jurídica do Nascituro e do Embrião Humano. **Revista IOB de direito de família**. São Paulo: Síntese, 2009, n. 54.

TOGNOTTI, Elvío. Infertilidade conjugal: conceitos e roteiro terapêutico. *In*: HALBE, Hans Wolfgang. (Coord.). **Tratado de ginecologia**. 3. ed. São Paulo: Roca, 2000.

VALENÇA, Carolina Ferraz. **Biodireito**: a proteção Jurídica do embrião *in vitro*. São Paulo: Verbatim, 2011.