

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA  
FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA**

**GABRIELA TODESCHINI GARCIA**

**OS EMBRIÕES EXCEDENTES NA FERTILIZAÇÃO IN VITRO NO BRASIL**

**CURITIBA  
2018**

**GABRIELA TODESCHINI GARCIA**

**OS EMBRIÕES EXCEDENTES NA FERTILIZAÇÃO IN VITRO NO BRASIL**

**Monografia apresentada como requisito parcial à  
obtenção do grau de Bacharel em Direito, do  
Centro Universitário Curitiba.**

**Orientadora: Prof<sup>ª</sup>. Msc. Camila Gil Marquez  
Bresolin**

**CURITIBA  
2018**

**GABRIELA TODESCHINI GARCIA**

**OS EMBRIÕES EXCEDENTES NA FERTILIZAÇÃO IN VITRO NO BRASIL**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito da Faculdade de Direito de Curitiba, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

De acordo:

---

Prof<sup>a</sup>. Msc. Camila Gil Marquez Bresolin  
Orientadora

---

Prof. Membro da Banca

Curitiba de de 2018.

A minha mãe, **MARIA TEREZA**,  
aos meus irmãos **THIAGO** e  
**GIOVANNA**,  
e ao meu namorado **RENATO**,  
razões de toda a minha caminhada.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar agradeço a Deus que me deu forças durante esta jornada.

Agradeço também, à minha família, ao meu namorado e aos meus amigos, por me sustentarem espiritualmente e me darem força, amor e, principalmente, paciência por todo esse tempo, amo vocês.

A minha querida professora orientadora, Camila Gil Marquez Bresolin, muito obrigada por toda a ajuda oferecida, por todo o incentivo e por toda a dedicação que tornou possível a conclusão deste trabalho da maneira que sempre sonhei. Obrigada também por me mostrar como é ser uma mulher de garra e força, capaz de alcançar qualquer objetivo, independentemente dos obstáculos que são colocados em nossos caminhos.

Por fim, agradeço a todos que, de alguma forma, contribuíram para a realização e conclusão deste trabalho.

“Existem apenas dois modos de viver a vida:  
Um é como se nada fosse milagre;  
O outro é como se tudo fosse um milagre  
Eu acredito no último.”

(ALBERT EINSTEIN)

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo principal demonstrar como ao decorrer dos anos, o conceito de filiação no Brasil foi modificado em decorrência da promulgação da Constituição Federal de 1988, abrindo espaço para a criação de novas formas de famílias, que podem se utilizar de técnicas de reprodução artificial para terem seus filhos, em função do princípio do livre planejamento familiar, obrigando os demais ordenamentos a se adaptarem as inovações. Dentro dessa nova espécie de reprodução, o presente trabalho concentra-se em estudar a modalidade da fertilização in vitro, visto que tal técnica é a que mais da origem aos embriões excedentários, fruto do presente trabalho. Pretende-se expor o cenário atual dos embriões excedentários, bem como mostrar que, a cada dia que passa, mesmo que de maneira sutil, os ordenamentos jurídicos brasileiros buscam entender e englobar tal assunto dentro de seus códexs, existindo, atualmente, além da Lei de Biossegurança e de uma Resolução do Conselho Federal de Medicina para tratar profundamente sobre o tema, alguns projetos de lei para serem analisados, dando maior visibilidade ao assunto dentro de nosso país.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	06
<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>2 FILIAÇÃO</b> .....	10
2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FILIAÇÃO NO BRASIL.....	10
2.1.1 O Princípio do Pluralismo Familiar .....	15
2.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO .....	17
2.2.1 Filiação Biológica .....	17
2.2.2 Filiação Socioafetiva .....	19
2.2.3 Filiação Assistida.....	20
2.2.3.1 Filiação assistida homóloga .....	21
2.2.3.2 Filiação assistida heteróloga .....	23
<b>3 INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA</b> .....	25
3.1 PERSONALIDADE X CAPACIDADE JURÍDICA.....	25
3.2 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	27
3.2.1 Teoria Natalista .....	27
3.2.2 Teoria da Personalidade Condicional.....	29
3.2.3 Teoria Concepcionista.....	30
3.3 INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	34
3.3.1 Aspectos Constitucionais .....	34
3.3.2 Aspectos Cíveis.....	35
<b>4 AS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA</b> .....	37
4.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL .....	37
4.2 DOAÇÃO DE ÓVULOS .....	38
4.3 FERTILIZAÇÃO IN VITRO .....	39
4.4 INJEÇÃO INTRACITOPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES .....	40
<b>5 O EMBRIÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO</b> .....	42
5.1 NO CÓDIGO CIVIL DE 1916 .....	42
5.2 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 .....	44
5.3 NO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	45
5.4 NA LEI DE BIOSSEGURANÇA.....	46
5.5 NA RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA SOB O Nº 2.168/17 .....	47
5.6 PROJETO DE LEI Nº 4.892, DE 2012 .....	50
<b>6 CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	56
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	58



## 1 INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, o conceito de filiação no Brasil mudou significativamente. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as diferenças acerca dos filhos, que eram considerados legítimos ou ilegítimos, por terem nascido ou não na constância um casamento, advindas do Código Civil de 1916, terminaram, trazendo a possibilidade do filho ser reconhecido não somente quando nasce dentro do matrimônio ou por ter vínculo sanguíneo com os pais, mas também poder obter o reconhecimento por meio do afeto, ampliando significativamente o conceito de filiação no território brasileiro.

Esta mudança ocorreu devido ao surgimento de princípios de imensa importância no âmbito do direito de família dentro da Constituição Federal de 1988, tais como o princípio do pluralismo familiar, inteiramente ligado ao princípio da afetividade, o da dignidade da pessoa humana e o da igualdade.

Apesar de tais princípios terem como objetivo cada vez mais proteger a família e, por consequência, os menores, ainda existe uma divergência acerca de quando ocorre o início da personalidade jurídica no Brasil, existindo três teorias muito fortes no ordenamento brasileiro, sendo essas a teoria natalista, baseada no Código Civil de 2002, a teoria da personalidade condicional, considerada como o “meio termo” entre a natalista e a concepcionista e, por fim, a teoria concepcionista, que busca reforçar seus ensinamentos com base na Constituição Federal de 1988.

A importância em saber quando ocorre o início da personalidade jurídica está inteiramente ligada com as novas técnicas de reprodução assistida que surgiram no decorrer dos anos e são cada vez mais comuns no dia a dia dos brasileiros. A técnica de fertilização in vitro acaba dando origem aos embriões excedentários e, para que estes sejam analisados no Brasil, é necessário discutir o momento em que seus direitos devem ser resguardados.

Ainda, o assunto principal do presente trabalho cada vez mais está aparecendo nos diplomas legais. Primeiramente, não havia previsão acerca dos embriões no Código Civil de 1916, porém, com a Constituição de 1988, o cenário começou a mudar, mesmo que timidamente. Com o advento do Código Civil de 2002, as técnicas de reprodução humana começaram a ser tratadas de forma mais específica, porém ainda não abordando de forma completa o tema, existindo, no

presente momento, apenas a Lei de Biossegurança, que trata em poucos artigos sobre o tema e uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que explica com maiores detalhes sobre as novas formas de reproduções humanas, bem como sobre os embriões resultantes destas técnicas, tanto os que serão implantados, como os que são chamados de excedentes, entretanto, tal Resolução não é considerada como lei.

Por fim, apesar de não haver uma lei específica tratando profundamente do assunto, projetos de leis estão sendo discutidos para legislar acerca das técnicas de reprodução assistida e os embriões que são originados devido a esta inovação da medicina, para que o direito e a medicina consigam caminhar juntos, dando a devida atenção aos possíveis destinos dos embriões frente aos princípios da Constituição Federal de 1988 e do entendimento do Código Civil de 2002.

## 2 FILIAÇÃO

### 2.1 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FILIAÇÃO NO BRASIL

O Código Civil de 1916 fazia severas distinções entre filhos legítimos e ilegítimos, no qual eram considerados legítimos apenas os filhos biológicos nascidos na constância do matrimônio, enquanto, por outro lado, todos os filhos que não eram concebidos em tal circunstância eram considerados ilegítimos, naturais ou espúrios – e, dentro desta, classificavam-se em adúlteros e incestuosos.

Os filhos legítimos eram protegidos pela presunção *pater is est quem nuptiae demonstrant* (é o pai aquele que o matrimônio indica como tal) e nasciam da relação de um casamento civil, gozando dos mais diversos direitos instituídos no Código Civil de 1916, simplesmente por ter nascido dentro do conceito de família instituído no código.

Por outro lado, os ilegítimos eram nascidos fora da relação matrimonial, sendo que os naturais eram frutos de casais que não obtinham nenhum impedimento para se casar, entretanto não haviam realizado o matrimônio. Nesses casos, o art. 353 do Código Civil de 1916<sup>1</sup> permitia que os filhos fossem legitimados caso os pais se casassem após o seu nascimento, sendo que, dessa forma, estes teriam os mesmos direitos dos filhos legítimos, conforme art. 352 do referido Código<sup>2</sup>.

Em contrapartida, havia os ilegítimos espúrios, nascidos de pais que não poderiam se casar em virtude de impedimento. Ainda, dentro dos espúrios, havia a subdivisão pelo tipo de impedimento, sendo o primeiro deles os adúlteros, que seriam os nascidos de pessoas impedidas de casar em virtude de casamento com terceiros, em conformidade com o art. 183, VI<sup>3</sup>, do Código Civil de 1916 e, caso o impedimento para o matrimônio procedesse de parentesco entre os pais, na linha reta até o infinito e na linha colateral até o terceiro grau, com base no art. 183, I a V<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho

<sup>2</sup> Art. 352. Os filhos legitimados são, em tudo, equiparados aos legítimos

<sup>3</sup> Art. 183. Não podem casar:

VI. As pessoas casadas

<sup>4</sup> Art. 183. Não podem casar:

I. Os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil.

do Código Civil de 1916, o nascido era chamado de incestuoso.<sup>5</sup> Em ambos, diferentemente do que ocorria com os chamados ilegítimos naturais, o filho não poderia ser reconhecido, como apresenta o art. 358<sup>6</sup> do código supracitado.

Em razão do não reconhecimento dos filhos considerados espúrios adulterinos e incestuosos por nenhum meio, o Código Civil de 1916 deixava de conceder a estes alguns direitos, tais como não permitir que estes ingressassem na sucessão hereditária ou pedissem alimentos, sendo que, apenas poderiam exercer tais direitos os legítimos ou legitimados. O autor Guilherme Calmon Nogueira da Gama explica tal fato nos seguintes termos:

Assim, apenas os filhos legítimos e os filhos naturais – estes quando fossem reconhecidos voluntariamente pelos pais, ou procedessem à investigação de paternidade/maternidade – poderiam manter relações jurídicas fundadas na parentalidade, ao passo que os filhos espúrios eram excluídos de qualquer proteção já que não poderiam sequer investigar a sua parentalidade. Os argumentos que se apresentavam para justificar a exclusão eram basicamente os mesmos: a necessidade de proteção da paz doméstica; a estabilidade dos casamentos; a tradição das famílias; a repressão aos escândalos que poderiam advir do estabelecimento dos vínculos de paternidade-maternidade-filiação<sup>7</sup>

Ao analisar parte da obra do autor, fica evidente que o Código Civil de 1916 não levava em conta o critério biológico dos filhos, mas tão somente o matrimônio, a ideia de “família ideal” construída ao longo dos anos no Brasil e no mundo.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o cenário da filiação no Brasil começou a mudar significativamente, trazendo uma revolução não apenas normativa, mas também uma revolução da mentalidade do povo brasileiro<sup>8</sup>.

A Carta Magna criou o Capítulo VII, do Título VIII, destinado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso, retirando de dentro de seus artigos a obrigação

---

II. Os afins em linha reta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo.

III. O adotante com o cônjuge do adotado e o adotado com o cônjuge do adotante.

IV. Os irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive.

V. O adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva.

<sup>5</sup> QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil** – Direito de família. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 212.

<sup>6</sup> Art. 358 Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos

<sup>7</sup> GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil**: família. São Paulo: Atlas, 2008. p. 333

<sup>8</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento. in **Jus Navigandi**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento/1>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

de realizar o matrimônio para que a construção de uma família fosse aceita pela lei, englobando, de outro lado, o aspecto do afeto, do princípio da pluralidade familiar, igualdade, dignidade, para que a criação de uma nova família fosse protegida pela Constituição Federal e, conseqüentemente, pelos demais ordenamentos jurídicos brasileiros, trazendo novas perspectivas ao conceito de filiação e do perfil da família constitucionalmente protegida, não apresentando um conceito concreto, por opção do legislador, porém aumentando a sua abrangência dentro do art. 226<sup>9</sup>, que englobou em seus parágrafos outras entidades familiares, que não fossem derivadas do matrimônio.<sup>10</sup>

Dentro das mudanças mais significativas trazidas pela Constituição Federal de 1988, estão os princípios da igualdade, bem como o da dignidade da pessoa humana, que, em conjunto, resultaram na exclusão expressa de distinção entre filhos havidos dentro ou fora do casamento ou ainda por meio da adoção em seu art. 227 § 6<sup>o11</sup>, caindo em desuso a diferenciação trazida pelo Código Civil de 1916 entre filhos legítimos, ilegítimos, naturais, espúrios, adulterinos e incestuosos.

A autora Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, aborda em seu artigo “Dos filhos havidos fora do casamento”, o entendimento acima exposto, explicando o motivo pelo qual caiu em desuso a diferenciação trazida pelo Código Civil de 1916 com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme veremos:

---

<sup>9</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

<sup>10</sup> NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 89

<sup>11</sup> Art. 227. 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, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 6º 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.

“Assim, a lei reconhece apenas duas categorias, ao sabor da análise do assunto filiação, isto é, aqueles que são filhos, e aqueles que não o são... De tal sorte que, em face da proibição constitucional no que concerne às designações discriminatórias, perde completamente o sentido, sob o prisma do Direito, os adjetivos legítimos, legitimados, ilegítimos, incestuosos, adulterinos, naturais, espúrios e adotivos.”<sup>12</sup>

Outra mudança trazida em virtude do art.227§ 6<sup>o13</sup>, da Constituição Federal de 1988, foi o poder de reconhecimento dos filhos concebidos fora da constância do casamento, seja voluntariamente ou por via judicial, por meio de ação pessoal, vitalícia, imprescritível, transmissível a herdeiros (em algumas hipóteses), e independentemente de qualquer situação, restrição ou dúvida, buscando por objeto a certeza da relação biológica<sup>14</sup>, além da proteção e do bem estar não somente da criança e do adolescente, mas de qualquer brasileiro, em qualquer idade, que queira incluir em seu registro o nome de seu filho, ou, até mesmo de seu pai.

Ainda, a Lei 8.560 de 1992, que traz a regulamentação acerca da investigação de paternidade, deixou evidente em seu art. 1<sup>o</sup>, caput <sup>15</sup>que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável, trazendo ainda, em seus parágrafos, as hipóteses em que poderá ser realizado.

Em seguida, no art. 5<sup>o16</sup>, baniu do registro de nascimento qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos com o mesmo prenome, ao lugar, cartório do casamento dos pais e ao estado civil dos mesmos, e em seu art. 6<sup>o</sup>, caput <sup>17</sup> proibiu que estejam presentes na certidão de nascimento indícios de que a concepção não ocorreu dentro do matrimônio e, por fim, em seu art. 10<sup>18</sup>, a referida lei revogou os artigos do Código Civil de 1916 que estavam em desacordo com a referida lei.

---

<sup>12</sup> HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento. *in Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento/1>>. Acesso em 14 jun. 2018

<sup>13</sup> § 6<sup>o</sup> 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.

<sup>14</sup> HIRONAKA, *op. cit.* p. 1.

<sup>15</sup> Art. 1<sup>o</sup> O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

<sup>16</sup> Art. 5<sup>o</sup> No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos, ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

<sup>17</sup> Art. 6<sup>o</sup> Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

<sup>18</sup> Art. 10. São revogados os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil e demais disposições em contrário.

Logo depois, com o advento da criação do Código Civil de 2002, seu artigo 1.596<sup>19</sup> reiterou a vedação de distinção entre filhos havidos ou não da relação matrimonial, além de possibilitar a relação de parentesco resultante de qualquer origem em seu art. 1593<sup>20</sup>, ressaltando, novamente, a proteção dos filhos, independentemente de sua origem advir do matrimônio ou não, com base no princípio da igualdade, da afetividade, da dignidade da pessoa humana e da pluralidade familiar.

Não obstante, é necessário destacar a Lei nº 8.069/90, conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que também enfatizou em seu art. 26<sup>21</sup> a igualdade do reconhecimento entre os filhos a qualquer tempo, além de resguardar em outros artigos o direito à vida, saúde e integridade das crianças e dos adolescentes, enfatizando mais uma vez as mudanças que iniciaram com a Constituição Federal de 1988 e percorreram pelas demais leis brasileiras.

Diante de todas as mudanças expostas durante o capítulo, trazidas em decorrência não somente da promulgação da Constituição Federal de 1988, mas também da evolução do pensamento dos brasileiros acerca da construção de uma família, respeitando as mais diversas relações existentes, todos os ramos do direito tiveram que se adequar, dando espaço para uma nova formulação de família no plano fático, que abrange não somente o vínculo sanguíneo ou o vínculo decorrente do nascimento da criança dentro do matrimônio de seus pais, mas o amor entre os mais diversos seres humanos, sem distinção, dando início a um dos princípios mais significativos dentro do direito de família, o princípio do pluralismo familiar.

---

<sup>19</sup> Art. 1.596, Código Civil. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

<sup>20</sup> Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem

<sup>21</sup> Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

### 2.1.1 O Princípio do Pluralismo Familiar

Antes de adentrar no princípio do pluralismo familiar e aos novos conceitos de família, é importante esclarecer que estes estão inteiramente ligados ao princípio da afetividade, pois o princípio do pluralismo tem como base para a criação de uma família a força do afeto. Maria Berenice Dias explica a importância do princípio da afetividade dentro do cenário de proteção de família na Constituição Federal:

A afetividade é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia em face de considerações de caráter patrimonial ou biológico.[...] Mesmo que a palavra afeto não esteja ligada no texto constitucional, a constituição enlaçou o afeto no âmbito de sua proteção.<sup>22</sup>

Após a devida explicação acerca da ligação entre os referidos princípios, podemos adentrar na mudança significativa do conceito de filiação ocorrida no Brasil após a Constituição Federal de 1988, pois é possível dizer que a Carta Magna adotou o princípio do pluralismo familiar ao reconhecer diversos tipos de entidades familiares em seu artigo 226<sup>23</sup>, formadas não apenas pelo matrimônio, como entendia o Código Civil de 1916, mas também as relações advindas do afeto, conforme percebe-se da leitura do referido artigo, que não conceitua o que é a família, mas acrescenta diversos incisos com outras modalidades desta, como união estável ou a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, por

---

<sup>22</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 49.

<sup>23</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.



exemplo, retirando a exclusividade da família somente matrimonial, conforme explica a autora Maria Berenice Dias:

Agora, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo.<sup>24</sup>

Com a quebra dos dogmas conservadores pela Constituição Federal de 1988, foi necessária uma mudança nas demais leis para se adaptarem no novo contexto abarcado pela Carta Magna e seus princípios, como no Código Civil de 2002 que modificou significativamente seus artigos referentes ao tema de família em virtude do novo conceito abrangido pela Constituição Federal, incluindo o princípio da afetividade e da pluralidade familiar, como no artigo 1.723, caput<sup>25</sup>, o qual trata acerca da união estável de forma muito parecida com a da Constituição Federal, em seu artigo 226 §3<sup>o26</sup>, reconhecendo-a como entidade familiar.

A mudança no ordenamento jurídico e na sociedade em si, em decorrência da aproximação da Constituição Federal de 1988 com o princípio do pluralismo familiar na sociedade contemporânea e na formação das famílias atuais é evidente, visto que família deixou de ser formada apenas com base no casamento entre um homem e uma mulher, abrindo espaço para as famílias atuais, como famílias homoafetivas e monoparentais, pluralizando o conceito de famílias.<sup>27</sup>

Apesar de não existirem mais as distinções entre os filhos de qualquer forma, devido à promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe os princípios acima explicados, ampliando o conceito de filiação, estudaremos a seguir algumas espécies de filiação encontradas no Brasil atualmente, para uma melhor compreensão do tema na atualidade.

---

<sup>24</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 42

<sup>25</sup> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

<sup>26</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

<sup>27</sup> SANTOS, Barbara Nogueira Maciel dos. **O Pluralismo Familiar e os Novos Paradigmas do Afeto**. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/58751/o-pluralismo-familiar-e-os-novos-paradigmas-do-afeto#\\_ftn3](https://jus.com.br/artigos/58751/o-pluralismo-familiar-e-os-novos-paradigmas-do-afeto#_ftn3)>. Acesso em 16 jun. 2018.

## 2.2 ESPÉCIES DE FILIAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 proibiu qualquer distinção entre os filhos de qualquer espécie, que pudesse acarretar em discriminação, portanto, ao tratarmos das espécies de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, deve-se ressaltar que tal divisão serve apenas para fins de estudo, para uma melhor compreensão do tema e das novas formas de filiação na realidade das famílias brasileira.

### 2.2.1 Filiação Biológica

A filiação biológica é aquela decorrente do vínculo consanguíneo e foi utilizada durante muitos anos no ordenamento jurídico brasileiro como o único critério para definir a filiação, como por exemplo no Código Civil de 1916, em que os filhos eram divididos como legítimos ou ilegítimos, por terem nascido dentro da relação matrimonial ou fora desta e, por consequência de tal distinção, os filhos que não nasceram dentro do casamento, não obtinham todos os seus direitos protegidos ou reconhecidos simplesmente por não terem nascido dentro das normas impostas pelo referido código, conforme já tratado no capítulo anterior.

Nos dias atuais, devido a mudança no paradigma de família e, conseqüentemente, de filiação, decorrente da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe como uma de suas principais alterações a instituição do princípio do pluralismo familiar, da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da afetividade, esta espécie de filiação não é mais única e exclusiva de homem e mulher, casados, que realizam a concepção do filho no decorrer de seu matrimônio, caindo em desuso toda a distinção trazida pelo Código Civil de 1916 e sequer citada pelo Código Civil de 2002, tendo em vista que toda a legislação precisou se adequar a Constituição Federal de 1988.

Inclusive, a simples realização de um exame de DNA é suficiente para comprovar tal espécie de filiação, independentemente da relação entre os pais da criança, não sendo mais necessário o matrimônio para que seja garantido os direitos do filho biológico, sendo levado em conta apenas o vínculo sanguíneo da criança com seus genitores, conforme preceitua o autor Juraci Costa, na Revista Jurídica-FURB:

A paternidade biológica está relacionada à consanguinidade, demonstrada sua autenticidade através de exames de engenharia genética (DNA), ela pode ser decorrente de casamento ou união estável ou até mesmo de relações paralelas a estes; ou também em decorrência do pai ou mãe biológico na família monoparental.<sup>28</sup>

Portanto, atualmente, segundo tal espécie de filiação, pouco importa se a pessoa é fruto de um casamento, de uma união estável, ou de qualquer outro tipo de relação, o que importa é apenas identificar por meio da consanguinidade a paternidade biológica deste indivíduo.

Entretanto, apesar da filiação biológica não ser mais a única espécie de filiação no ordenamento jurídico brasileiro em decorrência dos novos princípios trazidos pela Constituição Federal de 1988, conforme já explicado, isto não significa que a Filiação Biológica deixou de existir ou até mesmo que perdeu a sua importância, pelo contrário. Inclusive, com os avanços da tecnologia no cenário mundial, o exame de DNA pode comprovar de maneira rápida e eficaz o vínculo consanguíneo entre a pessoa e seus possíveis pais, facilitando o reconhecimento e a comprovação desta espécie de filiação brasileira.

Ocorre que, apesar de sua existência e importância no cenário brasileiro, tal espécie deixou de ser tratada como absoluta devido ao reconhecimento constitucional da família afetiva, que começou a exercer um papel muito relevante na sociedade brasileira, mostrando que a paternidade biológica não é superior à paternidade afetiva, podendo até mesmo se sobressair a esta em muitos casos, devendo, portanto, ambas as espécies serem reconhecidas e respeitadas pela sociedade, tendo em vista que, quanto mais o tempo passa, mais aumentam as formas de famílias fundadas no afeto.

---

<sup>28</sup> COSTA, Juraci. A paternidade socioafetiva. *in* **Revista Jurídica - FURB**, v.13, nº26, 2009. p. 131.

### 2.2.2 Filiação Socioafetiva

Diferentemente da filiação biológica, a filiação socioafetiva não está relacionada ao vínculo consanguíneo, ao nascimento, mas ao vínculo afetivo criado entre o pai e o seu filho, que ama a criança e se propõe a assumir para si os deveres de guarda, por mera opção, conforme explica Juraci Costa:

Ao passo que a paternidade socioafetiva é demonstrada através do vínculo afetivo “pai do coração”, o verdadeiro pai é aquele que ama independente de consanguinidade, é aquele que cria o filho por mera opção, assumindo para si os deveres de guarda, cuidado, educação e proteção.<sup>29</sup>

O vínculo criado entre a criança e seus “pais de coração” é tão estável quanto o vínculo criado por meio do critério biológico, inclusive, a filiação socioafetiva pode se sobressair à filiação biológica.

Tal instituto é devidamente permitido dentro do Código Civil de 2002, em seu art. 1.593<sup>30</sup>, devido ao termo utilizado no final do artigo, em que permite não apenas o parentesco advindo da consanguinidade, mas também de outra origem, sendo, neste caso, de origem afetiva, derivado do princípio da afetividade e do pluralismo familiar trazidos pela Constituição Federal de 1988.

Para que ocorra esta espécie de filiação, é necessário cumprir três requisitos, primeiramente deve ocorrer a atribuição do nome do pai ao seu filho, logo em seguida, o tratamento entre o pai e o filho deve ser de amor, carinho, respeito, cuidado, tudo que certamente um pai estaria disposto a realizar pelo seu filho e, por fim, o filho deve ser reconhecido pela sociedade como pertencente aquela família.<sup>31</sup>

Portando, é evidente a diferenciação entre a espécie biológica, derivada da consanguinidade para com a espécie socioafetiva, que decorre do amor dos filhos com seus chamados “pais de coração”.

---

<sup>29</sup> COSTA, Juraci. A paternidade socioafetiva. in **Revista Jurídica - FURB**, v.13, nº26, 2009. p. 131

<sup>30</sup> Art. 1.593. O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem.

<sup>31</sup> COSTA, op. cit., p. 131.

Ainda, em razão das inovações que trouxe a Constituição Federal de 1988, que deu legitimidade para a espécie socioafetiva, esta também viabilizou a entrada de uma nova forma de espécie que cresce cada dia mais em razão das tecnologias avançadas em nosso país, a filiação assistida, trazida devido ao princípio do livre planejamento familiar.

### 2.2.3 Filiação Assistida

A Constituição Federal, ao trazer o princípio do livre planejamento familiar em seu art. art. 226 § 7º da CF, trouxe a possibilidade dos casais terem seus filhos não só pelo método natural, mas também pelo método artificial, como na filiação assistida, como afirma a autora Ana Cláudia Brandão de Barros Correia:

Assim como a contracepção, a concepção, seja natural ou artificial, encontra-se inserido no direito ao planejamento familiar, do qual todas as famílias podem se valer<sup>32</sup>

Entretanto, apesar do livre planejamento das famílias, é importante saber que a resolução nº 2168/17 do Conselho Federal de Medicina, apesar de não ser considerada como lei, traz limites ao planejamento dentro da filiação assistida, vedando, por exemplo, em seu art. 5º<sup>33</sup>, dentro da cessão dos Princípios Gerais, que o casal venha, por meio deste tipo de filiação selecionar o sexo da criança ou qualquer outra característica do filho, salvo no caso de doenças no possível descendente.

Nos casos de filiação assistida, temos a subdivisão entre a assistida homóloga e a assistida heteróloga. Em ambas há expressamente a vontade do casal em ter um filho, o que ocorre é a ajuda da ciência para concretizar esta vontade, tendo em vista que a maioria dos casais que buscam tal técnica não conseguem

---

<sup>32</sup> FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Juruá, 2009. p. 157

<sup>33</sup> 5. As técnicas de RA não podem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo (presença ou ausência de cromossomo Y) ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto para evitar doenças no possível descendente

engravidar de maneira natural, como explica a resolução nº 2168/17 em seu art. I, inciso 1º<sup>34</sup>, tal técnica foi criada visando facilitar o processo de procriação.

O Código Civil de 2002, em seu art. 1.597, III, IV e V<sup>35</sup>, reconheceu a presunção de paternidade decorrente de fecundação artificial homóloga e heteróloga, inclusive, trouxe no mesmo artigo, a proteção desta presunção para os embriões excedentários na fecundação homóloga a qualquer tempo. Estas hipóteses de filiação geram o parentesco civil e já se mostram baseada em métodos substitutos da reprodução natural, o que caracteriza uma evolução no sistema legal.

### 2.2.3.1 Filiação assistida homóloga

A concepção assistida homóloga ocorre quando o casal que opta por realizar a técnica da reprodução assistida, escolhe fazer a manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal fora do corpo da mulher, ou seja, nesta técnica de reprodução a fecundação é realizada *in vitro*, fora do corpo da mulher, e, assim que ocorre a formação do óvulo, este é implantado na moça para que seja realizada a sua gestação.<sup>36</sup>

Devido ao vínculo genético existente, pois na reprodução homóloga mistura-se o material genético dos próprios pais, não é necessária a autorização do marido para que a criança seja presumida como seu filho, tendo em vista que, apesar do filho ter sido gerado fora do corpo da mulher, ele possui o vínculo sanguíneo com seus pais.

Neste caso, é solicitado apenas um documento que demonstre que tal procedimento está sendo realizado pela livre vontade de ambas as partes do processo de fertilização, conforme apresenta o art. I, inciso 4 da Resolução nº

---

<sup>34</sup>As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação

<sup>35</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

<sup>36</sup>BÔAS, Renata Malta Vilas. **Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro**: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf)> Acesso em: 03 set. 2018, p. 3.

2168/1737<sup>38</sup> e, caso tal documento não seja devidamente feito, pode não ocorrer a aplicação de presunção de paternidade prevista no Código Civil.

Entretanto, caso o referido documento seja realizado, o próprio Código Civil, em seu art. 1.597, III<sup>39</sup>, deixa expresso a presunção de paternidade, inclusive, no caso da realização da técnica após a morte do marido, que continuará sendo considerado pai em decorrência de sua genética, caso tenha deixado expresso seu desejo de ter o filho caso viesse a faltar algum dia, conforme explica o art. V, inciso 3<sup>40</sup>, da Resolução nº 2168/17.

Ainda, o Código prevê em seu art. 1597, IV, <sup>41</sup>proteção aos embriões excedentários decorrentes de fecundação homóloga à qualquer tempo, novamente fundando-se na genética que o embrião possui com seu pai, caso tenha cumprido o mesmo requisito acima citado, manifestando sua vontade de ter o filho mesmo caso viesse a faltar, com base no mesmo art. V, inciso 3, da Resolução nº 2168/17.<sup>42</sup>

As disposições acima expostas não se aplicam da mesma forma para a filiação assistida heteróloga, pois, diferentemente da filiação assistida homóloga, a primeira utiliza-se do material genético de um terceiro para tornar possível a vontade do casal em ter a sua filha, mudando significativamente alguns pontos em comparação à segunda, conforme será demonstrado abaixo.

---

<sup>37</sup> 4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.

<sup>38</sup> I - PRINCÍPIOS GERAIS

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta.

<sup>39</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

<sup>40</sup> 3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

<sup>41</sup> IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

<sup>42</sup> V - CRIOPRESERVAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

3. No momento da criopreservação, os pacientes devem manifestar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.

### 2.2.3.2 Filiação assistida heteróloga

A fecundação assistida heteróloga é um meio de reprodução artificial em que há a doação por terceiro anônimo de material biológico ou quando ocorre a doação de embrião por um casal anônimo. Ou seja, pode ser feita ou de maneira unilateral, quando se utiliza o material genético de apenas um doador ou bilateral, quando há material genético de dois doadores ou quando ocorre a doação de um embrião<sup>43</sup>. Portanto, a presunção de paternidade na reprodução heteróloga é criada por meio da afetividade.

Por não haver uma relação advinda do vínculo sanguíneo do pai (ou dos pais) com o seu futuro filho, presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos de inseminação heteróloga quando há prévia autorização do marido, ou seja, este deve concordar com esta forma de reprodução para que possa ocorrer a realização do procedimento, tendo em vista que, por presunção legal, se estabelecerá o vínculo de parentalidade e, por conseguinte, o de filiação no momento do nascimento da criança, conforme prevê art. 1597, V, Código Civil<sup>44</sup>.

Nessa técnica, para a criança que irá nascer ser presumida como filho, o consentimento livre e espontâneo do marido deve ser prévio, devendo ser preenchido o formulário previsto no art. I, inciso 4 da Resolução 2168/17<sup>45</sup>, pois, visando proteger o interesse do menor, não há possibilidade de retratação do desejo de ser pai após o início do processo de implantação do embrião no útero materno, devido a presunção *juris et de jure da paternidade*, que significa de “direito e por direito”, ou seja, a partir do momento que o marido consente com a reprodução, esta não poderá ser impugnada, criando o vínculo da paternidade não pela genética, mas

---

<sup>43</sup> COUTO, Cléber. **Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentalidade Programada e Coparentalidade**. A ciência como instrumento de felicidade da família. Disponível em: <<https://professorclebercouth.com.br/artigos/211560163/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

<sup>44</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

<sup>45</sup> 4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.



pelo amor.<sup>46</sup>

Na técnica de reprodução assistida heteróloga, não há previsão acerca da possibilidade da presunção de paternidade após a morte do marido, nem pela Resolução nº 2.168/17 do Conselho Federal de Medicina nem pelo Código Civil de 2002.

Ocorre que, apesar de haver a previsão da proteção do ser humano, a presunção de paternidade dos filhos concebidos e a garantia das mais diversas formas de filiação no ordenamento jurídico brasileiro, após a chegada da Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo os diversos princípios tratados durante este capítulo, tais como o princípio do pluralismo familiar, o princípio da dignidade humana, o princípio da afetividade e o princípio da igualdade, ainda existe divergência na doutrina acerca do início da personalidade jurídica do ser humano, ou seja, em qual momento o ser começa a obter os seus direitos básicos e, até mesmo, se em algum momento irá obter seus direitos, devido à divergência dos princípios arrolados na Constituição Federal e no artigo 2º do Código Civil de 2002, conforme será explicado no próximo tópico.

---

<sup>46</sup> JUSTO, Gabriela. **Direito à identidade genética x direito de intimidade do doador de gametas.** A necessidade de ponderação ante a colisão de direitos de personalidade. Disponível em: <<https://gabrielajusto.jusbrasil.com.br/artigos/347451794/direito-a-identidade-genetica-x-direito-de-intimidade-do-doador-de-gametas>>. Acesso em: 04 set. 2018.

### 3 INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

#### 3.1 PERSONALIDADE X CAPACIDADE JURÍDICA

Primeiramente, é importante esclarecer que a personalidade jurídica e a capacidade jurídica são dois temas diferentes para o direito brasileiro e trazem consequências jurídicas diversas. É importante realizar a diferenciação destes dois temas para podermos apresentar as teorias relacionadas ao início da personalidade jurídica no Brasil e explicar no que isso altera a proteção do embrião no cenário jurídico brasileiro.

Em relação a personalidade jurídica, esta pode ser definida como a aptidão reconhecida dentro de um ordenamento jurídico para a pessoa exercer direitos e contrair obrigações<sup>47</sup>, sendo um pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. Portanto, a personalidade jurídica é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.<sup>48</sup>

Caio Mário da Silva Pereira explica tal instituto da seguinte forma:

A ideia de personalidade está intimamente ligada à de pessoa, pois exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e obrigações (...) Hoje o direito reconhece os atributos da personalidade com um sentido de universalidade, e o Código o exprime, afirmando que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. + 1º).<sup>49</sup>

Por outro lado, a capacidade jurídica é considerada um elemento da personalidade jurídica e é dividido pela doutrina como capacidade de fato -ou de exercício- e capacidade de direito -ou de gozo, podendo ser limitada, conforme explica veremos abaixo:

---

<sup>47</sup> ALMEIDA, Silmara J.A Chinellato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 127.

<sup>48</sup> COELHO, Demerson. **Personalidade e Capacidade Jurídica**. Disponível em: <<https://demersoncoelho.jusbrasil.com.br/artigos/511519234/personalidade-e-capacidade-juridica>>. Acesso em: 03 set. 2018.

<sup>49</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 213.

Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um quantum. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa.<sup>50</sup>

Em relação a capacidade de direito (ou de gozo), esta é inegável ao ser humano, enquanto pessoa, bastando apenas o nascimento com vida para que faça parte deste. Por outro lado, a capacidade de fato (ou de exercício) é a aptidão para adquirir direitos e exercer-los por si ou, em alguns casos, por outrem<sup>51</sup>, podendo ser concedidos parcialmente, no caso dos relativamente incapazes, que estão arrolados no art. 4º do Código Civil de 2002<sup>52</sup>, ou até mesmo pode não ser concedida para a pessoa, no caso dos totalmente incapazes, que estão arrolados no art. 3º do Código Civil de 2002<sup>53</sup> e que, atualmente, devido à mudança da legislação, são apenas considerados totalmente incapazes os menores de 16 anos.

Diferentemente do que ocorre no caso da capacidade jurídica, em que não há grandes divergências na doutrina acerca da capacidade de fato e de direito, ao tratar acerca do início da personalidade jurídica no Brasil, a doutrina brasileira diverge, dividindo-se em vários grupos, não havendo um consenso quanto à quantidade de teorias existentes acerca do referido tema, tampouco sobre seu conteúdo, sendo necessário, portanto, abordar as teorias mais conhecidas e debatidas na doutrina jurídica brasileira, sendo estas a teoria natalista, que se fundamenta no Código Civil para dar base em sua teoria, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista, que usa como base a Constituição Federal de 1988 e os princípios trazidos com esta, anteriormente abordados no presente trabalho.

Tais teorias serão abordadas a seguir, para uma melhor compreensão do tema, lembrando que estas não são as únicas teorias existentes dentro da doutrina jurídica, além de não haver um consenso entre os doutrinadores acerca de seu conteúdo.

---

<sup>50</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto / (Coord.), Pedro Lenza. **Direito Civil Esquematizado**: Parte Geral, p. 97-98

<sup>51</sup> ALMEIDA, Silmara J.A Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 128.

<sup>52</sup> Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.

<sup>53</sup> Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

## 3.2 TEORIAS ACERCA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, caput<sup>54</sup>, prevê o direito à vida como um direito primordial, entretanto, esta não especifica em que momento ocorre o início da vida, deixando para as normas infraconstitucionais legislarem sobre o assunto, abrindo margem para diversas correntes e posicionamentos acerca do tema.

Em decorrência disso, no Brasil existem diversas teorias jurídicas que discorrem sobre o início da vida, entretanto, algumas delas, tais como a teoria natalista, que se baseia no Código Civil, a da personalidade condicional, considerada como o meio termo entre a corrente natalista e a concepcionista e a concepcionista, que fundamenta sua teoria na Constituição Federal, são correntes fundamentais identificadas na doutrina brasileira<sup>55</sup>, portanto, serão analisadas separadamente para a melhor compreensão do tema.

### 3.2.1 Teoria Natalista

A teoria Natalista defende que a personalidade jurídica só inicia após o nascimento com vida, atribuindo, portanto, apenas uma expectativa de direitos ao nascituro, mas não a sua personalidade.

Tal teoria toma como base o art. 2º do Código Civil de 2002<sup>56</sup>, que dispõe que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, entretanto, a lei garante direitos ao nascituro desde a sua concepção.

Um dos principais seguidores da teoria natalista é o autor Silvio Rodrigues, que explica acerca dos “direitos do nascituro” da seguinte forma:

---

<sup>54</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade(...).

<sup>55</sup> ALMEIDA, Silmara J.A Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 145.

<sup>56</sup> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.<sup>57</sup>

Na mesma linha de pensamentos, Eduardo Espíndola acredita que, como o ser que está na barriga ainda não foi separado do ventre materno, este ainda não possui existência própria, dependendo de sua mãe para a sua sobrevivência e existência, portanto, também não possui personalidade, entretanto, por “benignidade da lei”, esta assegura alguns de seus direitos como se já estivesse vivo.<sup>58</sup>

Segundo esta doutrina, o nascituro passa a ser concebido como pessoa no momento do nascimento, antes disso, este não pode ser considerado como se já estivesse existindo. A importância de conceber o nascituro como sujeito de direitos somente quando se transforma em nascido, reside no fato de que, se o feto não nasce com vida a eventual relação de direito não é concretizada, não há, conseqüentemente nenhuma aquisição ou transmissão de direito.

Entretanto, tal teoria não deixa o nascituro desamparado no ordenamento jurídico brasileiro, mas confere uma condição especial ao tratamento de seus direitos, senão vejamos:

Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem a proteção legal de seus direitos desde a concepção. (...) Esses direitos outorgados ao nascituro ficam sob condição suspensiva, isto é, ganharão forma se houver nascimento com vida (...).<sup>59</sup>

Importante frisar que, na teoria natalista, apesar do tratamento especial conferido ao nascituro, este não possui personalidade jurídica, apenas sendo conferido tal instituto caso ocorra o seu nascimento com vida.

Em relação ao nascimento, tem-se que este se opera quando há a separação do feto do ventre materno, ou de modo natural ou de modo artificial, antes que ocorra tal separação, considera-se o feto como parte do corpo da gestante, não

---

<sup>57</sup> RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.36.

<sup>58</sup> ALMEIDA, Silmara J.A Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.148

<sup>59</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 135.

possuindo, como já dito anteriormente, a personalidade jurídica. Ainda, entende-se por nascimento com vida o bebê que nasce e respira, mesmo que logo após venha a falecer.

### 3.2.2 Teoria da Personalidade Condicional

A teoria da personalidade condicional defende que a legislação brasileira garante aos concebidos a possibilidade de adquirirem direitos ainda no ventre de suas mães, entretanto, tais direitos só serão adquiridos caso ocorra o nascimento com vida, e, como consequência, quando estes já não estão mais no ventre materno.

Com isso, extrai-se que tal teoria pode ser considerada como um “meio termo” entre a teoria natalista e a teoria concepcionista, uma vez que boa parte dos autores que defendem tal teoria afirmam que é dado ao nascituro a personalidade jurídica, entretanto, condiciona tais direitos ao nascimento com vida.

Esta teoria possui algumas divergências entre seus principais seguidores, pois, ao passo que Rubens Limongi França e Gastão Grósse Saraiva defendem que apesar da teoria condicional lhes parecer mais certa, acreditam ser um erro crer que a personalidade jurídica só existirá depois de cumprida a condição do nascimento, pois afirma que a personalidade existe desde a concepção.<sup>60</sup>, sendo considerada apenas como uma condição suspensiva o nascimento com vida.

Por outro lado, Miguel de Serpa Lopes segue a linha de pensamento de Washington de Barros Monteiro, que explica que o nascituro é homem *in spem*, uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação, que a lei não pode e não deve ignorar, e, em razão disso, deve ter seus direitos resguardados, porém condicionados ao nascimento com vida, defendendo, portanto que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida, e que seus direitos devem ser resguardados desde a concepção, conforme explica em seu livro:

---

<sup>60</sup> FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 143.

Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil da pessoa, põe a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro(...) Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.<sup>61</sup>

Portanto, denota-se a existência de divergências dentro desta doutrina, pois parte dela, como R. Limongi França e Gastão Grósse Saraiva, acreditam que tem-se no nascimento com vida o momento de aquisição da capacidade jurídica, sustentando a existência de personalidade jurídica desde a concepção, sendo o nascimento com vida uma condição suspensiva, ao passo que o outro lado da doutrina aceita que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida, com direitos resguardados desde a concepção, como Whashington de Barros Monteiro e Miguel de Serpa Lopes.

### 3.2.3 Teoria Concepcionista

A teoria concepcionista defende que o início da personalidade se dá no momento da concepção, sem considera-la condicional, pois, segundo os doutrinadores de tal teoria, como Alexandre de Moraes, Silmara J.A Chinelato Almeida e Maria Helena Diniz o nascituro é pessoa, parte distinta do corpo materno, e como tal, é detentor de personalidade jurídica desde o momento de sua concepção.

O autor Alexandre de Moraes, em sua obra *Direito Constitucional*, se posiciona favorável à teoria concepcionista, com base no critério biológico e constitucional, dispondo o seguinte:

---

<sup>61</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.p 66.

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biológico, cabendo ao jurista, tão-somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina.<sup>62</sup>

Além do embasamento constitucional, trazidos principalmente pelo direito à vida previsto no art.5º, que protege a vida de forma geral, inclusive uterina, tal teoria também é explicada com base na genética do embrião que está na barriga da mãe, entretanto possui sua genética própria e distinta, conforme explicação acima exposta de Alexandre de Moraes, que busca comprovar que o nascituro não é mera parte do corpo materno, como acredita a teoria natalista e a teoria da personalidade condicional, mas sim uma pessoa, já na aceção jurídica desde a sua nidação. Assim também é o entendimento de Silmara J.A Chinelato e Almeida, que sustenta que *"o nascituro, sob o prisma biológico, é uma pessoa distinta da mãe, não constituindo parte de seu corpo"*.<sup>63</sup>

Outro argumento trazido pelos autores que defendem a teoria concepcionista, tais como Silmara J.A Chinelato Almeida e Maria Helena Diniz, é a punição do aborto como forma de proteção ao nascituro, que não depende do nascimento com vida, pelo contrário, tal proteção é dada anteriormente ao implemento desta condição, provando, segundo a autora, que a legislação penal atribui ao nascituro direitos absolutos, assim como outros códexs brasileiros, que defendem o direito à vida, direito à integridade física, entre outros, devidamente previstos na Constituição Federal de 1988.

Assim é descrito na obra de Almeida:

---

<sup>62</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.31.

<sup>63</sup> ALMEIDA, Silmara J.A Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.163.



Demonstra o acerto dessa conclusão o fato de que o aborto sempre foi punido, como regra, bem como o fato de que a legislação de outrora e da atualidade, por nós examinada, sempre reconheceu direitos ao nascituro, os quais nem sempre dependeram – como não dependem – do nascimento com vida, como o próprio direito à vida, à integridade física, no qual se compreende o direito à saúde – direitos absolutos *erga omnes*.<sup>64</sup>

Ainda, além da proteção contra o aborto, a curatela, a representação, o direito a alimentos antes mesmo de ocorrer o nascimento com vida da criança, a fim de garantir a qualidade de vida da mãe e do bebê estão presentes diariamente não só na vida das pessoas, mas também na área jurídica.

A doutrinadora Silmara J. A Chinellato ainda explica em seu livro outro tema já tratado no presente trabalho e que se refere a diferenciação entre capacidade jurídica e personalidade jurídica, senão vejamos:

Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe.  
(...)  
Nenhum homem é capaz de todos os direitos e de todas as obrigações reconhecidas pelo sistema jurídico. A personalidade é um valor. A capacidade é um *quantum*, a *medida da personalidade*.  
Por isso, a limitada capacidade de direito do nascituro não lhe tira a personalidade. (...) <sup>65</sup>.

Assim, o que se defende em tal teoria, segundo os autores já expostos, é que ao nascituro é conferida personalidade jurídica, desde a concepção, no entanto, tem uma capacidade jurídica limitada, pois esta é passível de quantificação e aquela, no entanto, existe integralmente ou inexistente. Posto isto, a personalidade jurídica para a teoria concepcionista começa com a concepção.

Posição semelhante tem Maria Helena Diniz, tendo em vista que esta explica ser possível afirmar que no tocante da vida intrauterina, existe o nascituro, enquanto quando mencionamos a vida extrauterina encontra-se o embrião, que possui personalidade jurídica formal é observado os direitos de personalidade, visto ter a pessoa carga genética diferenciada desde a concepção, não importando se esta foi concebida *in vitro* ou *in vivo*, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais que permaneciam em estado potencial, somente

---

<sup>64</sup> ALMEIDA, 2002. p.165.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 69.

com o nascimento com vida, como ocorre no art. 1.800, § 3º, do Código Civil Brasileiro.<sup>66</sup>

Ainda, Maria Helena Diniz entende que:

Embora a vida se inicie com a fecundação, e a vida viável com a gravidez, que se dá com a nidação, entendemos que na verdade o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher.

(...)

Com isso, parece-nos que a razão está com a teoria concepcionista, uma vez que o Código Civil resguarda desde a concepção os direitos do nascituro e além disso, no art. 1.597, IV, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embrião excedente, decorrente de concepção artificial heteróloga.<sup>67</sup>

Assim, a autora Maria Helena Diniz produz uma inovação nos estudos ao mencionar o conceito de personalidade jurídica formal e personalidade jurídica material, sendo o primeiro referente aos direitos da personalidade enquanto o segundo é relacionado com os direitos patrimoniais. Os direitos da personalidade, segundo o entendimento da autora, são atribuídos desde a concepção, já os direitos patrimoniais, só serão titularizados quando ocorrer o nascimento com vida.

Portanto, no contexto delineado por esta teoria, os autores mencionados durante o capítulo entendem que a personalidade jurídica é adquirida no momento da concepção, atribuindo-lhes os direitos da personalidade, com base no critério biológico e constitucional, enquanto a capacidade jurídica é limitada até o nascimento com vida.

---

<sup>66</sup> Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

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

<sup>67</sup> DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 5 e 6.

### 3.3 INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### 3.3.1 Aspectos Constitucionais

Parte da doutrina acima supracitada sustenta que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, no tocante ao direito à vida, protege a vida do nascituro, desde a concepção.

Assim, encontra-se albergada no Texto Constitucional a proteção à vida, o direito à vida, traduzindo-se no dever do Estado de garantir a vida ao cidadão. Nas palavras de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência.<sup>68</sup>

Muito embora a Carta Magna não se refira expressamente em seus textos ao nascituro, Alexandre de Moraes, conforme exposto quando foi estudada a teoria concepcionista, defende o início da personalidade jurídica com a concepção, buscando o amparo constitucional em seu artigo 5º, pois de acordo com seus ensinamentos, esta proteção se estende à vida uterina.

Desta forma, conclui-se que *“a Constituição Federal, interpretada sistematicamente, protege a vida desde a concepção, com reflexos na legislação ordinária civil, que reconhece direitos ao nascituro a partir desse momento”*.<sup>69</sup> Da análise do trecho reproduzido, resta claro que os defensores desta posição são os adeptos da teoria concepcionista, para os demais, o nascituro não tem proteção constitucional.

---

<sup>68</sup> MORAES, 2007, p. 31.

<sup>69</sup> ALMEIDA, 2002, p.248.

### 3.3.2 Aspectos Civil

Ao realizar a simples leitura do art. 2º do Código Civil<sup>70</sup>, percebe-se que o início da personalidade jurídica se opera no momento do nascimento com vida, ou seja, no momento em que o bebê nasce e respira pela primeira vez, mesmo que venha a falecer logo em seguida.

Não é outro o entendimento posto por Maria Helena Diniz, na obra Novo Código Civil Comentado, que não o de que a personalidade jurídica, segundo o Código Civil de 2002, tem início com o nascimento com vida, bastando para que reste caracterizado a respiração, mesmo que tenha vivido por apenas um segundo, no entanto, frisa que a lei põe os direitos do nascituro a salvo, assim como preceituado no artigo supracitado, senão vejamos:

O Código Civil, no artigo *sub examine*, não contemplou os requisitos da viabilidade, ou seja, permanência da vida do recém-nascido, e a forma humana para o início da personalidade natural, afirmando que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha a falecer instantes depois. Basta a viabilidade, pois, 'o nascimento com vida torna, na mesma ocasião, o ente humano sujeito de direito e, em consequência, transforma em direitos subjetivos as expectativas de direito que lhe tinham sido atribuídas na fase da concepção. Para que um ente seja pessoa e adquira personalidade jurídica, será suficiente que tenha vivido por um segundo.<sup>71</sup>

Perante todo o estudado até o momento conclui-se que a personalidade jurídica, na sistemática do Código Civil de 2002, tem como marco inicial o nascimento com vida, o bebê que nasce e faz com que o ar entre em seus pulmões, mesmo que logo em seguida venha a falecer, pois, diante de seu nascimento, conquista direitos e pode repassá-los.

Posteriormente a análise de todas as questões doutrinárias suscitadas, conclui-se que o Código Civil, em seu art. 2º, definiu como momento para o início da personalidade jurídica, o nascimento da criança com vida, resguardando, porém, os direitos do nascituro desde a sua concepção, tais quais o direito à vida, ao não ser

---

<sup>70</sup> Art. 2º. *A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*

<sup>71</sup> FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7.

permitido o aborto salvo nos casos expressos em lei, ou o direito a indenização por danos morais.

Ou seja, diante da redação do artigo 2º do Código Civil de 2002, que explica que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com a vida, mas que a lei protege o nascituro desde a sua concepção, fica evidenciado que este buscou adotar a teoria natalista em sua integralidade, ao dizer que a personalidade inicia com o nascimento com vida, ou seja, com a entrada de ar nos pulmões, entretanto, a lei protege o nascituro desde que é concebido, apesar deste não possuir sua personalidade civil conquistada até então.

Com o avanço da medicina no passar dos anos, a importância de definir em que momento inicia a personalidade jurídica aumentou, isto porque novas técnicas de reprodução humana estão sendo desenvolvidas, tais como o método de fertilização in vitro e inseminação artificial, trazendo novas temáticas para o mundo jurídico, tais como os embriões excedentários, que ainda não possuem uma legislação própria, mas apenas uma resolução do Conselho Federal de Medicina para tratar acerca deles.

## 4 TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

Primeiramente, é importante lembrar que com o passar dos anos, cada vez mais a medicina avança e aumenta a possibilidade do ser humano construir a sua família, mesmo que haja problemas biológicos ou psíquicos para que a reprodução humana ocorra, como bem explica Jussara Maria Leal de Meirelles, senão vejamos:

Fatores de ordem biológica, médica ou psíquica podem causar esterilidade ou a incapacidade para procriar. Visando a corrigir anomalias de tal natureza, a Medicina vem lançando mão de alguns métodos artificiais voltados a atenuar os problemas relativos à reprodução humana<sup>72</sup>

Ainda, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe como uma de suas novidades o princípio do pluralismo familiar, dando espaço para que as famílias pudessem escolher o melhor modo para constituir suas próprias famílias, sem a interferência do estado, as novas técnicas artificiais de reprodução artificial começaram a crescer cada vez mais no Brasil, sendo que, as técnicas mais famosas são a inseminação artificial (I.A), a fertilização in vitro (FIV), injeção intracitoplasmática de espermatozoide e a de doação de óvulos, as quais trataremos individualmente a seguir.

### 4.1 INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

A inseminação artificial (IA) é a técnica de reprodução humana mais antiga já conhecida. Em tal técnica, a fertilização ocorre dentro do corpo da mulher, não sendo necessária a retirada de seus óvulos, como ocorre na fertilização in vitro. Basicamente, este tipo de inseminação consiste na introdução do esperma na cavidade uterina, no período em que o óvulo se encontra em seu período mais fértil. Ainda, a inseminação artificial pode ser homóloga (quando é utilizado o sêmen do

---

<sup>72</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.17.

companheiro) ou heteróloga (quando há a utilização do esperma de um terceiro), conforme já explicado neste trabalho.<sup>73</sup>

Esta técnica é mais simples que a Fertilização in Vitro, pois tenta realizar a fecundação da mulher no momento em que seus óvulos estão férteis, apenas introduzindo o sêmen no interior de seu próprio aparelho reprodutor, sendo considerada mais barata por não possuir tanta complexidade em comparação com a fertilização in vitro.

## 4.2 DOAÇÃO DE ÓVULOS

A doação de óvulos é indicada para mulheres que não possuem mais uma grande quantidade de óvulos, em decorrência da idade, da menopausa ou de problemas relacionados à produção de óvulos.<sup>74</sup>

Na referida técnica, ocorre a doação de óvulos por outra mulher, que possa compartilhar no caso de estar realizando a técnica de fertilização in vitro, ou de realizar a doação, podendo ser qualquer mulher com idade de 18 a 35 anos que cumpra com os requisitos exigidos pelas clínicas, sendo que, as informações acerca da identidade da doadora serão sigilosas.

A fertilização é feita in vitro, sendo que o tratamento é feito de maneira simultânea entre a doadora e a receptora, enquanto é realizada a coleta dos óvulos da doadora por meio da estimulação da ovulação, a receptora é preparada com medicamentos para receber o embrião em seu útero.<sup>75</sup>

---

<sup>73</sup> SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 10.

<sup>74</sup> ORIGEN. **Reprodução Assistida**: conheça as 5 técnicas mais utilizadas. Disponível em: <<https://origen.com.br/reproducao-assistida-conheca-as-5-tecnicas-mais-utilizadas/#>>. Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>75</sup> MEDICINA REPRODUTIVA. **Como funciona a doação de óvulos?** Disponível em: <<https://medicinareprodutiva.com.br/inducacao-de-ovulacao/como-funciona-a-doacao-de-ovulos/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

### 4.3 FERTILIZAÇÃO IN VITRO

A técnica da Fertilização In Vitro foi realizada pela primeira vez com sucesso em 1978, quando o médico inglês Robert Edward colocou espermatozoides juntos com um óvulo em laboratório, dando origem ao primeiro bebê de proveta do mundo: Louise Brown, que nasceu no hospital geral de Oldham, no dia 25 de julho de 1978.<sup>76</sup>

Diferentemente do que ocorre na inseminação artificial, a fertilização in vitro ocorre fora do corpo materno, ou seja, o encontro do óvulo com o espermatozoide (a fertilização) ocorre em um dos laboratórios apropriados para realizar a FIV, sendo o embrião posteriormente colocado no útero da mulher. Nas palavras de Jussara Maria Leal de Meirelles:

A ovulação é induzida por meio de hormônios, de modo a que vários óvulos (até cinco ou seis), no mesmo ciclo menstrual, reúnam condições de ser coletados. Os óvulos maduros são coletados pouco antes do momento de sua liberação natural e, após, submetidos à inseminação.<sup>77</sup>

Após realizada a estimulação artificial, que faz com que ocorra a produção de diversos óvulos em apenas um ciclo, é feita a coleta dos óvulos que reúnem as condições necessárias para que ocorra a fertilização, após, pode se obter um ou mais embriões, alguns deles podem apresentar desenvolvimento insuficiente, dando origem aos embriões excedentes, que não são transferidos para o útero materno em decorrência da ausência do desenvolvimento necessário ou por ultrapassar o número máximo recomendável à transferência por ciclo.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> MOURA, Marisa Decat de, SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida.** Um pouco de história. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582009000200004](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004)> Acesso em: 06 jul. 2018.

<sup>77</sup> MEIRELLES 2000, p.18.

<sup>78</sup> Ibid. p. 20.



Tal procedimento, por ser mais complexo, visto que feito todo o processo em laboratório para só depois ocorrer a passagem do embrião para o corpo da mãe, possui um valor mais alto do que o cobrado na técnica de Inseminação Artificial.

Ainda, assim como ocorre na Inseminação Artificial, A Fertilização in vitro pode ocorrer de maneira homóloga (quando o sêmen do doador for de seu companheiro), ou heteróloga (quando o sêmen for de um doador fértil).

No presente trabalho, utilizaremos como base de pesquisa o método da fertilização in vitro, pois tal técnica é a que mais da origem aos chamados embriões excedentes, devido à forma e a quantidade em que são produzidos os embriões para a possível introdução no útero da mulher<sup>79</sup>

#### 4.4 INJEÇÃO INTRACITOPASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDES

A técnica de injeção intracitoplasmática de espermatozoides é considerada um aprimoramento da fertilização in vitro clássica e é indicada no caso do parceiro não possuir muitos espermatozoides, possuir problemas de mobilidade ou de formação destes e, ainda, quando houve a criopreservação dos óvulos, tendo em vista que fica prejudicada a aplicação da técnica da fertilização in vitro.<sup>80</sup>

A diferença entre as técnicas é que, na injeção intracitoplasmática de espermatozoides é realizada a coleta de apenas um espermatozoide para realizar a fecundação de um óvulo, sendo que, a junção destes ocorre por meio de uma agulha ultrafina, que insere o espermatozoide dentro do óvulo feminino e, depois que ocorre a fecundação, o embrião é transferido para o útero materno, assim como na técnica da fertilização in vitro.<sup>81</sup>

Apesar de devidamente permitido pela Constituição Federal de 1988 a livre escolha do casal para criar a sua própria família, com base no princípio do pluralismo familiar, as técnicas de reprodução artificiais, tais como a fertilização in vitro, a inseminação artificial, a doação de óvulos e a injeção intracitoplasmática de

---

<sup>79</sup> MEIRELLES, 2000, p.18.

<sup>80</sup> ICI. **Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides**. Disponível em: <<https://fertility.com.br/tratamentos/icsi-injecao-intracitoplasmatica-de-espermatozoides/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

<sup>81</sup> IVI. **ICSI**. Disponível em: <<https://ivi.net.br/tratamentos-reproducao-assistida/icsi/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

espermatozoide cada vez cresceram e continuam crescendo no território brasileiro, trazendo como consequência inúmeros dos denominados “embriões excedentários”.

Ocorre que, em nenhum momento, o ordenamento jurídico brasileiro destaca explicitamente o destino que se deve dar a tais embriões, bem como seus direitos, sendo que, no momento, apenas a Lei de Biossegurança e uma resolução do Conselho Federal de Medicina, sob o nº 2.168/2017 tratam sobre o tema em alguns aspectos, sendo que, tal resolução não é considerada como lei, conforme veremos no capítulo a seguir.

## 5 O EMBRIÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro, no que tange os embriões, não possui legislação expressa no momento, podendo contar apenas com uma resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.168/2017, que não é considerada como lei, entretanto trata do tema em alguns aspectos e a Lei de Biossegurança que trata brevemente sobre o assunto.

Os autores Deborah Ciocci Alvarez de Oliveira e Edson Borges Júnior explicam que o direito não consegue acompanhar a medicina por ser uma ciência mais estagnada, senão vejamos:

É notório que o Direito, ciência mais estagnada que a Medicina, por sua própria natureza, não tenha acompanhado, lado a lado, a evolução das técnicas de reprodução assistida<sup>82</sup>

Apesar do tema não possuir uma legislação específica vigente, faremos uma breve retomada nos principais ordenamentos jurídicos brasileiros para entender o que é dito acerca do nascituro, das técnicas de fertilização e, até mesmo, sobre os embriões, excedentes ou não, assim como abordaremos acerca dos diversos projetos de lei em andamento, alguns tratando do tema com mais profundidade, outras nem tanto, conforme veremos a seguir.

### 5.1 NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

Ao ocorrer a elaboração do Código Civil de 1916, as técnicas de fertilização ainda não eram comuns e desenvolvidas como são atualmente. A noção de nascituro era a do ser concebido e em desenvolvimento no útero feminino. Portanto,

---

<sup>82</sup> OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução Assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei.** São Paulo: Editora Gaia, 2000, p. 18.

o referido Código não possuía nenhuma menção às técnicas de reprodução humana, este tratava exclusivamente do nascituro e da prole eventual.<sup>83</sup>

Neste códex, o nascituro era protegido logo no início do Código, pelo artigo 4<sup>o</sup><sup>84</sup>, que previa que a personalidade civil do homem começava diante do nascimento com vida, entretanto, protegia o nascituro desde a sua concepção, adotando a teoria natalista. Logo depois, o artigo 353<sup>85</sup> permitia a legitimação do filho que estaria concebido antes da realização do matrimônio, no caso dos pais realizarem o casamento antes ou após o nascimento da criança, já o art. 357 parágrafo único<sup>86</sup>, permitia o reconhecimento voluntário do filho ilegítimo na escritura de seu nascimento, mediante escritura pública ou por testamento.

Em seguida, o art. 372<sup>87</sup> tratava da adoção dos nascituros, que só poderia ocorrer mediante aceitação de seu representante legal, o 462<sup>88</sup> garantia ao nascituro, em caso de morte de seu pai, um curador para suprir a falta do “pátrio poder”, 1.169<sup>89</sup> autorizava a doação de algo ao nascituro caso ocorresse a aceitação de seus pais e o 1.718<sup>90</sup> que vetava o ingresso de um ser no testamento caso este não fosse concebido até a morte do testador, salvo caso expresse de prole eventual.

---

<sup>83</sup> FILHO, José Roberto Moreira. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-civil-em-face-das-novas-t%C3%A9cnicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida>>. Acesso em 02 ago. 2018.

<sup>84</sup> Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

<sup>85</sup> Art. 353. A legitimação resulta do casamento dos pais, estando concebido, ou depois de havido o filho

<sup>86</sup> Art. 357. O reconhecimento voluntário do filho ilegítimo pode fazer-se ou no próprio termo de nascimento, ou mediante escritura pública, ou por testamento

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho, ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes.

<sup>87</sup> Art. 372. Não se pode adotar sem o consentimento do adotado ou de seu representante legal se for incapaz ou nascituro.

<sup>88</sup> Art. 462. Dar-se curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida, e não tendo o pátrio poder.

<sup>89</sup> Art. 1.169. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelos pais.

<sup>90</sup> Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir á prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão.

## 5.2 NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 também não trata das técnicas de reprodução de maneira específica, entretanto assegura por meio do princípio do livre planejamento familiar que, apesar da família possuir proteção do estado, esta não será obrigada a seguir qualquer norma imposta no tocante ao seu planejamento, conforme demonstra o art.226, §7º Constituição Federal de 1988<sup>91</sup>, ou seja, é de livre escolha do casal como formará a sua família, podendo, portanto, optar pelas técnicas de reprodução humana assistida, como a inseminação artificial, doação de óvulos, fertilização in vitro ou injeção intracitoplasmática de espermatozoides, já tratadas neste trabalho.

Além de permitir o livre planejamento da família, a Constituição Federal de 1988 trouxe o princípio do direito à vida, disposto no artigo 5º da Carta Magna, que, segundo alguns autores, pode e deve ser aplicado aos embriões, resultantes das técnicas de reprodução assistida. Alexandre de Moraes é um desses autores e explica que a Constituição Federal protege todas as formas de vida, inclusive a uterina nos seguintes termos:

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui-se em pré-requisito a existência e exercício de todos os demais direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina.<sup>92</sup>

Vale ressaltar que a teoria concepcionista busca com base na Constituição Federal de 1988 defender que o início da personalidade jurídica é concedido desde a concepção, apoiando-se, principalmente, no direito à vida, protegendo inclusive a vida uterina, assim como explica Moraes.

Portanto, apesar da Constituição Federal de 1988 não tratar especificamente dos embriões, é possível, com base no princípio da inviolabilidade do direito à vida

---

<sup>91</sup> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 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.

<sup>92</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2000. São Paulo: Atlas, 2000, p. 61.

buscar a proteção do embrião no mundo jurídico, assim como fez a teoria concepcionista, ao afirmar que o início da personalidade jurídica ocorre no momento de sua concepção, protegendo à vida desde o momento em que é concebida e não somente quando respira pela primeira vez.

### 5.3 NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, manteve a mesma ideia que trazia o artigo 4º do Código Civil de 1916<sup>93</sup> acerca do início da personalidade civil ocorrer com o nascimento com vida, assim como interpreta a teoria natalista, prevendo, da mesma forma que já ocorria no Código Civil de 1916, a proteção dos direitos do nascituro desde a sua concepção.

Apesar de não ter inovado no quesito do início da personalidade jurídica do indivíduo, o Código Civil de 2002 inovou ao abordar, dentro de seus artigos, os novos efeitos em relação à filiação decorrentes das novas técnicas de reprodução assistida, como a inseminação artificial, a doação de óvulos, a inseminação in vitro e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides.

O artigo 1.597, incisos III, IV e V do Código Civil de 2002<sup>94</sup>, presume concebidos os filhos na constância do casamento quando ocorre a reprodução assistida homóloga (que, conforme já abordado, ocorre quando é usado o sêmen do próprio marido para a fecundação), mesmo que o companheiro venha a falecer, bem como considerar concebido em tais circunstâncias os embriões excedentários havidos a qualquer tempo, novamente quando se tratar de fecundação homóloga e houver, conforme já explicado, um documento escrito explicando que o casal optou por realizar tal procedimento por vontade livre e própria e, ainda, o casal tenha deixado claro o que fazer com os embriões no caso de morte de um dos cônjuges, de acordo com a nova resolução do Conselho Federal de Medicina.

---

<sup>93</sup> Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

<sup>94</sup> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

Ainda, o Código considera concebido na constância do casamento quando a criança é derivada da inseminação heteróloga (que ocorre quando é utilizado o sêmen de um terceiro na técnica de fecundação), apenas quando há a previa autorização do marido para que seja realizada a técnica e que a criança fruto de tal procedimento seja considerado seu filho, lembrando que, após assinar tal documento, este não pode ser revogado quando já iniciado o procedimento, buscando proteger o menor.

Assim, pela primeira vez observamos no ordenamento jurídico brasileiro um códex que trata acerca dos embriões, mesmo que timidamente, concedendo a estes a presunção de paternidade caso sigam os requisitos acima explicados, quais sejam: haver preenchido um documento no momento da realização da técnica de fertilização demonstrando que é livre a decisão do casal em realizar este procedimento e, ainda, em conformidade com a nova resolução do Conselho Federal de Medicina, deixar explícito o destino que poderá ser dado aos embriões excedentes caso ocorra a morte de um dos cônjuges ou de ambos.

É importante lembrar que demais desdobramentos acerca do tema, como o que ocorre em caso de separação, desistência do marido ou destino dos embriões não estão previstos no Código Civil de 2002, estes encontram-se abarcados na nova resolução do Conselho Federal de Medicina, nº 2.168/17, que não é considerada como lei, entretanto possui normas éticas para ser melhor observada a reprodução assistida..

#### 5.4 NA LEI DE BIOSSEGURANÇA

A Lei 11.105/05, mais conhecida com a Lei de Biossegurança, em seu artigo 5º, traz algumas previsões acerca dos embriões excedentários resultantes da técnica da fertilização in vitro.

Primeiramente, a lei permite a utilização de tais embriões para fins de pesquisa e terapia, quando estes são inviáveis ou congelados há três ou mais anos, sendo que, em qualquer dos casos citados, é necessário haver o consentimento dos genitores.

Ainda, as instituições que realizarem as pesquisas ou terapias com os embriões devem encaminhar seus projetos para os comitês de ética em pesquisa para análise, sendo completamente vedada a comercialização do material biológico tratado no referido artigo.

Para quem utilizar os embriões em desacordo com o que dispõe o artigo 5º, retratado acima, terá uma pena de detenção de um a três anos e multa, de acordo com o artigo 24 da mesma lei.

Entretanto, apesar da norma citar os embriões excedentes, apenas dois artigos da referida lei tratam acerca destes, sendo que não trata de forma aprofundada nem dos embriões, como sequer cita as novas técnicas de reprodução assistida que vem crescendo diariamente no Brasil.

## 5.5 NA RESOLUÇÃO DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA SOB O Nº 2.168/2017

O Conselho Federal de Medicina publicou em novembro de 2017 a resolução nº 2.168/2017, que trata acerca das técnicas de reprodução artificiais no Brasil nos seguintes termos:

Resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017 - Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida - sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos -, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros(...)<sup>95</sup>

Tal resolução não é considerada como lei, entretanto, traz novidades acerca das técnicas de reprodução assistida e dos embriões excedentes, resultantes, principalmente, da técnica da fertilização in vitro, sendo o único documento que trata de maneira mais abrangente tal tema no âmbito brasileiro.

A resolução inicia indicando os princípios gerais que tratam das técnicas de reprodução assistida, primeiramente explicando que tais técnicas servem para

---

<sup>95</sup> BRASIL. **Resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017.** Disponível em: <[www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362](http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362)>. Acesso em: 08 jun. 2018.



facilitar o processo de procriação, que podem ser utilizadas desde que exista probabilidade de sucesso e apenas se não houver risco grave de saúde para o paciente e/ou para o descendente. Ainda, delimita a idade máxima de 50 anos para as candidatas à gestação por reprodução assistida, exceto quando o médico responsável autoriza o procedimento e explica os riscos envolvidos para a paciente e para o descendente que poderá ser gerado, respeitando a escolha da paciente em realizar ou não o procedimento.

Para todos os pacientes envolvidos na técnica de reprodução assistida, após explicado como será feito o processo e seus possíveis resultados, estes precisarão assinar um formulário especial para mostrar sua livre vontade em realizar o procedimento.

Logo depois, a resolução proíbe a fecundação com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana e delimita a quantidade de embriões que podem ser transferidos para o útero da mulher, de acordo com sua idade, sendo que para mulheres de até 35 anos podem ser transferidos até 2 embriões, para mulheres entre 36 e 39 anos podem ser transferidos até 3 embriões e para mulheres com 40 anos ou mais até quatro embriões.

A segunda parte da Resolução fala sobre os pacientes que podem participar das técnicas de reprodução assistida, que são todas as pessoas capazes, caso aceitem os termos do acordo de livre e espontânea vontade, sendo permitida a técnica para relacionamentos homoafetivos e para pessoas solteiras.

A terceira parte é referente às clínicas, centros ou serviços que aplicam as técnicas de reprodução assistida, que são responsáveis pelo controle de doenças infectocontagiosas, pela coleta, manuseio, conservação, distribuição, transferência e pelo descarte de material biológico humano dos pacientes das técnicas de reprodução assistida e, para funcionarem, devem apresentar alguns requisitos mínimos, sendo eles: um diretor técnico, que deve ser obrigatoriamente médico registrado no Conselho Regional de Medicina, ter um registro permanente das gestações, nascimentos e das malformações de fetos ou recém-nascidos, bem como dos exames laboratoriais a que são submetidos os pacientes, com a finalidade de evitar transmissão de doenças e, os registros acerca de tais temas deverão ficar disponíveis para a fiscalização dos Conselhos Regionais de Medicina.

O item 4 aborda sobre a doação de gametas ou embriões, que não podem ter caráter lucrativo ou comercial, os doadores e os receptores não podem conhecer a

identidade uns dos outros e a idade limite para a doação de gametas é de 35 anos para mulher e 50 para o homem. Do mesmo modo, será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos seus receptores, as clínicas devem manter um registro com dados clínicos de caráter geral, características fenotípicas e uma amostra de material celular dos doadores.

É permitido que o doador contribua com quantas gestações este deseje, desde que em uma mesma família receptora, sendo que, médicos, funcionários e demais integrantes da equipe não podem fazer a doação.

Não obstante, é dever do médico assistente, dentro do possível, escolher a doadora de oócitos com a maior semelhança fenotípica com a receptora.

Ainda, o tópico autoriza a doação voluntária de gametas.

A parte VI da referida resolução explica sobre o diagnóstico genético pré-implantacional de embriões, tratando, deste modo, especificamente dos embriões excedentes, permitindo que ocorra a seleção de embriões submetidos a diagnósticos de alterações genéticas causadoras de doenças, podendo, neste caso, ser doado para pesquisa ou até mesmo ser descartado (dependendo da decisão que o casal tomar no termo assinado no início do tratamento).

Em seguida, o título VII trata sobre a gestação de substituição (cessão temporária do útero), que pode ocorrer desde que exista um problema médico que impeça a gestação na doadora genética, em união homoafetiva ou pessoa solteira. Nesses casos, a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros, em parentesco consanguíneo até o quarto grau, não poderá ter caráter lucrativo ou comercial, deve haver um novo documento de consentimento livre assinado pelos pacientes e pela cedente do útero temporário, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança que está por vir e, caso a cedente do útero for casada, deve haver a autorização de seu cônjuge ou companheiro aprovando tal procedimento.

O último tópico da resolução trata da reprodução assistida post-mortem, permitindo a RA desde que haja autorização prévia específica do falecido para o uso de seu material biológico criopreservado.

Portanto, a resolução acima exposta é o único documento brasileiro que trata mais profundamente das técnicas de reprodução e, em alguns momentos, acerca dos embriões excedentes, sendo que, no caso destes embriões, os pais explicarão qual destino será dado a eles no caso da não utilização por seus pais.

## 5.6 PROJETO DE LEI Nº 4.892, DE 2012

O Projeto de Lei nº 4.892/2012, proposto por Eleuses Paiva, tem como objetivo instituir um “Estatuto da Reprodução Assistida”, para tratar acerca da aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.<sup>96</sup>Neste tópico, analisaremos alguns dos principais artigos do projeto, para entendermos o que está sendo discutido no sentido de implantar uma legislação específica aos embriões no Brasil.

Este projeto começa explanando que seria aplicado para as técnicas de inseminação artificial, fertilização in vitro, injeção intracitoplasmática de espermatozoide e transferência de embriões, gametas ou zigotos, não excluindo outras técnicas que possam facilitar a reprodução humana, sendo que, tais técnicas só poderão ser utilizadas para remediar a infertilidade ou esterilidade, ou para evitar a transmissão de doenças consideradas graves.

O diagnóstico pré-implantacional de embriões, segundo o projeto, deverá ser feito para avaliar sua viabilidade ou detectar doenças hereditárias graves, visando trata-las ou impedir sua transmissão, sendo que toda e qualquer intervenção sobre embriões in vitro só serão realizados com garantias reais de sucesso, sendo necessário, assim como na Resolução do Conselho Federal de Medicina acima tratado, de um documento com o consentimento do casal mostrando sua livre e espontânea vontade para que possam se submeter as técnicas reprodutivas.

Em seguida, proíbe que os médicos usem as técnicas de reprodução assistida para outro fim que não seja o de procriação humana, como criar seres humanos modificados geneticamente, criar embriões para investigação de qualquer natureza, criar embriões com finalidade de escolha de sexo ou eugenia, sendo que, no caso do sexo da futura criança, este poderá ser escolhido apenas no caso de doença ligadas ao sexo do ser que irá nascer.

No item III, o projeto estabelece princípios em que a aplicação e utilização das técnicas de reprodução devem seguir, sendo eles os princípios do respeito à vida humana, serenidade familiar, igualdade, dignidade da pessoa humana, superior

---

<sup>96</sup> BRASIL. PL 4892/2012. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 05 set. 2018.

interesse do menor, paternidade responsável, liberdade de planejamento familiar, proteção integral da família, autonomia da vontade, boa-fé objetiva, transparência e subsidiariedade, sendo que, aborda novamente que o tratamento só será indicado quando houver possibilidade de êxito, não representar risco para a saúde dos envolvidos e desde que haja a aceitação expressa da livre vontade dos envolvidos em realizar o tratamento.

Logo após o projeto admite a doação de gametas sem fins lucrativos ou comerciais, quando o doador é maior de 18 anos e capaz, sendo necessário realizar testes em período nunca inferior a seis meses para detectar possíveis doenças transmissíveis, e, caso as referidas doenças apareçam, os gametas deverão ser prontamente descartados.

Assim como a Resolução nº 2.168/2017, todas as informações relativas aos doadores e receptores devem ser coletadas e guardadas sob sigilo, não permitindo a divulgação que permita a identificação de qualquer um deles, sendo autorizada as autoridades de vigilância sanitária o acesso aos registros médicos.

Além disso, a escolha dos doadores deve ser de responsabilidade do médico, devendo garantir, sempre que possível, que o doador tenha semelhança fenotípica, imunológica e a máxima compatibilidade com os seus receptores, lembrando que é vedado que médicos, integrantes da equipe multidisciplinar e funcionários realizem a doação, sendo que, diferentemente do que entende a Resolução do Conselho Federal de Medicina, o doador só poderá ter seu material utilizado em uma única gestação de criança no Estado, mesmo que seja para o mesmo grupo familiar.

Ainda, permite a cessão temporária do útero, com a diferença de que a cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges em um parentesco de até 2º grau, e não 4º como entende a Resolução do Conselho Federal de Medicina.

Depois, o item VI trata acerca da criopreservação de gametas ou de embriões, permitindo o congelamento de óvulos e espermatozoides pelas clínicas, vedando a produção de embriões que excedem o número necessário à transferência para mulher em razão de sua idade (até dois embriões para mulheres de até 35 anos, até três para mulheres entre 35 e 39 e, por último, até quatro em mulheres com 40 anos ou mais).

Não obstante, determina que poderá haver a criopreservação dos embriões apenas em caráter excepcional, caso o médico indique que não é possível realizar a transferência imediata dos embriões para o útero da mulher, sendo que o casal

deverá expressar qual destino deverá dar aos embriões no momento de sua criopreservação, no caso de rompimento de sua relação, desistência, doença grave ou falecimento de um ou de ambos os cônjuges, sendo vedado expressamente o descarte dos embriões de qualquer modo, podendo os cônjuges escolherem entre a implantação dos embriões pelos beneficiários, a entrega para adoção ou para que sejam realizadas pesquisas científicas.

Ou seja, ao optarem por realizar tal técnica, o projeto de lei em seus artigos 27 ao 34, deixa devidamente expresso que a criopreservação só ocorrerá como exceção, sendo que, quem opta por adotar tal técnica, deve deixar expresso o destino que poderá ser dado aos embriões, sendo vedado de qualquer modo o seu descarte. Ainda, os mesmos artigos protegem que a adoção de embriões seguirá as regras do Estatuto da Criança e do Adolescente, apenas no que não contrariar o estatuto em questão.

No tocante a reprodução *post mortem*, esta poderá ocorrer, desde que haja um documento escrito realizado pelo ausente quando ainda estava em vida, descrevendo quem deverá gestar o embrião ou a quem é destinado o gameta e quem o gestará após a concepção, não sendo permitida de nenhuma forma a utilização do material daquele que não consentiu expressamente e sendo necessária a anuência da pessoa escolhida ao documento.

O Capítulo II (art.42 ao 46) aborda sobre os direitos e deveres da relação médico-paciente, que deve ocorrer visando facilitar a reprodução humana, garantindo a transparência e conhecimento do tratamento em todas as suas fases, sendo direito ao paciente ser informado e escolher a técnica reprodutiva após o conhecimento dos riscos e implicações, ter acesso as informações quanto as implicações jurídicas que o tratamento jurídico traz e direito ao acompanhamento psicológico durante e após o tratamento, disponibilizado pela própria clínica.

Em relação ao Capítulo III – Da Presunção de Filiação, estabelece que o filho resultante de alguma das técnicas de reprodução será presumido como filho dos cônjuges que se submeteram à técnica, sendo vedado constar na certidão de nascimento qualquer referência as técnicas utilizadas, sendo que não haverá vínculo no caso das fertilizações heterólogas entre o doador e a criança.

A partir do Capítulo IV, que trata das ações de investigação de vínculo biológico e negatória de paternidade, constituem total inovação para o âmbito

jurídico, tendo em vista que depois de tal capítulo, tais temas não foram abordados na resolução do Conselho Federal de Medicina.

Logo no artigo 50, o projeto permite a ação de investigação de paternidade (nos limites previstos pelo artigo 19<sup>97</sup>), sendo que reforça que, mesmo que a pessoa resultante da técnica venha a conhecer quem doou o gameta, não será estabelecido o vínculo de filiação e, no artigo 51, prevê que a ação de negatória de paternidade é possível, quando há erro no consentimento quanto a inseminação heteróloga ou em caso de fraude em relação à infidelidade do outro genitor, tanto na homóloga quanto na heteróloga e, por fim, o art. 52 também permite a ação negatória quando o médico utiliza técnica diferente da consentida, entretanto, nesta hipótese, o vínculo paterno-filial não será desconstituído.

O Capítulo VI - Dos Direitos Patrimoniais e Pessoais das Pessoas Nascidas pelo Emprego das Técnicas de Reprodução Assistida, garante que os filhos concebidos por tais técnicas terão os mesmos direitos dos filhos concebidos naturalmente, sendo vedada qualquer discriminação, sendo importante lembrar que tal posicionamento ocorre devido aos princípios que vieram junto com a promulgação da Constituição Federal de 1988, já explicado no presente trabalho acadêmico.

Tal capítulo ainda garante, tratando-se de fecundação *post mortem*, o direito sucessório do descendente, caso a gravidez ocorra em até 3 anos da abertura da sucessão do genitor que autorizou expressamente a utilização do gameta/embrião. No caso de haver material congelado, será aberta sucessão provisória até decorrer o prazo de 3 anos ou que, dentro desse período, se constate a gravidez do descendente biológico do falecido, ao fim do prazo previsto ou nascido o filho, a sucessão passará a ser definitiva, sendo que, o que fora tratado no artigo citado não exclui o direito de petição de herança.

Outra grande inovação ocorre quando o referido projeto cita, no título IV, as infrações criminais decorrentes das técnicas de reprodução. O Artigo 76 começa explicando que constitui crime contra as relações de assistência média a reprodução humana e seus beneficiários (sem prejuízo aos dispositivos que encontram-se no

---

<sup>97</sup> Art. 19. O sigilo é garantido ao doador de gametas, salvaguardado o direito da pessoa nascida com utilização de material genético de doador de conhecer sua origem biológica, mediante autorização judicial, em caso de interesse relevante para garantir a preservação de sua vida, manutenção de sua saúde física ou higidez psicológica e em outros casos graves que, a critério do juiz, assim o sejam reconhecidos por sentença judicial.

Código Penal ou até mesmo em leis especiais) fecundar oócitos com finalidade diversa da reprodução humana (detenção de 2 à 5 anos e multa), criar embriões para fazer investigação de qualquer natureza (detenção de dois a cinco anos e multa), criar embriões com finalidade de escolher o sexo, salvo no caso expresso no projeto, a fim de evitar doença proveniente do sexo da criança (detenção de dois a cinco anos e multa), criar humanos geneticamente modificados ou clones (reclusão de três a dez anos), praticar a técnica de redução embrionária (reclusão de três a dez anos), entre outros crimes tipificados pelo referido projeto, sendo que tais crimes estão previstos desde o art. 76 até o art.100 do diploma legal

O título V traz as disposições finais do projeto, garantindo aos genitores que optem por utilizar qualquer uma das técnicas previstas no referido diploma, os mesmos benefícios previdenciários ou trabalhistas garantidos aos genitores que concebem o filho naturalmente ou fazem a opção da adoção.

Também é previsto que, no caso de dúvidas, o magistrado deverá se valer dos princípios do respeito à vida humana e do superior interesse do menor para guiar a matéria da melhor forma possível.

Portanto, percebe-se por meio da explicação feita de alguns dos dispositivos trazidos, que tal projeto de lei traz as mais diversas disposições acerca do tema, desde disposições gerais acerca da realização da técnica até dos crimes que poderão incorrer quem destratar algumas normas previstas pelo diploma legal, sendo que, pretende utilizar a criopreservação como última instância, vedando expressamente o descarte dos embriões excedentes e deixando à escolha do paciente a decisão do que será feito com os embriões caso não sejam utilizados para o fim de reprodução humana. Ainda, o referido projeto cita dois princípios considerados primordiais, sendo eles o direito à vida e o melhor interesse do menor para guiar qualquer dúvida enfrentada pelo magistrado quando puder se deparar com algum processo que tenha como referência o presente tema.

É importante informar que tal projeto ainda recebeu como apensamentos outros projetos de leis que tratam sobre o tema, como o Projeto de Lei 115/2015, de Juscelino Rezende Filho, que também trata acerca da instituição de um Estatuto para tratar do tema e o Projeto de Lei 9403/2017, que tem como autor Vitor Valim, que visa estabelecer o direito à sucessão do filho gerado por meio das diversas técnicas de reprodução artificial.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a legislação atual brasileira não trata de maneira detalhada das técnicas de reprodução assistida, bem como dos embriões excedentes, possuindo apenas alguns artigos nos diplomas legais citados no presente capítulo que retratam o tema dos embriões, sendo que, a Resolução do Conselho Federal de Medicina, que não é considerado como lei, é o que retrata o tema de forma mais abrangente. Entretanto, o Projeto de Lei nº 4.892 de 2012, em conjunto com seus apensamentos, estão propondo trazer um Estatuto para regulamentar as técnicas de reprodução assistida e, ainda, o destino dos embriões excedentes resultantes da fertilização in vitro, fruto do presente trabalho acadêmico.



## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após fazer uma análise acerca da mudança do conceito de filiação ao longo dos anos no Brasil, bem como da importância dos princípios elencados na Constituição Federal de 1988, que possibilitaram a criação do livre planejamento familiar, fazendo crescer as técnicas de reprodução aos seres humanos, tais como a reprodução *in vitro*, a doação de óvulos, a inseminação artificial e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, é evidente que o direito precisa se juntar ao Conselho Federal de Medicina para criar uma legislação específica que acompanhe o desenvolvimento das técnicas de reprodução artificiais, visto que, atualmente, a legislação acerca do tema se dá apenas por uma resolução, que não é considerada como lei e com a Lei de Biossegurança, que traz apenas dois artigos sobre o tema.

O Projeto de Lei proposto sob o nº 4.892, de 2012, apresenta resoluções acerca do tema, trazendo além de princípios gerais, regras de como deverão ser feitas as técnicas de reprodução assistida, como deverão ser tratados os seres concebidos e até mesmo o que poderá ser feito com os embriões excedentes, trazendo diversas disposições que tratam de assuntos que até hoje não possuem respostas no âmbito jurídico, como no caso de como proceder em relação a investigação de paternidade ou na sucessão. Ainda, o referido diploma trata de crimes que podem incidir quando ocorre a violação das normas impostas, sendo que, atualmente, existe apenas um tipo de violação aplicável configurada como crime, previsto na Lei de Biossegurança.

Tal diploma não é completo, e vem recebendo implementações de outros projetos de lei, conforme explicado, mas busca sanar as divergências de problemas que podem vir a ocorrer em frente ao judiciário trazendo dois princípios de grande relevância no Brasil, sendo eles o direito à vida e o melhor interesse do menor.

Não há dúvidas que o Projeto de Lei deve ser estudado tanto por juristas como por médicos, visto que tal diploma trata de forma divergente alguns assuntos em relação a nova resolução trazida pelo Conselho Federal de Medicina, entretanto, isto deve ocorrer de forma rápida, tendo em vista que as técnicas de reprodução humana cada dia crescem mais no Brasil, sendo necessário a instauração de um diploma legal para tratar com seriedade do tema, pois tais técnicas dão origem a

diversas vidas ao longo dos anos que precisam encontrar apoio em leis para enfrentar as dúvidas provenientes de tais técnicas.

Apesar do projeto não ter sido aprovado até então, é importante perceber que o legislativo está em busca de soluções para os novos temas, como a questão dos embriões excedentes, que deram origem ao presente trabalho, buscando torna-los como uma exceção e vedando, de qualquer forma, realizar o seu descarte, com base no direito à vida, podendo a família que vier a dar origem a eles escolher o seu destino, sendo como opção optar pela doação para outros pacientes ou envio para pesquisas científicas.

Portanto, após o fim do presente trabalho, analisando a mudança do conceito de filiação no Brasil, entendendo as divergências doutrinárias acerca do início da personalidade jurídica, analisando as novas formas de reprodução assistida, como a inseminação artificial, a doação de óvulos, fertilização in vitro e a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a atual legislação que trata sobre as técnicas e, minimamente, sobre os embriões excedentes, é satisfatório perceber que o legislativo está buscando, finalmente, dar atenção ao tema.

Por fim, é gratificante saber que, baseado nos princípios do melhor interesse do menor e do direito à vida, o legislativo está realizando um estatuto que regule o direito dos filhos originados de tais técnicas, vedando qualquer forma de discriminação por sua origem, demonstrando seus direitos acerca da investigação de paternidade, de herança, de filiação e, até mesmo, configurando crimes para aqueles que desrespeitarem o diploma legal, mostrando que o Brasil se preocupa com as inovações trazidas pela medicina e que está tentando acompanhar frente à frente a rapidez com que as tecnologias no campo da ciência médica vem crescendo e se desenvolvendo.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J.A Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BÔAS, Renata Malta Vilas. **Inseminação Artificial no Ordenamento Jurídico Brasileiro**: A omissão presente no Código Civil e a busca por uma legislação específica. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/\\_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf](http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/Insemina%C3%A7%C3%A3o%20artificial.pdf)> Acesso em: 03 set. 2018..

BRASIL. **Resolução CFM Nº 2168 DE 21/09/2017**. Disponível em: <[www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362](http://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=352362)>. Acesso em: 08 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **PL 4892/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=564022>>. Acesso em: 05 set. 2018.

COELHO, Demerson. **Personalidade e Capacidade Jurídica**. Disponível em: <<https://demersoncoelho.jusbrasil.com.br/artigos/511519234/personalidade-e-capacidade-juridica>>. Acesso em: 03 set. 2018.

COSTA, Juraci. A paternidade socioafetiva. *in* **Revista Jurídica - FURB**, v.13, nº26, 2009.

COUTO, Cléber. **Reprodução Humana Assistida Homóloga e Heteróloga, Monoparentalidade Programada e Coparentalidade**. A ciência como instrumento de felicidade da família. Disponível em: <<https://professorclebercouto.jusbrasil.com.br/artigos/211560163/reproducao-humana-assistida-homologa-e-heterologa-monoparentalidade-programada-e-coparentalidade>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 10. ed.. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ, Ana Cláudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Juruá, 2009.

FILHO, José Roberto Moreira. **O direito civil em face das novas técnicas de reprodução assistida**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-direito-civil-em-face-das-novas-t%C3%A9cnicas-de-reprodu%C3%A7%C3%A3o-assistida>>. Acesso em 02 ago. 2018.

FIUZA, Ricardo. **Novo Código Civil Comentado**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: família**. São Paulo: Atlas, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto / (Coord.), Pedro Lenza. **Direito Civil Esquemático**: Parte Geral.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Dos filhos havidos fora do casamento. *in Jus Navigandi*. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/528/dos-filhos-havidos-fora-do-casamento/1>>. Acesso em 14 jun. 2018

ICI. **Injeção Intracitoplasmática de Espermatozoides**. Disponível em: <<https://fertility.com.br/tratamentos/icsi-injecao-intracitoplasmatica-de-espermatozoides/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

IVI. **ICSI**. Disponível em: <<https://ivi.net.br/tratamentos-reproducao-assistida/icsi/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

JUSTO, Gabriela. **Direito à identidade genética x direito de intimidade do doador de gametas**. A necessidade de ponderação ante a colisão de direitos de personalidade. Disponível em: <<https://gabrielajusto.jusbrasil.com.br/artigos/347451794/direito-a-identidade-genetica-x-direito-de-intimidade-do-doador-de-gametas>>. Acesso em: 04 set. 2018.

MEDICINA REPRODUTIVA. **Como funciona a doação de óvulos?** Disponível em: <<https://medicinareprodutiva.com.br/inducacao-de-ovulacao/como-funciona-a-doacao-de-ovulos/>>. Acesso em: 12 set. 2018.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.p 66.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 2000. São Paulo: Atlas, 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Marisa Decat de, SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. **Reprodução Assistida**. Um pouco de história. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-08582009000200004](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004)> Acesso em: 06 jul. 2018.

NAHAS, Luciana Faísca. **União homossexual**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Deborah Ciocci Alvarez de; BORGES JUNIOR, Edson. **Reprodução Assistida: até onde podemos chegar? Compreendendo a ética e a lei**. São Paulo: Editora Gaia, 2000.

ORIGEN. **Reprodução Assistida: conheça as 5 técnicas mais utilizadas**. Disponível em: <<https://origen.com.br/reproducao-assistida-conheca-as-5-tecnicas-mais-utilizadas/#>>. Acesso em: 12 set. 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

QUEIROGA, Antônio Elias. **Curso de Direito Civil – Direito de família**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: parte geral**. 34. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, Barbara Nogueira Maciel dos. **O Pluralismo Familiar e os Novos Paradigmas do Afeto**. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/58751/o-pluralismo-familiar-e-os-novos-paradigmas-do-afeto#\\_ftn3](https://jus.com.br/artigos/58751/o-pluralismo-familiar-e-os-novos-paradigmas-do-afeto#_ftn3) >. Acesso em 16 jun. 2018.

SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.