Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vitor de Azevedo Almeida Junior

A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro

Rio de Janeiro

2013

Vitor de Azevedo Almeida Junior

A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Orientadora: Profª. Drª. Heloisa Helena Gomes Barboza

Coorientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

A447 Almeida Junior, Vitor de Azevedo.

A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro / Vitor de Azevedo Almeida Junior. – 2013.
195 f.

Orientadora: Profª. Drª. Heloisa Helena Gomes Barboza.
Coorientador: Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Nascituros (Direito) Brasil – Teses. 2. Personalidade (Direito) – Teses. 3. Direitos fundamentais – Teses. 4. Direito civil – Teses. I. Barboza, Heloisa Helena Gomes. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.158(81)

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Vitor de Azevedo Almeida Junior

A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro

Dissertação apresentada, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Civil.

Aprovada em 06 de agosto de 2013.

Banca Examinadora:

_____

Profa. Dra. Heloisa Helena Gomes Barboza (orientadora)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Nelson de Paula Konder (coorientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Anderson Schreiber

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profa. Dra. Ana Luiza Maia Nevares

Pontíficia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2013

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Kilza e Vitor.

Às minhas avós, Amália e Maria Teresinha (in memoriam).

Aos meus alunos, que me ensinam que a docência também é um aprendizado.

AGRADECIMENTOS

Entre corredores estreitos de uma biblioteca, um aluno recém-ingresso no curso de graduação em Direito se depara com um livro que, a começar pelo título, foge dos nomes das disciplinas clássicas. Seu conhecimento na área do Direito ainda é escasso, mas, a partir daquele momento, aquele aluno percebe que as transformações sociais e culturais tornaram insuficientes os conceitos jurídicos. A obra em questão é *Temas de biodireito e bioética*, organizada pelos autores Heloisa Helena Barboza e Vicente de Paulo Barreto. Foi através do artigo de Heloisa, cujo título é "Biodireito x bioética: insuficiência dos conceitos jurídicos", que minha vida começou a mudar.

À professora e orientadora Heloisa Helena Barboza devo muito mais do que a amizade, a compreensão e o incentivo. Devo, acima de tudo, a inspiração para iniciar minhas reflexões e estudos em campo jurídico, ainda pouco difundido, mas que ela há anos já enfrenta. O biodireito foi minha porta de entrada no mundo da pesquisa jurídica. Devo, também, o descortinar de minhas percepções a respeito da insegurança e da insuficiência dos conceitos e instrumentos jurídicos. Após meu ingresso na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), devo-lhe, sobremaneira, a confiança depositada em mim, a qual tem sido o alvo de meus esforços para retribuir, mesmo que de maneira insuficiente, um pouco de toda minha profunda gratidão.

Ao professor e coorientador Carlos Nelson Konder, a minha admiração é pujante. Sua inteligência é reveladora de uma profunda dedicação e paixão à docência e pesquisa. Suas ideias e elaborações presentes em artigos e livros me influenciam desde a graduação. Mas, além desses predicados, os quais já bastariam, é preciso reforçar meu agradecimento pela disponibilidade e pela paciência em sempre ter me ouvido nos momentos em que eu me encontrava completamente desorientado e absorto em ideias confusas e nebulosas. Ao Caíto, a quem já me sinto à vontade para assim chamar, meu muito obrigado.

Ao professor Gustavo Tepedino devo um agradecimento especial pelo despertar de uma inquietante vontade em me debruçar sobre a metodologia do direito civil-constitucional. Sua extensa e profícua bibliografia demonstra a nobre preocupação em renovar o direito civil e formar sólidas bases para a construção de uma escola voltada para a proteção integral à pessoa humana. Sua dedicação e entusiasmo são sempre contagiantes. Agradeço, ainda, suas assertivas observações na qualificação do projeto que originou este trabalho.

À professora Maria Celina Bodin de Moraes agradeço vivamente o estímulo constante pela reflexão crítica a respeito do direito civil contemporâneo. Os debates e as perguntas "irrespondíveis" em suas aulas foram momentos especialmente revigorantes e impulsionadores a pensar o Direito de forma emancipatória e voltado para a pessoa humana. Por inúmeras vezes, ela retirou a âncora dos meus pensamentos, e me fez colocar em xeque minhas verdades. A convivência em sala de aula e fora é sempre motivo de alegria e aprendizado. Sob sua firme, porém amável, direção me aventurei na prazerosa empreitada de colaborar com a *civilistica.com* – um projeto de iniciativa dela, mas que nobremente permitiu que eu, Renata Vilela Multedo, Fernanda Nunes Barbosa, Thamis Dalsenter e Pedro Gentil compartilhássemos. Meus agradecimentos sempre estarão aquém do que ela merece.

Ao professor Anderson Schreiber, que com sua objetividade tanto me ensinou. Suas aulas são cativantes e seus projetos empolgantes (o livro *Direito e mídia* é prova disso). Anderson é um agregador e ajudou a formar um dos grupos mais unidos que tive prazer de participar. Seus escritos são sempre inspiradores e traduzem uma visão mais solidária e humana do direito civil contemporâneo. Minha gratidão se estende, ainda, aos preciosos ensinamentos dos professores Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, Daniel Sarmento, José Ricardo Cunha e Emilio Dellasoppa.

Ao meu orientador de iniciação científica, monografia de graduação e amigo, Allan Rocha de Souza, devo-lhe tantos agradecimentos que não caberiam aqui. Não só seu incentivo foi fundamental para minha vinda para o mestrado da UERJ, mas sua percepção desde o início da minha vocação para a pesquisa, que nem eu mesmo conseguia compreender, ajudou a despertar minha vontade em percorrer esse caminho.

A solidão que uma dissertação proporciona só é recompensada com a solidariedade e a amizade de diversos amigos e colegas que nos reconfortam em período tão angustiante. Costumo dizer que não há ambiente mais propício para a realização de um trabalho científico do que o Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, na linha de direito civil. Muito do que este trabalho apresenta é fruto das exposições, debates, aulas, apresentações, leituras, conversas e, acima de tudo, companheirismo, que marcaram minha passagem no curso de mestrado dessa instituição.

A Fernanda Nunes Barbosa, seriam tantos os adjetivos possíveis de lhe imputar, que a síntese se faz necessária. É uma amiga que os ventos dos pampas me trouxeram. Sua segurança, dedicação e força são reveladoras de sua personalidade encantadora e sábia. A Thamis Dalsenter, que me permitiu usufruir de sua companhia e conversas, que, mesmo por telefone, foram em momentos vitais, seja por motivos acadêmicos ou pessoais. Thamis é uma

daquelas pessoas que nos deixa à vontade e simboliza um porto seguro com seu jeito simples de enfrentar os problemas e enxergá-los como não problemas. Sua sabedoria em lidar com a vida é admirável. A Raul Murad que desde os tempos de iniciação científica e das participações em congressos pelo Brasil afora é presente nessa jornada. Agradeço, ainda, a acolhida de Daniele Teixeira e Renata Vilella Multedo em terras cariocas, fazendo-me sentir entre amigos e diminuindo as saudades da minha terra natal. A Paula Moura Francesconi, que desde antes do mestrado já mostrou sua generosidade e simpatia, cuja admiração só aumenta com a convivência acadêmica. A Aline de Miranda Valverde Terra, que só lamento tê-la conhecido na reta final do mestrado, mas que em pouco tempo já demonstrou que, além da inteligência admirável, é uma pessoa sempre presente e amiga.

A experiência tem me ensinado que a formação de grupos servem não só para fortalecer vínculos, mas sobretudo para mostrar que o destino se encarrega de nos apresentar a pessoas especiais. Os membros dos Civilistas Anônimos representam minha grande família no Rio de Janeiro. Admiro e nutro profundo sentimento por todos que seria preciso laudas e mais laudas para agradecer cada momento único que compartilhamos. A André Nery, Antônio Pedro Medeiros, Caroline Andriotti, Carla Wainer, Eduardo Nunes, Gabriel Furtado, Ivana Coelho, Luiza Bianchini, Marcela Maffei, Rebeca Garcia e Thiago Lins, só posso dizer que guardo como preciosidade a amizade que construímos e os momentos de alegria e solidariedade que tivemos.

Aos "calouros-amigos" Antônio dos Reis, Miguel Laboriou e Luís Eduardo, sinto como se sempre fossem da turma. A Antônio devo as incontáveis conversas e os debates, que sempre foram tão frutíferos, inclusive para o desenvolvimento deste trabalho. A Fernanda Sabrinni, que mesmo com a distância se tornou uma grande e indispensável amiga.

Meus veteranos Pedro Nunes Barbosa e João Victor Rizzati Longhi, que se tornaram parceiros de vida, agradecer-lhes é sempre difícil. A torcida e companheirismo sempre presentes me confirmam que ganhei dois irmãos, que sempre me impulsionam e acreditam em mim. Além de poder contar com a inteligência ímpar dos dois. A mais um amigo que ganhei aqui no Rio de Janeiro tenho muito a agradecer: Guilherme Magalhães Martins se tornou um incentivador para todas as ocasiões. Se não fosse ele provavelmente eu nem ousaria me submeter ao processo seletivo de professor substituto da FND/UFRJ. Graças a ele, hoje eu posso ter o prazer do convívio dos alunos da prestigiosa FND, com os quais eu tanto aprendo no exercício diário da docência.

A Liana Barros devo o exemplo de profissional preocupada com questões sociais e as conversas sobre arte e cultura que sempre me encantam. Sua compreensão e incentivo sempre me motivam. A Tatiana Ximenes, uma amiga que sei que posso sempre contar. Aos meus queridos alunos, já amigos, Jesica Lourenço, Gustavo Lívio Dinigre Pinto e Mayra dos Santos Loyola, que tanto colaboraram comigo na pesquisa. O diálogo com eles é sempre renovador.

O ingresso no mestrado em direito civil foi uma conquista almejada ao longo dos últimos anos da graduação na Faculdade de Direito de Campos. Lá, tive a oportunidade de iniciar meus passos na pesquisa jurídica no programa de iniciação científica daquela instituição. O apoio e o incentivo dos professores Allan Rocha de Souza, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza e Livia Gaigher Bósio Campello foram fundamentais, além de seus ensinamentos terem sidos fecundos. Ainda por lá, tive a alegria de conviver com pessoas que tornaram meus cinco anos de graduação especialmente gratificantes e felizes. Aos meus amigos Carolina Espinosa, Joana Campinho, Natália Borba, Debóra Nascimento, Mayara Mendonça, Lara Jacyntho, Eloá Oliveira, Cintia Amin e Carolina Paes digo que os momentos de amizade vivenciados estão para sempre gravados em minha memória. Já não me importo que a engenharia civil tenha roubado do Direito Carolina Espinosa, pois graças à sua perene amizade meus anos de graduação foram mais divertidos e especiais.

Entre as horas de leitura e o ofício da escrita, que ocuparam minhas horas dos últimos dois anos, a certeza de que tenho amigos com quem contar para além dos momentos difíceis, mas principalmente para as risadas e alegrias, deu-me forças. Do ensino fundamental, carrego a energia e a vivacidade de Rebeka Motta Barros, a meiguice da Lia Márcia Soares e a dedicação da Ana Paula Santana. Com Joana Campinho aprendi que a amizade desafia os obstáculos. Ainda me encanto com a parceria de Caroline Melo e Livia Gonçalves, que estão sempre presentes, mesmo distantes, e por me permitirem comungar com elas de momentos tão incríveis. A Gabriel Ritter e Renata França pelos alegres momentos compartilhados. Aos meus compadres Lydyane Paes e Daniel Santana pela perene amizade e constante incentivo.

Todas essas realizações só encontram sentido no meu forte e afetuoso núcleo familiar. A minha avó materna, Amália, agradeço pelo exemplo de força e vivacidade. Às minhas tias, Kátia e Cora, pelo cuidado e pelo amor como se a um filho fosse. A minha querida e amada mãe, Kilza, os agradecimentos por mais felizes que fossem se dissipariam no ar, tamanho é o amor e a gratidão que sinto. Além de exercer com perfeição a função maternal, seu exemplo como pessoa é um ideal a ser seguido. No fundo, as palavras são escassas para expressar que sem o carinho e a presença dela minhas forças faltariam e muito do que almejo perderia o sentido. A meu pai, Vitor, o apoio e atenção foram e serão imprescindíveis para o alcance dos

meus sonhos, além de seu amor incondicional que se traduz em cuidado e presença indispensáveis. Aos irmãos, Vinícius e Guilherme, e a irmã afetiva, Lohaynne, agradeço pelo companheirismo e convivência. A Vinícius devo um agradecimento especial: a mim ele confiou a nobre função de apadrinhar sua filha. A Sophia, que com seu sorriso tornou meu mundo melhor!

Quem sabe que o tempo está fugindo descobre, subitamente, a beleza única do momento que nunca mais será…

Rubem Alves

RESUMO

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *A tutela extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro*. 2013. 194 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Propõe-se estudo teórico com o objetivo de examinar a extensão e os limites da proteção jurídica concedida aos nascituros no ordenamento jurídico brasileiro. Há décadas a doutrina nacional se debruça acerca da exegese mais adequada do art. 4º do Código Civil de 1916, que, atualmente, corresponde ao art. 2º do Código Civil, com pequenas modificações textuais, mas sem alterar substancialmente o dispositivo. O Código Civil aparentemente optou pela atribuição da personalidade civil somente após o nascimento com vida, assegurando, contudo, os direitos do nascituro desde a concepção. O próprio Código Civil prevê expressamente direitos ao nascituro, como o direito a se beneficiar de doação e herança, o direito ao reconhecimento de paternidade e o direito à curatela. Nas últimas décadas outras leis infraconstitucionais reforçaram a proteção do nascituro, para resguardar direitos próprios do nascituro, entre eles o direito à assistência pré-natal, o direito à saúde e à integridade física e o direito aos alimentos. Não obstante, é costumeira a consciência de que o reconhecimento desses direitos pressupõe a concessão da personalidade civil desde a concepção, visto que a titularidade deles dependeria do gozo pleno da personalidade. Embora, pelo perfil do interesse, não haja óbice ao reconhecimento de situações patrimoniais, existenciais e dúplices, que podem ser titularizadas pelo nascituro, a preocupação do legislador nacional sempre se centrou nos aspectos patrimoniais. Diante da existência de situações jurídicas subjetivas merecedoras de proteção por parte do ordenamento jurídico titularizáveis pelos nascituros, pretende-se identificar e revelar os direitos extrapatrimoniais do ente por nascer como merecedores de tutela no direito brasileiro. Mediante pesquisa bibliográfica, observada a metodologia do direito civil constitucional, serão examinados os conceitos de nascituro, bem como as teorias existentes sobre os direitos que lhe são assegurados, com vista à possibilidade de proteção de seus direitos existenciais.

Palavras-chave: Nascituro. Personalidade civil. Titularidade. Direitos extrapatrimoniais.

ABSTRACT

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. *The non-economic protection of the unborn child in the national legal system.* 2013. 194 p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The proposal is a theoretical study with the objective of examining the extent and limits of the legal protection granted to the unborn in the Brazilian legal system. For decades, the national doctrine deals about the most appropriate exegesis of art. 4 (1) of the Civil Code of 1916, which, currently, corresponds to art. 2 (1) of the Civil Code, with small textual changes, but without substantial changes. The Civil Code apparently opted for attribution of civil personality only after birth with life, ensuring, however, the rights of the unborn child from conception. The Civil Code itself expressly provides for rights to the unborn child, such as, for example, the right to benefit from donations and inheritance, the right to recognition of paternity and the right curatorship. In recent decades other federal laws reinforced the protection of the unborn child to safeguard their rights, such as, for example, the right to pre-natal care, right to health and physical integrity and alimony rights. Nevertheless, it is usual to realize that the recognition of these rights requires the granting of civil personality from conception, since the entitlement to such rights would depend on the full enjoyment of civil personality. Although, by the profile of interest, there is no obstacle to the recognition of economic, existential or multiple situations, that can be held by the unborn child, the concern of the national legislator always focused on economic aspects. Before the existence of subjective legal situations deserving of protection on the part of the legal system attributed to the unborn, this work aims to identify and disclose the non-economic rights of the unborn as being worthy of protection in Brazilian law. Through bibliographic research, observed the civil-constitutional methodology of civil law, there will be examined the concepts of unborn children, as well as the existing theories about the rights which are guaranteed, with a view to the possibility of protecting their existential rights.

Key-words: Unborn child. Civil personality. Ownership. Non-economic rights.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	14
1	**A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO**.....	18
1.1	**Pessoa e personalidade no direito civil contemporâneo**.....	20
1.2	**O tratamento do nascituro no cenário normativo nacional**.....	31
1.2.1	A abrangência e o alcance do conceito de nascituro no direito civil contemporâneo.....	35
1.2.2	As teorias sobre a qualificação do nascituro no direito brasileiro.....	49
1.2.2.1	A contribuição da doutrina portuguesa para a justificação da proteção do nascituro.....	56
1.3	**Os nascituros e a titularidade das situações jurídicas subjetivas: exegese do art. 2º do Código Civil de 2002**.....	58
1.3.1	As situações jurídicas subjetivas no direito civil-constitucional e a titularidade potencial do nascituro.....	61
1.3.2	Os nascituros e a titularidade das situações jurídicas subjetivas.....	66
2	**OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**.....	75
2.1	**As transformações da reprodução humana**.....	76
2.1.1	Autonomia reprodutiva no direito brasileiro.....	79
2.1.2	A medicalização da reprodução humana e a autodeterminação corporal da mulher grávida.....	88
2.2	**O direito ao planejamento familiar entre a liberdade e a solidariedade**.....	90
2.2.1	Os limites do direito ao planejamento familiar na legalidade constitucional.....	92
2.3	**O nascituro e o princípio da parentalidade responsável**.....	94

2.3.1 A autoridade parental em face do nascituro..... 97

2.3.1.1 A representação legal do nascituro..... 108

2.3.2 A curatela do nascituro..... 112

2.4 **A dignidade da pessoa humana e a tutela do nascituro**..... 116

2.4.1 A dignidade da pessoa humana: conceito e campo de aplicação..... 116

2.4.2 A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na tutela do nascituro..... 121

2.5 **A cláusula geral de tutela extrapatrimonial do nascituro**..... 122

3 **A TUTELA EXTRAPATRIMONIAL DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO**..... 125

3.1 **O alcance e a extensão dos direitos extrapatrimoniais do nascituro**..... 127

3.2 **Direitos extrapatrimoniais do nascituro: uma cláusula aberta**..... 135

3.3 **A amplitude dos direitos extrapatrimoniais do nascituro no direito brasileiro**..... 136

3.3.1 O direito a nascer com vida..... 137

3.3.2 O direito à integridade física e a tutela da saúde do nascituro..... 144

3.3.3 O direito à imagem e à identidade pessoal..... 153

3.3.4 O direito à honra..... 158

3.3.5 Os alimentos gravídicos..... 162

3.4 **O cabimento da reparação civil por danos de natureza extrapatrimonial ao nascituro: alguns questionamentos**..... 169

CONSIDERAÇÕES FINAIS..... 174

REFERÊNCIAS..... 180

INTRODUÇÃO

O direito civil clássico, dominado pelo exame meramente estrutural de seus institutos,[1] presenciou o surgimento de uma dicotomia, ao que parece imutável, que se propunha a classificar juridicamente todos os sujeitos de direito de uma relação jurídica e os seus objetos de tutela. Estabeleceu-se, assim, o binômio pessoa *versus* coisa. A partir dessa díade, esforçava-se a doutrina jurídica em enquadrar de maneira dogmática os institutos e as categorias insertas no universo jurídico. A partir dessa perspectiva, cindiam-se, de um lado, as pessoas, sujeitos de direito abstratamente considerados e detentores de personalidade jurídica, e, de outro, as coisas, objetos, por excelência, das relações jurídicas.[2]

Essa dicotomia tinha por finalidade classificar as categorias e os institutos no âmbito do direito civil, agrupando-os e determinando a natureza jurídica, servindo, assim, ao afã do Direito em categorizar e classificar, em uma postura metodológica nitidamente estrutural. Contudo, o Direito contemporâneo vem assistindo à ruína das dicotomias, a exemplo da *summa divisio*, que separava a ciência jurídica em dois mundos isolados e incomunicáveis: o direito público e o direito privado.[3] Em setores mais específicos, como o direito obrigacional, também se observa o esmaecimento da divisão clássica entre as obrigações contratuais e as extracontratuais.

A distinção entre pessoas e coisas ganhou novo fôlego à medida que o princípio da dignidade da pessoa humana, tido como vetor axiológico central e princípio fundante da República Federativa do Brasil, impôs o deslocamento axiológico do *ter* para o *ser*. A prevalência das situações subjetivas jurídicas existenciais sobre as patrimoniais determina que se supere a primazia tradicional da proteção conferida pelo ordenamento às figuras do *ter*, como o contratante e o proprietário, para tutelar e promover as esferas mais íntimas do *ser*, entendido como a manifestação dos atributos essenciais de sua personalidade, voltados, prioritariamente, à integridade e dignidade da pessoa humana. Impõe-se o necessário respeito

---

[1] Cf. BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: *Da estrutura à função*: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, *passim*.

[2] Leciona Gustavo Tepedino: "As relações jurídicas são estabelecidas entre centros de interesse que têm por objeto bens jurídicos. Estes se constituem, assim, no elemento objetivo (de centros de interesse e por consequência) de relações jurídicas" (Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães [coords.]. *10 anos do Código Civil*: desafios e perspectivas. São Paulo: Atlas, 2012, p. 47).

[3] Ver, por todos, NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios. In: MELLO, Celso de Albuquerque (coord.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

não só a liberdade do tráfego jurídico do patrimônio, mas às decisões pessoais livres e autônomas ligadas à sua existência.

Nessa senda, a primazia da pessoa em relação às coisas[4] é um imperativo da legalidade constitucional, que estabelece que a pessoa humana ocupa posição central no ordenamento brasileiro em detrimento da tutela dos bens em si e das relações meramente patrimoniais. Tal perspectiva induz a necessidade de se definir qual o enquadramento atribuído ao nascituro, uma vez que se considerado pessoa – como defendem os chamados concepcionistas[5] – estar-se-ia equiparando o ser humano em gestação ao já nascido com vida. Por outro lado, negar-lhe a condição de pessoa poderia ensejar sua qualificação como coisa, o que não parece ser o melhor caminho.

Não é de hoje que o tema da qualificação[6] jurídica do nascituro desperta preocupação e angaria diversas posições na busca pelo melhor enquadramento dogmático hábil a fornecer uma tutela adequada a um ente já concebido no útero, mas ainda não nascido. No primeiro capítulo abordar-se-á a renovada dogmática a respeito das noções de pessoa e personalidade sob a perspectiva do direito civil-constitucional e sua influência no tratamento jurídico do nascituro. Tal exame também compreenderá as novas bases teórico-conceituais que visam à reformulação dos conceitos e teorias subjacentes à questão do nascituro no direito pátrio diante da constatação da insuficiência desses notadamente para fins de proteção dos interesses extrapatrimoniais do concebido no útero.

Após apresentar a releitura doutrinária a respeito das noções de pessoa e personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, indispensável precisar o conceito adotado pelo legislador infraconstitucional para a categoria do nascituro, bem como examinar as teorias existentes acerca do enquadramento do nascituro no direito brasileiro e português.

---

[4] A respeito da distinção entre *coisa* e *bem*, esclarece Gustavo Tepedino: "[...] embora o Código Civil de 1916 tenha se utilizado das expressões *coisa* e *bem* indistintamente, consideram-se coisas todas as entidades do universo, algumas das quais, designadas tecnicamente como *bens*, identificadas como ponto de referência objetivo de relação jurídica. Daí considerar-se como coisa em sentido jurídico somente aquelas suscetíveis de se constituir objeto de direito, coincidindo, nessa acepção estreita, com a noção de bem, corretamente adotada pela codificação atual (muito embora mantenha a designação "Direito das Coisas para seu livro III)" (Regime jurídico dos bens no Código Civil, cit., p. 48).

[5] Cf., por todos, ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

[6] Parte da doutrina prefere o termo condição jurídica para designar o exame da qualificação do nascituro. Todavia, o termo condição se refere à cláusula que subordina os efeitos do negócio jurídico a evento futuro e incerto, decorrente da exclusiva vontade das partes, nos termos do art. 121 do Código Civil. Na doutrina nacional, desde a primeira monografia sobre o tema do nascituro, se utiliza o termo condição, como em: MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva, 1953. Há, ainda, quem prefira o uso de situação jurídica do nascituro para expressar tal problemática. Entretanto, o emprego desse pode ensejar o equívoco com as situações jurídicas subjetivas. Natureza jurídica é outra expressão utilizada, que, no entanto, implica em aproximar o nascituro da categoria das coisas/bens. Por isso, no presente trabalho se optou pelo emprego das terminologias qualificação ou categoria para se referir ao enquadramento dogmático destinado ao nascituro no direito brasileiro.

Não são poucas as perplexidades trazidas com a revolução biomédica e biotecnológica no âmbito da proteção do nascituro. É imperioso que se identifique o melhor enquadramento dogmático a ser concedido ao nascituro no direito brasileiro, sobretudo se consideradas insuficientes as doutrinas atuais que procuram explicar a situação jurídica do nascituro. É razoável argumentar que a mera expectativa de direitos não mais se mostra como entendimento adequado à proteção do nascituro, bem como, a partir da leitura do artigo 2º do Código Civil, a atribuição da personalidade não parece ser o melhor caminho conforme o princípio da dignidade da pessoa humana.

À luz da metodologia civil-constitucional, averigua-se a possibilidade de o nascituro ser titular das situações jurídicas conquanto não lhe tenha sido atribuída a personalidade civil. Em seguida, passa-se a identificar os interesses justificadores de tutela dos direitos do nascituro com base nos fundamentos jurídico-constitucionais no ordenamento pátrio.

A proteção do nascituro na ordem civil-constitucional brasileira deve levar em consideração, por força do art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, os efeitos que o livre planejamento familiar, calcado na dignidade da pessoa humana e na parentalidade responsável, implicam no reforço da responsabilidade parental e, portanto, do exercício da autoridade parental desde o início da gestação. Investiga-se, outrossim, a aplicabilidade do princípio da dignidade humana à tutela do nascituro, a fim de evitar a sua instrumentalização.

A partir da interpretação do art. 2º do Código Civil, buscou-se demonstrar que, embora o nascituro não tenha personalidade jurídica, ele é titular de direitos e que tal titularidade é atual no que concerne aos interesses extrapatrimoniais. Passou-se, em seguida, a examinar o alcance e a extensão dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, bem como seu caráter exemplificativo.

Desse modo, objetiva-se identificar os direitos de natureza extrapatrimonial do nascituro no ordenamento jurídico nacional, que buscam assegurar sua sadia formação em útero e resguardar os atributos que integrarão sua futura personalidade jurídica, proporcionando-lhe as condições necessárias para o nascimento com vida e dignidade preservadas. Observa-se que nos últimos anos a preocupação com a esfera extrapatrimonial do nascituro no direito brasileiro cresceu, como demonstra a edição da Lei n. 11.804/2008, que dispõe sobre os denominados alimentos gravídicos.

O presente trabalho discorre acerca da questão da tutela dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, a qual é um dos pontos mais sensíveis a partir das novas formas de intervenção *in utero*, seja através de modernas técnicas de cirurgia e tratamento ainda durante a fase

gestacional, seja por meio da captação de imagens cada vez mais nítidas do nascituro em desenvolvimento dentro da barriga da mulher.

Diante da existência de situações jurídicas subjetivas titularizadas pelos nascituros, pretende-se identificar e revelar os direitos extrapatrimoniais do concebido em gestação como merecedores de tutela no direito brasileiro. À luz da metodologia do direito civil constitucional, foca-se na revisitação das teorias existentes sobre os direitos que são assegurados aos nascituros, com vista à possibilidade de proteção de seus direitos extrapatrimoniais.

Por fim, formulam-se alguns questionamentos acerca do cabimento da reparação civil por danos extrapatrimoniais ao nascituro no sistema normativo vigente. Dito de outro modo, a partir do reconhecimento de situações jurídicas de cunho extrapatrimonial titularizadas pelo nascituro se examinam os efeitos sobre o campo da responsabilidade civil, uma vez que eventuais lesões aos direitos extrapatrimoniais podem gerar o dever de reparação civil pelo ofensor.

1 **A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO**

Não é de hoje que juristas consagrados se debruçam sobre a qualificação jurídica do nascituro no direito alienígena[7] e brasileiro.[8] Diversas são as teorias que procuram explicar e fundamentar a proteção jurídica destinada aos concebidos no útero materno. Na experiência legislativa brasileira, desde os esforços empreendidos à época da elaboração e sistematização da primeira codificação civil nacional promulgada em 1916 até o atual estágio de tramitação do chamado estatuto do nascituro,[9] não se pode afirmar que nossa legislação tenha adotado expressamente uma definição sobre a extensão e os limites da proteção do nascituro. O reflexo dessa obscuridade legal é sentido na doutrina e na jurisprudência, que ainda não se definiram quanto à orientação mais adequada diante do ordenamento jurídico brasileiro.

A promulgação do Código Civil de 2002 em pouco alterou a solução legal anteriormente adotada, dispondo, em seu art. 2º, que a "personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". A doutrina, a partir da nebulosidade desse dispositivo, ramifica-se em interpretações variadas, o que torna qualquer incursão no tema um trabalho árido e movediço. A aparente indecisão do legislador ordinário suscita uma indagação central: se a personalidade civil é atribuída apenas após o nascimento com vida, como pode a lei assegurar os direitos do nascituro?

A questão da personalidade tornou-se central para a escorreita compreensão da natureza jurídica do nascituro no direito pátrio. Duas orientações nortearam a doutrina, durante longo período, no tocante à categoria jurídica do nascituro, conforme expuseram André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria: "a primeira concede personalidade ao nascituro desde a concepção, condicionando-lhe os direitos ao ulterior nascimento com vida", enquanto a "outra admite personalidade apenas a partir do nascimento com vida,

---

[7] Cf., na doutrina de países de cultura romano-germânica, BARRA, Rodolfo Carlos. *Los derechos del por nascer en el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997; CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. In *Revista de Direito Civil*, n. 45, ano 7, jul./set., 1988; TORCO, Jose Maldonado y Fernandez. *La condicion jurídica del "nasciturus" en el derecho español*. Madrid: [s.n.], 1946. Sobre o tema no sistema anglo-saxão, v. WELLMAN, Carl. The concept of fetal rigths. *Law and Philosophy*, 21, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 65-93.

[8] Ver, por todos, MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. Op.cit.; ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000; e, SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

[9] O denominado "Estatuto do Nascituro" foi proposto pelos deputados federais Luiz Bassuma (PT-BA) e Miguel Martini (PHS-MG), sob o número 478, em 19 mar. 2007. Atualmente, encontram-se apensados ao projeto de Lei n. 478/2007, as seguintes proposições legislativas: 489/2007, 3.748/2008, 1.763/2007 e 1.085/2011.

resguardando, porém, eventuais 'direitos' do nascituro, ou de modo mais correto, resguardando as 'expectativas de direito' do nascituro".[10]

Infere-se que o momento de atribuição da personalidade civil era o parâmetro definidor da natureza jurídica do nascituro, se considerado detentor de personalidade, ou seja, pessoa, ou se tido como uma figura híbrida que, embora não fosse uma pessoa, teria assegurado suas "expectativas de direitos". Mas, de todo modo, conforme salientado por André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria, em ambas as teorias "resguarda-se o interesse do que há de nascer, bem como subordina-se o exercício de qualquer direito à condição do nascimento com vida", o que pode denotar "tratar-se de uma discussão estéril", muito embora "sejam numerosas suas repercussões sob o aspecto prático".[11]

Mesmo que os autores mencionados anteriormente tenham se debruçado sobre o estudo do momento da atribuição da personalidade no direito brasileiro ainda no início da década de 1950, não há dúvidas de que a atualidade do tema se impõe de maneira pujante. Dentre os diversos motivos, pode-se dizer que em razão da reelaboração das bases conceituais em torno das noções de pessoa e personalidade no cenário normativo nacional já evocaria a revisitação do tema. Mas, além disso, o acelerado progresso biotecnocientífico e biomédico das últimas décadas também descortina novas situações que envolvem diretamente a proteção do nascituro, desde as técnicas de reprodução humana assistida, que possibilitaram a concepção do embrião humano em laboratório, passando pelas novas formas de intervenção médico-cirúrgicas *in utero*, até a realização de exames diagnósticos ainda durante a fase gestacional.

O estudo da qualificação jurídica do nascituro também não pode se distanciar do contexto social que cerca o "imaginário sobre a vida pré-natal", tendo em vista o papel da reprodução humana numa sociedade ainda marcada por fortes traços matrimoniais e religiosos, na qual a perpetuação da espécie é ainda concebida como uma imposição social.

Nessa esteira, escreveu Debora Diniz: "ter filhos biologicamente vinculados é mais do que um desejo de exercer a maternidade ou paternidade, pois significa a vinculação a um ideal de reprodução social pela função da família e da filiação, inserindo os indivíduos em uma ordem de parentesco."[12]

Os mistérios que cercavam a formação do ser humano no útero materno foram paulatinamente desvendados por meio dos avanços da medicina. De acordo com Claudia

[10] MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. Op.cit., p. 7.
[11] Id.
[12] DINIZ, Debora. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24 jan. 2009, p. 5.

Pancino, "a partir do século XVI, nos textos médicos, sobretudo nos de obstetrícia, encontram-se sequências de imagens que representam o nascituro"[13]. Segundo a autora, essas representações, se examinadas em ordem cronológica sob luzes atuais, permitem entrever "a passagem de uma ideia 'afetiva' da formação da vida no ventre materno para uma imagem científica e 'verossímil': mais ainda, delas emerge a construção da imagem social do feto como produto histórico e cultural".[14]

A intromissão da medicina, cada vez mais avançada, no período pré-natal tem alterado o imaginário social a respeito da fase de formação do nascituro no útero feminino, o que tem descortinado novas inquietações nos últimos anos. Essas considerações demonstram que o problema da qualificação jurídica do nascituro não se resume à mera formalidade de técnica. Ele se apresenta como uma relevante questão teórica a ser enfrentada de modo a propiciar uma tutela mais adequada ao nascituro, no direito brasileiro, diante do progresso da medicina pré-natal.

É indispensável, portanto, a análise da renovada dogmática acerca das noções de pessoa e personalidade sob a perspectiva do direito civil-constitucional e sua influência no tratamento jurídico do nascituro. Além disso, cabe examinar as novas bases teórico-conceituais que visam à reformulação dos conceitos e teorias subjacentes à questão do nascituro no direito pátrio diante da constatação de sua insuficiência, mormente para fins de proteção dos interesses extrapatrimoniais do concebido no útero feminino.

1.1 **Pessoa e personalidade no direito civil contemporâneo**

Os conceitos de pessoa e personalidade são centrais para a dogmática jurídica e atravessam o ordenamento civil-constitucional[15] brasileiro em toda sua extensão. As últimas décadas foram especialmente importantes para o enaltecimento desses institutos no direito pátrio, principalmente após a consagração, na Constituição de 1988, da dignidade da pessoa humana como princípio fundante da República e vetor axiológico nuclear.

---

[13] PANCINO, Claudia. Como nós éramos. Nascituros e fetos na história: entre imagens e imaginário. In: *História*: questões e debates, n. 47, Curitiba, PR: Editora UFPR, 2007, p. 16.

[14] Id. Como nós éramos. Nascituros e fetos na história: entre imagens e imaginário, Op.cit., p. 16.

[15] Cabe ressaltar a importância desses conceitos estabelecidos no âmbito civil, mas que são utilizados pelo Direito em geral, em qualquer dos seus ramos, realçando a unidade do ordenamento jurídico. Segundo Paulo Nader: "O estudo das pessoas é um capítulo de grande relevo que a Teoria Geral do Direito apresenta. Apesar de sua regulamentação jurídica, em nosso sistema, inserir-se no Código Civil, é matéria que extrapola o interesse restrito desse ramo e do próprio Direito Privado, pois repercute intensamente nas diferentes espécies de relações jurídicas, apresentando, assim, um significado universal para o Direito" (*Introdução ao estudo do direito*. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 283).

A preocupação com a tutela integral da pessoa humana, após duas grandes guerras mundiais e os horrores do Holocausto, se tornou cada vez mais crescente nas ordens jurídicas ocidentais, que passaram a contemplar e assegurar os direitos humanos fundamentais nas Constituições nacionais e a reconhecer e proteger os direitos da personalidade em seus códigos civis.[16] Conforme observou Anderson Schreiber, "duas guerras mundiais, os horrores do holocausto nazista e a efetiva utilização da bomba atômica foram apenas alguns dos assustadores acontecimentos que o mundo testemunhou no curto intervalo entre 1914 e 1945".[17] Diante desses acontecimentos, tornava-se imprescindível uma tutela mais efetiva da pessoa humana, de modo a protegê-la das atrocidades cometidas mundo afora.[18]

A primeira resposta em âmbito internacional foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, na qual se afirmou de modo expresso "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

A consagração do princípio da dignidade humana em Declarações Internacionais de Direitos Humanos e na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, art. 1º, inciso III, além de ter um papel limitador do "inteligente egoísmo", que guiava o mercado através da garantia do livre jogo das vontades, teve o mérito de fortalecer e priorizar a proteção da pessoa humana. Além disso, também foi responsável por inaugurá-la mediante o reconhecimento de sua primazia, em todos os aspectos, no ordenamento jurídico.

A dignidade da pessoa humana passou a ser considerada no ordenamento jurídico nacional como "princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas".[19] Em consequência, firmado o reconhecimento do princípio da dignidade humana como fundamento da República brasileira, é indispensável a releitura de

---

[16] Cf. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-9.
[17] Ibid. p. 6.
[18] Além dos horrores nazistas, Heloisa Helena Barboza relata os casos do Estudo da Sífilis de Tuskegee e o Estudo sobre Obediência Autoridade de Stanley Milgram ocorridos na década de 1960 e 1970 nos Estados Unidos, em que foram denunciadas graves violações éticas e metodológicas em pesquisas com seres humanos: "No primeiro, desde 1932 estudou-se um grupo de 600 pessoas com sífilis, das quais 299, homens negros, foram mantidas sem tratamento, para verificar a evolução da doença. Os sujeitos da pesquisa foram impedidos de ter acesso ao tratamento, mesmo após este já estar disponível na rede de saúde pública dos Estados Unidos, desde a década de cinquenta. Este estudo só foi interrompido em 1972, por pressão da opinião pública, após divulgação na imprensa. No Estudo Milgran, realizado pelo Departamento de Psicologia da Universidade de Yale, no final da década de 1960, recrutaram-se voluntários para uma pesquisa fictícia sobre memória e aprendizagem, onde se buscava verificar o grau de obediência à autoridade dos pesquisados, deliberadamente enganados e submetidos a constrangimento e sofrimentos psicológico" (Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo: FACHIN, Luiz Edson (coords.). *O direito e o tempo*: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 416).
[19] FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. In: *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005, p. 58.

todo o ordenamento à luz dos ditames constitucionais em prol da reconstrução do sistema vigente a partir de uma índole mais humana e solidária, tendo como bússola axiológica a própria dignidade humana.

Não é por menos que grande parte da doutrina convencionou denominar esse movimento, no domínio do direito privado, de repersonalização, no intuito de demonstrar a centralidade que a pessoa humana passara a (re) desempenhar no ordenamento. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo, "a repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário".[20]

Tendo em vista a consideração de que a historicidade e a relatividade[21] são atributos indissociáveis dos institutos jurídicos e, à medida que se entende o Direito como realidade sociocultural, isso implica no entendimento de que pessoa e personalidade são conceitos derivados de construções jurídicas localizadas espacial e temporalmente. Isto impõe a necessidade de se verificar o que se entende por "pessoa humana" e qual o papel que lhe cabe atualmente em nosso sistema jurídico. Para tanto, é preciso rastrear os sentidos do vocábulo pessoa no mundo jurídico[22] e sua compreensão contemporânea à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A mudança paradigmática operada pela Constituição da República de 1988 elevou a pessoa humana à categoria central do ordenamento jurídico brasileiro. Essa centralidade se impõe à medida que a dignidade da pessoa humana confere unidade axiológica a todo o sistema normativo, exigindo uma releitura de todas as normas infraconstitucionais à luz dos valores maiores albergados na Carta Magna.

Conceituar a pessoa humana no atual contexto de reconstrução da categoria do ser no direito civil contemporâneo não é uma tarefa simples, principalmente a partir do valor intrínseco da dignidade reconhecido a todas as pessoas humanas. Desse modo, pode-se afirmar que um dos consensos a respeito do conceito de pessoa advém da "posição

---

[20] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. In: *Revista de Informação Legislativa*, ano 36, n. 141, Brasília, jan./mar., 1999, p. 103.

[21] Para essa orientação metodológica relativa à historicidade e relatividade dos institutos jurídicos remete-se, por todos, a PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137-143.

[22] Segundo Paulo Nader, "a terminologia consagrada pelo sistema brasileiro, *pessoa natural* e *pessoa jurídica*, para designar, respectivamente, o individual e o coletivo, não é a mais adequada, porque, na realidade, ambas são pessoas jurídicas. Daí Eduardo Garcia Máynez, entre outros autores, preferir nomeá-las por *pessoa jurídica individual* e *pessoa jurídica coletiva*. Em seu famoso 'Esboço', Teixeira de Freitas propôs as denominações *de existência visível* e *de existência ideal*, acolhidas, posteriormente, pelo Código Civil argentino" (*Introdução ao estudo do direito*, Op.cit., p. 283-284). Neste trabalho, se optou pela terminologia de pessoa e pessoa humana para designar a pessoa natural, reservando o termo pessoa jurídica para os entes coletivos.

privilegiada na experiência jurídica ocidental, resultado de longa elaboração histórica, influenciada por diversas concepções filosóficas, assim, como pela rica aventura semântica de seu suporte vocabular".[23] Em outras palavras, já se disse que o "conceito jurídico de pessoa humana não nos foi concedido, mas arduamente construído".[24]

A etimologia do vocábulo *pessoa* deriva do substantivo latino *persona*,[25] cujas raízes repousam na palavra grega *prósopon*,[26] que originalmente servia para designar a máscara que os atores usavam com o objetivo de fazer ressoar às suas vozes. Gustavo Pereira Leite Ribeiro ressalta que "em sua evolução semântica, o termo [pessoa] passou a denominar o personagem representado e, a seguir, estendeu o seu sentido para indicar o ser humano".[27]

Ao tratar das transformações do conceito de pessoa, Judith Martins-Costa menciona que uma das dificuldades do Direito atual se encontra, em larga medida, "na distância entre duas ideias-chave: a de *sujeito de direito como elemento da relação jurídica*, de um lado, e, de outro, a de *pessoa humana como valor-fonte do ordenamento*".[28] Considerando a distância que medeia essas ideias-chave, Judith Martins-Costa pondera que é preciso cautela para examinar o conceito de pessoa, pois são inúmeros os obstáculos que se colocam.[29] Surge, assim, a seguinte indagação: "Será o mesmo falar-se em *pessoa humana*, *sujeito de direito*, *indivíduo*, *ser humano*, ou *homem* (enquanto indicativo de *gênero humano*), expressões que, no mais das vezes, são tomadas umas pelas outras?"[30] A partir do campo de estudo da História, a resposta seria negativa, pois se leva em conta que a linguagem é uma convenção

---

[23] RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 177.

[24] FIUZA, César. Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade. In: *Revista dos Tribunais*, ano 100, v. 914, São Paulo: Revista dos Tribunais, dez., 2011, p. 76-77.

[25] César Fiuza registra que "na sociedade romana, encontrou-se a acepção latina 'persona', do verbo latino 'personare' que tinha o sentido de ecoar, fazer ressoar. A 'persona' era a máscara que os atores adaptavam ao rosto, com o intuito de dar eco às suas falas" (Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade, Op.cit., p. 77); Diogo Luna Moreira leciona que "originariamente, a palavra pessoa se referia às *máscaras* utilizadas pelos atores greco-romanos, através das quais podiam ampliar as suas vozes (*per-sonare*) e expressar os sentimentos de personagens retratados. Ligado a essa ideia de máscara (*prósopon*), o termo *persona* passou a ser utilizado também para identificar um *status* social do indivíduo humano" (MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada*: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. XVII).

[26] "Na etimologia do vocábulo, encontramos na cultura helênica a expressão 'prósopon' significativa de máscara utilizada pelos atores gregos em suas encenações". FIUZA, César. Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade, Op.cit., p. 77.

[27] RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil, Op.cit., p. 177.

[28] MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação). Tese de livre-docência em direito civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003, p. 21.

[29] Ibid. p. 22.

[30] MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação), Op.cit., p. 19 (grifos no original).

legitimada pelo uso e, por isso, "dotada de significados que variam no tempo e espaço".[31] No entanto, no universo jurídico verifica-se hoje uma sinonímia entre esses vocábulos, sendo forçoso reconhecer que nem sempre foi assim.

Judith Martins-Costa registra que "a expressão 'sujeito de direito' é uma invenção moderna e o termo 'indivíduo' não tinha o sentido que tem para nós".[32] Imputa-se a Thomas Hobbes a formação da concepção de pessoa como indivíduo, em meados do século XVII. Segundo o filósofo, "uma pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro".[33] A pessoa era vista como representação, confundindo-se com o papel social desempenhado.

Com base nos ensinamentos de Bartolomé Clavero, Judith Martins-Costa esclarece que "no alvorecer da Modernidade, *persona* designava, tecnicamente, a faculdade social ou a legitimação processual para atuar no mundo do direito em nome de interesses próprios, de interesses alheios, mediante mandato, de modo que se dizia que *um indivíduo tinha pessoa*"[34]. Nessa senda, cabe registrar que inserido na teia de significações do mundo do Direito, "a pessoa que constituía o sujeito, causando sua capacidade de ser e atuar não era nem o indivíduo nem o ser humano, mas a *posição social e processual* configurada pela ordem estabelecida".[35]

Tal concepção de pessoa como representação foi fortemente assimilada em nossa ordem jurídica entre os séculos XIX e XX, como demonstra Judith Martins-Costa:

> Não tinha pessoa o escravo, e também a mulher, no Código Comercial de 1850, para comerciar; também não a tinha, na Codificação de 1916, para uma miríade de efeitos, entre os quais o determinar-se a si mesma, se casada fosse; não "tinham pessoa" os não-proprietários para exercer seus mais elementares direitos políticos, como o direito de representação pelo voto, até 1932, quando acaba o voto censitário por força da expansão do ideário positivista.[36]

No decorrer do século XIX, surgiu a noção de pessoa enquanto ser com direito subjetivo. O filósofo Victor Cousin já assegurava que "nossa primeira propriedade é nós mesmo, é o nosso eu, é nossa liberdade, é nosso pensamento: todas as outras propriedades

---

[31] Id.
[32] Ibid. p. 22.
[33] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* (coleção Os pensadores). Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974, p. 101, *apud*, MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação), Op.cit., p. 23.
[34] MARTINS-COSTA, Judith. Op.cit., p. 25.
[35] Ibid. p. 29-30.
[36] Ibid. p. 30-31.

derivam desta, e refletem-na".[37] A evolução semântica da palavra pessoa precisou fincar algumas premissas para assentar a ideia de *ser pessoa* como *ser sujeito de direitos e liberdades*, entre elas: "a) discernir entre ser humano e pessoa, b) assentar que somente os seres humanos são pessoas, c) reconhecer que todos os seres humanos são pessoas, d) conectar aos seres humanos, qualificados como pessoas, certos atributos; e) e, finalmente, unificar e universalizar esses atributos num só, a capacidade jurídica."[38]

A formulação teórica que produziu a identidade entre pessoa e indivíduo, enquanto sujeito de direitos subjetivos, se projetou e cristalizou sobre todo o pensamento jurídico da época, conforme observou Judith Martins-Costa:

> Estavam definitivamente tecidas as tramas semânticas entre pessoa, propriedade, liberdade, direito subjetivo que conformarão a nossa mentalidade, o nosso Direito, a própria concepção de "Direitos Humanos" e até mesmo a de direitos da personalidade: a pessoa é o sujeito, autor e destinatário do direito. Mas é, paradoxalmente, sujeito e objeto de um direito de propriedade, o seu próprio, direito voltado sobre o próprio "eu"; o indivíduo é a pessoa e ser pessoa significa a capacidade para atuar na ordem jurídica como proprietário.

Infere-se que o discurso jurídico tradicional reduzia a pessoa natural à categoria de sujeito de direitos (subjetivos), conquanto fosse aquele detentor de personalidade e, portanto, capaz de titularizar direitos e obrigações na órbita civil, polarizando os extremos da relação jurídica. Assim, "pessoa é o sujeito de direito em plenitude, capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos".[39]

Sob essa ótica, costuma-se definir os sujeitos de direitos como um dos elementos da relação jurídica.[40] Conforme Manuel A. Rodrigues de Andrade, os elementos mesmo "sendo estranhos à estrutura interna da relação jurídica, todavia são necessários para que a relação tenha existência".[41] Emergiu, assim, a paridade entre pessoa e sujeito de direitos, sendo este último qualificado como elemento subjetivo de determinada relação jurídica. Os sujeitos da relação jurídica eram, portanto, definidos como "os pontos terminais da linha em que figuramos a relação jurídica; são os suportes desta relação; as pessoas entre as quais ela se estabelece".[42]

---

[37] COUSIN, Victor. *Cours d'histoire de lam philosophie morale ao dix-huitième siècle, professé à la Faculté de Lettres en 1819 et 1820*, Paris, 1834-42, T. 1, p. 11, *apud*, MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação), p. 37.
[38] MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação), p. 37-38.
[39] LÔBO, Paulo. *Direito civil*: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 96.
[40] Segundo Manuel A. Rodrigues de Andrade, costumam-se enumerar como elementos da relação jurídica "os sujeitos, o objecto, o facto jurídico e a garantia." (*Teoria geral da relação jurídica*, v. I, sujeitos e objecto, reimp., Coimbra: Almedina, 1997, p. 19)
[41] ANDRADE, Manuel A. Rodrigues de. *Teoria geral da relação jurídica*, p. 19.
[42] Id

Gustavo Pereira Leite Ribeiro pontua que "o vocábulo pessoa pode assumir diversos significados, em função do contexto no qual é utilizado ou estudado. Na acepção jurídica, designa o ente a quem se atribui direito e obrigações. É o sujeito de relações jurídicas. É o centro de imputação de situações jurídicas. É o sujeito de direito. É o destinatário de normas jurídicas. É o ator que pode desempenhar diferentes papéis no cenário jurídico".[43]

Segundo Francisco Amaral, o termo pessoa "tem um significado vulgar e outro jurídico".[44] Em sentido comum, "pessoa é o ser humano, mas tal sentido não serve ao Direito, que tem vocabulário específico", enquanto que, na linguagem jurídica, "pessoa é o ser com personalidade jurídica, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. [...] Pessoa é o ser humano como sujeito de direitos".[45]

De acordo com o mesmo autor, opõem-se duas concepções a respeito da noção de pessoa após longa evolução semântica do termo. Para os naturalistas, "todos os indivíduos têm personalidade, considerada inerente à condição humana como atributo essencial do ser humano, dotado de vontade, liberdade e razão".[46] Por outro lado, a concepção formal, "própria da ciência jurídica positivista, a personalidade é atribuição ou investidura do direito. Pessoa e ser humano não coincidiriam. Pessoa não seria o ser humano dotado de razão, mas simplesmente o sujeito de direito criado pelo direito objetivo".[47]

Essa perspectiva estruturante e formalista da noção de pessoa como sujeito de direito (subjetivo) e de mero elemento da relação jurídica, dotado de personalidade jurídica, acaba por se demonstrar como reducionista e artificial, uma vez que funciona como "máquina de exclusão de seres humanos"[48] e descura da complexidade da realidade social a ponto de obscurecer as dimensões da pessoa humana. De fato, à medida que buscava contemplar num conceito único a categoria da pessoa no universo jurídico, ampliando-se para abarcar as pessoas coletivas (jurídicas), olvidou-se que no epicentro do Direito se encontra a pessoa humana, um ser complexo e dotado de múltiplos atributos que a qualificam e a dignificam.

Reduzir a pessoa humana a mero elemento subjetivo das relações jurídicas, como sujeito de direitos subjetivos, frustra a exigência de conduzir a pessoa humana a categoria central do ordenamento jurídico, sobretudo de garantir e efetivar as dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana. Rose Melo Vencelau Meireles, por sua vez, esclarece que a

---

[43] RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Op.cit., p. 177-178.
[44] AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 7. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 252.
[45] Id
[46] Ibid, p. 253.
[47] Id
[48] MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação), p. 73.

"pessoa *é* em si, não apenas tem para si titularidades. O ser alcança patamar central nos valores constitucionais. Consequentemente, as categorias do ser não podem permanecer marginalizadas, como outrora".[49]

Diogo Luna Moureira leciona que há uma diferença entre a *qualidade de ser humano* e a *condição de ser pessoa*, "posto que ambos, apesar de poderem ser interpretados como conceitos idênticos pelos desavisados, diferem entre si na medida em que seus conteúdos são distintos".[50] Segundo o autor, é preciso ressaltar que a pessoalidade é "apenas construída no interior de uma esfera de relações na qual a autonomia privada e a alteridade se efetivam, ser pessoa pressupõe um *condição* que difere de uma mera *qualidade* atribuída a uma espécie, permitindo que esta seja chamada de homem".[51] Nessa ótica, "para o Direito não é suficiente afirmar que a *pessoa* é um ser humano simplesmente porque integra uma determinada espécie [...]. Ser pessoa é ser alguém além de ser apenas humano".[52]

Paulo Lôbo assevera que pessoa é "atributo conferido pelo direito, ou seja, não é conceito que se extrai da natureza. É, portanto, conceito cultural e histórico, que o direito traz para seu âmbito".[53] Na legalidade constitucional, a pessoa humana é mais do que mero titular de situações jurídicas subjetivas. Ela é, ao mesmo tempo, alvo de todo arcabouço protetivo dos atributos essenciais à sua dignidade, voltados à tutela e à promoção do livre desenvolvimento da personalidade em sentido objetivo. A pessoa humana se torna, portanto, central e de valor nuclear do ordenamento jurídico. É forçoso reconhecer que o atual conceito de sujeito de direito é mais amplo do que o de pessoa. Consoante lição do mesmo autor, "há sujeitos de direito que não são pessoas físicas ou jurídicas".[54] Sujeitos de direito seriam, portanto, "todos os seres e entes dotados de capacidade para adquirir ou exercer titularidades de direitos e responder por deveres jurídicos".[55] Paralelamente, se posiciona César Fiuza: "Pessoa é uma coisa, sujeito de direitos é outra. Sujeito de direitos é o titular de direitos e deveres na ordem jurídica. [...] Assim, toda pessoa é essencialmente um sujeito de direitos, mas o sujeito de direitos não é essencialmente pessoa."[56]

---

[49] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 16.
[50] MOUREIRA, Diogo Luna. Op.cit., p. 96.
[51] Ibid. p. 98.
[52] Id. O mesmo autor conclui que "o conceito de pessoa está sempre aberto porque todo alguém que tiver a capacidade de vincular-se a uma justificativa racional e a uma norma cuja elaboração ele participa, não há dúvida que seja pessoa" (MOUREIRA, Diogo Luna. Op.cit., p. 268).
[53] LÔBO, Paulo. *Direito civil*, p. 96.
[54] Ibid. p. 99.
[55] Ibid., p. 96.
[56] FIUZA, César. Op.cit., p. 87.

Pode-se dizer que as pessoas são sempre titulares das situações jurídicas subjetivas, nas quais o centro de interesse tutelado pelo ordenamento lhe é pertinente, conquanto nem sempre o núcleo do interesse merecedor de tutela encontre um titular qualificado como pessoa, nos termos já vistos, mas pode-se confrontar com um titular desprovido de personalidade. Nesses casos, percebe-se que titularidade e personalidade nem sempre coincidem. Na medida em que se distinguiu a noção clássica de "direito subjetivo" e se passou a adotar a de "situações jurídicas subjetivas" se permitiu que a titularidade se destacasse do exercício, oportunizando que a titularidade de determinada situação fosse atribuída a um ente despersonalizado.

Em que pese tal entendimento, que será melhor analisado ao longo deste capítulo, pode-se afirmar que um dos atributos que confere a condição de pessoa nos termos hoje codificados é a personalidade jurídica. A dimensão normativa da pessoa humana implica a aptidão para titularizar direitos e deveres na ordem jurídica, o que não exclui a consideração das dimensões reflexiva e operacional,[57] por exemplo. De todo modo, sem desconsiderar as demais, ser pessoa é, antes de tudo, e não só, ser sujeito de direito, desde que concretamente considerado em suas relações com os demais.

Segundo Jüngen Habermas:

> A individualização da história de vida realiza-se por meio da socialização. Aquilo que, somente pelo nascimento, transforma o organismo numa pessoa, no sentido completo da palavra, é o ato socialmente individualizante de admissão no contexto *público* de interação de uma mundo da vida partilhado intersubjetivamente. Somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas, que vão *ao seu encontro*, que lhe dirigem a palavra e podem conversar com ela. O ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa "já pronta".[58]

Atualmente, a partir do nascimento com vida, todo ser humano, enquanto tal, tem personalidade jurídica. Heloisa Helena Barboza ressalta que "este reconhecimento é uma

---

[57] Leciona Diogo Luna Moureira: "Ser pessoa é ser livre para assumir a titularidade das coordenadas de uma pessoalidade construída pela própria pessoa com os outros. Trata-se de uma dimensão reflexiva da própria racionalidade. Todo homem tem liberdade para ser pessoa na medida em que pode assumir a sua pessoalidade." Com base nos ensinamentos de Lúcio Antônio Chamon Júnior, o autor assume que o "conceito de pessoa – e aqui certamente refere-se ao conceito operacional de pessoa a partir da Teoria do Direito – não pode ser jogado para fora do Direito nem tampouco se compreendido como uma realidade *ex ante*. [...] Lúcio Antônio Chamon Júnior defende a tese de que a personalidade jurídica deve ser compreendida como um 'centro de imputação de direitos e deveres', que não pode ser fixada como categoria *a priori*, mas sim buscada na *práxis*, em cada situação jurídica. Trata-se da construção do referencial subjetivo da situação jurídica a partir de cada caso concreto, que não se confunde com a perspectiva da pessoalidade [...]. A personalidade jurídica é, pois a qualificação construída e reconstruída na *práxis* do Direito, como um centro referencial para a imputação de direitos e deveres" (MOUREIRA, Diogo Luna. Op.cit., p. 100, 193, 195-196).

[58] HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 49 (grifos no original).

notável conquista do direito moderno, o que não ocorreu em outras épocas".[59] A igualdade entre os gêneros impõe a preferência pelo uso do "termo pessoa para indicar o homem como ator do mundo jurídico",[60] o que foi, em feliz hora, absorvido pela legislação civil que alterou a expressão "todo homem é capaz de direitos e deveres na ordem civil", inserta no art. 2º do Código Civil pretérito, para a atual referência à pessoa no art. 1º do Código Civil vigente. Conforme a mencionada autora, a "personalidade em sentido jurídico é a aptidão reconhecida pela lei para tornar-se sujeito de direitos e deveres; como pressuposto da concreta titularidade das relações, a personalidade corresponde à capacidade jurídica", assim, compreende que a "personalidade é a qualidade inerente ao ser humano que o torna titular de direitos e deveres, sendo pessoa os que a têm".[61]

A respeito da conformação da noção de personalidade à luz da tábua axiológica constitucional, Heloisa Helena Barboza entende que:

> Numa visão contemporânea, a personalidade é uma qualidade, própria da condição humana, de pertencer à comunidade jurídica. Trata-se de uma exigência da dignidade humana que se impõe ao direito. O reconhecimento do homem como pessoa pela ordem jurídica é mais do que reconhecê-lo como sujeito de direito ou ter capacidade jurídica. Significa que as normas jurídicas devem ser criadas e aplicadas tendo em conta a dignidade do homem como pessoa e seus atributos.[62]

Conforme se percebe, embora sejam conceitos nucleares na renovada ordem jurídica, permanecem nebulosos os conceitos e sentidos de pessoa e personalidade, que, embora sejam próximos, não se confundem.

Cabe lembrar que a personalidade jurídica, em sua acepção clássica, exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, caracterizando o sujeito de direitos e habilitando-o a integrar as relações jurídicas. A rigor, a personalidade vista sob uma

---

[59] BARBOZA, Heloisa Helena. Verbete Capacidad. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Director). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Tomo I, a-h, Granada: Biblioteca Comare de Ciencia Jurídica, 2011, p. 324 (tradução livre). No original: "Este reconocimiento es una notable conquista del derecho moderno, lo que no occurrió en otras épocas."

[60] Ibid, p. 324 (tradução livre). No original: "Hoy se usa el término persona para indicar al hombre como actor del mundo jurídico."

[61] Id. No original: "Personalidad en sentido jurídico es la aptitud reconocida por la ley para volverse sujeto de derechos y deberes; como presupuesto de la titularidad concreta de las relaciones, la personalidad corresponde a la capacidad jurídica. La personalidad es la cualidad inherente al ser humano que lo torna titular de derechos y deberes, siendo persona aquellos que la tienen."

[62] Ibid. p. 235 (tradução livre). No original: "En una visión contemporánea, la personalidad es la cualidad, propia de la condición humana, de pertenecer a la comunidad jurídica, la cual se concede a ciertas organizaciones sociales. Se trata de una exigencia de la dignidad humana que se impone al derecho. El reconocimiento del hombre como persona por el orden jurídico es más que reconocerlo como sujeto de derecho o tener capacidad jurídica. Significa que las normas jurídicas deben ser creadas y aplicadas teniendo en cuenta la dignidad del hombre como persona y sus atributos."

perspectiva estrutural sempre foi tomada em sua acepção subjetiva, indicando a titularidade das relações jurídicas.[63]

No entanto, ao arrepio dos defensores da teoria negativista, a doutrina foi se sensibilizando a ponto de admitir que a personalidade também pode significar o "conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento".[64] San Tiago Dantas já apontava que o termo personalidade poder ser tomado em duas acepções:

> [...] a palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos da personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificadas como a personalidade.[65]

A personalidade passa a conceber, ao menos, duplo sentido. Sob o ponto de vista subjetivo, identifica-se com a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, enquanto que sob o aspecto formal se revela "como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico", que configuram os direitos da personalidade.[66]

Gustavo Tepedino, ao se debruçar sobre o tema, observou:

> É que a personalidade, a rigor, pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural (atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas), em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como elemento subjetivo das situações jurídicas. De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico.[67]

Neste último sentido é que se aborda os chamados direitos da personalidade,[68] que, após conturbado trajeto afirmativo no campo doutrinário,[69] foi finalmente objeto de

---

[63] TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29.
[64] Id.
[65] DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 192.
[66] TEPEDINO, Gustavo, Op.cit., p. 25-62.
[67] Ibid, p. 26-27.
[68] A respeito do tema remete-se a, em doutrina estrangeira, CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. Na doutrina nacional, além dos já mencionados, recomenda-se DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35-58; SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011; e Os Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231-264; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2.

preocupação sistemática do legislador no Código Civil de 2002, reservando-lhe um capítulo específico que não ficou imune às mais duras críticas. Ainda assim, a doutrina civil-constitucional tem se dedicado a promover uma releitura mais adequada desses dispositivos à luz da legalidade constitucional, de modo a efetivar e concretizar a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana.[70] Sob a perspectiva da metodologia civil-constitucional, tem-se que as situações jurídicas existenciais são proeminentes sobre as patrimoniais,[71] o que justifica a relevância dos direitos da personalidade em nosso ordenamento.

A valorização da pessoa humana em sua dimensão existencial no âmbito do direito civil demonstra a preocupação com o livre desenvolvimento da personalidade e com o respeito à sua dignidade.

1.2 **O tratamento do nascituro no cenário normativo nacional**

No Brasil, o legislador infraconstitucional optou por adotar como instante para a atribuição da personalidade o nascimento com vida, o qual é aferido na primeira troca oxicarbônica com o ambiente.[72] O Código Civil de 2002 manteve o mesmo critério adotado pelo Código Civil de 1916, sem adicionar outros requisitos condicionantes como preferiram ordenamentos alienígenas.[73] Talvez fruto da discussão centenária acerca da extensão da

---

ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005; BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

[69] Leciona Gustavo Tepedino que: "Destacam-se, antes de mais, as chamadas teorias negativistas (Roubier; Unger; Dabin; Savigny; Thon; Von Tuhr; Enneccerus; Zitelmann; Crome; Iellinek; Ravà; Simoncelli, dentre outros), que, no século passado, refutaram a categoria dos direitos da personalidade. Afirmava-se, em síntese estreita, que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada objeto deles. Tratar-se-ia de contradição lógica. Segundo a famosa construção de Savigny, a admissão dos direitos da personalidade levaria à legitimação do suicídio ou da automutilação, sendo também eloquente a objeção formulada por Iellinek, para quem a vida, a saúde, a honra, não se enquadrariam na categoria do ter, mas do ser, o que os tornaria incompatíveis coma noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio" (TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro,cit., 2004, p. 25).

[70] Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 121-148; SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011; e Os Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: FACNIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. *Diálogos sobre Direito Civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231-264; e, DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Parte geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35-58.

[71] Por todos, ver MORAES, Maria Celina Bodin, Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 121-148.

[72] Relata Heloisa Helena Barboza: "Para a doutrina dominante, caracteriza o nascimento com vida a troca oxicarbônica no meio ambiente, ou seja, há vida a partir do primeiro momento em que o feto respira com seus pulmões, ainda que não tenha sido cortado o cordão umbilical – se respirou, viveu" (Autonomia em face da morte: alternativa para a eutanásia? In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. *Vida, morte e dignidade humana*. Rio de Janeiro: GZ, 2010, p. 33).

[73]Os romanos, por exemplo, exigiam, além do nascimento e da vida extrauterina, a forma humana do recém-nascido. Segundo Alexandre Ferreira Assumpção Alves: "Não se consideravam pessoas o *monstrum*, o

personalidade aos nascituros, o Código Civil atual, na linha do anterior, previu expressamente a salvaguarda dos direitos do nascituro desde a concepção.

A disposição contida no art. 4º do Código Civil de 1916,[74] que corresponde ao art. 2º do vigente Código Civil,[75] com pequenas modificações textuais que não alteram substancialmente o dispositivo, atribui personalidade civil no momento do nascimento com vida. Além disso, assegura os direitos do nascituro desde a concepção, desafia a doutrina nacional há décadas na busca da exegese mais adequada.

O Código Civil de 2002, na linha do anterior, prevê expressamente direitos ao nascituro, como o direito a se beneficiar de doação (art. 542)[76] e de herança (art. 1.798),[77] o direito ao reconhecimento de paternidade (art. 1.609, parágrafo único)[78] e o direito à curatela (art. 1.779).[79] Nas últimas décadas, outras leis infraconstitucionais reforçaram a proteção do nascituro, a exemplo da Lei n. 8.069/1990, que assegurou o direito à assistência pré-natal (art. 8º), e a Lei n. 9.434/1997, que procurou resguardar o direito à saúde e integridade física do nascituro ao proibir a gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes do corpo (art. 9º, § 7º), e a Lei n. 11.804/2008, que regulamentou os denominados alimentos gravídicos. Depreende-se, portanto, que nossa legislação é pródiga no tocante à previsão de direitos do nascituro, salvaguardando seus interesses desde a concepção.

No plano internacional, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos e incorporada no ordenamento brasileiro no Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe em seu art. 4º, que trata do direito à vida, mais especificamente no item 1, que: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente." O documento internacional revela, nesse ponto, a preocupação com a proteção do nascituro, especificamente com a salvaguarda da vida intrauterina.

---

prodigium e o *portentum*, termos interpretados pelos glosadores como designativos de crianças com forma animalesca, ou deformidades físicas graves, que era fantasiosamente atribuídas a *coitus cum bestia*" (O elemento subjetivo da relação jurídica: Pessoa física, pessoa jurídica e entes não personificados. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5., jan./mar., 2001, p. 27).

[74] Código Civil, 1916: "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."

[75] Ibid.

[76] Código Civil, 2002: "Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal."

[77] Código Civil, 2002: "Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão."

[78] Código Civil, 2002: "Art. 1.609. [...] Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes."

[79] Código Civil, 2002: "Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro."

O reconhecimento do direito à vida do nascituro é extraído pela doutrina da criminalização do aborto, à medida que o Código Penal tipifica as condutas do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124)[80] e aborto provocado por terceiro com ou sem consentimento da gestante (arts. 125 e 126).[81] Por outro lado, o próprio legislador penal afastou a punibilidade nos casos em que o aborto é praticado pelo médico em razão de não haver outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, inc. I) ou nos casos em que a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante, sendo que, nas hipóteses em que a mulher grávida é incapaz, o consentimento deve ser dado por seu representante legal (art. 128, inc. II).[82]

Embora os casos de aborto permitidos na legislação penal sejam bastante restritos, o Supremo Tribunal Federal (STF) admitiu no julgamento da ADPF n. 54 a possibilidade de interrupção da gestação quando se tratar de feto anencefálico. Considerando a laicidade do Estado brasileiro, o STF decidiu que a prática de antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico não configura crime de aborto tipificado pelo Código Penal,[83] buscando sobretudo resguardar os direitos fundamentais da gestante, entre eles a integridade psicofísica e a liberdade sexual e reprodutiva e preservando, assim, a dignidade da gestante. A decisão da Corte demonstra que o direito à vida do nascituro não é absoluto, podendo ser afastado, em alguns casos, em razão dos direitos fundamentais da gestante, ainda que sem previsão expressa de excludente de ilicitude no Código Penal.

Em que pese tal decisão, observa-se que os direitos assegurados ao nascituro em documentos internacionais, no Código Civil e em leis esparsas reforçam a tutela do direito à vida, seja de maneira expressa, como o fez o Pacto de São José da Costa Rica, seja

---

[80] Código Penal: "Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento: Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos."

[81] Código Penal: "Aborto provocado por terceiro: Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de três a dez anos. Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência."

[82] Código Penal: "Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal."

[83] "O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012." BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno, ADPF n. 54/DF, Relatoria: Min. Marco Aurélio, julg. 12 abr. 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jun. 2012.

indiretamente, através, por exemplo, do reconhecimento do direito aos alimentos gravídicos, como regulamentado na Lei n. 11.804/2008. Tal constatação tem levado a doutrina a menosprezar cada vez mais a tese da mera expectativa de direitos, em prol de outras construções teóricas que asseguram com maior efetividade os direitos reconhecidos ao nascituro, sobretudo aqueles de caráter extrapatrimonial.

Considerando o costumeiro entendimento em sede doutrinária de que o reconhecimento de direitos pressupõe a concessão da personalidade civil, visto que a titularidade desses direitos dependeria do gozo pleno da personalidade, nas últimas décadas surgiram e ganharam força as teorias da personalidade condicional e, principalmente, a concepcionista. Conforme se percebe, a compreensão da qualificação jurídica do nascituro e suas controvérsias traz como pano de fundo a própria discussão a respeito do início da personalidade jurídica.

Observa-se que a defesa da extensão da personalidade jurídica aos nascituros tem crescido na doutrina[84] e na jurisprudência nacionais,[85] ainda que não se possa falar em consensos. Aliás, não só a personalidade formal tem transbordado suas fronteiras conceituais, como igualmente se expande a tese do alcance dos direitos de personalidade aos nascituros.[86]

---

[84] Cf. ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*,cit., *passim*; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. In: *Revista de Direito Privado*, ano 30, n. 251, abr./jun., 2006. AMARAL, Francisco. Direito civil: introdução. 6. ed., rev., atual. e aum., Rio de Janeiro: Renovar, 2006; ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*, cit.; FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil.* 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1994; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, v. I, Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

[85] Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Evolução e tendências. In: *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 20, 2007, p. 222-232. V. na jurisprudência: "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS). INDENIZAÇÃO JÁ CONCEDIDA À ESPOSA DA VÍTIMA". Na íntegra da ementa: "1. Considerando o dano moral como a lesão a direito da personalidade, deve-se admitir a caracterização de dano moral em relação ao nascituro, pois, além de seus direitos estarem resguardados (art. 2º, do CC/2002), à luz da teoria concepcionista, é o nascituro sujeito de direito. Precedentes do e. STJ" (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no AREsp n. 150297/DF, Terceira Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julg. 23 abr. 2013, publ. 07 maio 2013). "APELAÇÃO CÍVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. AUTORA QUE, INTERNADA EM TRABALHO DE PARTO, FOI VÍTIMA DE ABUSO SEXUAL PRATICADO POR MÉDICO DE PLANTÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRRESIGNAÇÃO DOS AUTORES E DA SEGUNDA RÉ. [...] Responsabilidade objetiva da clínica. Dano moral configurado. Quanto a primeira autora, dano *in re ipsa*. No que refere à segunda autora, aplica-se a teoria concepcionista**.** Necessidade de comprovação do dano. Ausência de impugnação no recurso de apelação da segunda Ré. Redução do quantum. No que concerne ao terceiro autor, marido da vítima, vislumbra-se o dano reflexo ou em ricochete. Verba compensatória dos danos que deve cumprir sua função punitivo-pedagógica. Majoração do valor compensatório relativo ao primeiro e terceiro Autores. [...]" (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro*. Apelação n. 0006295-83.2005.8.19.0063, 16ª C.C., Relator Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, julg. 22 nov. 2011).

[86]CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade do nascituro. In: *Revista do Advogado* (São Paulo), São Paulo, n. 38, 1992, p. 21-30, e Bioética e direitos de personalidade do nascituro. In: *Scientia Iuris*

Conforme se vê, há em curso um movimento expansionista para atribuir a personalidade subjetiva e objetiva aos seres em formação no útero.

1.2.1 A abrangência e o alcance do conceito de nascituro no direito civil contemporâneo

Tradicionalmente, o nascituro é caracterizado como o ser já concebido mas que ainda se encontra no ventre materno.[87] Essa delimitação conceitual encontra suas raízes no período republicano da Roma Antiga, tendo em vista que desde essa época se utilizava o termo técnico *qui in utero sunt* (aqueles que estão no útero) para se referir ao nascituro.[88]

Convém, desde logo, consignar que o direito romano não apresentou uma orientação uniforme quanto à qualificação jurídica do nascituro, conforme lição de André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria.[89] Nos dizeres dos citados autores, "parece-nos certo não haver no direito romano uma 'doutrina' uniforme sobre a condição do nascituro, problema que não pode ser apresentado em uma única fórmula, numa condensação mágica de textos contraditórios".[90]

Alguns romanistas registraram que no direito romano o nascituro, "antes de dado à luz, é uma parte da mulher ou de suas vísceras",[91] e que, portanto, se admitia o início da personalidade apenas no nascimento com vida.[92] Nesse sentido, José Carlos Moreira Alves ensina que o nascituro "não é [...] ser humano – não preenche ainda o primeiro dos requisitos necessários à existência do homem: o nascimento".[93] O mencionado autor ressalva, no entanto, que "desde a concepção, já é protegido", visto que a partir dos "princípios que foram enunciados pelos jurisconsultos clássicos, surgiu, no direito justinianeu, a regra geral de que o

---

(UEL), v. 7/8, 2003, p. 87-104. Ver, ainda, NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

[87] RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 36.

[88] CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. A propósito do artigo 2º do Projeto de Código Civil Brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCO, Rui. *Pessoas e domicílio* (Coleção doutrinas essenciais: direito civil, parte geral; v. 3). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 632.

[89] Sobre o nascituro no direito romano, Cf. MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, p. 12-17; e, CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano, p. 632-634.

[90] MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, p. 15.

[91] PORCHAT, Reinaldo. *Da pessoa física em direito romano*. São Paulo: Duprat & Cia., 1915, p. 9.

[92] ESPÍNOLA, Eduardo. *Sistema de Direito Civil Brasileiro*. vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1938, p. 334.

[93] ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 102.

nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*)".[94]

André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria concluem que "do direito romano post-clássico (sic) veio-nos a orientação considerando o nascituro como nascido, desde que tal ficção lhe fosse favorável".[95] Porém, o principal legado deixado pelo direito romano foram as dúvidas a respeito do início da personalidade civil.[96]

Retornando à questão terminológica, segundo Pierangelo Catalano, "expressões menos frequentes ou mais tardias, como *conceptus*, *liberi nondum nati*, *qui nasci speratur*, encontram, variadamente, reflexos nos Códigos modernos". O autor registra a título de exemplificação que o *Code Napoleón* e o Código Civil espanhol adotaram a terminologia de concebido, enquanto que o Código Civil do Império da Áustria preferiu *Ungeborne Kinder* (criança ainda não nascida). O citado jurista observou, desse modo, que o uso de conceitos concretos, no plano normativo, "pode corresponder a 'paridade' entre *nascituro* e nascido".[97]

Pierangelo Catalano, no entanto, ressalva que a partir das "traduções das obras de Savigny e Windscheid, efetuadas por ilustres romanistas italianos, aprofunda a fratura conceitual entre *nascituros* e nascidos".[98] Isso levou a concluir que a "pandectística e a civilística europeias eliminaram conceitualmente a concretude da relação 'naturalística' entre *qui in utero est* e *homo*, contribuindo, assim, para a negação, no plano normativo, da paridade ontológica".[99]

Na experiência nacional, a influência do pensamento de Augusto Teixeira de Freitas no direito civil pátrio, com a Consolidação e o Esboço, refletiu no uso da expressão *pessoas por nascer*, o que reforçaria a tese da paridade entre concebidos e nascidos, em razão do jurista considerar os nascituros como pessoas já existentes. A bem da verdade, a Consolidação das Leis Civis no seu art. 1º reconhecia aos seres em desenvolvimento no útero materno a condição de pessoas nascidas, assegurando-lhes, no entanto, seus direitos sucessórios no

[94] Ibid, p. 102.
[95] MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, p. 17.
[96] Id.
[97] CATALANO, Pierangelo. *Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano*, p. 632.
[98] Ibid. p. 634.
[99] Id.

momento do nascimento.[100] O jurista esclarece que a parte geral de sua consolidação começa "pelo homem em sua vida preparatória – *nasciturus, venter, qui in utero est*".[101]

No monumental Esboço, Augusto Teixeira de Freitas continua considerando os nascituros como pessoas, mais precisamente como "pessoas por nascer". Nos termos do art. 53 de seu Esboço: "São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno." Esclarece o civilista que as "pessoas por nascer existem, porque, suposto que não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno – *in utero sunt*".[102] Em sua linha de raciocínio, embora as pessoas por nascer ainda não se enquadrem como pessoas visíveis, elas não podem ser consideradas como pessoas futuras, visto que "não são ainda pessoas, não existem".[103] O Esboço dispõe em seu art. 16 que "todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas", razão pela qual disciplina a representação das pessoas por nascer quando lhes competir a aquisição de bens a título de herança ou doação (arts. 54 a 61).

A partir dos enunciados presentes no Esboço, a doutrina costuma apontar duas conclusões que revelam o pensamento de Augusto Teixeira de Freitas. A primeira consiste na assertiva de que "os direitos são integrados ao patrimônio, à titularidade do nascituro"; enquanto que a segunda revela que "são direitos e não meras expectativas que são adquiridos" pelos nascituros.[104]

O Código Civil de 1916 foi promulgado com a modificação do projeto de Clóvis Beviláqua, que em seu art. 3º dispunha originalmente que "a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida". Não obstante, a redação do art. 4º do Código Civil anterior restou com o seguinte teor: "a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro." Com a edição do Código de 1916 nesses termos, preponderou a chamada teoria natalista.[105]

---

[100] "Art. 1. As pessoas considerão-se como nascidas apenas formadas no ventre materno ; a Lei lhes-conserva seus direitos de successão (sic) para o tempo do nascimento." CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS. Publicação autorisada (sic) pelo Governo. Terceira edição mais augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier (Livreiro Editor do Instituto Histórico), 1876.

[101] CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS. Publicação autorisada (sic) pelo Governo. Terceira edição mais augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier (Livreiro Editor do Instituto Histórico), 1876.

[102] FREITAS, Augusto Teixeira. *Esboço do Código Civil*. Brasília, Ministério da Justiça: Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 37.

[103] Ibid, p. 37.

[104] CAMBLER, Everaldo Augusto e *et al*. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, parte geral, v. 1. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 47.

[105] "No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pôde ter sido sujeito de direito (nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação,

Em tempos hodiernos, observa-se, no entanto, que a própria definição clássica doutrinária de nascituro encontra-se em crise. Com as inovações biotecnológicas, especialmente a fertilização *in vitro*,[106] viabilizou-se a fertilização extracorpórea dos gametas masculino e feminino, da qual se origina o chamado embrião humano pré-implantatório.[107] A partir daí, alguns autores têm se posicionado favoravelmente ao alargamento do conceito de nascituro, de modo a abranger os referidos embriões, também chamados embriões excedentários, no conceito jurídico de nascituro, havendo, inclusive, os defensores da personalidade desses.[108]

Silmara Juny de Abreu Chinellato pontua que "nascituro é aquele que está por nascer, já concebido", defendendo um "conceito mais amplo de nascituro – o que há de nascer", a partir do qual é possível contemplar tanto o implantado (nascituro) quanto o embrião pré-implantatório.[109] Chinellato chega, inclusive, a utilizar a expressão "nascituro pré-implantatório"[110] para se referir aos embriões humanos crioconservados.

Cristiane Beuren Vasconcelos aduz que a crise a respeito do conceito de nascituro é "meramente aparente". Segundo a autora, "se a vida humana merece proteção desde a *concepção*, o termo deve ser compreendido dentro de seu significado atual, ou seja, já abarcando a hipótese de ocorrência *in vitro*".[111] Vasconcelos entende, portanto, como "desnecessária [...] a adoção de uma nova terminologia jurídica".[112]

Não há dúvidas de que uma das questões mais tormentosas que integra o temário do biodireito[113] e da bioética diz respeito à proteção jurídica e ética[114] direcionada aos embriões

---

ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa." MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, 1892-1979. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 162-163; "A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimentos com vida são, pois, elementos essenciais para que se inicie a personalidade. [...] Antes do nascimento a posição do nascituro não é, de modo algum, a de um titular de direitos subjetivos; é uma situação de mera proteção jurídica, proteção que as normas dão, não exclusivamente às pessoas, mas até às coisas inanimadas." DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, 1911-1964. *Programa de direito civil*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 133-134.

[106] A fertilização *in vitro* (FIV) – método de reprodução humana assistida extracorpórea – é utilizada com sucesso desde 1978 quando nasceu o primeiro "bebê de proveta" do mundo, Louise Joy Brown, que concretizou a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro.* BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248.

[107] Denominado ainda de excedentários ou supranumerários.

[108] VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano* in vitro *na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, especialmente, p. 72 e ss.

[109] ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato e. *Tutela civil do nascituro,* cit., p. 13-15.

[110] Ibid, p. 13.

[111] VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano* in vitro *na era da biotecnologia,* p. 73.

[112] Id.

[113]Judith Martins-Costa define Biodireito como o "termo que indica a disciplina, ainda que nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das

humanos criados em laboratórios, mas que não foram implantados no útero. A questão da destinação desses embriões vem sendo profundamente discutida em âmbito nacional e internacional.[115]

Na experiência legislativa brasileira, após longo dissenso parlamentar acerca da matéria, o art. 5º, incisos e parágrafos, da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 – Lei de Biossegurança, dispuseram sobre a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos via fertilização *in vitro* e não aproveitadas no procedimento médico.[116] O legislador permitiu a utilização de embriões humanos ou que sejam considerados inviáveis ou que estejam congelados há três anos ou mais na data da publicação da Lei de Biossegurança, ou depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento, se já congelados na data de publicação dessa Lei. Além das exigências previstas nos incisos I e II do art. 5º, é imprescindível, ainda, o consentimento dos genitores para a utilização de embriões para fins de pesquisa e terapia, conforme determina o § 1º.

O mencionado dispositivo foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade n. 3.510, na qual os ministros do STF decidiram, por maioria, ser compatível com os preceitos constitucionais.[117] Considerando que as dimensões do objeto do julgamento extrapolavam os estreitos limites da ciência jurídica, com o propósito de ampliar e permitir a participação da sociedade civil no sentido de oferecer subsídios científicos suficientes aos ministros da Corte Constitucional, foi realizada a primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 20 de abril de 2007, para o espinhoso julgamento da ADin n. 3.510,

---

'exigências máximas' da fundação e da aplicação dos valores morais na práxis biomédica – isto é, a busca do que se 'deve' fazer para atuar o 'bem' – mas do ponto de vista da exigência ética 'mínima' de estabelecer normas para a convivência social". MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. *Revista Trimestral de Direito Civil*. n. 3., Rio de Janeiro: Padma, 2000, p. 64.

[114] Sobre os aspectos éticos no manejo de embriões humanos, sugere-se a leitura de Heloisa Helena Barboza. Estatuto Ético do Embrião Humano. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino (Orgs.). *Direitos Fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527-549; e, para um exame jurídico dos limites da proteção jurídica dispensada aos embriões, remete-se a Heloisa Helena Barboza. Proteção jurídica do embrião humano, cit., p. 248-270.

[115] Cf., por todos, MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, *passim*.

[116] Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005: "Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições: I – sejam embriões inviáveis; ou II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento. § 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores. § 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa. § 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997."

[117] BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Direito de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julg. em 29 maio 2008. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723. Acesso 06 abr. 2013.

impetrada pelo então procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, e que impugnava o art. 5° da Lei n. 11.105/2005.[118]

Em que pesem os dissensos em relação ao conceito de nascituro resultantes principalmente do desenvolvimento das ciências biomédicas, em especial das técnicas de fertilização *in vitro*, que possibilitaram a criação e crioconservação de embriões humanos, é necessário esclarecer que neste trabalho se considera como nascituro o ser já concebido, mas que se encontra no ventre de uma mulher. Independentemente da evolução biotecnológica e biomédica em face das técnicas de reprodução assistida, é necessário fixar os momentos do processo da vida humana e a partir dos quais haverá tutela jurídica, que deve se adequar às peculiaridades de cada uma das fases de desenvolvimento.

Pedro Pais de Vasconcelos ressalta a importância de fixar a terminologia relativa ao nascituro, a fim de se evitar possíveis equívocos. Ele defende que "há que distinguir, a este propósito, a situação de quem ainda não nasceu mas já foi concebido, e a expectativa de alguém vir a ser gerado".[119] Com base na tradição do próprio Direito, de acordo com o autor, deve-se reservar "a designação *nascituro* para aqueles que já foram concebidos e têm vida no seio da mãe, mas ainda não nasceram", sob a justificativa de que a condição do ente por nascer é uma situação transitória e limitada no tempo.[120]

Convém distinguir os *nascituros* dos *concepturos*,[121] tendo em vista que estes, conforme assevera Pedro Pais de Vasconcelos, "não existem, são simples esperanças ou expectativas".[122] O que na verdade existe, segundo o autor, é a possibilidade de um dia vir a ser gerado.[123]

Considerando que os ciclos da vida humana comportam uma proteção jurídica diferenciada, chegando a seu ápice durante a existência da pessoa a partir do nascimento com vida até a morte natural, nos termos dos respectivos arts. 2º e 6º do Código Civil vigente, não se pode olvidar que o ordenamento contempla uma tutela peculiar e adequada às demais fases constitutivas do ser humano. É preciso, no entanto, realmente extremar aqueles que já foram

---

[118] "Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou
II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento."

[119] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010, p. 72.

[120] Ibid. p. 72-73.

[121] Concepturos seriam os embriões ainda não implantados no útero da mulher, ou seja, os embriões crioconservados em laboratórios.

[122] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 73.

[123] Ibid. p. 72.

concebidos e se encontram em gestação – os nascituros – dos embriões que se encontram criopreservados – os concepturos, ou melhor, embriões que não estão sendo gestados. Duas características importam para essa diferenciação e, ao mesmo tempo, justificam sua permanência, a saber: (i) a transitoriedade da condição de nascituro; e, (ii) a proximidade com a qualidade de pessoa, tendo em vista ser a fase imediatamente antecedente ao nascimento com vida, requisito para a atribuição da personalidade jurídica, nos termos da codificação vigente.

Essas, contudo, não são características de que gozam os embriões não implantados no útero de mulher para gestação, na medida em que seu estado de crioconservação pode ser por tempo indefinido e, portanto, seu nascimento é totalmente incerto, e em muitos casos talvez jamais ocorra. Diversamente, o desenvolvimento do nascituro, isto é, do embrião implantado e em gestação, tem termo previsto, e somente pode ser interrompido nos casos de aborto espontâneo ou nas hipóteses em que legalmente pode ser provocado no Brasil. O que convém frisar é que o processo gestacional é um contínuo que culmina no nascimento do ser em gestação que somente é interrompido por força de causas naturais ou pela intervenção humana, enquanto o embrião humano congelado precisa da manipulação humana para sair do estado de dormência e ser implantado no útero da mulher, na tentativa de se iniciar a gravidez, o que nem sempre se verifica.[124]

Isso demonstra que a equiparação entre nascituros e embriões congelados não implantados no útero deve ser evitada, visto que se trata de fases diferenciadas do desenvolvimento da vida humana que cabe ao Direito tutelar de forma específica.

Há, contudo, um momento comum nos dois casos que suscita grande debate quanto aos efeitos jurídicos: o momento da concepção. Ou seja, a fertilização do óvulo pelo espermatozoide, a partir da qual se inicia o processo de divisão celular para constituição de um novo ser humano, que passará por várias fases e se estenderá por nove meses até seu nascimento.

---

[124] O embrião humano forjado em laboratório e ainda não implantado no útero feminino para gestação merece uma proteção própria e condizente com o estado de potencialidade e viabilidade que se encontra. À luz do ordenamento jurídico pátrio, é possível a utilização destes para fins de pesquisa ou terapia, mas desde que observados as exigências constantes no art. 5º da Lei n. 11.105, que permite essa destinação com a finalidade de atender à tutela da saúde daqueles que precisam dos avanços da medicina para o desenvolvimento de novas tecnologias e tratamentos para a cura de doenças graves e mesmo para a criação de órgãos para transplante. Assim, após o itinerário ponderativo, nesse caso realizado pelo Legislativo e confirmado pelo Judiciário, entendeu-se que a proteção da saúde e, mesmo, da manutenção do direito à vida das pessoas já nascidas prepondera a partir de uma clivagem constitucional frente à proteção do embrião humano. No entanto, a própria Constituição em seu art. 199, § 4º, proíbe a comercialização de embriões humanos e a legislação ordinária tipifica, inclusive, essa conduta como crime, nos termos do art. 15 da Lei n. 9.434/1997. Assim, nosso ordenamento considera que a qualidade ou a potencialidade de vir a ser pessoa justifica a vedação à comercialização, sob pena de coisificação do embrião humano.

Tradicionalmente, do ponto de vista natural, a concepção ocorria dentro do ventre materno e em decorrência do contato sexual. Atualmente, as técnicas reprodutivas artificiais permitem a desvinculação entre o ato sexual e a procriação, na medida em que possibilita a geração de um novo ser humano sem a manutenção de uma relação sexual e, principalmente que a concepção ocorra em laboratório.

A literatura jurídica costuma classificar as modalidades da reprodução assistida[125] em função de o ato ocorrer dentro ou fora do corpo da mulher. Assim, há técnicas intracorpóreas, em que a fertilização ocorre no interior do corpo da mulher, compreendendo as hipóteses de inseminação artificial (AI), que consistem na introdução do sêmen no aparelho reprodutivo feminino. E, há também as extracorpóreas, nas quais a fertilização do óvulo se dá em laboratório, fora do corpo da mulher, caso da fertilização *in vitro* (FIV). Nos casos das técnicas extracorpóreas a fertilização do óvulo ocorre em laboratório para posterior implantação no útero feminino.

Cabe observar que a concepção é um termo que tem conceito médico,[126] nascituro não. São termos que não se confundem, pois todo nascituro (o que está para nascer) foi concebido, mas nem todo concebido é um nascituro (caso dos embriões congelados). O problema está em entender como nascituros os embriões já concebidos, mas que não se encontram em gestação (e que poderão nunca ser gestados), e atribuir-lhes a mesma situação dos que estão na fase gestacional.

Ainda que concepção seja um termo oriundo da literatura médica, deve-se investigar qual o significado que o legislador civil utilizou. Os termos "concepção" e "concebidos" surgem ao longo da codificação atual em cinco dispositivos, a saber: (i) no art. 2º se asseguram os direitos do nascituro desde a concepção; (ii) a presunção criada para os filhos havidos na constância do casamento e frutos das técnicas de reprodução assistida, nos termos

---

[125] Sobre o assunto, é imprescindível a leitura de Heloisa Helena Barboza. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira *et all*. *Grandes temas da atualidade*: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004; Reprodução Assistida e o novo Código Civil. In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004; e, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

[126] Segundo a literatura médica: "É muito grande o interesse no desenvolvimento humano antes do nascimento, em grande parte pela própria curiosidade sobre os primórdios da nossa formação e também pelo desejo de melhorar a qualidade de vida. Os intrincados processos pelos quais um bebe se desenvolve a partir de uma única célula são miraculosos [...]. O desenvolvimento humano é um processo contínuo que se inicia quando um ovócito (óvulo) de uma fêmea é fertilizado por um espermatozoide de uma macho." Esclarece-se, ainda, que "[...] é difícil determinar exatamente quando a fertilização (concepção) ocorre, porque o processo não pode ser observado *in vivo* (no interior do corpo vivo)". É consensual, no entanto, que o "zigoto é o início de um novo ser humano (ou seja, um embrião)", sendo definido como a "célula resulta[nte] da união do ovócito ao espermatozoide durante a fertilização" (MOORE, Keith L; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. *Embriologia clínica*. 7. ed. Tradução de Adriana Paulino do Nascimento et all. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 1-3).

do art. 1.597, inciso III, IV e V; (iii) a prova da impotência à época da concepção ilide a presunção de paternidade, conforme previsto no art. 1.599; (iv) na ordem de vocação hereditária geral, imposta no art. 1.798; e , por fim, (v) na testamentária, estabelecida no art. 1.799, inciso I, além da substituição fideicomissária, conforme reza o art. 1.952, todos do Código Civil vigente.

Na busca por compreender a expressão *concepção*, adotada pelo legislador no art. 2º para fins de proteção de direitos ao nascituro e, assim, o conceito de nascituro, é preciso analisar o sentido e a razão da utilização desse termo em diferentes passagens do texto codificado, seja para designá-lo em sua qualidade de ser já existente (isto é, como concebido em gestação), seja a fim de se referir a filiação eventual, ou seja, aos ainda não concebidos.

A referência ao ente ainda não concebido remonta à figura da prole eventual, admitida pelo Código Civil de 1916 no art. 1.718.[127] À luz da codificação anterior, a prole eventual seria beneficiada da sucessão testamentária, desde que seus futuros pais fossem vivos no momento da abertura da herança. De acordo com Orlando Gomes, os "nascituros não concebidos", como ele prefere denominar, "têm capacidade sucessória, se filhos forem de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão ou se instituídos por substituição fideicomissária, hipótese em que não se exige o laço de parentesco".[128] Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o inciso I do art. 1.799 do Código Civil vigente "repete, com redação aperfeiçoada, a regra da parte final do revogado art. 1.718, CC de 1916".[129] Assim, amparado na codificação vigente, admite-se que "a título excepcional, [...] na sucessão testamentária haja vocação hereditária da prole eventual de determinada pessoa existente na época do falecimento do testador".[130]

Maria Berenice Dias critica a insistência da doutrina em utilizar a expressão "prole eventual", "em boa hora abandonada pelo Código Civil", preferindo adotar a dicção "filiação eventual". A autora sustenta que a mudança é salutar, na medida em que soterra as "infindáveis discussões, pois se questionava se 'prole eventual' contemplava ulteriores descendentes, como netos ou bisnetos da pessoa indicada no testamento".[131] A redação aperfeiçoada não deixa mais dúvidas de que somente podem ser nomeados como herdeiros testamentários os filhos não concebidos da pessoa indicada pelo testador.

---

[127] Código Civil de 1916: "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."

[128] GOMES, Orlando. *Sucessões.* 15. ed., rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 31.

[129] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*: sucessões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 44.

[130] Ibid. p. 44.

[131] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 337.

A doutrina aponta, contudo, que, por força do princípio constitucional da plena igualdade entre os filhos, o vínculo de filiação entre a pessoa indicada no testamento e o herdeiro contemplado pode ter qualquer origem. Ou seja, a expressão "filhos ainda não concebidos" (art. 1.799, inciso I) contempla mais que filiação consanguínea: "(a) o filho resultado da reprodução assistida heteróloga (CC 1.597 V); (b) o que detém a posse de estado de filho; e (c) o filho cuja adoção ocorrer depois da morte do adotante (CC 1.628)."[132] Desse modo, a capacidade sucessória testamentária na filiação eventual pode abranger aqueles embriões pré-implantatórios, desde que sejam implantados no útero da mulher para gestação e nasçam com vida no período de dois anos, conforme determina o § 4º do art. 1.800.

Diferente, contudo, é a situação do nascituro, que possui capacidade sucessória geral. Nos termos do art. 1.798, "legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão". A segunda parte do dispositivo trata da capacidade sucessória do nascituro, que foi contemplado na ordem de vocação hereditária legítima, sob a condição de nascer com vida. O legislador foi infeliz na redação do mencionado dispositivo, tendo em vista que, ao se referir às pessoas já concebidas, permitiu que debates se aglomerassem em torno da extensão da regra do art. 1.798 aos embriões concebidos *in vitro*.

O Código Civil de 1916 não dispôs sobre a capacidade para suceder na sucessão legítima do nascituro, embora doutrina e jurisprudência lhe estendessem esse direito.[133] Em relação à capacidade sucessória para adquirir por testamento, o Código pretérito tratou o assunto de maneira assistemática e confusa ao prever no art. 1.717 que "podem adquirir por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, que não forem por este Código declaradas incapazes". Em seguida, estabelecia que os absolutamente incapazes de adquirir por testamento seriam "os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão". Da interpretação conjunta dos dispositivos, era possível inferir que o nascituro possuía capacidade para suceder na modalidade testamentária.

---

[132] Ibid. p. 339.

[133] Na verdade, o Código Civil de 1916 previa somente a capacidade para adquirir por testamento. O art. 1.717 dispunha: "Podem adquirir por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, que não forem por este Código declaradas incapazes." No dispositivo subsequente, o legislador pretérito esclarecia quem era os absolutamente incapazes de adquirir por testamento ("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 à prole eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão"). Sobre tal imprecisão, Clóvis Beviláqua lecionava: "Distingue o código entre incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Absoluta é a da pessoa que ainda não está concebida ao tempo da morte por testador. A incapacidade absoluta resulta não como devera ser, da falta de personalidade, mas da não existência. O embryão (*sic*) não tem personalidade, mas póde (*sic*) adquirir por testamento. Manifesta-se aqui a inconsequência do systema (*sic*), que recusa personalidade ao nascituro. Embora absoluta, a incapacidade não concebida admitte (*sic*) uma excepção (*sic*) a favor da prole futura" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, vol. VI, 3. ed., 1935, p. 174).

Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ao enfrentar a possibilidade da vocação dos embriões congelados na sucessão *causa mortis* legítima, conclui:

> deve-se considerar, de acordo com o sistema introduzido pelo novo CC, que o embrião não implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, CC, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (arts. 226, § 7º, e, 227, *caput*, e § 5º, ambos da Constituição Federal).[134]

A questão da reprodução assistida *post mortem* gera infindáveis debates no direito brasileiro resultante principalmente do art. 1.597, inciso III do Código Civil, que cuida da hipótese de presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida homóloga, mesmo que falecido o pai. Boa parte da doutrina se posiciona de maneira desfavorável à aceitação do uso das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, sob a justificativa de a futura criança vir a nascer sem a figura do pai e isso afrontar o direito à biparentalidade e o princípio da paternidade responsável, e, consequentemente, a própria dignidade do filho a porvir.[135] Por outro lado, com o reconhecimento da família monoparental em sede constitucional no art. 226, § 4º, outros autores entendem ser possível a constituição da monoparentalidade através do recurso à reprodução artificial *post mortem*.[136]

No que tange à tutela sucessória, Maria Berenice Dias defende que não é possível excluir herdeiro por ter sido concebido através das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, independentemente da modalidade – se homóloga ou heteróloga, mas nesta última ressalva a indispensabilidade da autorização –, por força do princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação, conforme o art. 227, § 6º.[137] A autora critica aqueles que defendem o prazo de dois anos para a concepção póstuma em analogia ao art. 1.800, § 4º, pois "esta limitação não tem qualquer justificativa". Afirma que a "tentativa de emprestar

---

[134] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito Civil*: sucessões, p. 43.

[135] Rose Melo Vencelau Meireles entende que "acolher a possibilidade de uma pessoa ser concebida sem pai é frustrá-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar a sua dignidade. A criança tem direito à biparentalidade", refutando a possibilidade de argumentação com base na proteção às família monoparentais, "pois o que se pretende com a norma do §4º do art. 226 da CF é que também tenham proteção do Estado, uma vez que venham a se formar tais circunstâncias. Diferencia-se a hipótese do legislador estimular certas situações, daquela em que se protege uma situação em que venha ocorrer, como na concretização da família monoparental" (*O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 56).

[136] Nesse sentido, ver CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil*: parte especial: do direito de família. Vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710); AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2004; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito das Famílias*. 3 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

[137] DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*, p. 122.

segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos".[138]

De fato, é preciso assegurar os direitos sucessórios daqueles que venham a nascer mesmo após a abertura da sucessão de seus ascendentes em primeiro grau, tendo em vista que de todo possível na atualidade o surgimento de descendente sucessível ao autor da herança, gerado através de técnica de reprodução assistida, incluídas as realizadas *post mortem*. Contudo, em que pese a analogia com o prazo previsto no art. 1.800, § 4º, se demonstrar profundamente restritiva e prejudicial ao filho posteriormente gerado, por outro lado, não estabelecer um prazo para o nascimento do futuro herdeiro propicia grande insegurança jurídica. Nesses termos, parece adequada a prescrição contida no enunciado n. 267 da III Jornada de Direito Civil, promovido pelo Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal: "A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança."

Observa-se a tendência de abranger os embriões produzidos via fertilização *in vitro* no rol das pessoas já concebidas para fins de vocação hereditária,[139] ampliando-se a noção de concepção, que nesses casos não precisa ocorrer no útero, ou melhor, ter iniciado a gravidez. Contudo, deve-se observar o prazo prescricional de dez anos para pleitear a herança, de acordo com o art. 205 do Código Civil.

No campo do direito de filiação, de acordo com o art. 1.597, incisos III, IV e V,[140] presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida homóloga mesmo que falecido o marido (III) ou, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários (IV), bem como os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido (V). Sabe-se que em qualquer dessas hipóteses há possibilidade de a mulher engravidar após a morte do marido, quer seja pela utilização de seu sêmen, quer pela implantação de embrião congelado, sendo que se exige a autorização do falecido para os casos de reprodução assistida heteróloga. Dessa

[138] Ibid. p. 124.
[139] Na verdade, a regra do 1.798 diz respeito à legitimação e não à vocação propriamente dita, que é o chamamento dos herdeiros. Desse modo, cabe frisar que os embriões congelados somente serão chamados a suceder se vierem a ser implantados e nascerem com vida.
[140] Com o objetivo de reparar os equívocos cometidos pelo legislador ordinário ao utilizar as expressões relativas ao conjunto das técnicas de reprodução assistida, foi aprovado o enunciado n. 105, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.597: as expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial' constantes, respectivamente, dos incisos III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como 'técnica de reprodução assistida'".

maneira, percebe-se que a expressão "concebidos" neste artigo também abrange os embriões criados através das técnicas de reprodução assistida e ainda não implantados no útero para iniciar-se a gestação.

Por fim, o Código Civil faz referência, ainda, ao termo "concepção" quando reza que "a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade" (art. 1.599). Maria Berenice Dias sustenta que esse dispositivo "não dispõe de qualquer razão de ser" visto que "modernas técnicas afastam cada vez mais a infertilidade e, no mundo pós-moderno, é descabido falar em impotência". Além do mais, ressalta que "toda a discussão travada sobre a alegação – ou até mesmo a prova – da impotência, quer para a mantença de relações sexuais (impotência *coeundi*), quer para procriar (impotência *generandi*), acaba se esvaziando" em razão da alta probabilidade de certeza do vínculo genético afiançado pelo exame de DNA. É claro que o fenômeno da "sacralização" do DNA deve ser afastado, visto que nem sempre a comprovação científica do liame consanguíneo deve preponderar face à paternidade socioafetiva. Afinal, já se afirmou que a "a paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural",[141] o que reclama a desconstrução do discurso da preponderância genética sobre a socioafetiva em sede de filiação, que após avanços importantes foi posta em xeque pela confiabilidade e alto grau de certeza dos testes de DNA.

Percebe-se que o legislador não conferiu tratamento uniforme quanto ao uso da expressão "concepção" no decorrer do Código Civil, pois em que pese tradicionalmente o termo se refira ao nascituro, conforme preconiza o art. 2º – embora haja divergência –, em outras passagens do texto codificado ele faz referência tanto ao nascituro (isto é, aquele que se encontra em gestação) quanto aos embriões havidos por técnicas de reprodução assistida (arts. 1.597, III, IV e V, e 1.798). Logo, a concepção não é um critério hábil para a qualificação do nascituro, que se caracteriza pelo fato da gestação se encontrar em curso, razão pela qual se diz que nascituro é aquele que foi implantado no útero feminino e que se encontra em desenvolvimento.

A maternidade é outro critério que não mais se mantém para definir o conceito de nascituro. É comum a afirmação de que nascituro é aquele que se encontra no "ventre materno". No entanto, com a possibilidade da gestação de substituição, ou seja, naqueles casos em que outra mulher se propõe a gestar no lugar da beneficiária da técnica de

[141] Ver, por todos, VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. In: *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, 1979, *passim*; e, BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

reprodução assistida, não se pode dizer que esse ser em formação não goza da proteção como se fosse gerado no próprio útero de quem planejou o projeto parental. A gestação desenvolvida por mulher que não será a mãe da criança denomina-se "gestação de substituição",[142] popularmente conhecida como "barriga de aluguel".[143]

Cabe expor que a gestação em útero de doadora temporária não retira a qualidade de nascituro nem toda a proteção jurídica que o ordenamento lhe assegura. Os centros de interesses merecedores de tutela cuja titularidade é imputada aos nascituros, conforme se verá adiante, mantêm-se nas situações de gestação de substituição, mesmo em face da gestante substituta, que passa a ter que, eventualmente, se sujeitar aos direitos extrapatrimoniais do nascituro prevalecentes na análise do caso concreto.[144]

A distinção necessária entre maternidade e gestação é necessária, visto que, sobretudo após a técnica da gestação de substituição, os termos não possuem mais o mesmo significado. Segundo Jussara Maria Leal de Meirelles, "maternidade é maternidade, já determinada; já gestação é o estado físico gestacional. Portanto, quando falamos em gestação e substituição, tem uma razão de ser, porque estamos nos referindo à gestação, ainda não estamos determinando quem é a mãe".[145]

É possível dizer que o conceito de nascituro alcança todo ser humano cuja formação se encontra em fase intrauterina, independentemente de a gestação ocorrer ou não no útero materno, pois com o desenvolvimento da biotecnológica se tornou possível que outra mulher geste no lugar daquela que planejou e deseja se tornar mãe. É, portanto, o estado gravídico – e não a determinação da maternidade – que caracteriza a existência de um nascituro. Em termos jurídicos, é com a concepção do nascituro – nos casos de reprodução natural – que se inicia a

---

[142] Existem diversas expressões para designar tal situação: gestante substituta, mãe gestacional, mãe substituta.
[143] O Código Civil não cogitou da gestação de substituição, não reservando nenhum dispositivo para tratar da matéria. Ante o silêncio da Lei Civil, os projetos de lei apresentados para regulamentar a matéria apresentam profunda divergência, ora permitindo, ora vedando essa técnica – dentre os catorze projetos que tramitam na Câmara, citem-se como exemplo o PL 2.855/1997, que permite a gestação de substituição (art. 15), e o PL 1.184/2003, que a proíbe (art. 3º). Atualmente, a prática da gestação de substituição é fortemente restringida pela resolução CFM n. 2.013/2013. Além de vedar o caráter comercial ou lucrativo, a Resolução restringe até o quarto grau de parentesco as doadoras temporárias de útero, ou seja, a gestante substituta será mãe, avó, irmã, tia ou prima da doadora genética. Não se olvida que a matéria gera profunda controvérsia no que tange à atribuição da maternidade, desafiando o brocardo romano *mater semper certa est*. No entanto, tal discussão foge dos estreitos objetivos deste trabalho. Sobre o assunto, seja permitido remeter à Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *A nova filiação* – O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, passim; e, Belmiro Pedro Welter. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 236-242.
[144] Por exemplo, o uso de medicamento para a saúde do nascituro.
[145] MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Gestação por outrem e determinação da paternidade: "mãe de aluguel". In: *Anais do I Congresso Brasileiro de Biodireito*, Porto Alegre, out. 2000, p. 144-153.

gestação, cujo termo inicial as ciências médicas reputam ser a nidação[146] do embrião no útero feminino. Nos casos de reprodução assistida, o início da gestação se dá com a implantação do embrião no útero. O conceito de nascituro abrange, portanto, todo ser humano já concebido ou implantado no útero que se encontra em gestação.

1.2.2 As teorias sobre a qualificação do nascituro no direito brasileiro

Uma vez apresentada a atual abrangência do conceito de nascituro no Código Civil, convém examinar as teorias que procuram explicar a proteção concedida pelo legislador ordinário aos direitos do nascituro.

Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, a discussão acerca da natureza jurídica do nascituro arregimentava grandes embates doutrinários. Diante da vacilante disposição legal, com base na ressalva do art. 4º do CC/1916 e dos demais dispositivos pertinentes ao nascituro, se esforçavam os autores em conferir uma interpretação sistemática, buscando uma forma de conferir uma tutela adequada ao nascituro.

Nos albores do Código Civil de 1916, Milciades Mario de Sá Freire expunha que no projeto primitivo do aludido texto codificado prevaleceu a tese que sustentava que "a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida", nos termos do então art. 3º. Na revisão do projeto, a comissão responsável abraçou outra teoria, na qual ligou o nascimento com vida ao começo da personalidade civil, cujo reflexo restou firmado na seguinte redação do art. 4º do projeto revisto: "A personalidade civil do ser humano começa do nascimento com vida; mas desde a concepção a lei garante os direitos eventuaes (*sic*) do nascituro."[147] Esses relatos demonstram que, durante os debates que antecederam a promulgação do Código Civil pretérito, as controvérsias e dúvidas quanto ao início da existência da pessoa natural, coincidente com o momento da atribuição da personalidade civil, já se exasperavam a ponto de evidenciar a divergências das escolas.

Segundo Milciades Mario de Sá Freire, "uma das escolas faz começar a personalidade civil com o nascimento, reservando para o nascimento uma espectativa (*sic*) de direito; a outra faz coincidir a vida jurídica com a vida physica (*sic*), dando por extremos a concepção e a

---

[146] Registra Silmara J. A. Chinelato e Almeida que a "gravidez começa com a nidação (isto é, quando ovo se implanta no endométrio, revestimento interno do útero)" (*Tutela civil do nascituro*, p. 11). Insta consignar que o início da gestação e, logo, a concepção do nascituro no útero feminino é definido pela pelas ciências biomédicas, restando ao Direito acompanhar a evolução científica para definir o momento em que ocorre a concepção – fato que inicia a proteção ao nascituro no direito brasileiro.

[147] FREIRE, Milciades Mario de Sá. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Parte Geral. Disposição Preliminar e das Pessoas e dos bens (Arts. 1 a 73). Vol. II. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1930, p. 37-38.

morte".[148] A partir desse embate, indaga o autor: "Das duas escolas, qual deve ser a preferida? [...] Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direitos, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege comminando (*sic*) penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caracter de pessoa".[149] A resposta evidencia a adoção da escola concepcionista, muito embora tal defesa tenha sufragado ante a constatação de que "foi vencedora a theoria (*sic*) que reconhece o início da personalidade no nascimento com vida, reservando para o nascituro uma espectativa (*sic*) de direito".[150]

Como se depreende, o Código Beviláqua se afastou da doutrina concepcionista, tendo se definido pela escola natalista. No entanto, a doutrina não tardou a se ramificar em correntes, posto que a despeito da dicção da primeira parte do então art. 4º, que estabeleceu "a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida", a segunda parte do aludido dispositivo reacendeu os debates a respeito do tema ao por a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Percebe-se que ao longo do último século a doutrina brasileira se posicionou entre as extremadas concepções que ora sustentavam a mera expectativa de direito do nascituro, ora se embasavam na personalidade sob condição resolutiva ou suspensiva, e que, por vezes, defendiam o início da personalidade a partir da concepção. Silmara Juny Chinelato, com base no momento de atribuição da personalidade, popularizou conhecida divisão tripartite no cenário nacional, reunindo os juristas que já se debruçaram sobre o tormentoso tema, agrupando-os em adeptos da teoria natalista, da personalidade condicional e os concepcionistas.

A teoria natalista, para muitos aquela agasalhada pelo Código Civil de 1916 e pela codificação atual,[151] considera o início da personalidade a partir do nascimento com vida, nos moldes da orientação da primeira parte do art. 2º do Código Civil de 2002. Para Caio Mário

---

[148] Ibid. p. 38.
[149] Ibid. p. 39.
[150] Id.
[151] Filiam-se à denominada teoria natalista: "A personalidade do homem começa com a sua existência, isto é, com o seu nascimento. Antes de nascer não é homem o fruto o corpo humano e não tem personalidade jurídica" (ESPINOLA, Eduardo. *Sistema do direito civil brasileiro*. Parte geral do direito civil. Estrutura do Direito. v. 2, 4. ed. Rio de Janeiro: Conquista, 1961, p. 49-50); "No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pôde ter sido sujeito de direitos (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa" (MIRANDA, Pontes. *Tratado de direito privado. Parte Geral.* v. I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 162-163); "personalidade se adquire com o nascimento com vida, conforme determina o art. 2º do Código Civil" (RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil.* Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 35); "A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida" (DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*, cit., p. 170); "Em nosso código, contudo, predominou a teoria do nascimento com vida para ter início a personalidade" (VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil.* Vol. I, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 136).

da Silva Pereira**,** um dos representantes dessa escola, "o nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial".[152] Portanto, afirma o autor, "se nasce [o nascituro] e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar portanto em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito."[153]

Os natalistas sustentam que embora alguns dispositivos do próprio Código Civil reconheçam direitos aos nascituros, a exemplo dos arts. 1.609 e 1.779, tais hipóteses tratam de um "mero reconhecimento de proteção legal limitado à preservação de alguns direitos potenciais ou situações jurídicas específica e limitadamente previstas em um *numerus clausus* legal".[154]

Há, ainda, os adeptos da chamada teoria da personalidade condicional,[155] que defendem que a personalidade se inicia desde a concepção, sob a condição de nascer com vida. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam que, para os condicionalistas, "desde a concepção o nascituro já possui os direitos da personalidade, estando os direitos patrimoniais – decorrentes de herança, legado ou doação – condicionados ao nascimento com vida", sustentando, desse modo, que a "própria personalidade jurídica está condicionada".[156]

Enquanto no direito brasileiro, normalmente, se advoga a tese de que a personalidade é adquirida pelo nascituro com a concepção, sob a condição suspensiva do nascimento com vida, "no direito francês a personalidade também se adquire a partir da concepção, contudo

---

[152] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 1, 23. ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 184.
[153] Ibid. p. 184.
[154] CAMBLER, Everaldo Augusto, et al.; ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, parte geral. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 51.
[155] No direito brasileiro, filiam-se à teoria da personalidade condicional: "[...] o art. 4º do Código Civil, em sua parte final ressalva os direitos do nascituro. [...] De fato, a aquisição de tais direitos, segundo o sistema do nosso Código Civil, fica subordinada à condição de que o feto venha a ter existência, se não houver o nascimento com vida, ou por ter ocorrido um abôrto ou por ter o feto nascido morto, não há uma perda ou transmissão de direito, como devera de suceder, se ao nascituro fôsse reconhecida uma ficta personalidade. Em casos tais, não se dá a aquisição de direitos" (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Cursos de direito civil*. v. I. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953, p. 210-211); "Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida" (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. v. I, 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 66); "A personalidade do ser humano começa com a concepção [...] sob a condição, acrescentava, de nascer com vida" (BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios, 1966, p. 70); "Em suma, reconhece-se a existência do ser humano a partir da concepção. A personalidade é condicional, dependente do nascimento com vida" (RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 130).
[156] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil* – Parte geral e LINDB. 11. ed., rev., ampli. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 317.

sob a condição resolutiva do nascimento sem vida".[157] Everaldo Augusto Cambler, por exemplo, afirma que a "distinção carece de interesse prático, se também no ordenamento gaulês for atribuída eficácia retroativa à condição resolutiva, isto é, se o nascimento sem vida impedir a aquisição de direitos pelo nascituro".[158]

Sobre o debate se o fato do nascimento funciona como uma condição suspensiva ou resolutiva da personalidade jurídica, Pedro Pais de Vasconcelos esclarece que "na primeira alternativa, o pré-nascido não tem personalidade jurídica antes do nascimento. Se, antes de nascer, lhe foram atribuídos bens por doação ou sucessão e ele vier a nascer com vida, é-lhe reconhecida retroactivamente (*sic*) a personalidade desde a data da aquisição".[159] Enquanto que na segunda hipótese "entende-se que o pré-nascido tem personalidade jurídica desde a concepção e a sua personalidade extingue-se com a morte; caso venha a morrer antes do nascimento, é retroactivamente (*sic*) desconsiderada a sua personalidade, tendo-se como nunca existido, por ficção legal".[160]

Com efeito, a condição é um instituto hábil para explicar a neutralização da eficácia dos direitos patrimoniais do nascituro, que dependeria do marco do nascimento com vida para a produção dos efeitos jurídicos pertinentes. No entanto, a personalidade jurídica em si considerada não admite o estado condicional, pois ou se atribui a personalidade em sua completude ou o ente resta desprovido dela. A capacidade jurídica enquanto "medida da personalidade"[161] é que suporta modulações ou restrições, razão pela qual a legislação civil prevê as figuras dos absolutamente ou relativamente incapazes.[162] Contudo, assim não o fez com a personalidade, o que nos leva a crer que a personalidade não comporta nenhuma condição ou redução em seu conteúdo.

Nessa senda, Silmara J. A. Chinelato e Almeida já afirmou que "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".[163]

---

[157] CAMBLER, Everaldo Augusto, et al.; ALVIM, Arruda e ALVIM, Thereza (coords.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, p. 48.
[158] Ibid. p. 48.
[159] VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*, p. 76.
[160] Ibid. p. 77.
[161] Leciona Luiz Edson Fachin: "O que a capacidade faz, na verdade, é informar a medida da personalidade e o grau da sanção que se volta contra o não atendimento a esse requisito" (*Teoria crítica do direito civil*., cit., p. 36).
[162] Ver arts. 3º e 4º do Código Civil de 2002.
[163] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*, p. 168.

Os concepcionistas[164] defendem o critério da atribuição da personalidade jurídica ao nascituro desde a concepção. Para eles, nascituro é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno. André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria já se posicionavam favoráveis à concessão da personalidade aos nascituros, tendo em vista que a "afirmação de que estamos em presença de simples 'expectativas de direitos' não resiste a um exame sério. O direito à vida ou o direito de representação, por exemplo, existem em sua plenitude desde o início da gestação".[165] E apontam que "bastaria ao nascituro ser titular de um único direito para que lhe não pudesse ser negada a qualidade de pessoa".[166] Por isso os autores concluem, à luz do Código Civil de 1916, que "uma análise rigorosa do art. 4º do Código Civil Brasileiro, em confronto com disposições do próprio Código e de outros ramos do direito, que reconhecem ao ser concebido verdadeiros direitos, impõe a conclusão de que, no próprio direito brasileiro vigente o nascituro é considerado *pessoa*".[167]

Silmara J. A. Chinelato e Almeida assevera que "o nascituro tem personalidade desde a concepção"[168], e amparada em métodos lógico e sistemático de interpretação aduz que o art.

---

[164] São filiados a teoria concepcionista na doutrina pátria: "[...] formalmente, o nascituro tem personalidade jurídica. Não se pode, assim, de modo lógico, negar-se ao nascituro a titularidade jurídica. O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide" (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 6. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 221); "o nascituro tem personalidade desde a concepção" (ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 348); "a despeito de contar (ainda) com minoria entre os autores, a doutrina racional é aquela que admite a condição de pessoa a partir da concepção" (FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 49); "Independente de se reconhecer atributo da personalidade jurídica, fato é que seria um absurdo resguardar direitos, desde o surgimento da vida intra-uterina (*sic*) se não se autorizasse a proteção desde o nascituro – direito à vida – para que justamente pudesse usufruir tais direitos" (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. I. Rio de Janeiro: Saraiva, 2002, p. 93); "Não se pode negar a existência da personalidade em favor do nascituro" (LISBOA, Roberto Senise. *Manual de direito civil*. v. I. 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003, p. 294); "Em épocas de fertilização *in vitro* e embriões excedentários, a lei pretende resguardar mais esse sujeito de direitos, apesar de não possuir personalidade" (NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil*: parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 29); "Fato é que, em tempos atuais, com recurso da ciência que permitem a identificação da carga genética do embrião [...] cresce a tendência em se proteger o nascituro e seus direitos desde a concepção" (LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. v. I. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, p. 13). "Sem dúvida, reconhecendo o acerto da teoria concepcionista, é de se notar que a partir da concepção já há proteção à personalidade jurídica. O nascituro já e titular de direitos da personalidade. Com efeito, o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento brasileiro, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva significa, em plano principal, respeitar o ser humano em toda a sua plenitude" (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*: parte geral e LINDB. v. 1, 11 ed., rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2013, p. 315); Por fim, conclui Flávio Tartuce: "[...] não há dúvidas em afirmar que, na doutrina civilista atual brasileira, prevalece o entendimento de que o *nascituro é pessoa humana*, ou seja, que ele tem direitos reconhecidos em lei, principalmente os direitos existenciais da personalidade. Em suma, prevalece, pelo inúmeros autores citados, a *teoria concepcionista*" (*Direito civil*: lei de introdução e parte geral. Prefácio Maria Helena Diniz. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013, p. 123).

[165] MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, p. 71.

[166] Id.

[167] Id.

[168] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*, p. 348.

4º do CC/1916 "consagra a teoria *concepcionista* e não a natalista".[169] Ainda segundo a autora, "a personalidade – que não se confunde com a capacidade – não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, notadamente dos direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida".[170] Anota, ademais, que "a plenitude da eficácia desses direitos fica *resolutivamente* condicionada ao nascimento *sem vida*".[171] A condição do nascimento (sem vida) é resolutiva, segundo a autora, porque a legislação civil e processual civil "reconhecem direitos e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas *desde a concepção*".[172]

Insta consignar que as teorias mencionadas anteriormente se baseiam na definição do momento da atribuição da personalidade civil, em razão de elas considerarem que a titularidade de direitos por parte do nascituro depende necessariamente do reconhecimento da personalidade, seja condicionando suspensiva ou resolutivamente desde a concepção, ou concedendo-a desde a concepção. Com efeito, a construção teórica realizada é fruto do entendimento reinante de que todo sujeito de direito reveste-se da qualidade de pessoa. Desse modo, na medida em que se reconheceu a existência de direitos do nascituro foi preciso justificar essa concessão alterando o momento em que começa a personalidade civil.

Conforme se vê, o debate sobre a extensão da personalidade aos nascituros é centenário no direito brasileiro. Contudo, é forçoso insistir que a questão se agravou com o surgimento das técnicas de fertilização *in vitro*. Reverberam, nesse sentido, dissonâncias tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial.[173] Os esforços hauridos para a escolha do termo para o início da personalidade tornaram, consequentemente, a necessidade de proteção dos interesses, de caráter extrapatrimonial, do nascituro uma questão marginal no debate jurídico brasileiro contemporâneo.

---

[169] Ibid. p. 349.
[170] Id.
[171] Id.
[172] Ibid. p. 350. Como salientado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "não há, efetivamente, distinção prática entre as posições sustentadas pela teoria concepcionista e pela teoria condicionalista". Aduzem os autores que "ambas as teses reconhecem direitos ao nascituro, apenas divergindo quanto ao reconhecimento da personalidade jurídica, que para os condicionalistas estaria submetida a uma condição, enquanto os concepcionistas já admitem desde o momento da concepção" (*Curso de direito civil*, p. 317).
[173] Filiando-se à teoria concepcionista: BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul*. Apelação Cível n. 70002027910, sexta câmara cível, Rel. Desembargador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, julg. 28 mar. 2001; BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no AREsp n. 150297/DF, Terceira Turma, Rel. Ministro Sidnei Beneti, julg. 23 abr. 2013, publ. 7 maio 2013; BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro*. Apelação n. 0006295-83.2005.8.19.0063, 16ª C.C., Relator Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, julg. 22 nov. 2011. Em posição contrária, a favor da teoria natalista: BRASIL. Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 195123112, oitava câmara cível, Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julg. 28 nov. 1995.

Rafael Garcia Rodrigues já apontou que "independentemente da opção de conferir personalidade apenas àqueles indivíduos com vida extra-uterina, ou seja, aos nascidos com vida", é preciso reconhecer a proteção ao nascituro, levando-se em consideração, inclusive, uma "série de situações existenciais envolvidas no processo de formação de uma nova pessoa e os bens jurídicos, especialmente aquelas de caráter não patrimonial, que mesmo antes do nascimento já envolvem o nascituro".[174]

A insuficiência das orientações doutrinárias tradicionais relativas ao nascituro demonstra que o demasiado apego da doutrina tradicional aos confins do tecnicismo conceitual – embora de extrema importância – não pode descurar da necessidade de tutela dos interesses não patrimoniais do nascituro, sob pena de por em risco a possibilidade de uma vida digna no futuro.

Mais do que a necessidade de enquadrar o nascituro, enquanto ser já em gestação, dentro de categorias preconcebidas, deve-se verificar à luz dos preceitos constitucionais em jogo e diante do caso concreto qual interesse deverá prevalecer. Não se deve desconsiderar os direitos do nascituro (se pessoa ou não) e nem funcionalizar a vida dos seres já nascidos (principalmente gestantes, diante de sua vulnerabilidade), pois a progressão geométrica dos direitos do nascituro pode em alguns casos descurar dos direitos das pessoas humanas e de sua dignidade.

A partir da análise das principais teorias formuladas pela doutrina jurídica nacional a respeito da qualificação jurídica do nascituro em nosso ordenamento se infere que há uma predominância do debate em torno do momento em que se atribui a personalidade, descurando-se que, por vezes, determinados centros de interesses merecem tutela mesmo antes da existência, ou melhor, do início da pessoa natural, que nos termos do atual Código se inicia com o nascimento com vida. A titularidade de situações jurídicas extrapatrimoniais prescinde da atribuição em abstrato da personalidade jurídica, tendo em vista que a existência de centros de interesses merecedores de tutela por parte do ordenamento civil-constitucional brasileiro permite a concessão da titularidade de direitos extrapatrimoniais peculiares à fase de formação do nascituro no útero da mulher.

---

[174] RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 6.

1.2.2.1 A contribuição da doutrina portuguesa para a justificação da proteção do nascituro

Além das teorias debatidas pela doutrina nacional, mencionam-se, ainda, à luz da doutrina portuguesa, as teses dos direitos sem sujeito, dos meros estados de vinculação, da retroação da personalidade ao momento da constituição do direito e da personalidade parcial, reduzida, fracionária.[175]

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa defende, posicionando-se a favor da última teoria exposta anteriormente, que "é necessário reconhecer no concebido uma entidade parcialmente dotada de força jurisgénica, pois podem existir lesões e ilícitos juscivilisticamente tutelados nos casos em que o concebido morra antes do nascimento e para o esclarecimento de tais efeitos jurídicos mostra-se ainda mais adequada a construção do concebido como uma personalidade jurídica parcial".[176] Críticas idôneas são feitas aos defensores dessa tese, na medida em que a fragmentação da personalidade pré-natal não se afigura como um entendimento razoável para a proteção integral do nascituro, ainda que tal tutela deva sempre ser sopesada com os direitos da gestante. Na verdade, a mesma crítica à teoria da personalidade condicional pode ser aplicada aqui, em razão de não se admitir restrições ou gradações à personalidade civil.

Pedro Pais de Vasconcelos, em sentido contrário, defende que o "nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe".[177] O autor sustenta que "a sua qualidade pessoal [do nascituro] impõe-se ao Direito, que não tem o poder de negar a verdade da pessoalidade, da hominidade, da humanidade do nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecida, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a personalidade jurídica".[178] Desse modo, parece se filiar à tese concepcionista, na medida em que reconhece a personalidade ao nascituro, sem fazer ressalvas e restrições. Segundo o mencionado autor, "numa perspectiva personalista, como a nossa, em que a personalidade jurídica é conatural à vida humana, não pode ser aceite[a] a construção da condição suspensiva".[179]

Alguns autores defendem a existência dos *direitos sem sujeito* como forma de explicar determinadas "situações, como a atribuição de bens, por doação ou por sucessão causa mortis,

---

[175] Essas teses são expostas em CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 361-364.
[176] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*, p. 363-364.
[177] VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*, p. 74.
[178] Id.
[179] Ibid. p. 77.

a um nascituro ou até a um concepturo [...], em que parece existir um direito sem titular activo entre o momento da doação ou da morte e o nascimento do beneficiário".[180] Carlos Alberto da Mota Pinto leciona, nesse sentido, que "certas situações parecem só poder ser juridicamente enquadradas numa categoria de direitos sem sujeitos".[181] Para o mencionado autor, não há "inconveniente ou obstáculo lógico na admissibilidade dos direitos sem sujeito", pois "não são casos de permanente inexistência do sujeito; são situações provisórias, durante as quais a relação se mantém duma forma imperfeita ou há uma indeterminação transitória do titular".[182]

A formulação da teoria dos direitos sem sujeito se apresenta como uma exceção à relação jurídica entendida em sua concepção tradicional, a qual se traduz num poder do sujeito ativo em contraposição à vinculação (dever jurídico ou sujeição) do sujeito passivo, exigindo, portanto, a existência de sujeitos para sua formação e caracterização. A escapatória possível é justificar dogmática e conceitualmente que, em algumas situações, ante a inexistência de sujeitos se admite, ainda assim, a existência de direitos.

A contradição é a principal crítica enfrentada por seus defensores, na medida em que "tratar-se-ia de um absurdo lógico, dado que o poder, em que o direito subjectivo se traduz, tem de pertencer a alguém".[183] Manuel A. Domingues de Andrade, um dos críticos da doutrina dos direitos sem sujeito, expõe que "constituem minoria aqueles autores que sustentam a possibilidade de direitos sem sujeito, notando-se aliás que não admitem a falta completa e definitiva deste elemento, por maneira que o direito possa surgir, viver e extinguir-se sem ele, mas só uma falta temporária ou provisória, por maneira que a certa altura a situação se resolve ou num não-direito ou num direito com titular".[184]

Pedro Pais de Vasconcelos expõe que a "construção positivista formalista da personalidade jurídica só consegue ultrapassar esta dificuldade considerando que, antes do nascimento, os direitos atribuídos ao nascituro são *direitos sem sujeito*, o que constitui uma contradição nos próprios termos e uma solução artificial".[185]

Para Manuel A. Domingues de Andrade é inconcebível a figura dos direitos sem sujeitos, uma vez que o direito subjetivo é definido como o poder de exigir ou pretender concedido pelo ordenamento jurídico a uma pessoa, sendo essa justamente o sujeito de

---

[180] MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 196.
[181] Ibid. p. 196.
[182] Ibid. p. 197.
[183] Id.
[184] ANDRADE, Manuel A. Rodrigues de. *Teoria geral da relação jurídica*, p. 35.
[185] VASCONCELOS, Pedro Pais. *Teoria geral do direito civil*, p. 77 (grifos no original).

direito.[186] Com base na ideia de poder característico do direito subjetivo, o autor compreende que "todo poder tem, necessariamente, de estar conexionado a um sujeito".[187]

Fiel à necessidade de um sujeito para a existência do direito subjetivo e, por consequência, da configuração da relação jurídica, Manuel A. Domingues de Andrade advoga a tese de *meros estados de vinculação* de certos bens, "em vista da possível superveniência de um titular para eles e portanto de um direito que lhes corresponda", eis que o "possível objecto de certo direito, em vez de estar livre, encontra-se vinculado, como que em expectativa adequadamente tutelada, reservado para o mesmo direito, se vier a surgir com o respectivo titular".[188]

Tanto a teoria dos direitos sem sujeito quanto a dos meros estados de vinculação apresentam problemas por se manterem atadas a uma concepção individualista do direito subjetivo, sob a qual o dogma do poder da vontade reina. A primeira não responde a todas as indagações na medida em que foi elaborada para excepcionar a formulação clássica da relação jurídica, que exige a presença do sujeito como elemento para sua definição. Por sua vez, a segunda teoria, em razão do apego demasiado à estrutura do direito subjetivo, impede sua reformulação, impondo o afastamento das situações titularizadas pelos entes despersonalizados do âmbito das relações jurídicas e mantendo-as como meros estados de vinculação, que, no fundo, se equiparam a uma espécie de salvaguarda da expectativa de direitos.

A contribuição da doutrina lusa ao debate sobre a condição jurídica do nascituro é salutar na medida em que se desprende do momento da atribuição da personalidade civil. No entanto, não é suficiente para resolver a questão como demonstrado anteriormente.

1.3 Os nascituros e a titularidade das situações jurídicas subjetivas: exegese do art. 2º do Código Civil de 2002

Indispensável aprofundar a interpretação do art. 2º do Código Civil, de modo a verificar a possibilidade de o nascituro ser titular de situações jurídicas subjetivas, ainda que não lhe seja atribuída a personalidade jurídica e, em consequência, não seja considerado pessoa para a dimensão normativa.

---

[186] ANDRADE, Manuel A. Rodrigues de. Op.cit, p. 34-35.
[187] Ibid. p. 35.
[188] Id.

Para tanto, é necessário examinar a insuficiência da noção tradicional de direito subjetivo como meio de estruturar a aquisição de titularidades no campo do direito civil, passando-se a analisar as situações jurídicas subjetivas e suas titularidades à luz da metodologia do direito civil-constitucional, notadamente no que tange à tutela extrapatrimonial do nascituro no direito brasileiro.

O enfoque precipuamente individualista e patrimonialista na compreensão do direito civil contemporâneo mostrou a insuficiência das concepções clássicas acerca do direito subjetivo como única forma de reconhecer comportamentos humanos admitidos ou permitidos pelo direito objetivo diante de um cenário de liberdade do indivíduo. O desenvolvimento das teorias formadoras da categoria do direito subjetivo encontrou ambiente propício no período liberal, tornando-se figura central do direito civil oitocentista.[189] Em contraposição ao direito objetivo (*norma agendi*), o direito subjetivo compreendido como a *facultas agendi* é justificado em doutrina como "as prerrogativas do indivíduo asseguradas pelo direito objetivo".[190] Já se afirmou que é impossível "construir o direito sem a noção de que o homem, submetido embora à regra social, nunca deixa de constituir um ser individual, e que, coexistindo a sociedade e a norma geral, existe o indivíduo".[191]

Em que pese a existência de teorias antissubjetivistas, capitaneadas, sobretudo, por Hans Kelsen[192] e León Duguit,[193] a noção de direito subjetivo foi amplamente disseminada a

---

[189] De acordo com Marcelo Benacchio, "as construções doutrinárias iniciais do direito subjetivo foram calcadas no liberalismo que, também como pensamento político, pregava a liberdade como garantia da igualdade, resultando na análise científica do indivíduo, que se firma e explica socialmente por meio de sua liberdade" (Direito Subjetivo – Situação Jurídica – Relação Jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 190).

[190] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, 23 ed., rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 27.

[191] Id.

[192] "Na concepção da jurisprudência o sujeito jurídico – como pessoa física ou jurídica – com os seus deveres e direitos, representa o Direito num sentindo subjetivo; a titularidade jurídica (*Berechtigung*) designada como direito subjetivo é apenas um caso especial desta noção compreensiva. E o Direito neste sentido subjetivo mais amplo situa-se em face do Direito objetivo, da ordem jurídica, quer dizer, em face de um sistema de normas, como se fosse um domínio distinto. A Teoria Pura do Direito afasta esse dualismo ao analisar o conceito de pessoa como a personificação de um complexo de normas jurídicas, ao reduzir o dever e o direito subjetivo (em sentido técnico) à norma jurídica que liga uma sanção a determinada conduta de um indivíduo e ao tornar a execução de sanção dependente de uma ação judicial a tal fim dirigida; quer dizer, reconduzindo o chamado Direito em sentido subjetivo ao Direito objetivo. Desta forma, supera-se aquela posição subjetivista em face do direito a cujo serviço se encontra o conceito de direito em sentido subjetivo [...]. A atitude da Teoria Pura do Direito é, inversamente, uma atitude inteiramente objetivista-universalista. Ela dirige-se fundamentalmente ao todo do Direito na sua objetiva validade e procura apreender cada fenômeno particular apenas em conexão sistemática com todos os outros, procura em cada parte do Direito apreender a função do todo jurídico. Neste sentido, é uma concepção verdadeiramente orgânica do Direito." KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 212-213.

[193] "O 'direito subjetivo', por sua vez, constitui um poder do indivíduo que integra uma sociedade. Esse poder capacita o indivíduo a obter o reconhecimento social na esfera do objeto pretendido, desde que o seu ato de vontade possa ser considerado deliberadamente legítimo pelo direito objetivo. [...] Estabelecido o direito objetivo na solidariedade social, o direito 'subjetivo' daí deriva, direta e logicamente. E sendo todo indivíduo obrigado

partir das construções produzidas pela doutrina alemã no século XIX. No interior das teorias clássicas do direito subjetivo, tornou-se célebre o embate entre a proposição voluntarista ou psicológica do direito subjetivo, formulada por Windscheid, na esteira dos ensinamentos de Savigny, na qual se enxergava o elemento volitivo como essencial para a caracterização do direito subjetivo; enquanto, Ihering, a partir de um enfoque normativo, defendia o direito subjetivo como um interesse legitimamente protegido, deslocando a noção central da categoria do *poder da vontade* para o *interesse*.

Caio Mário da Silva Pereira registra que, dentre os defensores da teoria da vontade, "uma gama de valorações aparece, desde a que o erige em fator todo-poderoso a sujeitar-lhe as vontades dos outros indivíduos, até a que restringe o elemento volitivo a um poder de vontade nos termos em que o permite o direito objetivo".[194] Ressalva, ainda, que as críticas feitas por Ihering ao mesmo tempo em que não é "de todo procedente, nem a ideia por ele aventada é de todo insustentável".[195] Da oposição entre as teorias da vontade e do interesse, proliferaram as teses conciliatórias, que procuravam integrar os elementos teleológicos e psicológicos. Sob esse aspecto, já se disse que o direito subjetivo "é a expressão de uma vontade, traduz um poder querer, que não se realiza no vazio, senão para perseguir um resultado ou visando à realização de um interesse".[196] É, portanto, da simbiose entre o elemento interno (a vontade) e o externo (a finalidade) que, conjugados, retrataria a fórmula da *facultas agendi*.

O direito subjetivo traduzido como poder do titular corresponde de imediato a um dever exigível de outrem, passando a ser encarado a partir do binômio poder-dever insito a essas relações jurídicas. Nesse sentido que Caio Mário da Silva Pereira obtempera que "o *dever* pode ser um tipo variável: dar, tolerar ou abster-se; enquanto o *direito* será sempre o mesmo, isto é, *o poder de exigir o cumprimento do dever*".[197]

Sob a ótica do direito civil-constitucional, a crise do direito subjetivo é exasperada na medida em que se visualiza que "enquanto este [o direito subjetivo] nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta", por outro lado, a "complexidade das situações subjetivas –

---

pelo direito objetivo a cooperar na solidariedade social, resulta que ele tem o 'direito' de praticar todos aqueles atos com os quais coopera na solidariedade social, refutando, por outro lado, qualquer obstáculo à realização do papel social que lhe cabe. O homem em sociedade tem direitos; mas esses direitos não são prerrogativas pela sua qualidade de homem; são poderes que lhe pertencem porque, sendo homem social, tem obrigações a cumprir e precisa ter o poder de cumpri-las." DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Editora Ícone, 2006, p. 7-8 e 27.

[194] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, p. 27.

[195] Ibid. p. 28.

[196] Ibid. p. 29.

[197] Id. (grifos no original).

pela qual em cada situação estão presentes momentos de poder e de dever, de maneira que a distinção entre situações ativas e passivas não deve ser entendida em sentido absoluto - exprime a configuração solidarista do nosso ordenamento constitucional".[198]

Ao considerar, portanto, que a noção de direito subjetivo não mais se mantém incólume no direito contemporâneo, seja porque encerra posições individualistas ou porque as limitações são externas, é preciso percorrer a qualificação e os perfis das situações jurídicas, e, assim, analisar a questão da titularidade por parte dos nascituros.

1.3.1 As situações jurídicas subjetivas no direito civil-constitucional e a titularidade potencial do nascituro

As situações jurídicas subjetivas nascem de um fato jurídico cuja eficácia diz respeito a um centro de interesses que encontra sua justificativa no manto do merecimento de tutela realizado a partir do projeto constitucional. Conforme lição de Pietro Perlingieri, "fato jurídico é qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica".[199] Assim, o fato jurídico, o ser, adquire relevância jurídica na medida em que o ordenamento lhe confere eficácia jurídica. Com a ocorrência de um acontecimento humano ou natural, um fato, que confrontado com o enunciado normativo abstrato previsto em lei, verifica-se. a partir do processo de qualificação do fato juridicamente relevante, quais são os efeitos jurídicos que o ordenamento como um todo irá lhe emprestar. Assim, "o fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza".[200] Dessa maneira, da intensa relação dialógica entre norma e realidade que surge a disciplina do caso concreto.

É, portanto, ao fato da vida social, o "ser", que o ordenamento jurídico confere um efeito jurídico, que se traduz como o "conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas".[201] Assim, o efeito jurídico é, na verdade, um "dever ser",[202] que depende da concretização da norma disposta no ordenamento jurídico, cuja realização implica a ocorrência de um fato concreto no mundo do "ser".

---

[198] PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 107.
[199] Id. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 635.
[200] PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, p. 636.
[201] Ibid. p. 668.
[202] Ibid. p. 667.

Na linha do pensamento perlingeriano, as situações subjetivas juridicamente relevantes se revelam como "a eficácia do fato com referência a um centro de interesses, que encontra a sua imputação em um sujeito destinatário".[203] O conceito geral de situação jurídica, de acordo com esse raciocínio, abarca, por exemplo, "o direito subjetivo, o poder jurídico (*potestà*), o interesse legítimo, a obrigação, o ônus",[204] entre outros, tratando-se, portanto, de categoria ampla e abrangente.[205]

Considerando a necessidade de superar o enfoque individualista e patrimonialista que circunda a análise das situações subjetivas, Pietro Perlingieri propõe que elas devem ser compreendidas "sob diversos perfis entre eles concorrentes", mas que devem ser entendidas de forma unitária. Somente assim, alerta o autor, é possível ter a "exata dimensão" das situações jurídicas subjetivas.

Sob o perfil do efeito, considera-se que toda "situação é efeito de um fato, ou seja, encontra a sua origem em um fato, natural ou humano, juridicamente relevante".[206] É a partir do acontecimento do fato concreto, portanto, que o ordenamento lhe atribui uma qualificação e disciplina. Segundo Pietro Pelingieri, o "fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento de concretiza".[207] Assim, afirma-se que a "norma existe a sua realização, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui à norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais".[208]

As situações subjetivas encontram seu fundamento justificador no interesse, que pode se revestir da natureza "patrimonial, existencial ou, por vezes, um e outro juntos, já que algumas situações patrimoniais são instrumento para a realização de interesses existenciais ou pessoais".[209] Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder explicam que, "embora o perfil do interesse e do efeito sejam também importantes para se refletir acerca a normativa aplicável a cada situação, hoje o perfil funcional é o mais relevante nessa distinção",[210] tendo em conta que "funcionalizar um instituto é descobrir sob qual finalidade ele serve melhor para

---

[203] Ibid. p. 668.
[204] Id.
[205] Pietro Perlingieri esclarece que "a categoria geral das situações subjetivas inclui uma multiplicidade de figuras, classificadas como situações subjetivas ativas ou passivas" (*Direito civil na legalidade constitucional*, p. 672).
[206] PERLINGIERI, Pietro. Op.cit., p. 669.
[207] Ibid. p. 636.
[208] Id.
[209] Ibid, p. 669.
[210] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (orgs.). *Diálogos sobre direito civil*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 6.

o cumprimento dos objetivos constitucionais, qual seja, a tutela da pessoa humana na perspectiva não apenas individual, mas também solidarista e relacional".[211] O próprio Pietro Perlingieri já ressaltava a importância do perfil funcional da situação jurídica na medida em que se trata de "aspecto particularmente importante para a qualificação da situação, isto é, para a determinação da sua função no âmbito das relações sócio-jurídicas".[212]

Em que pese a proeminência do perfil funcional, no atual contexto de funcionalização dos institutos jurídicos, é preciso analisar, ainda, os perfis dinâmico, do exercício e normativo, para concluir o itinerário analítico para a compreensão integral das situações jurídicas subjetivas. Em relação ao perfil dinâmico, que se assenta na contínua qualificação de uma pluralidade de comportamentos que constituem a situação jurídica, Pietro Perlingieri aduz que o "ordenamento vigente conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social",[213] operando a inversão do enfoque individualista em prol de um entendimento mais solidário e global das situações jurídicas merecedoras de tutela. Além disso, a melhor doutrina já asseverou que "a ideia fundamental é que a função pode acompanhar as mudanças da sociedade, sendo, portanto, um conceito contextual e socialmente construído".[214]

Na linha da doutrina perlingeriana, deve-se atentar igualmente para o perfil do exercício que se relaciona com a imprescindibilidade da manifestação de vontade de um sujeito para o exercício da situação, mas "não necessariamente do titular do interesse".[215] Seria o caso da legitimidade de tutores para o exercício das situações cujo interesse em jogo é titularizado pelos filhos menores, nos termos do art. 1.728 do atual Código Civil. É como esclarece Pietro Perlingieri: "um conto é o sujeito titular do interesse, outro, aquele que o exerce."[216]

Em relação, por fim, ao denominado perfil normativo ou regulamentar, se justifica "na medida em que atribui relevância jurídica à situação, a qual, para ser jurídica, deve ter valor normativo".[217] Todo fato concreto é dotado de juridicidade, embora nem sempre a norma lhe atribua efeitos jurídicos individualizáveis e determinados. Para Pietro Perlingieri, "fato relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas bem individualizadas, mas qualquer fato que, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou

---

[211] Ibid. p. 7.
[212] PERLINGIERI, Pietro. Op.cit., p. 670.
[213] Id.
[214] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade, p. 6.
[215] PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, p. 670.
[216] Id.
[217] Ibid. p. 672.

princípios presentes no ordenamento, tenha um significado próprio segundo o direito".[218] Nessa direção, a juridicidade de determinado fato concreto permite que o destinatário de um centro de interesse possa realizar ou exigir que outros realizem ou se abstenham de determinados atos, desde que amparados por normas dispostas no ordenamento. É com assento nesse aspecto que "a situação constitui uma norma de conduta que pode significar atribuição ao sujeito – no interesse próprio ou de terceiros, no interesse individual e/ou social – do poder, às vezes, de realizar, outras, de não realizar determinados atos ou atividades".[219]

A compreensão das situações subjetivas só se satisfaz dentro de uma relação jurídica. A indissociabilidade entre as noções de situações subjetivas e relação jurídica se deve ao fato daquelas encontrarem "sua justificação e o seu próprio ponto de confluência"[220] nesta. Do ponto de vista estrutural, a relação jurídica é a ligação entre situações subjetivas. Contrapor centros de interesse é uma exigência de uma visão conforme o princípio da solidariedade social, tendo em vista que "o conceito de relação representa a superação da tendência que exaure a construção dos institutos civilísticos em termos exclusivos de atribuição de direitos".[221] Eis a razão pela qual Pietro Perlingieri afirma que o "ordenamento é não somente um conjunto de normas, mas também um sistema de relações".[222]

Sabe-se, contudo, que a doutrina tradicional do direito civil entendia a relação jurídica como vínculo entre sujeitos. Conforme Rose Melo Vencelau Meireles, "a pessoa, nessa perspectiva, seria elemento subjetivo da relação jurídica e, portanto, seu elemento interno".[223]

Manuel A. Domingues de Andrade leciona que são vários os sentidos do termo relação jurídica. Mais especificamente, numa acepção mais ampla, relação jurídica seria "toda a situação ou relação da vida real (social), juridicamente relevantes (produtiva de consequências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito".[224] Em seu sentido restrito, relação jurídica "vem a ser unicamente a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjectivo (sic) e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição".[225] Patente, portanto, a ligação entre o viés tradicional da teoria da relação jurídica e a construção doutrinária do direito subjetivo.

---

[218] Ibid. p. 639.
[219] Ibid. p. 672.
[220] Ibid. p. 727.
[221] Ibid. p. 729.
[222] Id.
[223] MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*, p. 17.
[224] ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. vol. I, sujeitos e objecto, reimp., Coimbra: Almedina, 1997, p. 2.
[225] ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*, p. 2.

Sob o pálio da metodologia civil-constitucional, no entanto, concebe-se a relação jurídica, do ponto de vista estrutural, como a ligação entre situações jurídicas subjetivas. Assim, Pietro Perlingieri pontua que "o sujeito é somente um elemento externo à relação jurídica porque externo à situação: é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõe a relação jurídica".[226]

Pietro Perlingieri alude que "o sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tuteladas pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular".[227] Torna-se patente, portanto, que o "sujeito não é parte imanente da situação subjetiva, mas que no máximo é elemento essencial para a individuação da titularidade da própria situação".[228]

Em que pese a titularidade se qualifique como a ligação entre sujeito e situação subjetiva, Pietro Perlingieri afirma que "existem situações existenciais que são juridicamente relevantes antes mesmo da existência do sujeito".[229] Assumindo que a subjetividade se constitui para as pessoas naturais com o nascimento com vida, ao menos sob a ótica tradicional, o autor entende que em hipóteses "determinadas e específicas" é possível se ter um centro de interesses juridicamente relevante "apesar da inexistência (o não nascimento) do sujeito titular do interesse".[230]

A inexistência ou indeterminação do sujeito titular da situação jurídica subjetiva demonstra que há certos interesses que merecem tutela por parte do ordenamento, mesmo que não exista uma pessoa nos termos da codificação atual. Convém perquirir, porém, se diante dessas situações é possível vislumbrar a titularidade, ainda que sob o manto de *spettanza*.

Diferente da titularidade atual, que pode ser traduzida em termos de pertinência (*appartenenza*),[231] surge a forma da titularidade potencial ou virtual que se "exprime com a noção de *spettanza*, a qual indica a potencialidade da situação, isto é, a existência de um título idôneo para a aquisição da titularidade definitiva".[232]

De modo a exemplificar uma aplicação dessa noção, Pietro Perlingieri traz a hipótese de disposição causa mortis a favor de um nascituro. Segundo o autor italiano, "o ato de disposição incide na esfera patrimonial e cria uma titularidade, em termos de *spettanza*, que se

---

[226] PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, p. 734.
[227] Ibid. p. 715.
[228] Ibid.
[229] Ibid. p. 721.
[230] Ibid.
[231] Conforme Pietro Perlingieri: "Atual é a titularidade existente e imediatamente relevante, que pode ser indicada em termos de pertinência (*appartenenza*): a situação pertence ao sujeito. Isso vale para qualquer situação patrimonial." (*Direito civil na legalidade constitucional*, p. 716)
[232] PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, p. 716.

transforma em pertinência no momento do nascimento do sujeito". Assim, "a ligação de titularidade, ainda que potencial, entre a situação e o sujeito que está para nascer, impede que se defina aquela situação como sendo sem titular".[233]

A partir da explanação feita anteriormente, depreende-se que a inexistência do sujeito para a configuração de interesses tutelados pelo ordenamento não se traduz na ausência de titularidade. O que se percebe é que, mesmo nos casos em que o sujeito titular de determinada situação jurídica subjetiva ainda não tenha nascido, já se constituiu a titularidade a partir dos interesses em jogo e que merecem tutela. Mas que ainda é em sua modalidade potencial, transformando-se em titularidade atual no momento em que se verificar o nascimento com vida do sujeito titular ainda inexistente ou indeterminado daquela situação protegida.

A titularidade potencial explica a existência de situações patrimoniais ao nascituro, porém, acaba por deixar descoberta as situações extrapatrimoniais. Ainda assim, é preciso ressaltar que, muito embora encapsulada dentro de uma perspectiva de potencialidade, Pietro Perlingieri já avança ao incluir a titularidade virtual dentre as formas de titularidade. Trata-se, portanto, de um passo importante rumo ao entendimento de que a titularidade prescinde da concessão da personalidade civil para a existência da situação merecedora de tutela. Resta saber se a individuação da titularidade para fins de tutela dos direitos extrapatrimoniais necessita do nascimento com vida.

1.3.2 Os nascituros e a titularidade das situações jurídicas subjetivas

Uma indagação central ao desenvolvimento do presente trabalho diz respeito à possibilidade de se entender que a titularidade de situações jurídicas subjetivas prescinde da personalidade civil. Ou seja, a titularidade de situações jurídicas não possui como requisito a aquisição da personalidade civil e nem a ela fica condicionada. O próprio legislador ordinário (art. 2º, CC/2002) reconheceu que a existência de direitos não se confunde com a atribuição da personalidade ao titular dos direitos. Desse modo, embora tenha estabelecido como marco o nascimento com vida para a concessão da personalidade, não se conteve ao assegurar os direitos do nascituro.

Com base nos ensinamentos de Pietro Perlingieri, Ana Carolina Brochado e Renata de Lima Rodrigues expõem que é possível reconhecer a existência de uma relação jurídica entre o nascituro e uma pessoa natural, na medida em que se considera que "a titularidade é

[233] Ibid. p. 716 [nota 172].

elemento adicional da situação jurídica", configurando, assim, a "existência de relações jurídicas unissubjetivas, nas quais apenas um dos centros de interesse conectados juridicamente possui titular, ou de relações jurídicas em que os centros de interesses são titularizados por sujeitos de direito distintos".[234]

No entanto, as autoras vão além do entendimento adotado pelo doutrinador italiano e defendem que "haverá situações em que é igualmente possível atribuir titularidade jurídica ao nascituro", sem que isso implique na atribuição da "subjetividade ou personalidade ao nascituro em todas as hipóteses, para que ele venha a titularizar direito ou deveres correspectivos".[235]

A linha de argumentação do raciocínio proposto pelas autoras se assenta na necessidade de "abandonarmos a teoria clássica da personalidade e de sua atribuição como uma categoria estanque – ou seja, uma qualificação que deve acompanhar o sujeito por toda sua existência –, é possível atribuir titularidade ao nascituro ou ao morto apenas em determinadas situações jurídicas".[236] A título de exemplo do entendimento esposado, mencionam a positivação em lei do direito a alimentos gravídicos e afirmam que se está diante de uma atribuição da "personalidade jurídica ao nascituro em uma situação específica, transformando-o em um referencial de imputação correspondente ao reconhecimento de uma esfera de liberdades e de não liberdades, analisada concretamente diante dessa situação jurídica".[237]

Em arremate a concepção apresentada, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues sustentam:

> [...] é preciso abandonar a concepção oitocentista de atribuição de personalidade e a consequente noção estanque das categorias de pessoas naturais e jurídicas. A partir disso, é possível atribuir personalidade jurídica de maneira dinâmica, diante de situações jurídicas concretas, o que elimina o problema sempre persistente dos chamados "entes despersonalizados", dentre eles o nascituro.

Acredita-se, contudo, que a atribuição da personalidade jurídica se trata de uma escolha política-legislativa, o que impediria a forma dinâmica e alternativa de atribuição de personalidade jurídica aos nascituros, a depender de positivação em lei de determinado direito como os alimentos gravídicos. Sustenta-se, desse modo, a concepção dinâmica das titularidades como forma mais razoável de viabilizar a tutela dos direitos de cunho

---

[234] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 13.
[235] Id.
[236] Ibid. p. 15.
[237] Id.

extrapatrimoniais do nascituro, independentemente de previsão específica em nossa legislação. É de todo desarrazoado admitir que a atribuição da personalidade jurídica fique à mercê da vontade legislativa e da positivação de direitos, quando, na verdade, os interesses eventualmente albergados pelos nascituros devem ser processados a partir do método do merecimento de tutela desse centro de interesse com arrimo no ordenamento unitário. Em outras palavras, pode-se dizer que é possível que os direitos do nascituro sejam merecedores de tutela mesmo nas hipóteses em que não há previsão legal. Insista-se que o legislador ao assegurar os direitos do nascituro no art. 2º do Código Civil não o fez de maneira a restringir esses direitos a futura previsão legal.

Assim, muito mais razoável entender a titularidade de situações jurídicas como conectada à situação concreta e, portanto, dotada de dinamicidade. Devem-se percorrer as situações jurídicas extrapatrimoniais concretamente consideradas de modo a visualizar os vínculos existentes entre os sujeitos e as situações e determinar a titularidade de direitos por parte do nascituro. Com essa finalidade, igualmente é preciso superar a noção de sujeito de direitos subjetivos a fim de a visualizar os sujeitos como titulares de centros de imputação de interesses legitimamente merecedores de tutela pelo ordenamento jurídico à luz da legalidade constitucional. Conforme já visto, há outros entes que titularizam situações jurídicas, mesmo que o ordenamento não tenha lhes atribuído a personalidade, e, assim, a qualidade de pessoa em termos jurídicos.

Nos termos da doutrina clássica, a personalidade jurídica sempre foi considerada uma categoria abstrata e estanque que, na forma da lei, atribui por força de escolha política-legislativa a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações. Conforme visto, há muito se perdeu o sentido unívoco de personalidade, abrangendo, hoje, igualmente os atributos essenciais à dignidade da pessoa humana – os chamados direitos da personalidade. Esse mesmo movimento colocou em foco as perplexidades e dificuldades da doutrina em explicar dogmaticamente a proteção pré-natal e *post-mortem*[238] da personalidade. É debatido pela doutrina se seria necessário estender a personalidade civil, em seus termos clássicos, para proteger a personalidade em seu perfil objetivo para antes do nascimento com vida e para depois da morte, ou se se protege esses atributos, mas sem se falar em personalidade subjetiva.

[238] Ver a respeito: TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade após a morte. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, Editorial, ano 12, v. 46, abr./jun., 2011. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 161-182.

De fato, são questões que devem ser tratadas de formas distintas. Ao que nos interessa, a questão da proteção da personalidade pré-natal deve ser encarada como tutela dos direitos extrapatrimoniais *titularizáveis* pelos nascituros e que são aqueles moldados pelo ordenamento jurídico a partir do merecimento de tutela, tendo em vista que a existência de situações jurídicas extrapatrimoniais cujo titular é o concebido não depende de previsão legal específica.

Nesse sentido, é que se entende que a titularidade de situações jurídicas subjetivas prescinde da personalidade civil. O próprio legislador ordinário (art. 2º, CC/2002) reconheceu que a existência de direitos não se confunde com a atribuição da personalidade ao titular dos direitos. Desse modo, em que pese tenha estabelecido como marco o nascimento com vida para a concessão da personalidade, não se conteve ao assegurar os direitos do nascituro.

José Carlos Barbosa Moreira sentencia que, se a legislação determinou que se pusessem a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, "não há de se ter usado impensadamente sem compromisso com a propriedade terminológica, a palavra direitos. Poderia ter dito interesses; não o fez, preferiu dizer direito".[239]

O mencionado autor defende que o nascituro é titular de direitos que são compatíveis com sua peculiar fase de formação, nomeadamente aqueles extrapatrimoniais. Em passagem elucidativa de seu pensamento, José Carlos Barbosa Moreira expõe:

> *Direitos* é termo técnico, e em princípio deve ser entendido na acepção técnica; sobre quem o conteste, em todo caso, recairá o ônus da prova [...]. Pouco importa, aqui, o modo pelo qual, no plano dogmático, se justificará a atribuição de direitos a alguém que, nos termos da primeira parte do dispositivo, ainda não tem personalidade. É assunto para disposições teóricas, sem dúvida importante e sedutoras. Seja como for, porém, nenhuma proposta nesse plano poderá minimizar, nem *a fortiori* desprezar, o dado claro e inequívoco do texto legal: é de direitos que se cuida, e não de qualquer outra forma jurídica [...]. Em suma, no ordenamento brasileiro, seja qual for a explicação dogmática, o nascituro, conquanto ainda não haja adquirido personalidade jurídica, tem direitos; e estes não são apenas os indicados e disposições específicas.[240]

Uma das teses formuladas para explicar a existência de direitos atribuídos aos nascituros se funda na teoria dos sujeitos de direito sem personalidade. Tércio Sampaio Ferraz Junior entende que a noção de sujeito jurídico é "mais ampla dos que o de pessoa física ou jurídica", razão pela qual afirma que "toda pessoa física ou jurídica é um sujeito jurídico". No entanto, adverte que "a recíproca [...] não é verdadeira".[241] Conforme lição do mencionado

---

[239] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, ano VII, n. 34, fev./mar., 2006, p. 144-145.
[240] Ibid. p. 145 e 148.
[241] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 6. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012, p. 127.

autor, "o sujeito nada mais é do que o ponto geométrico de confluência de diversas normas. Esse ponto pode ser uma pessoa, física ou jurídica, mas também um patrimônio. A ele se atribuem, nele convergem normas que conferem direitos e deveres".[242]

César Fiuza, nessa linha de intelecção, também defende que "há determinados entes, no ordenamento jurídico brasileiro, que, embora não sejam pessoas, são tratados como se fossem".[243] Constata que "para estas entidades, a doutrina formulou, ao longo dos anos, vários nomes, embora nenhum deles retrate com fidelidade a verdadeira natureza desses entes".[244] Considerando que em algumas situações esses entes são tratados como se pessoas fossem, apesar de não serem ontológica e juridicamente, César Fiuza rechaça a ideia de conceber esses entes como "quase pessoa", eis que "a teoria da quase pessoa, oriunda de uma analogia com a teoria dos quase contratos do Direito Romano, fala muito e não diz nada. Que significa ser uma quase pessoa?"[245], indaga, por fim, o autor. A resposta a tal indagação, o próprio nos fornece: "receber tratamento de pessoa, sem o ser. Ora, isso não explica a natureza desses entes, assim como a figura do 'quase contrato' não explicava a natureza dos fatos jurídicos que recebiam tratamento de contrato, embora não o fossem".[246]

Igualmente critica a tese dos entes despersonalizados, por entender que tampouco explica o fenômeno que se está a analisar. Para César Fiuza, "a única diferença desta teoria em relação à precedente é que se lhes reconhece aqui a natureza de organismos, de entidades. Mas não se explica qual a natureza dessas entidades, a qual lhes garante, em algumas situações, tratamento de pessoa, mesmo sem o serem".[247]

A utilização da expressão "grupos com personificação anômala" por parte da doutrina[248] não passa sem críticas. Segundo César Fiuza, são duas as razões pelas quais a expressão não é das mais felizes: "em primeiro lugar, há casos em que não há grupos de pessoas, mas apenas acervo patrimonial, como a herança jacente." Em seguida, acentua, ainda, que, "em segundo lugar, a expressão 'personificação anômala' traduz a ideia de que se trata de um organismo que deveria ter adquirido personalidade, mas não o fez da forma correta, constituindo, assim, uma anomalia".[249]

A tese dos entes de personalidade reduzida é censurada por César Fiuza. Em seu entendimento a "personalidade é ou não é", visto que "não se pode admitir redução de

[242] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*, p. 127.
[243] FIUZA, César. Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade, p. 75.
[244] Ibid. p. 85.
[245] Id.
[246] Id.
[247] Id.
[248] VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. vol. 1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 265.
[249] FIUZA, César. *Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade*, p. 86.

personalidade".[250] De fato, a concessão da personalidade jurídica não admite gradações, sendo uma qualidade que adjetiva o ser humano durante a sua existência, ou seja, do nascimento com vida até a sua morte (real ou presumida).

A formulação da teoria dos entes de personalidade judiciária igualmente não se mantém incólume, tendo em vista que "a esfera dos sujeitos sem personalidade não se reduz à esfera judiciária".[251] Registra César Fiuza que há "direitos que independem de qualquer atuação processual, como o direito à vida do nascituro".[252] Com efeito, a proteção desses entes, em especial do nascituro, não se confunde com a legitimidade processual para pleitear seus direitos em sede jurisdicional, haja visto que a preocupação é justificar no plano dogmático a existência de direitos merecedores de tutela atribuídos ao nascituro no ordenamento nacional, mesmo que a esses sujeitos não lhes tenha sido concedida a personalidade jurídica.

Sobre a investigação científica a respeito da justificação do fenômeno dos entes sem personalidade, expõe César Fiuza:

> A verdade é que este problema só surge dada nossa ânsia por conferir ao Direito sistematicidade e lógica formal, mais adequadas a outras ciências. Se não estivéssemos muito preocupados com classificações rigorosas, este problema não teria surgido. De qualquer forma, é característica de nosso sistema essa metodologia científica que, no mais das vezes, é muito útil, conferindo certa segurança ao ordenamento.[253]

Essa preocupação científica é de todo relevante e não constitui em mero preciosismo da doutrina jurídica. Os fenômenos jurídicos devem ser explicados e fundamentados do ponto de vista metodológico, ainda que no campo dos efeitos práticos as consequências sejam as mesmas ou semelhantes. E tal tarefa incumbe à doutrina, que deve se esmerar em fornecer um tratamento sistemático e metodológico aos fenômenos que se apresentam. É nesse sentido que a teoria dos sujeitos de direito sem personalidade se mostra adequada a justificar a atribuição de direitos a entes não personificados.

Para os defensores dessa teoria, faz-se necessário superar o "dogma na doutrina jurídica que só as pessoas são sujeitos de direito", eis que "pessoa é uma coisa, sujeito de direitos é outra".[254] Segundo César Fiuza, enquanto "sujeito de direitos é o titular de direitos e deveres na ordem jurídica",[255] a pessoa "não é um simples sujeito de direitos, mas um ser

---

[250] Id.
[251] Id.
[252] Id.
[253] Id.
[254] FIUZA, César. *Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade*, p. 87.
[255] Id.

complexo, inserido num meio complexo, titular de direitos e deveres também complexos, que lhe garantem o epicentro do ordenamento jurídico".[256] Por isso, emerge a afirmativa no sentido de que a "essência dos sujeitos de direitos não é a personalidade, mas a titularidade de direitos e deveres na esfera do Direito".[257]

Deve-se, contudo, evitar um tratamento unitário a todos os sujeitos de direitos sem personalidade, visto que cada um deles demanda uma tutela específica e os direitos respectivos são assegurados pelo ordenamento por justificativas diferentes. Não se pode, por exemplo, tratar como idênticas as situações jurídicas que são titularizadas pelo nascituro, herança jacente[258] e massa falida.[259] Aos acervos patrimoniais despersonificados a função merecedora de tutela é completamente diferente daquela pretendida pelo legislador quando assegura os direitos do nascituro, cuja proteção da vida intrauterina objetiva o alcance da qualidade de pessoa humana, que, após o nascimento com vida, se encontra no centro do ordenamento brasileiro por força do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há, entretanto, que se ressalvar que os direitos cujo nascituro é titular, mesmo sem a concessão da personalidade, não se confundem com a clássica concepção dos direitos subjetivos, estrutura de há muito considerada insuficiente para exteriorizar os interesses merecedores de tutela imputados aos seus titulares. Se tal noção já se mostra incompatível com as situações patrimoniais titularizadas pelos nascituros, cuja pertinência e exigibilidade depende do nascimento com vida, mais problemática se torna a tutela das situações extrapatrimoniais do nascituro, visto que a pertinência se efetiva ainda no curso da gestação.

---

[256] Ibid. p. 85.
[257] Ibid. p. 87.
[258] Segundo Orlando Gomes, "a natureza da herança jacente não é definida pacificamente. [...] *A herança jacente* constitui, realmente, distinta massa de bens que formam uma unidade, para fim certo. A esse acervo faltam os pressupostos indispensáveis à personificação. Os interesses compreendidos na sua unificação podem ser atendidos mediante outros processos técnicos, que não o da personalidade jurídica. A nomeação de um curador é suficiente. É a *herança jacente*, em suma, um *núcleo unitário* [...]" (*Sucessões*, p. 77); Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, "no direito brasileiro, a herança jacente é tratada como ente despersonalizado, um patrimônio temporariamente sem titular atual, que deve ser guardado e administrado para ser entregue ao herdeiro que apareça ou, eventualmente, ao Município, Distrito Federal ou União, caso venha a tornar-se herança vacante, atendidos outros pressupostos" (*Direito Civil*: sucessões, p. 79-80); Em sentido contrário, Caio Mário da Silva Pereira sustenta que "não obstante esta ausência de personificação legal, o tratamento dado à herança na qualidade de massa sucessória é o de uma pessoa jurídica, ao menos aparente. Daí a observação de Anna Maria Villela, no sentido de que a herança não é dotada de personalidade, mas possui todos os elementos necessários a tornar-se uma pessoa moral" (*Instituições de Direito Civil*, v. VI, rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira, 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 56-57).
[259] Milena Donato entende que "a massa falida constitui patrimônio afetado à realização do ativo para liquidação do passivo, com vista à satisfação dos credores. O falido é titular da massa falida, embora não tenha o poder de administrá-la. O administrador desta não representa o falido e não deve agir de acordo com os interesses deste, mas no sentido de realizar o escopo unificador da massa falida" (*Patrimônio separado* – herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 295).

Diante das considerações acima, conclui-se que a titularidade de situações jurídicas extrapatrimoniais prescinde da atribuição em abstrato da personalidade jurídica, tendo em vista que a existência de centros de interesses merecedores de tutela por parte do ordenamento civil-constitucional brasileiro permite a concessão da titularidade de direitos extrapatrimoniais peculiares à fase de formação do nascituro no útero da mulher.

As situações jurídicas subjetivas, sob o perfil do interesse, podem possuir natureza ora patrimonial, ora extrapatrimonial e, por vezes, dúplice. Com base em interpretação do art. 2º do Código Civil, o legislador civil preferiu não restringir os direitos do nascituro àqueles de natureza patrimonial e previstos em lei, razão pela qual é possível a existência de direitos extrapatrimoniais do nascituro mesmo sem previsão legal.

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar um caso sobre o direito à reparação de seguro obrigatório de "Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre" (DPVAT) em razão de abortamento provocado por acidente de trânsito, debateu recentemente a questão da titularidade de direitos por parte do nascituro. O REsp. 1.120.676[260] foi provido, tendo sido vencido o relator, julgando-se procedente o pedido. Embora o objeto da controvérsia tenha se centrado "se o aborto, compreendido, nos dizeres dos recorrentes, como a morte do nascituro, decorrente de acidente automobilístico, confere ou não aos genitores, na qualidade de beneficiários do natimorto, o direito à indenização do referido seguro obrigatório", o debate havido acerca da extensão da proteção do nascituro no direito brasileiro tangenciou a questão da titularidade, fornecendo subsídios valorosos para a análise do tema.

Embora o voto do ministro relator Massami Uyeda tenha restado vencido, na fundamentação do voto de sua lavra, ele aduz que:

> A despeito da controvérsia existente na doutrina, acerca do momento em que se inicia a personalidade civil, infere-se das teorias que se propõem a resolvê-la, como ponto em comum, que o nascituro, assim compreendido como o ser já concebido, mas ainda inserido no meio intra-uterino, titulariza, sim, alguns direitos. Aliás, a parte final do supracitado dispositivo legal é expresso em assentar que a lei põe a salvo, desde a concepção, *os direitos do nascituro*.[261]

No direito brasileiro, o nascituro é titular de direitos, ou melhor, titular de situações jurídicas subjetivas, não obstante o ordenamento não lhe tenha provido a personalidade. Assentado, portanto, que o nascituro é titular de situações jurídicas subjetivas, seja de

---

[260] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. n. 1.120.676-SC. Terceira Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relator para Acórdão: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julg. em 07 set. 2010. Publ. em 04 fev. 2011.

[261] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. n. 1.120.676-SC. Terceira Turma. Relator: Ministro Massami Uyeda. Relator para Acórdão: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julg. em 07 set. 2010. Publ. em 04 fev. 2011.

natureza patrimonial, extrapatrimonial ou dúplice, ainda que não tenha lhe sido atribuído a personalidade jurídica e, portanto, ainda não seja considerado pessoa em termos jurídicos, convém percorrer os fundamentos da proteção do nascituro, de modo a compreender a extensão e os limites dessa tutela no ordenamento pátrio.

2 **OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA PROTEÇÃO DO NASCITURO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO**

Uma vez enfrentado o tormentoso tema da qualificação jurídica do nascituro no direito brasileiro, cabe percorrer os fundamentos jurídico-constitucionais de sua proteção. Embora as atenções se voltem precipuamente à análise do art. 2º do Código Civil no que tange ao tratamento normativo da tutela do nascituro, acredita-se que é necessário examinar os fundamentos dessa proteção, até mesmo para adensar e delimitar a extensão e os limites dos direitos do nascituro, que são salvaguardados desde a concepção, segundo a dicção do próprio texto codificado.

Os aludidos direitos do nascituro foram assegurados pelo legislador, mas este não os restringiu aos previstos legalmente, tampouco indicou o interesse justificador da tutela, que pode assumir a natureza patrimonial ou extrapatrimonial e, às vezes, dúplice. Na verdade, percorrer os fundamentos da proteção dispensada ao nascituro significa definir o âmbito de extensão dos interesses merecedores de tutela, e que, a partir daí, precisam ser reconhecidos e afirmados, com o fito de conceder uma proteção adequada a um ser, que embora não goze da condição de pessoa na dimensão jurídica, definitivamente, merece guarida legal pela qualidade humana que ostenta. É intuitivo, ademais, que como se trata da fase antecedente de confirmação plena da condição de pessoa em nosso ordenamento, a proteção deve ser adequada e robusta a ponto de assegurar os peculiares interesses de ser humano em gestação.

Partindo-se da premissa já assentada de que o nascituro é o ser humano em fase de gestação no útero feminino, impõe-se a consideração de que o reconhecimento dos chamados direitos reprodutivos na esfera internacional e, no plano interno, a matriz constitucional do direito ao livre planejamento familiar, reforçou a afirmação da autonomia reprodutiva, cujos efeitos se espraiam no âmbito da tutela do concebido, eis que a liberdade assegurada no campo reprodutivo enseja a fixação de responsabilidades decorrentes da consciente e responsável decisão em procriar. Não se pode descurar que a concepção do nascituro decorre da liberdade reprodutiva, seja através da conjunção carnal ou das vias procriativas artificiais, ou seja, o livre exercício dos direitos reprodutivos pode implicar a concepção de um novo ser humano, que merece tutela desde sua formação e desenvolvimento na fase intrauterina.

Tanto é assim que o constituinte vinculou o princípio do livre planejamento familiar aos princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, que se dirigem tanto aos genitores quanto aos concebidos, na medida em que impõe deveres às pessoas que exercem os direitos reprodutivos, amparados no livre planejamento familiar constitucionalmente assegurado. Decorre daí, portanto, que a ordem constitucional resguardou os interesses do nascituro por força da interpretação sistemática e axiológica dos art. 226, § 7º, cumulado com o art. 1º, inciso III, uma vez que naquele dispositivo impôs de forma expressa a observância do princípio da dignidade da pessoa humana também àqueles que exercem o planejamento familiar, mas especialmente aos concebidos, ou seja, nascituros. Pretendeu o legislador constituinte antecipar a aplicação do princípio da dignidade humana aos nascituros. Isso se deu não por eles serem dotados de personalidade jurídica, logo, considerados pessoas em termos jurídicos, mas por entender que o ser humano em formação no ventre feminino, além da indiscutível qualidade humana, é fruto da ampla liberdade de procriar assegurada às pessoas, e, então, impõe o respeito à dignidade daqueles que ainda irão nascer.

Assim, os interesses justificadores da tutela dos direitos do nascituro encontram o fundamento jurídico constitucional no ordenamento pátrio nos princípios da parentalidade responsável e da dignidade da pessoa humana, que fundam o direito ao livre planejamento familiar, o qual, em seu aspecto conceptivo, dá início a todo o processo de formação de um ser humano, fazendo surgir a figura jurídica do nascituro.

2.1 **As transformações da reprodução humana**

Com a profunda modificação da dinâmica familiar nas últimas décadas, a família não mais se define a partir de uma tipologia de formas ou estruturas,[262] mas sim através da construção e da manutenção da relação de seus membros, informada pela solidariedade familiar e calcada na comunhão de afetos. Da família fundada no casamento a uma família sem modelos,[263] foi esse o percurso das transformações no âmbito familiar, que não deixou incólume as relações de parentalidade e suas formas de realização.

---

[262] Cabe destacar que a única estrutura familiar legalmente admitida no ordenamento até o advento da Constituição de 1988 era a fundada no casamento.

[263] Cf. LÔBO, Paulo. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 12, p. 40-55, 2002; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Novas entidades familiares. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 16, out./dez., p. 3-30, 2003; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: FACHIN, Gustavo; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Pensamento crítico do direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 215-226.

Ainda que, socialmente, a parentalidade possa estar associada à conjugalidade, em termos jurídicos, a Constituição da República de 1988 coroou a desvinculação entre a filiação e o casamento. Em outras palavras, o estado de filho adquiriu independência frente à situação conjugal dos genitores[264] a partir do reconhecimento da plena igualdade entre os filhos[265] e da superação da discriminatória e odiosa díade entre prole legítima e ilegítima. O estabelecimento do vínculo paterno-filial independe da constância de justas núpcias entre seus genitores, ou seja, o projeto reprodutivo não mais se vincula ao casamento.

Se antes atrelado a valores matrimoniais e patrimoniais, o desejo de ter um filho constituía uma das finalidades do casamento, como "conseqüência natural da satisfação do 'débito conjugal'".[266] Agora, desvinculado das exigências de uma união formal, passa a ser concebido como um projeto de vida, intimamente relacionado à autonomia reprodutiva e ao próprio desenvolvimento da personalidade de quem almeja ser genitor.[267] Nada obstante, as possibilidades de concretização do desejo parental aumentaram potencialmente com o recurso às técnicas de reprodução assistida, as quais trouxeram novos problemas à familiaridade contemporânea.

O desenvolvimento das ciências biotecnológicas e biomédicas a partir da segunda metade do século passado, mais apropriadamente das técnicas de reprodução assistida[268] no último quartel,[269] rompeu com a exclusividade do ato sexual como forma de concretização do projeto parental, permitindo novas formas de reprodução em laboratório. Inicialmente, as tecnologias reprodutivas artificiais eram direcionadas aos casais heterossexuais com

---

[264] BARBOZA, Heloisa Helena. Novas relações de família e paternidade. In: *Anais do Congresso Brasileiro de Direito de Família*, Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 136.

[265] "Art. 227, § 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".

[266] BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade:* bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 157.

[267] Heloisa Helena Barboza leciona que "o conceito de 'procriar' compreende, sobretudo, o fato meramente genético, ou seja, de dar origem a um filho que derive do próprio patrimônio genético. Acresceu-se posteriormente um conteúdo positivo ao direito de procriar, consistente no direito de desenvolver, em concreto, a função de genitor" (Reprodução humana como direito fundamental. In: Carlos Alberto Menezes Direito; Antônio Augusto Cançado Trindade; Antônio Celso Alves Pereira [Org.]. *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 780).

[268] Segundo Marilena Vilela Corrêa, reprodução assistida: "[...] é o termo que define um conjunto de técnicas de tratamento médico paliativo, em condições de in/hipofertilidade humana, visando à fecundação. Essas técnicas substituem a relação sexual na reprodução biológica e envolvem a intervenção, no ato da fecundação, de pelo menos um terceiro sujeito, o médico, e às vezes de um quarto, representado pela figura do doador do material reprodutivo humano". CORRÊA, Marilena Villela. *Novas tecnologias reprodutivas*: limites da biologia ou biologia sem limites? Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001, p. 110 e 112.

[269] A fertilização *in vitro* (FIV) – método de reprodução humana assistida extracorpórea – é utilizada com sucesso desde 1978 quando nasceu o primeiro "bebê de proveta" do mundo, Louise Joy Brown, que concretizou a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro.* BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248.

problemas de fertilidade e que se encontravam em idade reprodutiva. Com o transcurso do tempo, outros grupos sociais se beneficiaram dessas técnicas, a exemplo dos homossexuais e, mais recentemente, de casais com idade mais avançada, o que é possível através da doação de gametas e da gestação de substituição.

Os métodos contraceptivos, ao lado das técnicas de reprodução assistida, permitiram a desvinculação entre o ato sexual e a reprodução humana. Além disso, fomentaram uma verdadeira revolução nos tradicionais modelos de sexualidade e parentalidade, na medida em que a reprodução humana passou de "obra da natureza" para uma decisão consciente e responsável sobre a oportunidade, distância e quantidade de filhos – o direito ao planejamento familiar.

Mas não só de progressos científicos se alimentam as transformações sociais. Em prol da emancipação da mulher no cenário político-social, o movimento feminista,[270] desde o final dos anos 60, se destacou, principalmente, na luta pela descriminalização do aborto,[271] em defesa da garantia da autonomia da mulher sobre o próprio corpo.

Os progressos científicos e as transformações socioculturais estimularam uma verdadeira revolução no campo da reprodução humana, afastando a procriação como dádiva e imposição social decorrente do casamento para uma decisão livre individual ou conjunta, calcada na chamada autonomia reprodutiva. Assim, parte-se para algumas considerações sobre a reprodução humana e sua qualificação como direito fundamental, passando pela proteção constitucional da autonomia reprodutiva, abarcado pelo direito ao planejamento familiar, assegurado pela Constituição da República, em seu art. 226, § 7º.

---

[270] A respeito da articulação do movimento feminista no campo reprodutivo, Martha Ramírez-Gálvez registra: "Na década de 1970, o movimento de mulheres lançou a máxima *our bodies, ourselves*, que cristalizava a reivindicação do controle reprodutivo como condição essencial para a autodeterminação das mulheres. A posse e o conseqüente controle do próprio corpo se tornaram fundamentais para o seu acesso à cidadania. Ainda que essa máxima tenha tido suas particularidades nos diferentes contextos locais, seu significado norteou muitas das políticas e das ações que se seguiram nas décadas posteriores. Nesse momento, reivindicar o direito à contracepção e ao aborto ia contra uma ordem hegemônica. Isto é, constituía uma resposta a 'códigos' tradicionais, nos quais 'as mulheres eram apenas receptáculos da norma, do discurso proferido sobre elas e sobre o uso do seu corpo' (Ávila e Gouveia, 1996, p. 164). Além do mais, tais direitos foram formulados não só como oposição a uma maternidade obrigatória, mas em paralelo ao direito à concepção, entendido como o direito a viver a gravidez e o parto com segurança e dignidade. Nesse processo, separar sexo e reprodução se tornou um aspecto essencial, viabilizado em função do desenvolvimento de tecnologias reprodutivas, entre as que se encontram as contraceptivas e as conceptivas. As primeiras permitiram o sexo sem reprodução. Em termos gerais, permitiram às mulheres, sujeito privilegiado de saber e de políticas no campo da reprodução, se desvencilharem do determinismo biológico, jogando um papel de grande importância na escalada social das mulheres e transformações no nível macrossocial, assim como o acesso à dimensão lúdica e prazerosa da sexualidade" (A fertilização tecnológica de nossos corpos. In: FERREIRA, Verônica; ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula [orgs.]. *Feminismo e novas tecnologias reprodutivas*. Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, nov., 2006, p. 23).

[271] Cf., por todos, SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos limites da vida*: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

2.1.1 Autonomia reprodutiva no direito brasileiro

Uma análise mais ampla do tratamento jurídico do nascituro, especialmente dos fundamentos de sua tutela, impõe o exame da autonomia reprodutiva no ordenamento jurídico nacional, eis que a liberdade conferida àqueles que pretendem concretizar o projeto parental implica a assunção de deveres em relação à futura criança a ser gestada. Para tanto, é necessário investigar seu alcance e seus limites no direito brasileiro.

A despeito de as reivindicações de grupos feministas em torno da liberdade sexual e reprodutiva remontarem à década de 60 do século passado, Maria Betânia de Melo Ávila esclarece que "a formalização da ideia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente".[272] O discurso feminista privilegiou, ao menos num primeiro momento, "a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção", em virtude da opressão e submissão da mulher ao modelo de família chefiado pelo homem e cristalizado no matrimônio.

Para Maria Betânia de Melo Ávila, "a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação", caracteriza as demandas do feminismo em relação à reprodução. O aspecto conceptivo dos direitos reprodutivos, ou seja, o direito a ter filhos, não fazia parte do rol de reivindicações do movimento feminista, ao menos em um primeiro momento.

Com o desenvolvimento das ciências biotecnológicas e biomédicas, em especial das tecnologias reprodutivas, tornou-se possível o acesso à situação parental às pessoas estéreis. Embora, em princípio, destinadas a casais heterossexuais inférteis, não tardou para que grupos sociais não contemplados inicialmente pelo discurso biomédico se servissem dessas técnicas como meio de constituir uma família, a exemplo de pessoas solteiras, homossexuais e transexuais.[273]

Se, primeiro, os métodos contraceptivos fomentaram uma verdadeira revolução na vida reprodutiva das pessoas, ao passo em que permitiram o planejamento familiar consciente e

---

[272] ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. *Direitos reprodutivos:* uma questão de cidadania. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994, p. 9.

[273] Sobre o direito à reprodução dos transexuais remete-se à Heloisa Helena Barboza. Direito dos transexuais à reprodução. In: Maria Berenice Dias (Org.). *Direito das famílias*. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 264-279.

responsável, foram as técnicas de reprodução assistida que alteraram profundamente os modelos familiares.[274]

O atual entendimento em torno dos direitos reprodutivos,[275] em sentido contraceptivo e conceptivo, deve-se, segundo Maria Betânia de Melo Ávila, à "redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva", posto que "a concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres".[276]

Acrescenta Miriam Ventura que o privilégio referente "[...] à proteção do nascituro e à constituição e estabilidade familiar" determina "uma interdependência entre os direitos das mulheres e os da criança ou da família que, na forma ou na prática, desconsidera aspectos fundamentais da posição das mulheres como titulares de direitos próprios e o fato de que os riscos e custos da procriação se dão em seus corpos".[277]

Flávia Piovesan sustenta que o conceito de direitos reprodutivos "tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos".[278]

Nessa linha, Flávia Piovesan reconhece que "a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo",[279] isto é, os direitos sobre a sexualidade e a reprodução "chegaram tardiamente".[280] Tais direitos foram consolidados

---

[274] Heloisa Helena Barboza descreve que: "O controle da concepção com o uso da pílula anticoncepcional, método simples e eficaz, revolucionou a sociedade no século passado. Maior revolução, contudo, vem ocorrendo, ironicamente, em decorrência do surgimento de técnicas que permitem a concepção. Embora tais técnicas não tenham, ainda, alcançado o patamar de utilização ocupado pelo pílula anticoncepcional, as repercussões que provocam e as alternativas que ensejam são muito mais amplas e profundas, alcançando as raias da ficção" (BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental, p. 778-779).

[275] Cf. VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: LetrasLivres, 2005, p. 115-138; e, *Direito reprodutivos no Brasil*. Publicação do Fundo de População das Nações Unidas - UNFPA, fev., 2004.

[276] ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva, p. 9.

[277] VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? Op.cit.,, p. 117-118.

[278] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 242. Esclarece, ainda, Flavia Piovesan que os direitos reprodutivos correspondem a uma gama diversificada de casos, como o aborto, o adultério, a esterilização cirúrgica, estupro, dentre outros, ressaltando, por isso, que a "abrangência do tema dos direitos reprodutivos dificulta a pesquisa sistemática". PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP: Unicamp/Nepo, 2001, p. 157.

[279] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 272.

[280] Ressalta Cristina Zurutuza que "a primeira menção a que o tamanho da família deva ser 'de livre opção do casal' aparece na Declaração Geral da ONU de 1966", acompanhada pela Declaração de Teerã de 1968, que incorporou o planejamento familiar como direito. ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Orgs.). *Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina*. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001, p. 192.

somente com a edição dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos nos anos 90 do século passado, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo de 1994 e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim de 1995.[281]

O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizado no Cairo, relaciona o conceito de direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva, em observância aos preceitos emitidos pela Organização Mundial de Saúde. Tal programa assegura que "[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que freqüência". Encontra-se implícito, ainda, "[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei".[282]

No ordenamento pátrio, embora o termo "direitos reprodutivos" ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução, mesmo que de modo indireto, da autonomia reprodutiva[283] no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

Para Heloisa Helena Barboza, o exame do parágrafo 7º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, "permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada 'autonomia reprodutiva'". Com isso, assegurasse "o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".[284]

Segundo Daniel Sarmento, o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da "própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, III, CF), bem como nos direitos

---

[281] PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 272.

[282] Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2, *apud*, PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 243.

[283] O princípio ético da autonomia reprodutiva é um dos eixos fundamentais das teorias bioéticas. Atualmente, o discurso bioético enfrenta o problema sobre a "imposição ou não de limites ao exercício da autonomia reprodutiva", em virtude, principalmente, da fragilidade do "idealismo universalizante" dos princípios éticos gerais universais capazes, supostamente, de mediarem grande parte dos conflitos morais típicos da cartilha bioética, evidenciando a "falência universalista da teoria principialista". DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. In: *Cadernos de Saúde Pública*, v. 19, n. 1, Rio de Janeiro, 2003, p. 177, e DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. 8. ed. São Paulo: Editora Brasiliense (Coleção Primeiros Passos), 2012, p. 33.

[284] BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental, p. 788.

fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)", sendo dotada, portanto, "de inequívoco fundamento constitucional".[285]

Sem embargo, o conteúdo da autonomia reprodutiva é preenchido pelo direito ao planejamento familiar, que foi previsto no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988. Esse pode ser compreendido tanto sob seu aspecto negativo (ou contraceptivo) quanto em seu viés positivo (ou conceptivo). Neste trabalho interessa o exame do direito à reprodução, tendo em vista que decorre do exercício desse direito os fundamentos para a proteção do nascituro.

A trajetória de reconhecimento da reprodução humana como um direito é recente.[286] Na experiência jurídica brasileira, a procriação foi, durante um longo período, considerada como mera faculdade, sendo controversa sua qualificação como direito fundamental.[287] Mesmo que a reprodução humana seja um fato social atrelado aos valores judaico-cristãos como finalidade do matrimônio e perpetuação da espécie humana, desde a última década do século XX se percebe que diversos instrumentos legais internacionais e domésticos asseguram a chamada "autonomia reprodutiva", através do reconhecimento do direito de escolha de mulheres e homens, em união, formal ou informal, ou individualmente, a respeito do número de filhos e da distância entre eles. Asseguram também o acesso às informações aos métodos e técnicas disponíveis e cientificamente aceitos tanto para a contracepção quanto para a procriação.

O direito à procriação[288] até pouco tempo atrás sempre fora visto como mera faculdade. Eduardo de Oliveira Leite sustenta que esse "[...] 'direito' invocado é apenas uma faculdade, ou melhor, uma liberdade".[289] A partir das reflexões de Catherine Labrusse-Riou e J. L. Baudoin, o autor expõe que "existe uma liberdade de engendrar filhos. Quando a natureza se opõe, o direito médico e social criaram um verdadeiro direito à cura da

---

[285] SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida:* Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 43-44.

[286] Cf. PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 2003; e, VENTURA, Miriam. *Direitos Reprodutivos no Brasil*. 2. ed., Brasília: UNFPA - Fundo de População das Nações Unidas, 2004.

[287] BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental, cit., p. 777-801.

[288] Heloisa Helena Barboza, em obra pioneira sobre o assunto, já alertava que a questão do direito a se ter filhos "não tem natureza meramente teórica, visto que tal definição imporá os rumos que se devam dar à matéria", argumentando que "se entendido como direito fundamental, não há que se criar qualquer impedimento às técnicas que resultem na ausência de um dos genitores, como ocorre na inseminação artificial de mulheres solteiras" (*A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 37-38).

[289] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 356.

esterilidade tentando vencer esse *handicap* e permitindo o exercício da liberdade de procriar. Entretanto, procriar não é um direito [...]".[290]

Heloisa Helena Barboza relata, com base nos ensinamentos de Encarna Roca i Trías, que já na década de 80 do século passado, época de expansão no uso das técnicas de reprodução medicamente assistida, mais precisamente no ano de 1987, em "[...] consulta ao Comitê Diretor dos Direitos Humanos (CDDH) sobre a existência ou não do direito de procriar, mas precisamente sobre a garantia, na Carta Européia, de um direito absoluto de procriar, incluído no direito à vida", obteve-se uma resposta negativa do Comitê. A autora reconhece que "em sentido estrito, nem a Comunidade Européia, nem Declarações e Convênios Internacionais, reconhecem explicitamente o direito de procriação como tal, mas apenas o 'de fundar uma família'".[291]

Essa, inclusive, já havia sido a recomendação do Relatório *Warnock*, primeiro documento de consulta sobre as tecnologias reprodutivas tido como marco ético para o debate legislativo internacional. Produzido em 1984, na Grã-Bretanha, se sugere nele que "[...] como uma regra geral, é melhor para as crianças nascerem em uma família composta por pai e mãe, apesar de se reconhecer a impossibilidade de determinar-se ou predizer com certeza quanto tempo tal relacionamento durará".[292]

Duas linhas de orientação bem distintas se formaram a partir da década de 80 a respeito da existência ou não de um direito à reprodução. Enquanto alguns países europeus preferiram a restrição imediata, calcada na suposta proteção do bem-estar da criança a ser gerada, em oposição a esse entendimento, teve-se o amplo reconhecimento do direito de ter filhos, com base no direito à privacidade, inexistindo distinção se por meio de relação sexual ou tecnologias conceptivas, como é o caso dos Estados Unidos.[293]

No entanto, em que pese a formação dessas duas linhas de entendimento, na América Latina, optou-se, ao menos num primeiro momento, pelo ocultamento dessas questões.[294] O

---

[290] LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*, p. 356.
[291] BARBOZA, Heloisa Helena. *Reprodução humana como direito fundamental*, p. 780-781.
[292] QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões. *In*: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). *Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?* Diferentes perspectivas do direito brasileiro. Brasília: Letras Livres, 2002, p. 28-29.
[293] BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*, p. 38.
[294] Segundo Debora Diniz e Rosely Gomes Costa "[...] A questão do acesso foi um debate esquecido na América Latina, em especial na última década quando houve um enorme crescimento das clínicas de reprodução assistida", e complementam que "[...] foi somente com o início do debate legislativo em diferentes países latino-americanos que o tema da elegibilidade foi seriamente enfrentado como uma das questões centrais à regulamentação do uso e acesso às tecnologias" (Infertilidade e Infecundidade: Acesso às Novas Tecnologias Conceptivas. In: *SérieAnis*, n. 37, Brasília: LetrasLivres, 2005, p. 1).

tardio debate legislativo brasileiro, desse modo, inclinou-se no sentido do entendimento adotado em alguns países europeus.[295]

O reconhecimento do direito à reprodução enfrenta resistência no campo doutrinário e legislativo, sobretudo, em virtude da possibilidade de pessoas solteiras e casais homossexuais[296] recorrerem às técnicas de reprodução assistida como forma de concretização do projeto parental. Se a reprodução humana for considerada como um legítimo direito merecedor de tutela por parte do ordenamento jurídico, inexistiriam óbices à formação consciente e programada de famílias monoparentais e casais homossexuais poderiam ter filhos biologicamente vinculados, mesmo que através das técnicas de reprodução assistida.

Ainda quanto à vigência da Resolução n. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina (CFM), no que concerne aos usuários das técnicas de reprodução assistida,[297] a doutrina se posicionava no sentido de somente permitir que mulheres casadas ou em união estável se submetessem à reprodução artificial. Busca-se, dessa maneira, evitar o risco de posterior ausência do vínculo paterno,[298] deixando inequívoca a tendência pela exigência da biparentalidade.

Rose Melo Vencelau Meireles entende que "acolher a possibilidade de uma pessoa ser concebida sem pai, é frustrá-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar a sua dignidade. A criança tem direito à biparentalidade". A autora refuta a possibilidade de argumentação com base na proteção as famílias monoparentais conferida pela constituinte de 1988, "pois o que se pretende com a norma do §4º do art. 226 da CF é que também tenham proteção do Estado, uma vez que venham a se formar tais circunstâncias". A autora segue uma tendência da doutrina nacional, na medida em que interpreta esse dispositivo constitucional como uma proteção às famílias, mas não como um estímulo a sua constituição. Rose Melo Vencelau Meireles afirma que "diferencia-se a hipótese do legislador estimular

---

[295] Heloísa Helena Barboza já sinalizava, em obra publicada no mesmo ano do início do debate legislativo brasileiro sobre a reprodução assistida, que, diante dos preceitos esculpidos na Constituição de 1988, parece "mais condizente com nossa ordem constitucional o entendimento do Parlamento europeu" (*A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização* "in vitro", p. 39).

[296] Cf. DINIZ, Debora. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. *Ensaios*: Bioética. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

[297] Nos termos da Resolução CFM n. 1.358/1992, II, 1 e 2: "II – USUÁRIOS DAS TÉCNICAS DE RA**.** 1 – Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. 2 – Estando casada ou em união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro, após processo semelhante de consentimento informado."

[298] Nesse sentido, se posicionam: FACHIN, Luis Edson. *Direito de Família*: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 256; BARBOZA, Heloisa Helena. *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização* "in vitro". Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 67-72 e 113; no entanto, a autora sinaliza, em texto mais recente, sua mudança de posicionamento em Reprodução humana como direito fundamental, p. 777-801.

certas situações, daquela em que se protege uma situação em que venha ocorrer, como na concretização da família monoparental".[299]

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

> Não há como reconhecer, em regra, o direito à reprodução em relação à pessoa sozinha, levando em conta especialmente o princípio do melhor interesse da (futura) criança que, privada do pai ou da mãe, se sujeitaria à estrutura familiar parcial, tornando-a desigual em relação às demais pessoas desde o momento da concepção. Tal regra, no entanto, não deve ser absoluta, especialmente à luz da ordem civil constitucional instaurada em 1988 no direito brasileiro. A lei nº 9263/96, no seu artigo 3º, autoriza a monoparentalidade na reprodução assistida, desde que observados, no caso concreto, os princípios constitucionais relacionados ao planejamento familiar e à assistência do Poder Público, além da própria esterilidade da pessoa.[300]

Resistências à parte em relegar a formação da monoparentalidade somente a causas imprevisíveis, desde a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990) se reconheceu a possibilidade de planejamento da formação da comunidade familiar monoparental, ante a possibilidade de pessoas solteiras, maiores e capazes, voluntariamente e deliberadamente constituírem um vínculo paterno-filial com base na socioafetividade. Isto é, através da adoção.[301] Uma das possíveis explicações para a restrição nas hipóteses de reprodução assistida se assenta no caráter de solidariedade social geralmente atribuído ao ato de adoção, enquanto que na procriação artificial se opera o inverso, como se gerar um filho sem lhe possibilitar, ainda que futuramente, o reconhecimento da paternidade/maternidade fosse um ato egoísta.

É claro que ao se reconhecer o direito à reprodução é indispensável que se considerem os direitos fundamentais da criança, mesmo não concebidas ou nascidas, estabelecidos, no plano internacional, na Convenção Internacional dos Direitos da Criança e do Adolescente da Organização das Nações Unidas e, na ordem interna, no Estatuto da Criança e do Adolescente, visto que a decisão sobre procriar ou não interfere de modo decisivo na esfera de interesses do filho a nascer. Que tal confrontação deve necessariamente ser harmonizada não há dúvidas, em virtude da proteção antecipada ao desenvolvimento da personalidade da futura criança. Porém o que se debate é a existência controversa do direito da futura criança à biparentalidade, e se este deve integrar o princípio do melhor interesse da criança.

---

[299] VENCELAU, Rose Melo Vencelau. *O elo perdido da filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 56.

[300] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1.004.

[301] "Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil. (Redação dada pela Lei n. 12.010, de 2009)"

A própria convenção, em seu art. 7º, afirma que "a criança deve ser registrada ao nascimento a ter direito a um nome, e o direito a adquirir uma nacionalidade e, na medida do possível, tem o direito de conhecer seus pais e de se criada por eles", reconhecendo a importância da convivência familiar caracterizada pela "triangularização" do vínculo paterno-filial. Contudo, mitiga tal imposição ao aceitar que nem sempre é possível e, muito menos, indispensável à dupla figura parental.[302]

Em que pese a preponderância dos interesses da futura criança, essa deve ser entendida como a capacidade de fornecer todas as condições necessárias para que o filho se desenvolva com dignidade e afeto, não havendo incompatibilidade entre a doutrina do melhor interesse da criança e a monoparentalidade programada. Belmiro Pedro Welter observou que "[...] a família deste século não se identifica apenas pela existência da face tríade: pai, mãe e filho, mas também na imagem bifronte: pai ou mãe e filho".[303]

Em 6 de janeiro de 2011, o CFM editou a Resolução n. 1.957, que revogou *in totum* a Resolução n. 1.358, de 19 de novembro de 1992, estabelecendo novas regras, ainda que de cunho deontológico, relativas à reprodução assistida. Dentre as inovações, a nova resolução ampliou o rol subjetivo dos pleiteantes ao dispor que "todas as pessoas capazes podem ser receptoras das técnicas de reprodução assistida", diferente da resolução anterior que restringia o acesso às mulheres sozinhas, casadas ou em união estável. Atualmente, se encontra em vigor a Resolução n. 2.013, de 16 de abril de 2013, que revogou a Resolução n. 1.957/2010. No tocante aos pacientes das técnicas de reprodução assistida a nova Resolução alterou substancialmente a disposição anterior, estabelecendo o seguinte:

> 1 - Todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos sobre a mesma, de acordo com a legislação vigente.
> 2 - É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.

A nova Resolução acertadamente abrangeu a possibilidade de pessoas solteiras e casais homoafetivos recorrerem às técnicas de reprodução assistida. A orientação sexual e o estado civil não devem excluir, a princípio, o direito ao planejamento familiar, ainda que individualmente exercido. Não devem tampouco afastá-lo diante de uma suposta presunção de

---

[302] BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. In: *Estudos Jurídicos*, v. 31, n. 83, São Leopoldo – RS, set./dez., 1998, p. 151.
[303] WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. In: *Revista Brasileira de Direito de Família*, n. 14, jul./set., 2002, p. 160.

ofensa da doutrina da proteção integral da (futura) criança e do princípio da parentalidade responsável pela ausência prévia do vínculo paterno ou materno.

A intenção inequívoca de constituir uma família não pode ser encarada como um mero desejo de ter filhos, mas como um direito legítimo de autodeterminação quanto às escolhas reprodutivas. Apesar de muitos encarem como um ato de egoísmo por parte de quem individualmente recorre à reprodução assistida, em virtude da privação do convívio familiar da futura criança com um duplo vínculo parental, essa visão não merece prosperar, pois a inicial ausência pode ser suprida durante a vida através de outras figuras como avós, tios e padrinhos. Na verdade, emerge a parentalidade como função de cuidado com o filho, em vez de se manter atrelada à estrutura biparental e heterossexual.

Convém destacar que se entende como discriminatório restringir o acesso à reprodução assistida nos casos em que somente por meio dessa via é possível a concretização do desejo parental na medida em que, pelas circunstâncias e infortúnios da vida, é impossível o direito assegurar o direito à biparentalidade.

Não se entende possível extrair nem do princípio do melhor interesse da (futura) criança, nem ser um pressuposto do princípio da parentalidade responsável o direito à biparentalidade do filho a porvir, na medida em que se utiliza de um discurso de proteção integral ao futuro desenvolvimento da personalidade da criança, tão caro ao direito contemporâneo, com fins de manutenção do modelo familiar heterossexual e fundado no casamento e restrição do direito ao planejamento familiar de grupos socialmente minoritários, tais como os homossexuais e os transexuais.

A afirmação da autonomia reprodutiva dentro do ordenamento jurídico nacional, mesmo que por via oblíqua, e o reconhecimento do aspecto conceptivo (ou positivo) do direito ao planejamento familiar embasam a existência de um direito à procriação.[304] Tal direito embora ainda questionável seu *status* jurídico dentro do ordenamento pátrio, se mera faculdade, direito subjetivo ou direito fundamental, tendenciosa tem sido a doutrina contemporânea em acatar o último enquadramento.[305]

---

[304] Heloisa Helena Barboza defende que "o reconhecimento do direito à reprodução, em seus aspectos positivo e negativo, não pode conferir-lhe caráter absoluto" (Reprodução humana como direito fundamental, p. 786). Guilherme Calmon Nogueira da Gama também sustenta que o "[...] direito à reprodução não é absoluto – como nenhum direito fundamental também não o é – e, desse modo, somente deve ser exercido dentro dos limites que lhe são impostos pelo próprio ordenamento". (*A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais, p. 723).

[305] Cf., por todos, Heloisa Helena Barboza. Reprodução humana como direito fundamental, p. 777-801.

2.1.2 A medicalização da reprodução humana e a autodeterminação corporal da mulher grávida

Os avanços da biotecnologia e da biomedicina no último quartel do século passado atingiram centralmente a reprodução humana, operando verdadeiras transformações no antes tido como natural fato da gestação e, consequentemente, no nascimento. A crescente interferência (bio)médica na reprodução humana integra o chamado processo de medicalização da vida humana,[306] que, segundo Heloisa Helena Barboza, constitui "fenômeno social difuso nas sociedades ocidentais, que se instaurou talvez de modo não deliberado, mas, sem dúvida, definitivo".[307] Tal processo foi acelerado "no século XX, graças à marcante atuação da biomedicina".[308]

Conforme observou Heloisa Helena Barboza:

> nascimento, desenvolvimento e preservação da vida, e mesmo a morte deixaram de ser fatos naturais, transformando-se em ações médicas, de todo influentes para o direito. Nascimentos e mortes ocorrem em hospitais, para grande parte da população brasileira, incluídos os mais carentes. A medicina determina como nascer, quando morrer, como viver: o que comer, o que fazer ou não, num processo contínuo de acompanhamento do indivíduo, de forma direta ou indireta, como a que ocorre por meio de campanhas ou orientação pelos meios de comunicação em massa.[309]

Nesse cenário de medicalização da vida humana já se observou que "é possível falar em uma maior concentração de intervenção médica (práticas e discursos) sobre o corpo feminino se comparado ao masculino",[310] especialmente no campo da reprodução humana. Marilena C. D. V. Corrêa e Maria Cristina R. Guilam, por exemplo, afirmam que a gravidez é "[...] um dos momentos mais medicalizados da vida da mulher. Por meio do discurso biomédico, a mulher grávida se vê cercada, hoje, de uma rede de vigilância de seu corpo,

---

[306] Marilena C. D. V. Corrêa e Maria Cristina R. Guilam registram que: "A espetacular expansão da medicalização a qualquer aspecto da existência individual e da vida social permite ao discurso médico englobar virtualidades – os riscos – alterando de forma fundamental a topologia daquele discurso. Antes referido estritamente à positividade dos sinais e sintomas circunscritos aos corpos individuais, o discurso médico passa a englobar 'estilos de vida' (comportamentos individuais) e os mais diferentes fatores 'de risco para a saúde' (qualidade do ar, da água, hábitos culturais etc.)" (O discurso do risco e o aconselhamento genético pré-natal. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 10, out. 2006, p. 2.142).

[307] BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). *Novas Perspectivas do direito internacional contemporâneo*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 778.

[308] Id.

[309] Ibid. p. 778-779.

[310] CORRÊA Marilena C. D. V.; GUILAM Maria Cristina R. O discurso do risco e o aconselhamento genético pré-natal, p. 2.142.

passando a ser responsabilizada não só pela própria saúde, mas também pela produção de um feto saudável".[311]

De obra da natureza, o processo reprodutivo foi medicalizado desde a possibilidade de fertilização dos gametas em laboratório, passando pela exigência médica de acompanhamento pré-natal até a indicação da técnica mais adequada no momento do parto. Todas essas fases foram, indiscutivelmente, medicalizadas, viabilizando novas possibilidades de exames, diagnósticos e tratamentos *in utero*.

Embora pareça um fenômeno irrefreável hodiernamente, deve-se ter cautela em relação à situação de vulnerabilidade na qual se encontra a gestante, seja por razões médicas ou psicológicas. Isso não quer dizer redução da capacidade, mas sim um estado de fragilidade, que é realçado pelas prescrições médicas, subjugando as grávidas a um modelo de comportamento condizente e compatível com um discurso médico de "gestação saudável" e, consequentemente, com o nascimento de uma "criança perfeita". Em que pese, conforme se verá mais à frente, algumas situações jurídicas extrapatrimoniais, titularizadas pelos nascituros como merecedoras de tutela, impinjam à mulher grávida alguns deveres, ensejando limitações à sua autonomia corporal, é preciso demarcar que a sua liberdade não pode ser subtraída, sendo que, ao contrário, em inúmeros casos deve preponderar o direito à autodeterminação da gestante face os direitos do nascituro.

É necessário, portanto, um olhar crítico do Direito quanto ao discurso médico de aconselhamento e acompanhamento durante a fase pré-natal, que precisa coincidir com os valores albergados no ordenamento, sob pena de se desconsiderar a autodeterminação existencial da mulher grávida.

Por outro lado, a partir das modernas técnicas de diagnóstico pré-natal e do avanço da engenharia genética, têm se ampliado as possibilidades de escolhas reprodutivas,[312] sendo que, nesse caso, a irresponsabilidade dos pais nas escolhas genéticas que interferem na formação do nascituro não deve ser acobertada pelo Direito, sob pena de demasiada interferência na vida da futura criança; por outro lado, não se pode desconsiderar que certas preferências reprodutivas integram a autonomia concedida, sobretudo, à gestante. Assim, a tutela da reprodução humana no ordenamento pátrio deve ser sopesada com os direitos da futura criança, respeitando-se prioritariamente sua integridade psicofísica, eis que é

[311] CORRÊA, Marilena C. D. V.; GUILAM, Maria Cristina R. O discurso do risco e o aconselhamento genético pré-natal, p. 2.142.

[312] Debora Diniz já analisou o caso da surdez, no qual a comunidade Surda defende a preferência pelo nascimento de crianças surdas como forma de manutenção da identidade cultural surda, discutindo-se os limites das decisões reprodutivas dos futuros pais no desenvolvimento de seus futuros filhos (Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez, passim).

fundamental preservar o quanto possível e desde a gestação o melhor interesse da criança a ser gerada. E, ainda, atender aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, que, juntos, fundam o livre planejamento familiar (art. 226, § 7º, CR).

2.2 **O direito ao planejamento familiar entre a liberdade e a solidariedade**

A Constituição da República de 1988 estabeleceu em seu art. 226, § 7º, o direito ao planejamento familiar como "livre decisão do casal". O texto determina que o Estado disponibilize para o exercício desse direito os recursos educacionais e científicos cabíveis, além de vedar qualquer forma de coerção por parte de instituições oficiais ou privadas que interfira no livre planejamento familiar.

Em que pese o meritório esforço dos constituintes em contemplar o direito ao planejamento familiar em sede constitucional, sua inclusão em artigo disposto no capítulo "Da família, da criança, do adolescente, do jovem e do Idoso" demonstra o apego demasiado de regular os temas relativos à reprodução e à sexualidade dentro do ambiente familiar. Muito mais razoável e democrático seria tutelá-los na esfera do direito à saúde, o que impediria as posições tradicionais que vinculam tal direito às exigências de união entre as pessoas – casamento ou união estável. Sua localização topográfica na Constituição de 1988 não obsta um entendimento do planejamento familiar livre das amarras da tradicional família aristocrático-burguesa,[313] visto o reconhecimento de entidades familiares outras que não as fundadas no casamento, como as uniões estáveis e a família monoparental, e a tendência à sedimentação do caráter meramente exemplificativo do rol do art. 226 da Constituição de 1988, não encerrando qualquer espécie de *numerus clausus*.[314]

O art. 226, § 7°, da Constituição de 1988 foi regulamentado através da Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que trouxe um grande avanço ao dispor que o planejamento familiar é um direito de todo cidadão, não mais contemplando como destinatário unicamente às pessoas casadas ou em união estável. Com a promulgação da lei, dissiparam-se as possíveis dúvidas em relação ao exercício individual de homens e mulheres ao planejamento familiar, entendimento muito mais consentâneo com os princípios constitucionais.

---

[313] Sobre a construção de um novo modelo familiar democrático e suas características jurídicas no cenário nacional remete-se a Maria Celina Bodin de Moraes. A família democrática. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

[314] Sobre a não taxatividade do rol de entidades familiares na Constituição, remete-se a Luiz Paulo Netto Lôbo. *Entidades familiares constitucionalizadas*: para além do *numerus clausus*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Família e cidadania – Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2002, p. 89-107.

O Código Civil de 2002 introduziu, de maneira acrítica, um dispositivo específico relativo ao planejamento familiar no § 2º, do art. 1.565.[315] Na intenção de harmonizar o anacrônico projeto do Código Civil de 1975 com a Constituição promulgada em 1988, o Código Civil acabou por corroborar com a ligação do direito ao planejamento familiar com a família fundada no casamento. Primeiramente, isso se deu por manter o termo "casal" já modificado na lei do planejamento familiar, em consonância com os tratados internacionais e uma interpretação sistemática da Constituição, e, segundo, por inseri-lo no capítulo referente à eficácia do casamento. O direito ao planejamento familiar, como afirmado, além de não ser restrito às pessoas casadas, em nada comunga com a produção de efeitos do casamento.

A regulamentação infraconstitucional do direito ao planejamento familiar (Lei n. 9.263/1996) não contemplou, contudo, os efeitos do exercício desse direito sobre os arranjos familiares, deixando, por exemplo, a controvertida hipótese do recurso à reprodução assistida por pais que pretendem gerar um novo filho geneticamente compatível para o transplante "inter vivos" de órgãos para o filho doente, na ausência de doadores compatíveis no círculo familiar.[316] Os limites éticos e jurídicos das técnicas de seleção genética de embriões precisam de exame apartado, excedendo os limites do presente trabalho. No entanto, integra o temário dos limites ao planejamento familiar, o que deve servir de orientação no tratamento jurídico específico sobre o estatuto a ser aplicado aos embriões humanos,[317] bem como deve se evitar os riscos da eugenia e de instrumentalização da futura criança.

Essa e outras situações ainda permanecem nebulosas para o direito, principalmente em virtude da morosidade do legislador em regulamentar a proteção dessas novas famílias.

---

[315] "Art. 1.565, [...] § 2º – O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas."

[316] Recentemente, os meios de comunicação divulgaram o nascimento do primeiro bebê brasileiro selecionado geneticamente em laboratório para ser totalmente compatível com a irmã e não carregar genes "doentes". O caso que desperta a atenção da mídia ainda não teve um debate sobre os limites éticos e jurídicos a respeito da seleção genética para este fim. No caso específico, "Maria Clara Reginato Cunha, de apenas 4 dias, nasceu no Hospital São Luiz, em São Paulo, para salvar a vida de Maria Vitória, que tem 5 anos e convive com transfusões sanguíneas a cada três semanas e toma uma medicação diária para reduzir o ferro no organismo desde os 5 meses. Maria Vitória sofre de talassemia major, uma doença rara do sangue que, se não for tratada corretamente, pode levar à morte. As células-tronco colhidas no sangue do cordão umbilical de Maria Clara serão usadas para um transplante de medula em Maria Vitória". CASAL brasileiro gera filha selecionada geneticamente para curar a irmã, *Veja online*, Saúde, 15 fev. 2012. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/saude/casal-brasileiro-gera-filha-selecionada-geneticamente-para-curar-a-irma>. Acesso em: 5 mar. 2012.

[317] Sobre os aspectos éticos no manejo de embriões humanos, sugere-se a leitura de Heloisa Helena Barboza. Estatuto Ético do Embrião Humano. In: Daniel Sarmento; Flavio Galdino (Orgs.). *Direitos Fundamentais*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527-549; e, para um exame jurídico dos limites da proteção jurídica dispensada aos embriões, remete-se a Heloisa Helena Barboza. Proteção jurídica do embrião humano. In: Carlos Maria Romeo Casabona; Juliane Fernandes Queiroz (Orgs.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 248-270.

Todavia, a inexistência de legislação pertinente não é obstáculo para o debate e muito menos para a possibilidade de aplicação direta da Constituição.

O livre planejamento familiar, assegurado na Constituição, deve ser exercido dentro do contexto de solidariedade imposto pelo desenho constitucional. Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, o "princípio da solidariedade [...] é a expressão mais profunda da sociabilidade que caracteriza a pessoa humana".[318] Dentre os objetivos fundamentais da República brasileira, encontra-se disposto no art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.[319] Daí, afirmar-se que, "no contexto atual, a Lei Maior determina – ou melhor, exige – que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade porque a construção de uma sociedade livre, justa e solidária cabe a todos e a cada um de nós".[320]

Indispensável, portanto, examinar os limites do direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, no âmbito da legalidade constitucional.

2.2.1 Os limites do direito ao planejamento familiar na legalidade constitucional

O próprio dispositivo constitucional estampado no art. 226, § 7º, diz que o direito ao planejamento familiar se funda nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade (parentalidade) responsável, o que demonstra, expressamente, os seus fundamentos e os parâmetros aceitáveis para seus limites. São esses princípios que devem servir como norte valorativo para a interpretação das limitações ao direito ao planejamento familiar, que, em princípio, deve ser exercido de forma livre e sem interferências alheias. É preciso destacar que o planejamento familiar não é um direito absoluto, mas sujeito a limites que podem se encontrar além dos expressos no dispositivo citado.

O princípio da dignidade humana resguarda tanto os interesses das pessoas que desejam concretizar o desejo parental – na medida em que se considera o direito fundamental a ter família,[321] a liberdade de viver em família e o entendimento desta como um espaço adequado para o desenvolvimento da personalidade de cada membro –, quanto os do filho a porvir. Afinal, seus interesses têm que ser preservados desde o início da gestação para a promoção de uma vida digna no futuro.

---

[318] BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da solidariedade. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 250-251.
[319] "Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária."
[320] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op.cit., p. 251.
[321] FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

O princípio da paternidade (parentalidade) responsável associado ao direito ao planejamento familiar, cada vez mais, implica a assunção de responsabilidades decorrentes do exercício desse direito. E, a partir de um projeto reprodutivo consciente e responsável, também impõe o estabelecimento de deveres aos casais, ou a homens e mulheres individualmente, para a tutela do nascituro.

Sem embargo, o princípio da parentalidade responsável remete ao princípio do melhor interesse da criança, ou nesse caso à salvaguarda dos direitos da futura criança, ambos com envergadura constitucional. Assegurar e promover uma vida digna à criança a porvir implica atender previamente às condições necessárias para seu melhor desenvolvimento, o que não se confunde com o tradicional modelo de biparentalidade heterossexual. São as condições de afeto e cuidado que devem ser resguardadas, e não a manutenção de estruturas parentais convencionais.

Na medida em que se reconhecem e se afirmam os direitos ligados à sexualidade e à reprodução, seja no plano internacional ou no doméstico, reforçam-se, por outro lado, as responsabilidades decorrentes do exercício cada vez mais livre daqueles, mas que devem ser exercidos com autonomia e informação. O livre planejamento familiar enseja o reconhecimento da liberdade de decisão a respeito do desejo de se ter filhos, do número e espaçamento entre eles. A liberdade reprodutiva implica, portanto, a assunção de responsabilidades resultantes do exercício do direito ao planejamento familiar.

A doutrina jurídica contemporânea já afirmou que não existem direitos absolutos, mas que todos os direitos são relativos.[322] A historicidade e a relatividade[323] são atributos dos institutos jurídicos, se o direito é visto como realidade sociocultural, fenômeno do qual o direito civil-constitucional não se distancia, muito pelo contrário, o incorpora. Tal constatação tem especial importância na interpretação e na aplicação do direito ao planejamento familiar, tendo em vista que suas limitações foram expressamente vinculadas pelo legislador no art. 226, §7º. Trata-se, inclusive, de resultado das transformações sociais mais recentes no âmbito familiar e da redefinição dos papéis sociais dos pais no atual estágio da história.

---

[322] "Por força do princípio da unidade, inexiste hierarquia entre normas da Constituição, cabendo ao intérprete a busca pela harmonização possível *in concreto*, entre comandos que tutelam valores ou interesses que se contraponham. Conceitos como o de ponderação ou concordância prática são instrumentos de preservação do princípio da unidade, também conhecido como princípio da unidade hierárquico normativa da Constituição" (BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional*: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 362).

[323] Para essa orientação metodológica relativa à historicidade e à relatividade dos institutos jurídicos, remete-se, por todos, a PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 137-143.

Os princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalidade responsável, previstos no art. 226, § 7°, da Constituição de 1988, remetem ainda ao princípio do melhor interesse da futura criança. Essa tríade ao mesmo tempo em que funda e informa o direito ao planejamento familiar atua ainda como seu limite.

No tocante às limitações ao direito ao planejamento familiar, Guilherme Calmon Nogueira da Gama escreveu que "no sistema jurídico-constitucional brasileiro, interesses meramente egoísticos da pessoa que pretende obter o auxilio de técnica de procriação artificial, como, por exemplo, escolher o sexo do filho, ter gêmeos ou escolher o tipo físico da criança, não podem autorizar tal prática".[324] Há que assinalar, ainda, que os limites atuam não somente quando o exercício do direito ao planejamento familiar ocorre através das técnicas de reprodução assistida.

A liberdade reprodutiva, entendida como aspecto positivo do direito ao planejamento familiar, deve necessariamente ser compreendida dentro do contexto de solidariedade familiar estabelecida pelo constituinte de 1988.

2.3 **O nascituro e o princípio da parentalidade responsável**

O princípio da parentalidade responsável,[325-326] ao lado da dignidade da pessoa humana, funda e informa o direito ao planejamento familiar, previsto no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988. O escopo do exercício da parentalidade responsável,[327] a

---

[324] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: Andréa Ferreira, Fernando G.; Galvão, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo*: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 317-338.

[325] Em que pese à expressa menção ao termo "paternidade responsável" no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, deve-se conjugar este dispositivo com o art. 229, o qual atribui aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, razão pela qual se prefere denominar de princípio da parentalidade responsável.

[326] Guilherme Calmon Nogueira da Gama esclarece que "o termo 'paternidade responsável' não abrange o conteúdo material do limite previsto no § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal de 1988, porquanto somente se refere à paternidade, como se a maternidade pudesse ser irresponsável. [...] o exame mais aprofundado do próprio dispositivo, aliado a outras normas constitucionais – por exemplo, a igualdade entre homem e mulher em direitos e deveres –, permite a conclusão de que o constituinte disse menos do que queria, provavelmente por ter sido induzido em equívoco diante da tradução do termo 'parental responsability' que, no entanto, possui outra significação no âmbito do direito inglês". Assim, sem o cuidado que se deveria ter no transplante jurídico da noção inglesa para o direito brasileiro, o constituinte empregou o termo paternidade responsável quando na realidade o sentido é de parentalidade responsável. De outro lado, é possível encontrar explicação linguística que justifica o emprego do termo 'paternidade responsável' ao considerar que adotou o plural 'pais' para designar ambos os ascendentes – das linhas paterna e materna –, e, por conseguinte, fez-se alusão a paternidade responsável, enquanto referência derivada. De todo modo, é fundamental que se constate que o termo não se limita ao homem, mas logicamente se refere também à mulher que, desse modo, terá vários deveres decorrentes das consequências e efeitos jurídicos – no campo da filiação – do exercício dos direitos reprodutivos e sexuais" (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, p. 326-327).

[327] De acordo com Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza, o "princípio da responsabilidade parental, mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º da Constituição, expande seu sentido ao ter sua interpretação

partir da livre e consciente decisão sobre a liberdade de procriar,[328] se assenta na assunção de deveres em relação ao filho a porvir, seja durante a fase gestacional, em que deve se garantir o sadio desenvolvimento *in utero* do nascituro e lhe assegurar condições dignas de existência, seja a partir do nascimento com vida da pessoa do filho, em que se efetiva, em concreto, os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relações aos filhos menores, conforme disposto no art. 229 da Constituição da República.

Nessa perspectiva, Guilherme Calmon Nogueira da Gama leciona que:

> [...] a consciência a respeito da paternidade e maternidade abrange não apenas o aspecto voluntário da decisão – de procriar –, mas especialmente os efeitos posteriores ao nascimento do filho, para o fim de gerar a permanência da responsabilidade parental principalmente nas fases mais importantes de formação e desenvolvimento da personalidade da pessoa humana: a infância e a adolescência, sem prejuízo logicamente das consequências posteriores relativamente aos filhos na fase adulta.[329]

Deve ser afastada a simplista noção de parentalidade responsável como fundamento do estabelecimento do estado de filiação, como se a função desse princípio se destinasse exclusivamente para fins de reconhecimento do vínculo paterno-materno-filial, para entender que "[...] a parentalidade responsável representa a assunção de deveres parentais em decorrência dos resultados do exercício dos direitos reprodutivos – mediante conjunção carnal, ou com recurso a alguma técnica reprodutiva".[330] Qualquer tendência de diminuição da potencialidade e *colorido* que o princípio da parentalidade responsável[331] detém afronta à

---

preenchida pela norma do art. 227, *caput*, que coloca a família como um dos entes devedores de respeito aos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, e pelo art. 229, que impõe o dever recíproco de cuidado para os pais e filhos, a depender da vulnerabilidade de cada um no decorrer da vida e do desenvolvimento da relação parental" (Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. In: *Civilistica.com* – Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, 2013, p. 25. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso 28 jun. 2013).

[328] Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalva que "a parentalidade responsável decorre não apenas do fundamento da vontade da pessoa em se tornar pai ou mãe, mas também pode surgir em razão do risco do exercício da liberdade sexual – ou mesmo reprodutiva no sentido mais estrito – no campo da parentalidade" (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, Op.cit., p. 328-329).

[329] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Princípio da paternidade responsável. In: *Revista de Direito Privado*, n. 18, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun., 2004, p. 31.

[330] Ibid. p. 30.

[331] Ainda que o princípio da paternidade responsável se encontre positivado na ordem constitucional desde 1988, é recente a preocupação da doutrina jurídica, sendo escassos os artigos e textos jurídicos sobre o conteúdo, abrangência e aplicações do referido princípio, salvo honrosas exceções. Dentre elas é possível destacar: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Princípio da Paternidade Responsável. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 18, abr./jun., 2004, p. 21-41; Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). *Direito contemporâneo*: Estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 317-338; e, Princípio da Paternidade Responsável. In: Ricardo Lobo Torres; Eduardo Takemi Kataoka; Flávio Galdino (Org.). *Dicionário de Princípios Jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 927-945; BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade Responsável: o Cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (Org.). *Cuidado e Responsabilidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 85-96; SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio

unidade da Constituição, que, ainda que o tenha mencionado de forma tímida no art. 226, § 7º, estendeu seu âmbito de aplicação e abrangência se examinado conjuntamente com o art. 227 e 229 da Lei Maior.

Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza já afirmou que "o princípio da responsabilidade parental, realizada uma interpretação sistemática, encontra fundamento nos artigos 226, § 7º; 227, *caput* (que traz a previsão dos direito fundamentais das crianças e adolescentes) e 229 (que institui o dever de cuidado recíproco entre pais e filhos)".[332]

A respeito da abrangência e do alcance do princípio da parentalidade responsável, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza entende que sua área de incidência "é vasta, alcançando o planejamento familiar, o nascimento e a satisfação das necessidades físicas e psíquicas inerentes ao crescimento humano até que seja alcançada a maioridade, momento em que objetivamente se presume a independência e a maturidade necessárias para justificar o afastamento das atribuições parentais".[333]

Não há óbice para o entendimento de que o princípio da parentalidade responsável também alcança e, portanto, fundamenta a responsabilidade dos envolvidos no projeto parental de modo a impor deveres em relação ao concebido *in utero* desde o momento da concepção.[334] Ora, na medida em que o próprio ordenamento jurídico, como já visto, reconhece e tutela a liberdade no campo reprodutivo das pessoas que desejam concretizar o desejo de procriar, por outro lado, deveres lhes são imputados em relação ao nascituro, de maneira a assegurar os direitos deste que são merecedores de tutela. Assim, a aplicação do princípio da parentalidade responsável abrange e reforça a proteção do nascituro no direito brasileiro, notadamente em face dos futuros pais.[335]

---

constitucional da paternidade responsável: diretrizes para a reinterpretação do art. 1614 do Código Civil. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, v. 31, 2013, p. 17-39.

[332] SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil, p. 5.

[333] Ibid.

[334] Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama já expôs: "O desejo de procriar, ínsito às pessoas em geral, não enfeixa apenas benefícios ou vantagens à pessoa, mas impõe a assunção de responsabilidades das mais importantes na sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho" (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, Op.cit., p. 328). Ainda nessa linha, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza afirma que "a responsabilidade parental é postura imposta pela Constituição desde antes do nascimento (art. 226, § 7º) até a maioridade do filho (art. 227 e art. 229), momento em que se presume sua autonomia para a realização de escolhas de natureza existencial e patrimonial" (Princípio constitucional da paternidade responsável, Op.cit., p. 17).

[335] Guilherme Calmon Nogueira da Gama ressalta que "há responsabilidade individual e social das pessoas do homem e da mulher que, no exercício das liberdades inerentes à sexualidade e à procriação, vêm a gerar uma nova vida humana cuja pessoa – a criança – deve ter priorizado o seu bem-estar físico, psíquico e espiritual, com todos dos direitos fundamentais reconhecidos em seu favor" (Princípio da paternidade responsável, Op.cit., p. 30).

Uma questão que merece ser analisada é a situação da gestante de substituição diante da afirmação de que o princípio da parentalidade responsável se apresenta como um dos fundamentos da tutela do nascituro no ordenamento jurídico nacional. Se a mulher que se propõe a gestar para terceiro(s), este(s) sim desejoso(s) e participante(s) do projeto parental e que, assim, se encontra(m) no exercício do direito ao planejamento familiar, ainda que através da via procriativa artificial, cabe a indagação se também devem ser imputado a esta os deveres provenientes da parentalidade responsável. Com efeito, a gestação de substituição é uma situação peculiar e que, portanto, demanda algumas ressalvas. Por mais que o desejo de procriar, calcado no livre exercício do direito ao planejamento familiar e cuja observância da parentalidade responsável, seja imputado a mulher ou homem que teve que se socorrer para a concretização do projeto parental, não se pode simplesmente excluir os deveres inerentes à condição de gestante. Seria um contrassenso permitir que a mulher que consentiu em gestar para outrem se escusasse de determinadas condutas em prol da integridade física e do desenvolvimento incólume do nascituro, desde que não descarte ou diminua o direito à autodeterminação corporal da gestante, que igualmente tem sua tutela assegurada pelo ordenamento.

Observa-se que a responsabilidade parental foi imposta pela Constituição desde o início da gestação em decorrência do livre exercício do planejamento familiar e como forma de tutelar os direitos do nascituro assegurados no art. 2º do Código Civil, impondo, assim, determinados deveres àqueles que participaram consciente e voluntariamente do projeto parental, ou assumiram o risco proveniente da liberdade reprodutiva.

2.3.1 A autoridade parental em face do nascituro

Em sede infraconstitucional, pode-se dizer que uma das dimensões do princípio da parentalidade responsável se converte no *múnus* da autoridade parental,[336] em que, de acordo com o art. 1.634 do Código Civil, compete aos pais o exercício conjunto desta em face do dever de cuidado com os filhos menores, a ser guiado pelo princípio constitucional do prioritário interesse das crianças e adolescentes, conforme o art. 227 da CRFB/1998.

[336] Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio Souza ressalva que "a parentalidade responsável vai além do poder familiar, o que se comprova principalmente pela compulsoriedade do ato de reconhecimento da filiação e pela persistência do dever de alimentar após a sua perda (destituição)" (Princípio constitucional da paternidade responsável, p. 25).

O poder familiar, ou, como alguns autores preferem, a autoridade parental,[337] foi um dos institutos da órbita do direito civil que foram centralmente atingidos pelos fenômenos da constitucionalização e funcionalização do Direito, ganhando nova roupagem, bem distante da conformação original moldada a uma sociedade patriarcal e machista, na qual se desconsiderava a autonomia dos infantes e lhes retirava a condição de sujeitos de direitos. Assim, da pretérita conformação do pátrio poder, cuja origem deita raízes no direito romano,[338] até o atual conteúdo do poder familiar, não foram poucas as transformações pelas quais passou o instituto nas últimas décadas.[339]

O legislador ordinário previu uma série de atribuições aos pais em relação aos filhos no art. 1.634 do Código Civil,[340] reforçando a responsabilidade parental já estabelecida na Constituição (art. 226, § 7º e art. 229, 1ª parte) e o prioritário interesse que lhes é assegurado, por força do art. 227. A autoridade parental se reveste como instrumento de valorização da autonomia existencial de crianças e adolescentes e cuja finalidade se volta para a promoção do livre desenvolvimento da personalidade destes que mereceram tutela especial em sede constitucional. A autoridade parental deve ser compreendida, a partir do desenho constitucionalmente previsto, como "relação pedagógica direcionada à autonomia do filho",[341] no qual, por um lado, se procura garantir o direito à liberdade dos menores, mas, por outro, se acentua o dever de cuidado dos pais.[342] Já se afirmou sobre a autoridade parental que "entre a

---

[337] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009; TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 17, 2004, p. 33-49.

[338] José Carlos Moreira Alves ensina: "A *patria potestas* (pátrio poder) é o conjunto de poderes que o *pater familias* tem sobre seus *filii familias*. Segundo Gaio – e isso é exato, pois, nos tempos históricos, não se encontra em nenhum outro povo instituto jurídico com características semelhantes –, a *patria potestas* é uma instituição exclusiva do direito romano. A princípio, os poderes do *pater familias* enfeixados na *patria potestas* são absolutos: o *pater familias* pode ser comparado a um *déspota*. A pouco e pouco, porém – e essa tendência se avoluma decididamente a partir do início do período pós-clássico –, os poderes constitutivos da *patria potestas* se vão abrandando, até que, no direito justinianeu – mudado o ambiente social, alteradas fundamentalmente as funções e a estrutura da família romana [...]" (*Direito Romano*, Op.cit., p. 621).

[339] Para um profundo estudo a respeito dessas transformações, seja consentido remeter a Marcos Alves SILVA. *Do pátrio poder à autoridade parental*: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[340] "Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I – dirigir-lhes a criação e educação; II – tê-los em sua companhia e guarda; III – conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV – nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI – reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; VII – exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição."

[341] SILVA, Marcos Alves. *Do pátrio poder à autoridade parental*: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[342] Com clareza, expõe Gustavo Tepedino que: "À luz dos princípios constitucionais [...], há de se encontrar o equilíbrio entre o exercício dos direitos fundamentais dos filhos e a autoridade parental dos pais, de modo a concretizar a liberdade da criança e dos adolescentes no processo educacional que atenda às exigências constitucionais de igualdade e solidariedade. Do ponto de vista da capacidade para o exercício de direitos, mais

liberdade e o cuidado cerca-se a atual configuração desse importante instituto do direito de família".[343]

Segundo Ana Carolina Brochado Teixeira, "a autoridade parental deve ser um instrumento de garantia dos direitos fundamentais do menor, bem como uma forma de resguardar seu melhor interesse, tendo em vista que deve ser voltada exclusivamente para a promoção e desenvolvimento da personalidade do filho".[344] Com efeito, as disposições constitucionais e estatutárias impuseram uma reformulação do conteúdo da autoridade parental, que passa a ter como finalidade precípua a promoção da personalidade e a dignidade dos filhos, considerando a situação peculiar de pessoa em desenvolvimento dos infantes (art. 6º, ECA[345]) e a condição de sujeitos de direito (art. 15, ECA[346]), bem como o princípio do prioritário interesse das crianças e adolescentes (art. 227, CRFB/1988).

A par das considerações já tecidas, cabe indagar se o exercício da autoridade parental se dá com o início da gestação ou se somente tem início a partir do nascimento com vida da criança, ou seja, quando o filho já nasceu. Ainda na vigência do Código Civil de 1916, que continha dispositivo idêntico ao do Código atual, salvo a alteração do termo pátrio poder para poder familiar, José Antônio de Paula Santos Neto considerava nascituro como sujeito passivo[347] do então pátrio poder, afirmando que "se a nomeação de curador é admitida somente na ausência do pátrio poder, reconhece a lei a possibilidade do exercício deste no

---

intensa será a atuação dos pais quanto maior a falta de discernimento. Na medida em que, gradualmente, no curso do processo educacional, os filhos adquirem aptidão para valorar e tomar decisões, a ingerência dos pais deve diminuir, de modo a incentivar o exercício autônomo de escolhas existenciais" (A tutela constitucional da criança e do adolescente. In: *Temas de direito civil*, t. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 211-212). Nesse sentido, acertadamente, também leciona Ana Carolina Brochado Teixeira: "As relações parentais giram em torno dos filhos, orientando-os para uma formação com autonomia, não obstante a imposição de limites. Diante disso, a verdadeira finalidade do instituto é a promoção do autogoverno progressivo dos filhos, proporcionalmente à possibilidade deles assumirem responsabilidades na condução da própria vida, de acordo com seu discernimento" (*Família, guarda e autoridade parental*, Op.cit., p. 218).

[343] MEIRELES, Rose Melo Vencelau; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. *Diálogos sobre direito civil*, v. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 353.

[344] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 85.

[345] "Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento."

[346] "Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis."

[347] Adotou-se a nomenclatura da época e a visão de *sujeitos passivos* para reforçar a ideia de que não é de hoje que se estende o poder familiar aos nascituros. Não se olvida, contudo, que a atual conformação da autoridade parental não entende que os filhos são meros sujeitos passivos da relação jurídica. Como bem observa Ana Carolina Brochado Teixeira, "tendo em vista que a Constituição e o Estatuto da Criança e do Adolescente conferiram-lhes o papel de protagonistas do próprio processo educacional, também são sujeitos ativos da própria história" (*Família, guarda e autoridade parental*, Op.cit., p. 98).

tocante ao nascituro".[348] Ressalta, contudo, que "dada a particularidade da condição do beneficiado, não pode [o potestade paternal] ser exercida em sua plenitude", sendo reduzido o seu âmbito de incidência.[349]

Realmente, a leitura da atual disposição contida no art. 1.779 do Código Civil permite o entendimento da atribuição da autoridade parental desde o início da gestação, uma vez que prevê a curatela do nascituro nas hipóteses de falecimento do pai e perda do poder familiar da mãe. Daí, a conclusão que o instituto da autoridade parental se estende aos nascituros[350] por força de dicção expressa do legislador ordinário, nos termos do art. 1.779 combinado com o art. 1.634, ambos do Código Civil, segunda a qual aos pais o poder familiar em relação aos filhos menores. Cabe ressaltar que não se está a equiparar os nascituros aos filhos menores absolutamente incapazes, pois como já visto a melhor interpretação do art. 2º da Lei Civil é aquela que considera o nascituro como titular de situações jurídicas subjetivas, mesmo que desprovidos de personalidade civil. Portanto, nem caberia falar de capacidade jurídica.

A atribuição da autoridade parental aos pais em relação ao nascituro não só se justifica pela interpretação sistemática dos arts. 1.779 e 1.634, mas decorre, sobretudo, das responsabilidades parentais estabelecidas pelo legislador constituinte ao dispor do direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º, CRFB). Como o princípio da parentalidade responsável é um dos fundamentos do exercício dos direitos reprodutivos, compreendidos pelo sentido positivo do planejamento familiar, autorizando a extensão do poder familiar também aos nascituros.

---

[348] SANTOS NETO, José Antonio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 105.
[349] Ibid. p. 105-106.
[350] Nesse sentido se posiciona Maria Berenice Dias: "Os encargos decorrentes do poder familiar surgem quando da concepção do filho, tanto que a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (CC, art. 4º). Mesmo antes do momento em que o pai procede ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao dever familiar" (*Alimentos e poder familiar*. Disponível em: www.mariaberenice.com.br. Acesso em 10 maio 2013). Na jurisprudência, vale transcrever a seguinte ementa, cuja integra do acórdão está acobertado pelo segredo de justiça: "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS A FAVOR DE FILHO MENOR E EX-MULHER. FUNDAMENTOS DIVERSOS. PODER FAMILIAR. DEVER DE MÚTUA ASSISTÊNCIA. A obrigação de prestar alimentos entre os cônjuges decorre do dever de mútua assistência inerente ao vínculo conjugal. Peculiaridades do caso, em que o senso comum indica as dificuldades da recolocação no mercado de trabalho de uma mulher grávida. Fixação de alimentos a favor do ex-cônjuge, a fim de assegurar sua sobrevivência digna durante e após o período gestacional, evitando maiores prejuízos não só a ela, mas também ao nascituro ou ao recém-nascido, até que readquira condições plenas de atividade laborativa. Alimentos provisórios. Possibilidade de revisão a qualquer tempo. Manutenção dos alimentos fixados a favor da criança. Obrigação alimentar decorrente do poder familiar fixada em patamar razoável. Conhecimento e parcial provimento do recurso." BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Agravo de Instrumento n. 0044559-57.2011.8.19.0000, 9ª Câmara Civil, Relator: Des. Rogerio de Oliveira Souza, julg. em 31 dez. 2012.

Contudo, se observa que, embora o Código Civil reconheça a extensão da autoridade parental aos nascituros,[351] por meio do previsto no art. 1.779, não se pode olvidar que o mesmo Código ao tratar do poder familiar nos arts. 1.630 a 1.638 edifica um regramento voltado para os filhos já nascidos e enquanto menores, não se cogitou em fazer ressalvas ou dispensar um dispositivo específico voltado ao poder familiar destinado aos interesses do nascituro. É papel da doutrina, diante da omissão legislativa, moldar o alcance e o conteúdo desse instituto nos casos em que os centros de interesses encapsulados nas situações jurídicas subjetivas forem imputados ao nascituro em uma determinada relação jurídica.

O conteúdo do princípio constitucional da parentalidade responsável e, em sede infraconstitucional, da autoridade parental durante a fase gestacional diferem em relação à sua aplicação às crianças e aos adolescentes. Estes últimos são destinatários de direitos fundamentais assegurados na Constituição e gozam do interesse prioritário em razão da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, e que, por isso, a função pedagógica emerge como central para a formação das responsabilidades infanto-juvenis na medida do grau de discernimento. Para além do dever de criação e assistência, acentua-se o dever de educação e cuidado atribuído aos pais, uma vez que é fundamental para promover o direito a liberdade, respeito e dignidade das crianças e adolescentes (art. 15, ECA).

Por outro lado, durante a fase gestacional, a autoridade parental se reveste dos deveres atribuídos aos pais no tocante à proteção da formação e ao desenvolvimento do nascituro no curso da gravidez, de modo a evitar a coisificação do concebido. Isto pode se dar através de interferências pré-natais indevidas e que não encontram respaldo no ordenamento, seja para a tutela da vida e da saúde da gestante ou dos interesses extrapatrimoniais do nascituro.

Ana Carolina Brochado Teixeira defende que o "dever de criar começa com a concepção, pois tem sua gênese no início da existência da criança. A partir daí, dura enquanto obrigação jurídica até que o filho alcance a maioridade".[352] O dever de criação difere em seu conteúdo em relação ao nascituro, uma vez que se volta à proteção dos direitos do nascituro merecedores de tutela, que, conforme visto, são distintos daqueles assegurados às crianças e aos adolescentes.

O dever de criação dos filhos já nascidos é compreendido como "ato de promover o seu sadio desenvolvimento, e assegurar à prole, com absoluta prioridade, a efetivação dos

[351] Pontes de Miranda já observava: "Se o nascituro tem quem, nascendo êle, exerceria o pátrio poder, não se pode pensar em curatela do nascituro, porque então, havendo titular do pátrio poder, já se tem quem vele pelo concebido" (*Tratado de direito privado*, parte especial, tomo IX [Direito de Família: Direito parental: Direito pretectivo], 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 350).
[352] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 134.

direitos inerentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (artigos 227 da CF e 4º do ECA)".[353] Em outros termos, é possível dizer que a "criação está diretamente ligada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor, o que a atrela à assistência, ou seja, à satisfação das necessidades básicas".[354] É patente, portanto, que as necessidades do nascituro são diferentes em relação à criança e ao adolescente, uma vez que se encontram em estágios de desenvolvimento distintos. Ao nascituro ainda em formação no útero feminino – mesmo não tendo alcançado o momento de atribuição da personalidade civil e não tendo se tornado pessoa em termos jurídicos – já lhe é destinada tutela que lhe assegura os direitos peculiares à sua fase de desenvolvimento da vida intrauterina.

Paralelamente ao dever de assistência dos pais se encontra o dever de sustento, que é inerente ao poder familiar.[355] Assim, em reforço à tese do exercício do poder familiar desde a concepção, mais especificamente do dever de sustento, advieram os chamados alimentos gravídicos, regulamentados pela Lei n. 11.804/2011. Controverte a doutrina a respeito do real destinatário da norma, se a grávida ou o nascituro, em razão da aparente opção legislativa em beneficiar o direito de alimentos da mulher gestante, nos termos do art. 1º da citada Lei.[356] Contudo, parece mais acertado que o escopo da Lei de alimentos gravídicos é tutelar o desenvolvimento e as necessidades do nascituro, mas que, durante a gestação, se encontram vinculados, necessariamente, aos interesses da própria gestante, o que justifica sua legitimação como representante legal para pleitear os chamados alimentos gravídicos.[357]

O que justifica a imposição do encargo alimentar ao suposto pai, de modo a suportar as despesas decorrentes da gestação,[358] é exatamente o desenvolvimento sadio e incólume do nascituro, a fim de permitir o nascimento saudável e assegurar uma vida digna no futuro.

---

[353] MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 501-502.
[354] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Família, guarda e autoridade parental*, p. 135.
[355] Convém destacar que dever de sustento e obrigação alimentar não se confundem. O dever de sustento decorre do poder familiar, o que gera a presunção de necessidade do filho, uma vez que se discute apenas o valor da prestação alimentícia. Quanto à obrigação alimentar, que contempla o dever alimentar em face de parentes maiores, cônjuges ou companheiros, deve ser comprovada a necessidade, tendo em vista que o alimentante não está sujeito à arcar com a subsistência destes automaticamente, mas somente nos casos em que restar demonstrado a necessidade do alimentando e a possibilidade do alimentante, com base no princípio da solidariedade familiar.
[356] "Art. 1º Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido."
[357] O assunto será abordado no capítulo 3.
[358] "Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes."

Como prevê a própria lei, a obrigação alimentar durante a fase gestacional decorre do dever de sustento dos pais, ínsito ao poder familiar, e que, portanto, só reforça seu exercício desde a concepção do nascituro. Ademais, tal dever não se direciona exclusivamente ao suposto pai, mas igualmente alcança a gestante, uma vez que o parágrafo único do art. 2º da Lei assevera que "os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos". Nem poderia ser diferente a referida disposição contida na Lei, afinal o poder familiar deve ser conjuntamente exercido pelos pais, o que engloba o dever de sustento durante a fase gestacional. A responsabilidade é parental, e não somente paterna ou materna, mas de ambos que comungaram do desejo de concretizar o projeto parental[359] ou assumiram o risco por meio do exercício dos direitos reprodutivos.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues igualmente concluem que "a lei que determina a possibilidade dos alimentos gravídicos ressalta, de forma indubitável, a responsabilidade parental, principalmente do pai, e reafirma a tendência do direito de família de corroborar o exercício da autoridade parental, que deve se iniciar desde a concepção".[360]

Com efeito, entre a vulnerabilidade da gestante e o cuidado ao nascituro como dever jurídico é que deve se guiar a responsabilidade parental ainda durante a fase gestacional, uma vez que, ao mesmo tempo em que o ordenamento assegura os direitos do nascituro desde a concepção e impõe a observância da parentalidade responsável a partir do exercício do planejamento familiar, por outro lado, não se deve subtrair os direitos fundamentais direcionados à tutela da mulher, que estando em estado gravídico, merece maiores atenções e uma proteção adequada, sob pena de torná-la refém de seu próprio corpo.

Outro ponto que precisa ser enfrentado diz respeito ao fato de os nascituros serem considerados filhos não nascidos, que parece ser a intenção do legislador quando, ainda que timidamente e em sentido negativo, previu a possibilidade de a gestante vir a perder o poder

---

[359] Insta consignar que o planejamento familiar pode ser exercido tanto individualmente quanto por casais homossexuais, o que impõe interpretar o dispositivo de acordo com o principiologia constitucional. Assim, a Lei de alimentos gravídicos se destina às pessoas diretamente envolvidas no exercício do direito ao planejamento familiar, o que deve afastar aqueles que participam, por exemplo, como doadores de material genético ou gestante substituta. Nessa linha, se o recurso à reprodução assistida for uma vontade individual, consciente e responsável, com fins à formação da família monoparental, não se pode demandar em face do doador do sêmen; e, se o casal beneficiário da técnica artificial for homossexual, mesmo que uma delas (ou um deles) não participe com a doação do material genético ou a gestação em si, é possível pleitear em face do outro beneficiário. É um dever jurídico imposto por lei em decorrência da atribuição da responsabilidade parental desde a concepção, assim, não se pode excluir deste ônus as pessoas e casais, não fundados na conjugalidade heterossexual e matrimonial, eis que em prejuízo do verdadeiro destinatário dos alimentos gravídicos, que é o nascituro.

[360] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*, p. 21.

familiar, conforme o art. 1.779 do Código vigente. Sobre essa questão parece não haver óbice, uma vez que o reconhecimento de paternidade, nos termos do art. 1.609, parágrafo único, do Código Civil[361], é possível antes do nascimento do filho, o que é também disposto no art. 26, parágrafo único, da Lei n. 8.069/1990.[362]

Tal observação deve ser entendida com ressalvas, pois considerar o nascituro como filho não nascido não enseja dotá-lo de personalidade nem considerá-lo pessoa em termos jurídicos. A parentalidade se constitui mediante ato complexo decorrente do exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, sendo que o reconhecimento da paternidade é uma declaração de vontade que visa à formalização do vínculo de parentesco, com conteúdo meramente declaratório. O vínculo jurídico da paternidade não surge com o reconhecimento, que somente tem o condão de declarar sua existência para fins legais. Pode, no entanto, decorrer da vontade consciente e responsável em se tornar pai ou mãe, bem como pode surgir em razão do risco do exercício dos direitos reprodutivos, e que, portanto, terá efeitos no campo da parentalidade. É dessa vontade consciente em procriar ou da assunção do risco que se forma o vínculo jurídico da paternidade.[363]

A parentalidade é, em essência, uma decisão pessoal, individual ou conjunta, em relação à vontade de ter filhos (e, assim, fundar uma família), e, mais, quantos filhos e quando serão concebidos, todos esses aspectos compreendidos pelo direito ao planejamento familiar. Por outro lado, o exercício irresponsável da liberdade sexual que vier a dar início a uma gestação impõe a assunção das responsabilidades parentais, o que, obviamente, não obsta o aborto nos casos permitidos em lei e que, em certas situações, merecem ser ampliadas,[364] sem

[361] "Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: [...] Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes."

[362] "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."

[363] Guilherme Calmon Nogueira da Gama defende que "o princípio da parentalidade responsável fundamenta o estabelecimento da paternidade, maternidade e filiação com base no simples risco, a par de também não excluir a vontade livre e consciente, como fontes geradoras de tais vínculos" (Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões, p. 329).

[364] Para Anderson Schreiber, embora a decisão do STF no julgamento da ADPF n. 54 se aplique estritamente à anencefalia, "o raciocínio traçado pela Corte pode e deve, contudo, ser estendido a outras situações patológicas que, radicando na mesma característica fundamental da anencefalia, evidenciem o elevado risco de morte do feto antes, durante ou logo após o parto (como ocorre, por exemplo, em certas hipóteses de má-formação óssea). Não há razão para que a interrupção da gravidez nesses casos seja considerada crime, se já não o é na hipótese de anencefalia" (Aborto de feto anencéfalo e tutela dos direitos da mulher. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 338).

descurar da urgente necessidade de se colocar em pauta o debate sobre a legalização dessa prática.[365]

A partir das linhas que até aqui foram traçadas pode-se concluir que o poder familiar em relação aos nascituros deve encará-los não como meros sujeitos passivos. Deve encará-los, contudo, como titulares de situações jurídicas subjetivas cujos interesses resguardados lhe são assegurados pelo próprio ordenamento jurídico, e, por isso, merecedores de tutela e exigibilidade, e que devem ser sopesados com os direitos da mulher grávida, mormente em atenção ao direito à autodeterminação corporal.

Tanto a autoridade parental atribuída aos pais em relação aos nascituros quanto a curatela ao nascituro na hipótese de falecimento do genitor e que a gestante não detinha o poder familiar devem ser vistos como institutos de proteção da esfera patrimonial e extrapatrimonial do nascituro, exigindo que os responsáveis atuem em prol dos legítimos interesses do ser em gestação que devem ser extraídos das balizas gerais concedidas pelo próprio ordenamento jurídico.

A tutela do nascituro em nosso ordenamento deve, portanto, priorizar o caráter preventivo, atribuindo àqueles que levaram a cabo o projeto parental – seja através da conjunção carnal ou via reprodução assistida – as responsabilidade advindas do livre exercício do planejamento familiar. Torna-se razoável entender que a autoridade parental se inicia com a gestação por força do princípio da parentalidade responsável, previsto no art. 226, § 7º, da CRFB/1988 e da interpretação sistemática dos arts. 1.634 e 1.779, ambos do Código Civil. Os mesmo deveres, guardadas suas peculiaridades, devem se estender ao curador do nascituro, nas hipóteses previstas em lei.

Após investigar a extensão do poder familiar aos filhos ainda não nascidos – os nascituros –, chegando-se à conclusão positiva, mesmo que o conteúdo não seja idêntico, uma vez que os direitos da gestante devem ser levados em consideração, cabe perquirir acerca da aplicabilidade das consequências jurídicas em razão do descumprimento dos deveres inerentes ao exercício do poder familiar. Vale, assim, indagar se realmente é possível e em quais hipóteses a suspensão[366] e a destituição[367] do poder familiar em relação ao nascituro.

---

[365] Cf. SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Nos Limites da Vida*: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

[366] "Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão."

A hipótese de perda ou suspensão do poder familiar durante a gestação parece ser remota, mas a experiência jurisprudencial brasileira já teve que enfrentar o caso. Em um dos episódios submetido ao Judiciário, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ) requereu a suspensão do poder familiar dos pais em favor do nascituro, uma vez que havia fortes indícios de que os genitores não se apresentavam em condições de prover as necessidades essenciais da criança por nascer. O MPRJ já havia pedido a destituição do poder familiar em relação aos seus outros filhos em razão de notícias de mendicância e alcoolismo, em conduta altamente prejudicial ao melhor interesse dos menores. Quando se teve notícia de que a mãe estava grávida novamente, o *parquet* requereu a inclusão do nascituro no processo, por temer que após o nascimento a mãe fosse embora da maternidade e desaparecesse.[368] No entanto, nascida a criança, ordenou-se a colocação do recém-nascido no cadastro de adoção, em vez de se determinar um estudo prévio quanto ao risco que a mãe, de fato, representava. Irresignados com a decisão, os pais procuraram a Defensoria Pública que interpôs agravo de instrumento. O acórdão restou assim ementado:

> Direito do Nascituro. Suspensão do Poder Familiar. Excepcionalidade da Medida. Inobservância da Exigência Legal. Necessidade de Procedimento Judicial. Observância do Contraditório. Agravo de Instrumento - Direito de Família. Suspensão do Poder Parental com relação a nascituro – Entrega do mesmo a pessoa constante do cadastro de adotantes – Decisão proferida nos autos de representação que tem por finalidade apurar infração com relação a outros filhos dos agravantes – Inobservância da regra contida no art. 24, do ECA – Necessidade de instauração de procedimento próprio, com a garantia de aplicação dos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal – Medida extrema que impõe a cautela imposta pela lei – Precedente do Colendo STJ – Guarda que, entretanto, ante os antecedentes dos genitores, e atendendo às necessidades do recém nato, deve permanecer com os guardiões, respeitada a visitação pelos pais biológicos e o aleitamento, se comprovadas estas possibilidades. Recurso a que se dá parcial provimento.[369]

A decisão parece acertada, na medida em que exige a instauração de procedimento próprio para a suspensão do poder familiar, garantindo-se o direito ao contraditório e à ampla defesa, pois um dos princípios norteadores do Estatuto da Criança e do Adolescente é o da prevalência da família natural, disposto em seu art. 19. Tal princípio reforça a

---

[367] "Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho; II – deixar o filho em abandono; III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente."

[368] O caso foi noticiado pela mídia e recebeu a manchete, equivocada, de "Justiça tira guarda da mãe antes de bebê nascer". Disponível em: http://g1.globo.com/Noticias/Rio/0,,MUL1237522-5606,00-JUSTICA+TIRA+GUARDA+DA+MAE+ANTES+DE+BEBE+NASCER.html. Acesso em 20 abr. 2013.

[369] BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Agravo de Instrumento n. 003837034.2009.8.19.0000, 4ª Câmara Cível, Relator Desembargador Ricardo Couto de Castro, julg. em 12 jan. 2010.

excepcionalidade da medida judicial concernente à perda ou à suspensão do poder familiar (art. 24),[370] o que igualmente deve ser observado ainda durante o curso da gestação.

A possibilidade de destituição ou suspensão do poder familiar em relação ao nascituro cabe em hipóteses excepcionais, nas quais se antecipa o requerimento judicial e cuja decretação pode ocorrer ainda durante o período gestacional, mas cujos efeitos materiais (como a institucionalização ou colocação na família extensa ou substituta) somente serão observados após o nascimento com vida da criança. Em rol meramente exemplificativo, pode-se aventar que é cabível tal medida nas hipóteses de grávidas usuárias de substâncias entorpecentes (por exemplo, *crack*),[371] alcoolistas,[372] portadoras do vírus HIV que não consentem com o tratamento para prevenção da transmissão vertical,[373] entre outras, nas quais se submete o nascituro a graves e severos riscos durante o desenvolvimento no útero, por mero capricho ou negligência da gestante. É preciso constatar que os genitores não reúnem as

[370] O procedimento que disciplina a perda e suspensão do poder familiar se encontra regulado nos arts. 155 a 163 da Lei n. 8.069/1990.

[371] "APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA PROTETIVA EM FAVOR DE NASCITURO. ECA. ABANDONO DE MENOR PELOS PAIS BIOLÓGICOS. ABRIGAMENTO COM VISTAS À ADOÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE DACRIANÇA. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA. Situação de fato em que a menor foi abrigada logo após o seu nascimento prematuro por meio de medida protetiva, em decorrência do abandono pelos pais biológicos, sendo a genitora usuária de substâncias entorpecentes (*crack*), não apresentando condições de cumprir com os deveres decorrentes do poder familiar, não havendo prova nos autos de alteração positiva dessa situação, tampouco condições de manter a criança inserida no núcleo familiar dos genitores (família extensa), dadas as circunstâncias que ilustram o caso concreto. Estudo social e psicológica à medida. Histórico pregresso que comprova a não manutenção da guarda pela mãe também sobre seus outros seis filhos. APELO DESPROVIDO" (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível n. 70053268694, 7ª câmara cível, Relatora Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, julg. em 08 mai. 2013).

[372] A Síndrome Alcoólica Fetal (SAF) decorre do eventual abuso do álcool durante a gravidez, sendo que, pela intensidade das manifestações, as lesões ocorrem, na forma clássica, predominantemente nos primeiros três meses. A SAF caracteriza-se por microcefalia, dismorfias craniofaciais e retardo mental, foi descrita em 1968 e ratificada em trabalhos científicos de 1973. Sobre o assunto, ver José Mauro Braz LIMA. *Álcool e gravidez*: Síndrome alcoólica fetal – SAF – Tabaco e outras drogas. Rio de Janeiro: Medbook, 2008.

[373] O problema do risco de transmissão vertical (TV) do vírus HIV da mulher gestante soropositiva ao feto ou recém-nascido é enfrentado por equipes multiprofissionais (composto por médicos, psicólogos, assistentes sociais, entre outros) em algumas situações. Os progressos científicos possibilitaram o domínio de terapêutica eficaz e adequada mediante protocolo de profilaxia que reduz drasticamente os riscos de passagem do vírus HIV. Por isso, a adesão da gestante soropositiva é fundamental para o controle da transmissão vertical e, consequentemente, a redução da incidência de crianças infectadas. No entanto, existem casos em que a gestante soropositiva se recusa a se submeter ao tratamento, mesmo devidamente informada sobre os benefícios para a futura criança e, inclusive, para a própria mulher. De acordo com dados do Ministério da Saúde, "a transmissão vertical do HIV ocorre através da passagem do vírus da mãe para o bebê durante a gestação, o trabalho de parto, o parto propriamente dito (contato com as secreções cérvico-vaginais e sangue materno) ou a amamentação, sendo que cerca de 35% dessa transmissão ocorre durante a gestação, 65% ocorre no peri-parto e há um risco acrescido de transmissão através da amamentação entre 7% e 22% por exposição (mamada). Com uma prevalência de 0,41% de infecção pelo HIV em gestantes, estima-se que 12.456 recém-nascidos sejam expostos ao HIV por ano" (*Protocolo para a prevenção de transmissão vertical de HIV e sífilis*: manual de bolso / Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids – Brasília: Ministério da Saúde, 2007). Cf., ainda, o amplo estudo: Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. *Recomendações para Profilaxia da Transmissão Vertical do HIV e Terapia Antirretroviral em Gestantes*: manual de bolso/ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. – Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

condições para assegurar os direitos essenciais ao nascituro, sendo que tal análise não pode se sustentar com base na condição socioeconômica dos pais, conforme previsto no art. 23 do ECA.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul já se manifestou sobre a hipótese de destituição do poder familiar em relação ao nascituro em casos nos quais era manifesta a conduta da gestante em comercializar o recém-nascido, seja porque havia fortes indícios ou em virtude de reiterada conduta de negligência e comercialização em relação a filhos anteriores. Nesse sentido, prolatou a seguinte decisão:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. NASCITURO. COMERCIALIZAÇÃO DO RECÉM-NASCIDO. MELHOR INTERESSE DO INFANTE. Demonstrada satisfatoriamente a comercialização do recém-nascido, correta a decisão que, buscando salvaguardar o seu melhor interesse, destituiu a genitora do poder familiar, mormente quando já apresentava histórico de burla às normas pertinentes à adoção relativamente às gestações anteriores. NEGARAM PROVIMENTO.[374]

Em qualquer caso, após o nascimento da criança deve-se, contudo, permitir a visitação dos genitores biológicos e o aleitamento, desde que comprovadas tais possibilidades. Deve-se também determinar a realização de um estudo psicossocial para apurar se os pais biológicos ainda não reúnem condições mesmo após o nascimento de prover as necessidades essenciais da criança. Trata-se de uma precaução que se impõe em razão da medida extrema adotada e da prevalência da manutenção do infante no seio da família natural, sendo a exceção a colocação em família substituta.

2.3.1.1 A representação legal do nascituro

Considerando, pelas razões já apresentadas, que o ordenamento atribuiu o poder familiar aos pais desde o início da gestação, cabe a eles agir judicialmente e realizar os atos de direito material, como verdadeiros representantes legais do nascituro, conforme interpretação

[374] BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível n. 70037657434, 8ª câmara cível, Relator Desembargador Alzir Felippe Schmitz, julg. em 24 fev. 2011. Ainda nesSe sentido: "Família. Destituição do pátrio poder familiar. Negligência, maus-tratos e venda de nascituros. Relato dos conselheiros tutelares e funcionários de programas assistenciais que acompanham a situação da família. Tentativas infrutíferas de melhorar a conduta dos genitores. Denúncia contra os pais pela oferta de recém-nascido em troca de dinheiro. Processo de adoção da menor em andamento. Apelação desprovida" (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível n. 70015458276, 8ª câmara cível, Relator Desembargador Luiz Ari Azambuja Ramos, julg. em 17 ago. 2006).

sistemática dos arts. 1.634, inciso V,[375] e 1.779 do Código Civil. É necessário analisar a forma de efetivação da tutela do nascituro. Embora tenha timidamente tratado do assunto, o legislador dispôs da figura do curador do nascituro (art. 1.779 do CC) nas hipóteses em que o pai estiver falecido e a mulher grávida não tiver o poder familiar. Logo, é razoável afirmar que a sistemática do Código Civil atribui aos pais a representação legal do nascituro na forma da autoridade parental, pois não se pode admitir que essa representação se limite a uma legitimação processual ou a realização de atos materiais de conservação de direitos patrimoniais. Mas sim como forma de garantir os direitos assegurados ao nascituro, notadamente aqueles de caráter extrapatrimonial, que, em última análise, encontram respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana e adquirem viés de direito fundamental em nosso ordenamento.

Não é de hoje, contudo, que a doutrina busca explicar coerentemente a existência do instituto da representação do nascituro, uma vez que o próprio Código Civil ressalvou que a personalidade civil só se inicia com o nascimento com vida. Sobre essa aparente contradição, André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria expuseram:

> Dentro de uma ordem lógica rigorosa, o Código Civil não deveria estabelecer êsse (*sic*) instituto, porque afirmando o início da personalidade civil do nascimento com vida e negando capacidade jurídica ao nascituro, não poderia dar-lhe representação legal, pois o objetivo deste é, pura e simplesmente, o *exercício* de direitos do *incapaz de agir por si mesmo*, o que supõe, necessariàmente (*sic*) *a capacidade de direito*.[376]

Pontes de Miranda igualmente já apontou essa aparente ilogicidade ao expor que "a política do Código Civil foi prover à proteção do nascituro, sempre que fôsse (*sic*) preciso e daí opormos à letra do Código Civil a sistemática do próprio Código".[377]

Em que pese tal contradição, a doutrina reconhece a representação legal do nascituro que é atribuída, em regra, aos pais, e, excepcionalmente, ao curador. Nesse sentido, Silmara J. A. Chinelato e Almeida leciona que "em regra, a representação do *conceptus* pertence a quem sobre ele tenha o pátrio poder".[378] André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria, em abono à tese do direito de representação, fundamentavam ainda com arrimo no então art. 1.169 do Código de 1916, que tratava da doação ao nascituro. Afirmavam os autores: "com referência à representação legal do nascituro, se no capítulo sôbre (sic) 'O pátrio poder', o

[375] "Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: [...] V – representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;"
[376] MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, Op.cit., p. 45 (grifos no original).
[377] PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Max Limonad, p. 312.
[378] ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, p. 229-230.

Código Civil é omisso, o art. 1169, fala expressamente na pessoa dos 'pais' como representantes do ser concebido: 'A doação feita ao nascituro valerá sendo aceita pelos pais'".[379]

Insta destacar, todavia, que os autores citados defendem que o nascituro é considerado pessoa, e, desse modo, a representação legal recairia sobre a pessoa do nascituro. Necessário investigar se é possível concluir pela representação legal mesmo se não se considerar o nascituro como pessoa em nosso ordenamento. A técnica da representação[380] consiste, basicamente, na atuação em nome de outrem. Extrai-se do art. 115[381] do Código Civil de 2002 que a representação pode ser legal ou voluntária, a depender se decorre da lei ou da vontade das partes. Em relação às espécies de representação adotadas pelo codificador, Anderson Schreiber[382] expõe que:

> A classificação, consagrada pela doutrina, não está imune a críticas. Alguns autores têm sustentado que a representação legal não se configura propriamente como representação e deve ser afastada do gênero. Isto porque, [...] a atuação do representante é plenamente independente da vontade do representado [...]. Nada obstante, isto não parece suficiente para retirar o caráter representativo da atuação dos representantes legais, já que agem em nome dos representados, e ainda no interesse dos mesmos, sofrendo a sua atividade o controle do poder público.

Levando-se em consideração que a representação legal decorre da lei e a atuação do representante se volta para os interesses do representado, não parece haver óbice quanto ao entendimento favorável de estender a representação legal do nascituro no direito brasileiro aos titulares da autoridade parental, e, excepcionalmente, para resguardar os direitos do nascituro, ao curador, na forma do art. 1.779 do CC. Embora a representação legal tenha por finalidade a atuação em nome dos interesses da pessoa do representado, quis o legislador pátrio que também fosse possível defender os interesses do nascituro por meio da atribuição do poder familiar aos pais, e, portanto, estender-lhes a representação, uma vez que a interpretação sistemática dos dispositivos do Código Civil permitem inferir tal assertiva. A par disso, corrobora a aplicação do princípio da parentalidade responsável desde o momento da concepção do nascituro, uma vez que decorre do exercício do planejamento familiar.

---

[379] MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, p. 44.

[380] Cf., por todos, Gustavo Tepedino. A Técnica da Representação e os Novos Princípios Contratuais. In: *Temas de Direito Civil*. tomo 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2009; e, SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed., rev., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

[381] "Art. 115. Os poderes de representação conferem-se por lei ou pelo interessado."

[382] SCHREIBER, Anderson. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do novo Código Civil*: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 239.

Desse modo, a representação legal do nascituro não decorre da atribuição da personalidade civil, mas da determinação legal de que cabe aos pais zelar e defender os direitos do nascituro desde a concepção (art. 2º, CC), afinal, o ordenamento já lhes imputa deveres em relação ao filho por nascer. Como destacado, a atuação do representante se dá em nome e em favor dos interesses legitimamente assegurados ao nascituro, independentemente da concessão da personalidade, uma vez que já são titulares de situações jurídicas merecedoras de tutela.

Convém ainda mencionar que, no plano processual, o legislador instrumentalizou a garantia legal contida no art. 2º do Código Civil em uma hipótese específica. Assim, previu nos arts. 887[383] e 888[384] do Código de Processo Civil o procedimento judicial cautelar autônomo chamado de posse em nome do nascituro,[385] cujo escopo se restringe ao resguardo dos interesses sucessórios.[386] Tal ação se presta a comprovar o estado gravídico de mulher que necessite de tal prova para se imitir na posse dos direitos do nascituro de ordem sucessória. Atestada a gestação, o juiz mediante sentença investirá a requerente na posse dos direitos que assistam ao nascituro, conforme art. 878 do CPC. Desse modo, a doutrina processualista adverte que a "ação de posse em nome do nascituro visa à dupla constituição – prova da

[383] "Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação. § 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor. § 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente. § 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro."

[384] "Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro. Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro."

[385] A finalidade restrita do procedimento cautelar e a morosidade no julgamento, não raras às vezes, inviabilizam o seu manejo, visto que o nascimento com vida no curso do procedimento enseja a sua extinção com base na perda do objeto. Neste sentido, transcrevem-se as seguintes ementas: "Posse em nome do nascituro. Nascimento no curso do procedimento. Perda do objeto. Extinção. A posse em nome de nascituro é procedimento cautelar que tem por escopo resguardar os direitos hereditários do ente em formação. Assim, ocorrendo o nascimento no curso do procedimento, impõe-se a sua extinção por falta de objeto, porquanto a partir daí o recém-nascido adquire personalidade que lhe atribui legitimidade para, em nome próprio, pleitear o seu direito. Recurso desprovido" (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Apelação n. 0009806-02.1996.8.19.0000, Segunda Câmara Cível, relator: Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, julgado em 5 nov. 1996); AGRAVO DE INSTRUMENTO. POSSE EM NOME DO NASCITURO. Tendo a gravidez, obrigatoriamente, chegado ao seu termo final, em razão do transcurso do prazo de 42 semanas, desaparece o objeto do presente agravo. Isto porque a genitora poderá representar o recém nascido em juízo, independentemente da presente cautelar, uma vez que este já terá personalidade civil. NEGADO SEGUIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA" (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Agravo de Instrumento n. 70010722866, Oitava Câmara Cível, relatora: Catarina Rita Krieger Martins, julgado em 25 mai. 2005).

[386] Nesse sentido, já se afirmou: "Cabe ação de posse em nome do nascituro sempre que em jogo os seus interesses sucessórios. Não envolvendo o resguardo de interesses dessa ordem, não cabe ação de posse em nome do nascituro." MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*. 4. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 800.

gravidez (art. 877, CPC) e investidura da grávida ou de curador na posse dos direitos do nascituro (art. 878, CPC)".[387]

De acordo com o art. 887, pode a mulher[388] que precisar comprovar sua gravidez para resguardar os direitos sucessórios do "filho nascituro" requerer ao juiz, ouvido o Ministério Público, que ela seja examinada por médico nomeado para atestar seu estado gravídico e, assim, mediante sentença ser determinada sua imissão na posse dos direitos do nascituro. No entanto, a teor do § 2º do art. 877 do CPC, pode ser dispensado o exame se os demais herdeiros aceitarem expressamente a declaração de gravidez. O estatuto processualista ainda dispõe que a falta do exame não pode prejudicar os direitos do nascituro, nos termos do § 3º do art. 887. Desse modo, "pode ocorrer excepcionalmente não ser possível esse exame, seja por não ser possível encontrar a grávida, seja por essa se recusar submeter-se ao exame".[389]

Tal procedimento, nos termos em que foi disposto na lei processual, revela uma preocupação demasiadamente atada à tutela dos direitos patrimoniais do nascituro, que se revestiriam dos interesses hereditários. Além disso, o procedimento se mostra de pouca utilidade, tendo em vista que as formalidades estabelecidas em lei, no mais das vezes, inviabilizam sua efetividade.

Pode-se concluir que a responsabilidade parental e a atribuição legal do dever de representação aos pais iniciam-se desde o início da gestação, sendo que o âmbito de atuação deve ser conformado à luz do melhor interesse do nascituro. Não se pode admitir que os pais por mero capricho, por exemplo, realizem intervenções *in utero* que coloquem em risco a integridade do concebido no útero. Por outro lado, não se pode desconsiderar que os interesses do nascituro encontram limites quando conflitam com os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados à mulher grávida, notadamente o direito à vida, à saúde e à integridade psicofísica.

2.3.2 A curatela do nascituro

Nos termos do art. 1.779 do Código Civil, se o pai falecer e a mãe grávida não tiver o poder familiar, será nomeado um curador ao nascituro. Não pode, como já afirmado por

[387] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*, p. 800.
[388] Quanto à legitimidade ativa da ação de posse em nome do nascituro, a doutrina processualista leciona que "é da mulher grávida (art. 877, CPC). Não tendo a mulher o poder familiar (arts. 1.637 e 1.638, CC), tem legitimidade para propor a ação de posse em nome do nascituro o seu curador (art. 1.779, CC)". MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*, p. 800.
[389] MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Código de processo civil comentado artigo por artigo*, p. 800-801.

Pontes de Miranda, "o nascituro ficar à mercê de azares quanto aos seus direitos e interêsses (sic)".[390] Tal preocupação consistia, sobretudo a partir da lógica patrimonialista do Código Civil de 1916, em resguardar os direitos patrimoniais assegurados ao nascituro, como a herança e a doação.

Para Maria Berenice Dias "não há muita justificativa para a determinação de nomeação de curador ao nascituro. [...] Não se atina como se possa afastar o poder familiar da mãe, quando ainda não nascido o filho".[391] A crítica da autora, em parte, tem sentido, considerando-se que, de fato, são excepcionais as hipóteses de perda do poder familiar da gestante, embora possa ocorrer como demonstrado. No entanto, tendo em vista que a finalidade do instituto reside no resguardo dos direitos do nascituro, assegurados desde a concepção (art. 2º, CC) e cada vez mais alcançando a esfera extrapatrimonial, a curatela do nascituro é um instrumento hábil a dirimir eventuais conflitos entre os interesses da gestante e do nascituro, além de se fazer presente nas hipóteses legais previstas de falecimento do pai e afastamento do poder familiar da mulher em estado gravídico.

A curatela do nascituro já se encontrava prevista no art. 462 do Código Civil de 1916, no caso de o pai ter falecido e estando a mulher grávida privada do antigo poder familiar (atual poder familiar), sendo nomeado um curador para garantir os direitos do nascituro. A feição da família patriarcal subsiste na literalidade do dispositivo atual (art. 1.779, CC), eis que parece que a grávida somente iria exercer o poder familiar na hipótese de falecimento do marido. Esclarece Pontes de Miranda que, "se o nascituro já é filho legítimo, ou se já foi adotado, ou reconhecido, o que é possível (art. 357, parágrafo único [CC 1916]), fica mais tarde sob o pátrio poder do pai, que será, em tal hipótese, desde já, o seu protetor legítimo. Na falta do pai, o pátrio poder compete à mãe".[392]

A lógica hoje é distinta. Em primeiro lugar, o poder familiar compete aos pais (art. 1.634, CC), alicerçado na igualdade constitucional entre os cônjuges (art. 226, § 5º) e, sobretudo, na expressa menção aos pais no art. 229 da CFRB/1988. No entanto, um segundo ponto deve ser trazido à baila. Conforme visto, sempre que os direitos do nascituro conflitarem com os direitos da gestante, a decisão referentes às questões ligadas à integridade psicofísica somente diz respeito à própria, uma vez que não se pode permitir que uma intromissão demasiada no âmbito do direito à autodeterminação existencial da mulher

[390] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 351.
[391] DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 561.
[392] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 351.

grávida, cabendo, em alguns casos, a submissão ao poder jurisdicional para a ponderação dos interesses contrapostos.

Uma crítica feita por Pontes de Miranda ainda sob a égide do Código Civil de 1916, mas que se mantém válida na codificação vigente, reside no fato da desarrazoada restrição da aplicação da curatela do nascituro à hipótese de falecimento do pai. Conforme Pontes de Miranda, "a morte não é a única falta do pai. Pode estar vivo o genitor, e não reconhecer o filho, ou mesmo reconhecê-lo e achar-se sob curatela, ou por outro motivo impossibilitado de exercer o pátrio poder".[393] Realmente, a restrição demasiada pode gerar alguns inconvenientes na solução de casos concretos, deixando descoberta a garantia dos direitos do nascituro em alguns casos. Nesse sentido, expõe Pontes de Miranda que "seria desamparar o nascituro o querer-se presumir proteção impossível. Salvo se a lei quisesse que só o filho legítimo tivesse curador, o que seria absurdo".[394]

A curatela do nascituro é um instrumento jurídico que deve se fazer presente sempre que a gestante não tiver o poder familiar, o pai for falecido ou estiver impossibilitado de exercer o *múnus* (por exemplo, em caso de interdição), for desconhecido ou criar obstáculos à defesa dos direitos do nascituro diante da contestação da paternidade (e seja necessário aguardar o nascimento com vida para a realização do exame de DNA), de modo a evitar possível risco desses direitos, desguarnecendo de efetividade a tutela do nascituro. Quando a grávida se encontrar interditada, reza o parágrafo único do art. 1.779 do Código Civil[395] que o seu curador será também o do nascituro.

Conforme visto, o conteúdo da autoridade parental em relação ao nascituro é distinto da que lhe é ínsita em relação aos filhos já nascidos e menores, tendo em vista que a proteção constitucional da autonomia corporal da mulher, calcada na tutela da integridade psicofísica da gestante, impede que o pai se imiscua no campo de decisão que é próprio e íntimo da mulher grávida. Além disso, deve-se contrapor os direitos extrapatrimoniais do nascituro, que possuem função distinta daqueles assegurados aos filhos após o nascimento. Sendo assim, a autoridade parental se volta à promoção e à proteção do sadio desenvolvimento do nascituro no útero feminino, e tal concepção deve se refletir no instituto da curatela do nascituro, pois ela não mais se destina exclusivamente à garantia dos direitos patrimoniais, mas também daqueles de caráter não patrimonial.

---

[393] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*, p. 351. Nesse mesmo sentido, expõe Maria Berenice Dias: "não só no caso de morte do genitor haveria de se cogitar da nomeação. Desconhecido, ausente ou incapaz o genitor, cabe a nomeação" (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, p. 561).

[394] Id.

[395] "Art. 1.779: Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro."

A esse respeito, Rolf Madaleno já disse que a atuação do curador ao nascituro nomeado para a garantia dos direitos tutelados pelo ordenamento não deve restar circunscrita às medidas protetivas "dos eventuais bens do nascituro. Mas, em outra esfera processual que transcende as disposições dos arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil", devendo também servir para "assegurar o direito ao desenvolvimento e ao nascimento sadio de um nascituro"[396] na hipótese de a gestante não deter mais o poder familiar e o pai estiver falecido ou impossibilitado de exercer a autoridade parental. Nessa linha, a curatela do nascituro surge sempre que a gestante for destituída do poder familiar ou mantiver "conduta em conflito com os interesses do concebido, por exemplo, quando faz uso de drogas e como dependente química põe em risco a saúde do nascituro".[397] Afirma Rolf Madaleno que, nos casos anteriormente mencionados, deve ser nomeado curador ao nascituro, "nos termos do artigo 2º do Código Civil e de acordo com a doutrina da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, e com suporte no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), artigos 7º, 8º e 9º, desenvolver todas as políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".[398]

É necessário distinguir, portanto, a curatela do nascituro, que possui um escopo bem mais amplo – sempre que o pai e mãe não puderem exercer o poder familiar desde o início da gestação ou se houver conflito entre os interesses do nascituro e da gestante –, da ação de posse em nome do nascituro. Conforme visto, esta última é cabível sempre que estiverem em jogo seus direitos sucessórios, levando-se em conta que o nascituro é legitimado a suceder se já concebido no momento da abertura da sucessão (art. 1.798, CC). Embora a curatela do nascituro também seja uma medida possível, por força do parágrafo único do art. 878, nos autos da ação de posse em nome do nascituro nos casos em que à requerente não couber o exercício do poder familiar, é certo que o art. 1.779 do Código Civil não restringiu suas hipóteses à defesa dos interesses sucessórios.

A curatela do nascituro serve como um instrumento preventivo e de caráter temporário dos direitos do nascituro, uma vez que com o nascimento com vida a criança deverá ser colocada sob tutela (art. 1.728, II). Evita-se, assim, a periclitação dos mesmos e volta-se sua atenção, sob a atual lógica de todo o sistema normativo, para os interesses extrapatrimoniais do nascituro.

---

[396] MADALENO, Rolf. *Novos horizontes no direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 70.
[397] Id.
[398] Id.

2.4 A dignidade da pessoa humana e a tutela do nascituro

A consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, foi uma conquista decisiva da ordem jurídica contemporânea, impondo uma verdadeira releitura de todo o sistema normativo infraconstitucional. Se, por um lado, sua centralidade nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais democráticos parece incontroversa após a Declaração Universal dos Direitos Humanos,[399] sendo progressivamente incorporado nas Constituições dos países signatários, por outro, ainda é aceso o debate no que tange a seu conceito, natureza e aplicações, em que pese o esforço da doutrina nacional em determinar o conteúdo e, consequentemente, os parâmetros mínimos para a aplicação do princípio.[400]

Cumpre delimitar a discussão em torno da abrangência e dos destinatários do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a responder se o nascituro é titular de dignidade ou se somente a partir do nascimento com vida é que a dignidade surge. Em outros termos, impõe-se a análise da extensão do princípio da dignidade humana no que diz respeito à tutela do nascituro no ordenamento pátrio. A questão é tormentosa e impele algumas considerações prévias, de maneira a fincar algumas premissas metodológicas para o deslinde da questão posta.

Desse modo, antes de mais nada, deve-se examinar o conceito e a natureza jurídica da dignidade da pessoa humana na ordem civil-constitucional brasileira, bem como seu conteúdo e critérios de aplicação, a fim de investigar se a proteção do nascituro também é acobertada pelo referido princípio.

2.4.1 A dignidade da pessoa humana: conceito e campo de aplicação

Em sua origem histórica que remonta à Roma Antiga, a ideia de dignidade (*dignitas*) esteve associada à de *status* pessoal de alguns indivíduos, posição social ou a determinadas funções públicas. Dignidade, portanto, tinha uma conotação aristocrática ou de poder,

[399] "Art. I: Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade."

[400] Cf., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). *Princípios do direito civil contemporâneo.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-61; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2012, *passim*; e, BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012, *passim*.

identificando a condição superior de certas pessoas ou dos ocupantes de determinados cargos.[401] Já se registrou que o termo dignidade "também já foi utilizado para qualificar certas instituições, como a pessoa do soberano, a coroa ou o Estado, em referência à supremacia dos seus poderes".[402] Daí a afirmação de Luís Roberto Barroso de que "até o final do século XVIII a dignidade ainda não estava relacionada com os direitos humanos".[403]

A noção contemporânea de dignidade humana possui origem secular no campo filosófico, cujo início coincide com o pensamento clássico e tem como marcos "a tradição judaico-cristão, o Iluminismo e o período posterior ao fim da Segunda Guerra Mundial".[404] De acordo com Luís Roberto Barroso, a "dignidade humana, como atualmente compreendida, se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco e desfruta de uma posição especial no universo".[405]

A ideia clássica concernente à formulação moderna de dignidade decorre, em larga medida, do pensamento do filósofo Immanuel Kant. No "reino dos fins", segundo a ética kantiana, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando algo é mensurável e substituível por equivalente, pode ser-lhe estabelecido um preço; contudo, quando algo não admite substituição por qualquer equivalente exatamente por se encontrar acima de todo preço e por sua intrínseca natureza, tem-se a dignidade.[406] Desse modo, as coisas possuem um preço, enquanto as pessoas são dotadas de dignidade.

Maria Celina Bodin de Moraes esclarece, com base em Kant, que "enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral".[407] Dessa elaboração resulta que o "valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente".[408]

Com efeito, a moral kantiana, baseada na chamada autonomia da vontade, conduz à clássica fórmula que funda a concepção de que o homem deve sempre ser concebido como

---

[401] A respeito da origem e evolução do princípio da dignidade da pessoa humana, remete-se a BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, p. 13-19.
[402] Ibid. p. 13.
[403] Id.
[404] Ibid. p.15.
[405] Ibid. p. 14.
[406] Nas palavras do filósofo: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade." KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006, p. 65.
[407] MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.
[408] MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana, p. 12.

um fim em si mesmo, impedindo-o de ser considerado como um meio para atingir outras finalidades. Trata-se, para Kant, de uma exigência cardeal decorrente do imperativo categórico, na medida em que "afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas".[409]

A influência do pensamento kantiano se propagou, "[...] sendo ainda hoje referência central na filosofia moral e jurídica".[410] No entanto, ressalvas devem ser feitas quanto à apreensão jurídica, visto que, embora nele respaldado e fundamentado, não se pode desconsiderar a contribuição de outras correntes filosóficas, bem como o método e a sistemática próprios do Direito. Dito de outro modo, não se pode confundir a atual configuração do conceito de dignidade na contemporânea experiência jurídica nacional com o pensamento desenvolvido por Kant, ainda que esse se converta em sua raiz filosófica principal.[411]

A definição de dignidade encontra obstáculos de diversas naturezas e nos mais variados campos do conhecimento. Algumas das maiores dificuldades decorrem principalmente pela polissemia, vaguidade e porosidade do conceito, sendo exatamente a ausência de um significado específico ou substantivo um dos argumentos contrários ao uso da dignidade humana como conceito jurídico.[412]

Em que pesem tais críticas, a dignidade da pessoa humana é uma conquista do direito contemporâneo, sendo que a ausência de um conceito rígido ou fechado não é motivo suficiente para o ocaso de sua aplicação. Pelo contrário, como já alertou Ronald Dworkin, "seria lamentável abandonar uma ideia relevante ou mesmo um nome conhecido pelo risco de malversação".[413] Nesse sentido, Luís Roberto Barroso entende que "a dignidade humana, não menos do que inúmeros outros conceitos cruciais, precisa de boa teoria, debate público, consenso sobreposto e juízes prudentes", a fim de que se possa "encontrar um conteúdo mínimo para a dignidade humana, que possa garantir a sua utilização como um conceito

---

[409] Ibid. p. 11.

[410] Leciona Luís Roberto Barroso: "Immanuel Kant (1724-1804), um dos filósofos mais influentes do Iluminismo, é uma referência central na moderna filosofia moral e jurídica ocidental. Muitas das suas reflexões estão diretamente associadas à ideia de dignidade humana e, consequentemente, não é surpresa que ele seja o autor mais frequentemente citado nos trabalhos obre a matéria" (*A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial, p. 68).

[411] Em que pese tal ressalva, já se observou que a "dignidade kantiana ainda é um parâmetro para a maioria da doutrina". MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 99.

[412] A respeito das críticas, vide BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial, p. 55-60.

[413] DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011, p. 204, *apud*, BARROSO, Luis Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*, p. 60.

significativo e consequente, compatível com o livre arbítrio, com a democracia e com os valores seculares (laicos)".[414]

É papel da doutrina, portanto, concretizar e definir o conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que se reconheça que seja multifacetado e inacabado, impedindo uma conceituação estanque. No entanto, há que se investigar um conteúdo mínimo e consensual de modo a permitir a aplicação coerente da dignidade da pessoa humana.

Maria Celina Bodin de Moraes, na tarefa de extrair o substrato material da dignidade, fornece um importante esquema teórico segundo o qual:

> O substrato material da dignidade assim entendida se desdobra em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado da vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica -, da liberdade e da solidariedade. [415]

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes, nos casos de conflito entre situações jurídicas subjetivas amparadas por um dos princípios jurídicos que compõe a dignidade da pessoa humana, esta sempre será o "fiel da balança", "a medida da ponderação". Afinal, somente "os corolários, ou sub-princípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação".[416]

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, a dificuldade de conceituação da dignidade da pessoa humana decorre de "sua 'ambiguidade e porosidade', assim como por sua natureza necessariamente polissêmica. [...] razão pela qual há de se reconhecer que se trata de conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento".[417] Reconhecida, assim, a multidimensionalidade da dignidade da pessoa humana, o autor destaca que "[...] tais dimensões, por sua vez, não se revelam como necessariamente incompatíveis e reciprocamente excludentes".[418] Desse modo, em busca da síntese entre as diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, o autor propõe conceitua-la como:

---

[414] BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, p. 60.
[415] MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 85.
[416] Id. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: *Na medida da pessoa humana*: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 85.
[417] SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal*: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 39.
[418] Ibid. p. 42.

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a teia da vida.[419]

Luis Roberto Barroso compreende que a "melhor maneira de classificar a dignidade humana é como um princípio jurídico com *status* constitucional, e não como um direito autônomo". A dignidade humana como um "valor fundamental que é também é também um princípio constitucional, [...] funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento jurídico-normativo dos direitos fundamentais".[420] Decorrem, então, duas funções centrais da dignidade humana: "a de fonte de direito – e, consequentemente, de deveres –, incluindo os direitos não expressamente enumerados" e o de "informar a interpretação dos direitos constitucionais, ajudando a definir o seu sentido nos casos concretos".[421] A partir do exposto, Luís Roberto Barroso, embora admita uma noção da dignidade "aberta, plástica e plural", compreende que minimamente se possa identificar o seu conteúdo a partir dos seguintes elementos: (a) o valor intrínseco de todos os seres humanos,[422] (b) a autonomia de cada indivíduo[423]; e, (c) os valores comunitários.[424]

A dignidade da pessoa humana é um valor essencial no ordenamento brasileiro, revestido da natureza de princípio fundamental, que na ordem constitucional nacional alcança a centralidade como princípio fundante de todo sistema normativo (art. 1º, III, CR). Em que pese a abertura e a flexibilidade conceitual, é necessário repisar a utilidade dos princípios

---

[419] Ibid. p. 51.
[420] BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, p. 66.
[421] Ibid.
[422] "O valor intrínseco é, no plano filosófico, o elemento ontológico da dignidade humana, ligado à natureza do ser. Corresponde ao conjunto de características que são inerentes e comuns a todos os seres humanos, e que lhes confere um status especial e superior no mundo, distinto do de outras espécies." BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial, p. 76.
[423] "A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida." BARROSO, Luis Roberto. Op.cit., p. 81.
[424] "O terceiro e último elemento, a dignidade humana como valor comunitário, também chamada de dignidade como restrição ou dignidade como heteronomia, representa o elemento social da dignidade. Os contornos da dignidade são moldados pelas relações do indivíduo com os outros, assim como com o mundo ao seu redor." BARROSO, Luis Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*, p. 87.

fundamentais,[425] sobretudo a dignidade da pessoa humana, que impõe a supremacia das situações existenciais sobre as patrimoniais e a releitura de todo o tecido normativo infraconstitucional. A partir dessas considerações é que se passa a examinar a incidência da dignidade humana na proteção legal conferida ao nascituro no direito brasileiro.

2.4.2 A aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na tutela do nascituro

Para aqueles que sustentam a atribuição de personalidade civil ao nascituro desde a concepção e reconhecem sua condição de pessoa humana ainda durante o curso da gestação, é induvidoso que o princípio da dignidade da pessoa humana seja aplicável ao nascituro, uma vez que não há óbice para tal consideração.[426] Contudo, pretende-se aqui averiguar se o campo de abrangência da dignidade da pessoa humana alcança a tutela do nascituro, mesmo para aqueles que não mantêm tal entendimento.

Como se viu, um dos elementos do conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana é o valor intrínseco ligado à natureza do ser humano, que se afigura como seu elemento ontológico. Trata-se da razão que impede a instrumentalização do ser humano, vedada sua coisificação, visto que é um valor em si mesmo e que não tem preço. Tal proteção foi antecipada pelo legislador, na medida em que não se permite uma concepção instrumental do nascituro e se proíbem condutas que atentem contra a vida e a integridade física do nascituro.[427]

Parece que o próprio constituinte quis também proteger o nascituro ao estabelecer o princípio da dignidade da pessoa humana, ao lado da paternidade responsável, como fundamentos do direito ao planejamento familiar, no art. 226, § 7º da Constituição. A

---

[425] BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. In: *Civilistica.com* – Revista eletrônica de direito civil, editorial, a. 2, n. 1, 2013. Disponível em: www.civilistica.com. Acesso em 23 maio 2013.

[426] Nesse sentido, afirma Clayton Reis: "[...] ao conferir a tutela a que faz jus o nascituro, o Estado agirá em conformidade com o estatuído em seu ordenamento maior, assegurando-lhe o exercício da dignidade consubstanciado no direito à vida e proteção aos seus direitos de personalidade" (A dignidade do nascituro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*. Diálogo entre a Ciência e o Direito. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 46). Cf., ainda, MENEZES, Joyceane Bezerra de. A vida e a dignidade da pessoa humana na fase pré-natal: uma defesa da personalidade do nascituro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). *Dimensões da personalidade no ordenamento constitucional brasileiro*. Florianópolis, SC: Conceito Editora, 2010, p. 337-364.

[427] Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que a proteção estendida às situações existenciais que envolvam o nascituro "encontra guarida em sede constitucional, pois o nascituro, entendido como o embrião implantada no ventre materno, é abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana por se tratar de ente dotado de vida" (*Direito civil*: parte geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13). Nesse sentido, ainda, expõe Antônio Junqueira de Azevedo: "Constitucionalmente, não há, por fim, como negar que o feto assim constituído está protegido tanto pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que pressupõe o direito à vida, quanto pelo *caput* do art. 5º da C.R." (Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista trimestral de direito civil*, n. 9, jan./mar., 2002, p. 15).

dignidade humana tanto é direcionada às pessoas que pretendem concretizar o projeto parental, seja individual ou conjuntamente, e independentemente da orientação sexual, quanto se destina a tutelar o nascituro havido da vontade dos genitores ou do risco por eles assumidos, e que agora, salvo motivos razoáveis, deve resguardar o desenvolvimento sadio *in utero* e uma vida digna no futuro.

Mesmo que o nascituro não ostente a condição de pessoa humana, em sentido técnico, no direito brasileiro, sua qualidade de ser humano em gestação no útero lhe assegura a antecipação da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana,[428] mormente para fins de proteção extrapatrimonial, uma vez que impede sua instrumentalização e lhe assegura direitos desde a concepção, ou melhor, desde o início da gestação.

2.5 **A cláusula geral de tutela extrapatrimonial do nascituro**

Conforme visto, há toda uma rede de proteção concedida ao nascituro, ainda que expressamente o legislador pátrio tenha praticamente se limitado à disposição genérica do art. 2º do Código Civil, no qual ficam assegurados, desde a concepção, os direitos do nascituro[429] e, recentemente, da discussão em relação à Lei de alimentos gravídicos. Os genericamente enunciados direitos do nascituro possuem natureza tanto patrimonial quanto extrapatrimonial, sendo possível ainda visualizar aqueles com teor dúplice. Além disso, é possível observar que o legislador ordinário deixou um campo aberto para a salvaguarda dos direitos que o ordenamento, a partir dos valores e princípios albergados, lhe provê. É certo, ainda, que os direitos expressamente ou não previstos na legislação infraconstitucional devem ser sopesados com os direitos das gestantes e demais envolvidos na relação jurídica, de modo a permitir a solução do caso concreto com base em uma interpretação conforme os valores constitucionais.

---

[428] Na obra *O futuro da natureza humana*, Jürgen Habermas reflete o seguinte sobre a vida pré-natal: "Antes de ser inserida em contextos públicos de interação, a vida humana, enquanto ponto de referência dos nosso deveres, goza de proteção legal, sem ser, por si só, um sujeito de deveres e um portador de direitos humanos. Disso não devemos tirar conclusões erradas. Os pais não apenas falam *sobre* a criança que cresce *in utero*, mas, *de certo modo*, também já se comunicam com ela. Não é apenas a visualização dos traços inegavelmente humanos do feto na tela que faz da criança que se move no útero materno um destinatário, no sentido de uma *anticipatory socialization* [socialização por antecipação]. Obviamente, temos para com ela e *em consideração a ela* deveres morais e jurídicos. Além disso, a vida pré-pessoal, anterior a um estágio em que se pode atribuir a ela o *papel destinado* a uma segunda pessoa, a quem se pode dirigir a palavra, também conserva um valor integral para a totalidade de uma forma de vida eticamente constituída. Nesse aspecto, dá-se a distinção entre a dignidade da vida humana e a dignidade humana garantida juridicamente a toda pessoa - uma distinção que, de resto, reflete-se na fenomenologia da nossa maneira sentimentalizada de tratar os mortos" (*O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 50-51).

[429] O Código Civil previu direitos de cunho patrimonial a exemplo da doação ao nascituro e a legitimação para suceder.

A partir dos fundamentos civil-constitucionais da tutela do nascituro, é possível conformar os direitos do nascituro àqueles que merecem guarida do ordenamento jurídico por serem compatíveis com sua peculiar fase de formação e desenvolvimento e que encontram amparo nos interesses albergados na Constituição.

A proteção do nascituro na ordem civil-constitucional brasileira deve levar em consideração, por força do art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, os efeitos que o livre planejamento familiar, calcado na dignidade da pessoa humana e na parentalidade responsável, implicam no reforço da responsabilidade parental e, portanto, do exercício da autoridade parental desde a concepção. Isto porque o direito ao planejamento familiar, garantido constitucionalmente, se funda nos princípios da parentalidade responsável e dignidade da pessoa humana, que são dirigidos tanto às pessoas que desejam concretizar o projeto parental quanto àqueles concebidos (nascituros). Assim, o próprio princípio da dignidade humana também se aplica à tutela do nascituro, haja vista que o constituinte assim o vinculou ao prever expressamente no âmbito do direito ao planejamento familiar e que, portanto, deve ser estendido aos concebidos *in utero*.

A segunda parte do art. 2º do Código Civil de 2002, ao assegurar os direitos do nascituro desde a concepção, e o art. 226, § 7º, da Constituição de 1988, que vincula o exercício do direito ao livre planejamento familiar aos princípios da parentalidade responsável e da dignidade humana, devem atuar de forma coordenada. E, juntos, servirem como "cláusula geral"[430] de tutela dos direitos do nascituro, notadamente aqueles de caráter extrapatrimoniais, em prol do sadio e incólume desenvolvimento *in utero* do concebido.

Ao salvaguardar genericamente os direitos do nascituro na segunda parte do art. 2º do Código Civil, o legislador, ainda que intencionalmente, se valeu de uma disposição normativa "aberta" e "vaga",[431] que carece de preenchimento pelo intérprete a partir dos valores constitucionalmente albergados e merecedores de tutela nas situações que envolvem o nascituro.

---

[430] Segundo Judith Martins Costa, "as cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa, característica da segunda metade deste século, época na qual o modo de legislar casuisticamente, tão caro ao movimento codificatório do século passado – que queria a lei 'clara, uniforme e precisa', como na célebre dicção voltaireana –, foi radicalmente transformado, de modo a assumir a lei características de concreção e individualidade que, até então, eram peculiares aos negócios privados" (O direito privado como um "sistema em construção" – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. *Revista dos Tribunais*, ano 87, v. 753, jul., 1998, p. 27).

[431] Judith Martins Costa arremata: "[...] do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente 'aberta', 'fluida' e 'vaga', caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico" (O direito privado como um "sistema em construção" – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro, Op. cit., p. 29).

É de todo razoável ressaltar que os direitos assegurados pela cláusula geral são os peculiares à fase de formação e desenvolvimento do nascituro no útero feminino, englobando, sobretudo, o direito à conservação da vida intrauterina e à integridade física. Gozam de oponibilidade não só em face da gestante, mas igualmente do genitor (por exemplo, no caso de prestação de alimentos gravídicos), da equipe médica envolvida no aconselhamento e acompanhamento pré-natal e de terceiros que venham a obstar ou prejudicar o curso natural da gestação.

Os direitos do nascituro assegurados por força da "cláusula geral" de proteção contida nos arts. 2º do Código Civil e 226, § 7º, da Constituição da República não comportam direitos absolutos. Devem também se conformar a partir dos interesses peculiares ao nascituro, que, via de regra, serão contrastados com os direitos das gestantes e que têm por objetivo evitar a todo custo a sua coisificação.

3 **A TUTELA EXTRAPATRIMONIAL DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO**

O Código Civil de 1916 se preocupou essencialmente com a garantia dos direitos patrimoniais do nascituro, que somente viriam a ser adquiridos com o nascimento com vida. Mesmo para os concepcionistas, os direitos patrimoniais, em regra, ficariam condicionados suspensiva ou resolutivamente ao nascimento com vida. A mesma atenção, todavia, não foi observada em relação aos direitos extrapatrimoniais do nascituro, que não mereceram um tratamento legal adequado ante sua qualidade de ser humano.

De fato, foi a preocupação com os direitos do nascituro ligados a interesses de natureza extrapatrimonial que tornou nítida a insuficiência das diversas teorias que procuram explicar a situação jurídica do nascituro. A predominância da teoria natalista já não satisfazia as necessidades então emergentes de tutela já necessária, pois o desenvolvimento da medicina pré-natal permitiu novas formas de "acesso" ao nascituro, seja através de modernos meios de captação de imagens fetais, seja por intermédio de diagnóstico e tratamento realizados ainda *in utero*. Questões ligadas à formação e ao desenvolvimento do feto passaram a centralizar o debate acerca de sua proteção jurídica, tornando menor a preocupação patrimonial, ou seja, de garantir a preservação e administração do patrimônio doado ou herdado se houver o nascimento com vida.

Essa mudança de perspectiva reflete o movimento de repersonalização ou despatrimonialização do direito civil contemporâneo, na medida em que se constata que a preocupação central do ordenamento brasileiro é a proteção e a promoção do livre desenvolvimento das potencialidades da pessoa humana, atendendo-se ao princípio fundante da dignidade humana. Isso resultou na franca expansão e relevância que os direitos da personalidade adquiriram no direito brasileiro, sobretudo por força do fenômeno da constitucionalização do direito civil, que contribuiu decisivamente para a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações de direito privado.

Paralelamente a todo esse movimento de colocar a pessoa humana no epicentro do ordenamento jurídico, fortaleceu-se a defesa pela extensão da personalidade jurídica aos nascituros, reconhecendo-lhes a condição de pessoa humana. Por conseguinte, estenderiam-se igualmente os direitos da personalidade aos nascituros, garantindo-lhes os mesmos direitos que são assegurados às pessoas humanas.

Como a tese de haver mera expectativa de direitos para o nascituro não mais correspondia aos anseios de efetiva proteção do concebido no útero, procurou-se uma alternativa para assegurar seus direitos de forma ampla, de modo que se antecipou a atribuição da personalidade civil para considerar o nascituro pessoa desde a concepção. Para os concepcionistas, portanto, há uma paridade ontológica entre os seres humanos concebidos no útero da mulher, porém, ainda não nascidos, e as pessoas humanas já nascidas.

Entretanto, considerar o nascituro como pessoa humana desde a concepção não parece do ponto de vista jurídico a ideia mais condizente com o ordenamento vigente, uma vez que cada fase da vida humana demanda uma tutela jurídica específica e peculiar. Defender que o nascituro possui personalidade jurídica desde sua concepção, sendo, portanto, pessoa em termos jurídicos, não condiz com a fase de formação e desenvolvimento *in utero* na qual se encontra, que exige tratamento jurídico específico. Também não parece razoável relegar ao nascituro a categoria de ente despersonalizado e detentor de mera expectativa de direito, uma vez que o legislador assegurou muito mais que expectativas, mas sim direitos, como já demonstrado.

O art. 2º do Código Civil contém duas partes, que segundo alguns doutrinadores[432] seriam contraditórias: como estabelecer que a personalidade civil começa do nascimento com vida e, ao mesmo tempo, assegurar os direitos do nascituro desde a concepção? A melhor interpretação parece não se encontrar nos extremos, mas no equilíbrio buscado pelo legislador. Daí ser possível sustentar que, embora o nascituro não tenha personalidade jurídica, ele é titular de direitos, e que tal titularidade é atual no que concerne aos interesses extrapatrimoniais.

Forçoso repisar que o ordenamento jurídico assegurou a proteção aos interesses do nascituro desde a concepção, sendo que, em vez de impor uma taxatividade aos direitos reconhecidos ao concebido no útero, preferiu somente exemplificar alguns deles. Tal abertura textual do art. 2º do Código Civil – que não restringiu os direitos do nascituro àqueles previstos em lei – não pode ser vista como resguardo de todo e qualquer direito, muito menos como todos os direitos assegurados à pessoa humana nascida. Os direitos do nascituro somente merecem tutela na medida em que atendem aos seus interesses peculiares, que devem encontrar na Constituição seus fundamentos. Tais interesses merecedores de tutela correspondem a uma situação jurídica que se justifica pelos valores que permeiam o

[432] Cf. por todos, ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*, *passim*.

ordenamento civil-constitucional e que são atribuídos a um titular que ainda não deve ser qualificado como pessoa, pois ainda está em gestação.

Sob essa perspectiva, mesmo que não se defenda a atribuição da personalidade civil desde a concepção, é possível assegurar os direitos não patrimoniais do nascituro.[433] Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, "[...] não há como negar que a tutela aos interesses do nascituro se inicia pela assistência que deve ser prestada durante o período de gravidez da mulher, pois antes da aquisição de qualquer direito patrimonial [...] é fundamental o resguardo das condições dignas de existência da futura pessoa humana".[434]

Indispensável, portanto, examinar o alcance e a extensão dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, bem como seu caráter exemplificativo.

3.1 **O alcance e a extensão dos direitos extrapatrimoniais do nascituro**

A partir da premissa da titularidade de direitos por parte do nascituro, não obstante a lei civil lhe tenha expressamente vedado a atribuição da personalidade, nos termos do art. 2º do Código vigente, é possível reconhecer a existência de centros de interesses merecedores de tutela, que têm natureza peculiar e transitória e que clamam por melhor apreciação do alcance e extensão dos direitos que lhe são inerentes.

Como já observado, não se cogitou de maneira expressa em nenhuma das duas codificações civis, dos legítimos interesses extrapatrimoniais do nascituro, restringindo-se as preocupações ao campo patrimonial. Salvo a discussão em torno do direito à vida, sobretudo utilizada para fins de debate a respeito da legalização ou não do aborto,[435] percebe-se que os estudos sobre o nascituro têm se focado na atribuição ou não da personalidade civil, o que prejudica a construção de uma proteção condizente com a situação peculiar e transitória em que se encontra: ser humano em formação e que não goza sequer de individualidade biológica. Especialmente após os avanços médico-científicos que permitem não só o acesso, mas a intervenção física em nascituros, torna-se indispensável o reconhecimento de direitos

[433] Nessa linha, se posiciona Guilherme Calmon Nogueira da Gama: "Pondo de lado a contenda entre a teoria natalista e as demais quanto ao início da personalidade e consequente titularidade em potencial de direitos e de obrigações civis, é curial assinalar que o resguardo aos interesses do nascituro independe daquela, e faz bem o Código de 2002, na segunda parte de seu art. 2º, em afirmar tal tutela. Referida proteção, não obstante a doutrina mais tradicional a exemplifique com casos concernentes a valores patrimoniais em jogo, pode e deve ser estendida às situações existenciais que envolvam o nascituro" (*Direito civil*, p. 13).

[434] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. In: *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*, v. 14, 2011, p. 41.

[435] Hoje considerado crime nos termos dos arts. 124 a 126 do Código Penal.

do nascituro, que possam tutelar a situação única em que se encontra, notadamente aqueles de ordem extrapatrimonial.

A necessidade de tutela dos interesses extrapatrimoniais do nascituro se acentuou nos últimos anos, razão pela qual tem se observado o reconhecimento de responsabilidades dos pais desde a concepção. O exemplo mais recente foi a promulgação da Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplina os alimentos gravídicos, ainda que dissensos existam quanto ao beneficiário da lei, isto é, se a gestante ou o nascituro. A orientação jurisprudencial que já havia se firmado foi consagrada na lei, no sentido de assegurar ao nascituro o direito aos alimentos, sob o fundamento de que os alimentos são imprescindíveis para o desenvolvimento sadio no útero feminino.

No entanto, os direitos extrapatrimoniais não se restringem aos alimentos, cuja natureza é dúplice, consoante melhor entendimento da doutrina contemporânea.[436] A Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) assegurou o direito à assistência pré-natal (art. 8º), o que, mesmo que por via indireta, tutela a saúde do nascituro, exigindo a prestação estatal positiva no tocante aos serviços médicos de saúde para o nascimento sadio. Por sua vez, a Lei n. 9.434/1997 resguarda também o direito à saúde e à integridade física do nascituro ao proibir a gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes do corpo (art. 9º, § 7º).[437]

Além desses direitos extrapatrimoniais amparados por dispositivos específicos no direito brasileiro, é possível mencionar ainda o direito ao nome na hipótese de natimorto, o direito à identidade genética e, mesmo, o direito à imagem. A tutela do natimorto mereceu um enunciado específico do Conselho da Justiça Federal, na I Jornada de Direito Civil, no qual se afirmou o seguinte: "Enunciado 1: Art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura."

Tal enunciado confere tutela a três aspectos de caráter extrapatrimonial do ser em gestação, mesmo que este não nasça com vida e possa ser considerado natimorto. Com maior razão se evidencia a necessidade de se assegurar, durante a gestação, os direitos daquele que um dia virá a nascer com vida e passará a ser considerado pessoa.

---

[436] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. v. 3. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

[437] "Art. 9º. [...] § 7º É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto."

Insta mencionar também a previsão do art. 53 da Lei n. 6.015, que determina a feitura do assento do natimorto com os elementos que couberem, dentre os quais se inclui o nome.[438] A proteção dada ao natimorto infirma a tese da expectativa de direitos ou mesmo a que condiciona a aquisição de direitos com o nascimento com vida, pelo menos, no que tange aos direitos extrapatrimoniais.

Constata-se que não basta estender uma tutela que foi erigida para as pessoas já nascidas ao nascituro, visto que afirmar que este possui direitos da personalidade não resolve os problemas relativos à proteção extrapatrimonial de que necessita.

É preciso, portanto, identificar os direitos de natureza extrapatrimonial do nascituro, que não se confundem com os direitos da personalidade. Há de se ressalvar, desde logo, que, enquanto os direitos da personalidade visam ao livre e pleno desenvolvimento das potencialidades da pessoa, a construção de sua identidade, os direitos extrapatrimoniais do nascituro se ocupam de assegurar a sua sadia formação em útero, bem como resguardar os atributos que integrarão sua futura personalidade jurídica, proporcionando-lhe, enfim, as condições necessárias para o nascimento com vida e dignidade preservada.

Não parece razoável se estender ao nascituro os direitos da personalidade, da mesma forma que a doutrina do direito civil-constitucional já alertou dos problemas em se reconhecer os direitos da personalidade às pessoas jurídicas.[439] De maneira alguma está a se comparar a figura do nascituro ao da pessoa jurídica, mas tão somente se procura esclarecer que cada ente seja pessoa humana ou jurídica, ou, ainda, o nascituro que não se enquadra em nenhuma das categorias anteriores exige uma tutela apropriada a uma situação específica e que a importação acrítica de uma construção teórica nem sempre se mostra a melhor saída.

O nascituro também tem uma esfera de proteção extrapatrimonial, mas que não se equipara à dos chamados direitos da personalidade. Estes têm a personalidade como pressuposto e visam ao livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa humana, enquanto que os direitos extrapatrimoniais do nascituro possuem um escopo diferenciado, de

---

[438] "Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito" (renumerado do art. 54, com nova redação, pela Lei n. 6.216, de 1975).
"§ 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro 'C Auxiliar', com os elementos que couberem" (incluído pela Lei n. 6.216, de 1975).
"§ 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas" (incluído pela Lei n. 6.216, de 1975).

[439] A esse respeito ver Maria Celina BODIN DE MORAES. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4ª. tir., Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 191-192. Em sentido contrário, ver, por todos, Alexandre Ferreira Assumpção ALVES. *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

natureza tutelar, que é proteger sua formação e desenvolvimento na fase de gestação para que possa ter uma vida digna no futuro, sob os aspectos físicos, psíquicos, sociais e morais.

Tal distinção não se presta a um mero refinamento teórico, mas sim à construção de uma categoria que melhor se conforme às necessidades de proteção do nascituro em sua esfera de cunho não patrimonial. Além disso, a diferenciação se mostra útil na medida em que se evita a confusão entre a pessoa humana e o nascituro – categorias distintas –, o que se justifica em razão da posição central ocupada pela pessoa humana no ordenamento brasileiro.

A doutrina, no entanto, parece preferir a extensão dos direitos da personalidade aos nascituros.[440] Nessa senda, se posicionam os defensores da tese concepcionista, como Maria Helena Diniz, para quem "poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro [...] *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção".[441] A autora cinde a personalidade jurídica em *formal* e *material*, sendo aquela ligada aos direitos da personalidade – cujo nascituro é detentor desde a concepção –, e esta relacionada com os direitos patrimoniais – cuja aquisição depende do nascimento com vida.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida já defendia ainda sob a vigência do Código Civil de 1916 que o "nascituro é titular de direito da personalidade, o que decorre da qualidade de pessoa, à qual são conferidos todos os direitos compatíveis com sua condição especial de estar concebido, no ventre materno, e ainda não ter sido dado à luz".[442] Nessa linha, Thiago Ferreira Cardoso Neves também já sustentou que "desde o surgimento da vida, com a aquisição de condição de pessoa e consequentemente a qualidade de ser humano, passa-se a ser titular dos direitos da personalidade. Aí inclui-se, logicamente, o nascituro".[443]

Para os defensores da antecipação da concessão da personalidade civil ao nascituro desde a concepção, não há óbice ao entendimento de que os direitos da personalidade também se aplicariam aos entes concebidos no útero por nascer. Aliás, considerando que os direitos

---

[440] CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos da personalidade do nascituro. In: *Revista do Advogado* (São Paulo), São Paulo, n. 38, 1992, p. 21-30, e Bioética e direitos de personalidade do nascituro. In: *Scientia Iuris* (UEL), v. 7/8, 2003, p. 87-104. V., ainda, NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2012. De acordo com Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald: "Infere-se, com convicção, que para o sistema jurídico brasileiro o nascituro dispõe de direitos da personalidade e, portanto, de uma proteção jurídica fundamental. De fato, é induvidoso o reconhecimento ao nascituro dos direitos necessários para que venha a nascer vivo (direitos da personalidade), enfim, dos direitos ligados à sua condição essencial para adquirir personalidade, tais como o direito a reclamar alimentos, à assistência pré-natal e à indenização por eventuais danos causados pela violação de sua imagem (como no exemplo de uma clínica de assistência pré-natal que explora a imagem da ultrassonografia) ou de sua honra" (*Curso de direito civil*, p. 317-318).

[441] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 1º volume: teoria geral do direito civil. 24. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.p. 196 (grifo no original).

[442] ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 292.

[443] NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*, p. 71.

patrimoniais somente seriam adquiridos pelo nascituro no nascimento com vida, com maior razão pode se afirmar que os direitos da personalidade – para os concepcionistas – seriam o principal objeto de tutela do nascituro, pois tais direitos seriam adquiridos no momentos da concepção.

No Brasil, o debate em torno do nascituro, especialmente no que tange à extensão dos direitos da personalidade, se reacendeu no meio jurídico e na sociedade civil com a propositura do Projeto de Lei n. 478/2007, conhecido como Estatuto do Nascituro,[444] de autoria dos Deputados Federais Luis Bassuma e Miguel Martini. Os proponentes justificam a apresentação do referido Projeto de Lei nos seguintes termos:

> O presente projeto de lei, chamado "Estatuto do Nascituro", elenca todos os direitos a ele inerentes, na qualidade de criança por nascer. Na verdade, refere-se o projeto a expectativa de direitos, os quais, como se sabe, gozam de proteção jurídica, podendo ser assegurados por todos os meios moral e legalmente aceitos. Vários desses direitos, já previstos em leis esparsas, foram compilados no presente Estatuto. Por exemplo, o direito de o nascituro receber doação (art. 542. Código Civil), de receber um curador especial quando seus interesses colidirem com os de seus Pais (art. 1.692, Código Civil), de ser adotado (art. 1.621, Código Civil), de se adquirir herança (art. 1.798 e 1.799, Código Civil), de nascer (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 7º), de receber do juiz uma sentença declaratória de seus direitos após comprovada a gravidez de sua mãe (arts. 877 e 878, Código de Processo Civil).[445]

Os autores da proposição legislativa justificam que o principal objetivo do referido Estatuto seria o de proteger os direitos da personalidade do nascituro – definido pela proposta de lei como o ser humano concebido, mas ainda não nascido, o que incluiria os embriões humanos fertilizados *in vitro*, mas não implantados no útero.[446] Nesse sentido, os autores da proposição, na justificativa apresentada, explicam:

> O presente Estatuto pretende tornar integral a proteção ao nascituro, sobretudo no que se refere aos direitos de personalidade. Realça-se, assim, o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar, e proíbe-se qualquer forma de discriminação que venha a privá-lo de algum direito em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevida ou de delitos cometidos por seus genitores.

Desse modo, a proposta de lei estabelece que o nascituro goza da expectativa dos direitos da personalidade, dentre eles o direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem,

---

[444] O Projeto de Lei tem sido alvo de severas críticas do meio jurídico, em razão de disposições que representam verdadeiros retrocessos, especialmente para as mulheres, como as disposições previstas no art. 13, seus incisos e parágrafo único, que ficaram conhecidas como "bolsa estupro".

[445] Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=F9029E14154329931BC2739076AB3825.node1?codteor=443584&filename=PL+478/2007>. Acesso 10 jun. 2013.

[446] Projeto de Lei n. 478/2007: "Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos 'in vitro', os produzidos através de clonagem ou por outro meio científica e eticamente aceito."

muito embora afirme que a aquisição da personalidade jurídica somente se dá com o nascimento com vida. A redação do dispositivo da proposta que visa assegurar os direitos da personalidade ao nascituro em forma de expectativa, definitivamente, não prima pelo rigor técnico, restando assim estabelecida:

> Art. 3º O nascituro adquire personalidade jurídica ao nascer com vida, mas sua natureza humana é reconhecida desde a concepção, conferindo-lhe proteção jurídica através deste estatuto e da lei civil e penal.
> Parágrafo único. *O nascituro goza da expectativa do direito à vida, à integridade física, à honra, à imagem e de todos os demais direitos da personalidade.* (grifos nosso)

De fato, a redação do caput do art. 3º da proposta é contraditória. Ao declarar que a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, reforça-se a tese natalista e descura de toda a construção doutrinária concernente à tutela do núcleo de interesses endereçados ao nascituro e assegurados no art. 2º do Código Civil; por outro lado, diz que a natureza humana do nascituro é reconhecida desde a concepção. O dispositivo nos termos em que se encontra proposto parece um retrocesso, uma vez que reafirma o que já é previsto no art. 2º, primeira parte, do Código Civil, além de resvalar na redundância, eis que a natureza humana do nascituro sequer é controvertida. O que se vergasta é a respeito da condição de pessoa, e não sobre a qualidade humana do nascituro.

Ademais, parece retroceder, ainda, quando repisa a fórmula da mera expectativa de direito no que tange aos direitos da personalidade. Há toda uma doutrina contemporânea que identifica exatamente o problema de se proteger somente a expectativa do direito ou condicionar os direitos da personalidade, que necessitam de eficácia atual à fase da gestação, diferentemente dos direitos patrimoniais, que se consolidam somente com o nascimento com vida.

Há de se ressalvar a criticável opção do projeto de lei em se referir aos direitos da personalidade, pois estes são definidos como direitos essenciais à tutela da pessoa humana, notadamente ligados à sua dignidade e integridade.[447] Como já se afirmou, é preciso evitar a equiparação entre as pessoas humanas já nascidas e o ser humano em gestação, uma vez que cabe ao Direito proteger de maneira diferenciada cada etapa do desenvolvimento biológico da vida humana.[448]

---

[447] TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro, p. 26.

[448] Nesse sentido se destaca a manifestação do Supremo Tribunal Federal: " O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estádio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria 'natalista', em contraposição às teorias 'concepcionista' ou da 'personalidade condicional'). E

O denominado Estatuto do Nascituro[449] suscita graves e diversificadas repercussões jurídicas, mobilizando, inclusive, a sociedade civil organizada em prol da rejeição da proposta legislativa, bem como seu substitutivo e apensos.[450] O presente trabalho não objetiva analisar o mencionado projeto de lei, pois tal empreendimento requer o exame integral da propostas a partir de diferentes perspectivas (a penal e a processual) que vão além do reduzido escopo deste trabalho. No que atina especificamente ao cerne deste estudo, torna-se imperioso afirmar que o art. 3º da proposta de lei, em especial, é de todo dispensável, visto que o art. 2º do Código Civil já assegura, com maior técnica, os direitos do nascituro desde a concepção, sejam eles de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, em vez de tão somente reconhecer a natureza humana do concebido no útero e a expectativa de direitos. Um mal de que, insta frisar, padece todo projeto de lei é a repetição desnecessária de direitos e instrumentos já assegurados ao nascituro pela legislação infraconstitucional, o que se distancia da boa técnica legislativa.

A proposta incorre ainda em temerárias imprecisões, como a confusão conceitual entre o embrião humano já fertilizado em laboratório, mas ainda não implantado no útero da mulher para o desenvolvimento da gestação, do nascituro em si – termo que deve ser reservado para o

---

quando se reporta a 'direitos da pessoa humana' e até dos 'direitos e garantias individuais' como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais 'à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade', entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ('in vitro' apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julg. em 29 maio 2008).

[449] Assim compreendidos o Projeto de Lei n. 478/2007, o seu substitutivo e os seus apensos (PL's 489/2007, 1763/2007, 3748/2008 e 1085/2011).

[450] A Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro (CBB/OABRJ) apresentou parecer acerca do Projeto de Lei 478/2007, do seu substitutivo e seus apensos, posicionando-se favoravelmente a rejeição integral do Estatuto do Nascituro, tendo em vista a proposta de lei revela "graves inconstitucionalidades" e não se mostra adequada juridicamente como política social. Assim, concluem que "a proposta atropela princípios ético-jurídicos e constitucionais, derroga leis existentes, e destrói conquistas duramente obtidas, como a admissão de pesquisa com células-tronco, além de ignorar os direitos fundamentais das mulheres e legitimar a violência contra a mulher, ao se propor que elas sejam 'pagas" pelo Estado para terem um filho gerado por estupro". O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) também se manifestou contrariamente ao PL 478/2007, tendo em vista que "em desrespeito aos direitos fundamentais da mulher, padece de inconstitucionalidade a referida proposta legislativa, em legitimação do Estado, da paternidade ao estuprador e sujeitar a gestante a relações pessoais com o ofensor, nos casos de estupro. O Estado democrático de Direito é construído a partir do respeito pleno à liberdade, que, no caso, se expressa pela garantia de acatamento à escolha da gestante ou do casal de pais quanto à continuidade da gestação de feto, em casos de estupro, risco de vida na gravidez para a gestante e, anencefalia. Esse é o exercício dos direitos humanos".

ser humano já implantado no útero e no contexto da gestação. Desse modo, de acordo com o art. 2º e parágrafo único do Projeto de Lei, o conceito de nascituro incluiria o embrião humano, mesmo aquele concebido *in vitro* e não transferido para o útero da mulher que pretende levar a termo a gestação, abarcando, portanto, os embriões excedentários.

Por essas considerações tecidas, além das graves violações aos direitos da gestante,[451] o Projeto de Lei n. 478/2007 (seu substitutivo e apensos) carece não só de correções formais no tocante à má técnica legislativa empregada e à imprecisão conceitual. Contudo, principalmente nos termos em que se encontra proposto, já nasceria para o mundo jurídico eivado de inconstitucionalidade, pois é fortemente discriminatório e cerceador dos direitos e conquistas da mulher, como a não criminalização do aborto em caso de estupro ou para salvar a vida da gestante.[452]

Por fim, pode-se apontar que o equívoco em se ampliar o campo de abrangência dos direitos da personalidade aos nascituros se assenta na diversidade (e consequente intensidade) de princípios e valores que informam a tutela da pessoa humana, centro da atenção do ordenamento, e do nascituro – cuja proteção encontra fundamento na dignidade humana. Por conseguinte, o intérprete deve estar atento às diferenças entre os direitos da personalidade, categoria relacionada à tutela da pessoa humana, e os direitos extrapatrimoniais do nascituro, categoria especial devotada à proteção do ser humano em formação. Ambas comungam a característica da extrapatrimonialidade – ou seja, não são passíveis de avaliação pecuniária –, mas possuem funções distintas, uma vez que – repisa-se – os direitos da personalidade visam ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto os direitos não patrimoniais do nascituro se preocupam em assegurar o sadio desenvolvimento em útero e o nascimento em condições de ter uma vida digna.

---

[451] O parecer da Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro (CBB/OABRJ) expõe o seguinte a respeito da violação dos direitos fundamentais das mulheres: "Pelo projeto em tela, retornaríamos à fase da triste memória para a humanidade quando a mulher era considerada mero receptáculo ou veículo da vida por nascer, cabendo à mulher desenvolver apenas o papel de 'incubadora' – triste que, na aurora do novo milênio, algo que consagre pensamento medieval e anacrônico ainda esteja sendo discutido no Parlamento brasileiro. As restrições ao direito da mulher e gestante são muito maiores do que os benefícios trazidos ao nascituro ou embrião. Comparando as duas situações nos termos postos pelo 'Estatuto', a situação da mulher termina por se destacar negativamente, ocorrendo uma restrição de direitos que não é acompanhada por quaisquer ganhos ou formas de proteção, pois há sérias violações ao direito de liberdade da mulher gestante, à sua dignidade, autonomia, segurança e ao seu direito à saúde, visto que a legislação ora proposta termina por criar uma prevalência ou prioridade do embrião sobre a mulher, que se torna mero instrumento para viabilizar o nascimento com vida do nascituro."

[452] Nos termos do art. 128, incisos I e II do Código Penal.

3.2 **Direitos extrapatrimoniais do nascituro: uma cláusula aberta**

O legislador ordinário, quer no Código Civil, quer em outros diplomas legais, não delimitou o campo dos direitos assegurados ao nascituro desde a concepção, os quais podem, portanto, assumir feição patrimonial, extrapatrimonial ou dúplice. Não há taxatividade, nem pode o intérprete estabelecê-la.

A tutela do nascituro, como já se viu, encontra amparo na cláusula geral de tutela dos direitos do nascituro (arts. 226, § 7º da CRFB/1988 e art. 2º do CC/2002) que atua notadamente no que tange àqueles de caráter extrapatrimonial, em prol do sadio e incólume desenvolvimento *in utero* e do nascimento com vida e dignidade. A existência dessa "cláusula aberta" permite a conformação dos interesses jurídicos tutelados às situações concretamente consideradas. Na verdade, a não taxatividade assume primordial importância em razão dos crescentes avanços da medicina e da biotecnologia, as quais, a cada momento, apresentam novos meios e instrumentos de acesso físico e virtual ao nascituro, possibilidade não cogitada até data recente. Se por um lado tais recursos muito podem contribuir para a saúde do feto, por outro, criam situações inéditas, que produzem efeitos não raro desconhecidos, inclusive, relativos aos atributos que integrarão sua futura personalidade jurídica.[453] Existem meios de interferir – quando não determinar diretamente – sobre aquele que vai nascer, o que pode alterar decisivamente sua vida, que deve transcorrer, desde o nascimento, em condições de dignidade, sob os aspectos físicos, psíquicos, sociais e morais.

Nessa ótica, Silmara J. A. Chinelato e Almeida defende que "os direitos do nascituro não são taxativos, sendo-lhe reconhecidos todos os compatíveis com sua característica de pessoa por nascer".[454] Mas não somente os concepcionistas entendem que direitos do nascituro são meramente exemplificativos. José Carlos Barbosa Moreira entende que "no ordenamento brasileiro, seja qual for a explicação dogmática, o nascituro, conquanto ainda não haja adquirido personalidade, tem direitos; e estes não são apenas os indicados em disposições específicas".[455]

É possível inferir, portanto, que o nascituro goza de uma tutela geral durante a fase gestacional. Isto é, sua proteção não se restringe aos direitos expressamente previstos na

---

[453] É o caso da seleção de embriões surdos para a garantia da identidade intrafamiliar por desejo dos pais surdos. Segundo Debora Diniz, a pergunta central é "como as decisões genéticas dos futuros pais podem expandir ou limitar as possibilidades futuras de seus filhos, considerando que a surdez é uma condição física, até o momento, irreversível" (Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez, Op.cit., *passim*).
[454] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. *Tutela civil do nascituro*, p. 169.
[455] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida, p. 148.

legislação nacional, mas amplia-se de modo a abarcar mesmo aqueles sem previsão legal específica, que emanam dos princípios e valores constitucionais, em particular, da cláusula geral de tutela do nascituro. A delimitação dos direitos do nascituro destoaria de uma compreensão sistêmica do ordenamento jurídico.

Assim, os direitos extrapatrimoniais do nascituro não encerram qualquer limitação legal, mas objetivam a salvaguarda da formação e o desenvolvimento sadio do concebido *in utero* e de uma vida digna no futuro. O caráter exemplificativo, contudo, não significa que tais direitos sejam absolutos, visto que devem ser ponderados com outros direitos constitucionalmente tutelados, notadamente os da gestante, como já mencionado.

Depreende-se, portanto, que, embora os direitos extrapatrimoniais do nascituro não admitam qualquer taxatividade legal, por outro lado, eles devem ser reconhecidos se encontrarem respaldo no ordenamento jurídico.

3.3 **A amplitude dos direitos extrapatrimoniais do nascituro no direito brasileiro**

Em que pese a natureza *numerus apertus* dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, o legislador ordinário não se furtou a prever alguns deles, muito embora, de forma assistemática e incidental, tenha delegado ao intérprete a tarefa de identificação, localização e sistematização das normas destinadas a proteger o nascituro em sua esfera existencial.

A escassez de normas infraconstitucionais destinadas a tutelar os direitos extrapatrimoniais do nascituro não impede uma proteção efetiva de sua peculiar e transitória condição do ente por nascer. A partir dos fundamentos constitucionais e legais extraídos a partir do próprio ordenamento, é possível afirmar, conforme conclusão já apontada no segundo capítulo, que o art. 226, § 6º, da Constituição da República de 1988, combinado com o art. 2º do atual Código Civil constituem uma cláusula geral de proteção do nascituro, sobretudo quanto à tutela extrapatrimonial deste, por força do princípio da dignidade humana.

Ainda que a cláusula geral de proteção do nascituro contemple de forma integral as situações que envolvam sua proteção, tendo em vista a flexibilidade e elasticidade naturais das cláusulas gerais, convém identificar as normas que tratam da tutela específica dos direitos extrapatrimoniais do nascituro.

Há, todavia, que se assinalar, desde logo, que os direitos extrapatrimoniais são aqueles que abrangem a tutela dos peculiares interesses do nascituro como ser em gestação e que, portanto, é titular de situações jurídicas subjetivas cujo ordenamento tutela desde a concepção

no útero. Por conseguinte, indispensável rastrear alguns dos interesses merecedores de tutela do ordenamento que se destinam a proteção do nascituro.

3.3.1 O direito a nascer com vida[456]

O jurista italiano Francesco D'agostino suscitou a seguinte indagação: "Quais os direitos devem ser reconhecidos a um nascituro?" A resposta, diz o autor, pode ser dada de forma rápida, porém apropriada: "apenas um, o de nascer."[457] Em sua justificativa, expõe:

> o direito de nascer é realmente o primeiro de todos os direitos, não apenas - como poderia parecer num primeiro momento – em sentido cronológico, mas principalmente em sentido axiológico: ou seja, o direito de nascer inclui em si e fundamenta todos os direitos constitutivos da pessoa, o direito de ser respeitado na própria identidade, de não ser instrumentalizado por nenhuma razão, de ser considerado portador de uma dignidade específica, que não pode ser reduzida à de nenhum outro ser humana, e o direito, por fim, de ser reconhecido como pessoa.[458]

De fato, ao se considerar que a tutela do nascituro encontra um de seus fundamentos na procriação consciente e responsável, o direito de nascer com vida afigura-se como o núcleo dos direitos essenciais para o concebido no útero feminino. O nascimento com vida atende ao critério definido pelo Código Civil para atribuição da personalidade civil, ou seja, a qualificação como pessoa para todos os fins perante o Direito. Enquanto não se qualifica como pessoa no mundo do Direito o ordenamento assegura a proteção do ser humano já concebido no ventre feminino, mas de modo diferenciado, especialmente no que tange à esfera extrapatrimonial.

O direito à vida é um dos direitos fundamentais encartados no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988.[459] Para José Afonso da Silva, a vida "constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos", tendo em vista que "de nada adiantaria a Constituição assegurar

---

[456] Cabe esclarecer que não há qualquer ponderação pressuposta ou tomada de posição quanto aos direitos da gestante, especialmente no que diz respeito a interrupção da gravidez. Trata-se no caso do direito à vida do nascituro que é resultado de um projeto parental desejado ou cujo risco foi assumido, como desde o inicio definido, afastada por conseguinte qualquer cogitação de aborto.

[457] D'AGOSTINO, Francesco. *Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito*. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006, p. 279.

[458] Ibid. p. 284.

[459] Conforme José Afonso da Silva: "*Vida*, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte. [...] A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)" (*Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 197-198) (grifos no original).

outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos".[460] Sob essa ótica, se considera que o direito à vida é condicionante, pois condiciona a existência dos demais direitos.[461]

José Carlos Barbosa Moreira entende que, "se o nascituro tem direitos, não pode deixar de ter, antes e acima de quaisquer outros", o direito à vida, eis que "recusar ao nascituro o direito à vida, a rigor, importa recusar-lhe *qualquer* direitos, contrariando frontalmente o disposto no art. 2º, segunda parte".[462] O mencionado autor conclui que o direito à vida do nascituro é indisponível e, "fora das hipóteses expressamente previstas em lei, é ineficaz a autorização de quem de quem quer seja para a prática de ato que o viole".[463]

À luz do direito italiano, Pietro Perlingieri também entende que o nascituro concebido tem direito à vida, tendo em vista que o ordenamento "não tutela o aborto de forma generalizada. O concebido não pode ser suprimido sem que exista uma razão que mereça tutela por parte do ordenamento. O interesse à conservação da vida é juridicamente relevante".[464]

No ordenamento jurídico brasileiro, a conservação da vida intrauterina também constitui um interesse juridicamente relevante, eis que o legislador civil não só assegurou direitos ao nascituro desde a concepção, na forma do art. 2º do Código Civil, mas na seara do direito penal restringiu as hipóteses de aborto aos casos de risco à vida da mulher grávida e de gestação resultado de estupro. A existência de tais exceções na legislação penal já ensejaria a afirmativa de que, embora o nascituro goze da proteção legal à vida ainda durante a fase gestacional, o legislador não o considerou absoluto, a ponto de permitir que, em alguns casos, o direito à vida do nascituro possa ser afastado em razão da prevalência de outros valores constitucionalmente albergados, como a vida e a saúde psíquica da gestante. Sem se considerar a premência de uma discussão mais enérgica em relação à legalização do aborto no Brasil, é preciso ainda verificar que as exceções merecem ser ampliadas. Tanto que o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF n. 54 decidiu que a prática de antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico não configura crime de aborto tipificado pelo Código Penal.[465]

---

[460] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 198.
[461] Nesse sentido, afirma Silmara J. A. Chinelato e Almeida: "O Direito primordial do ser humano é o direito à vida, por isso denominado direito condicionante, já que dele dependem os demais" (Bioética e direitos de personalidade do nascituro, p. 96).
[462] MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida, p. 148.
[463] Ibid. p. 152.
[464] PERLINGIERI, Pietro. *Direito civil na legalidade constitucional*, p. 716.
[465] Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12 jun. 2012.

Sob a ótica do direito penal, Claus Roxin esclarece:

> A proteção da vida em formação após a implantação do embrião no corpo da mãe é tratada de modo bastante diverso em diferentes culturas, e mesmo dentro da maioria dos países é uma questão bastante controvertida, por motivo de diversas visões de mundo. As soluções extremas – no sentido de que se trate o embrião que se desenvolve no corpo da mãe como um homem já nascido, protegendo-o através dos tipos de homicídio, ou no sentido de que se autorize por completo o aborto até o instante do nascimento – já mal são sustentadas ou praticadas internacionalmente. Elas deveriam ser recusadas também pelos motivos que já mencionei ao tratar da proteção ao embrião: *se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar um homem, e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas através de ponderações*.[466]

Desse modo, o reconhecimento do direito à vida do nascituro não induz, necessariamente, à afirmação de que o nascituro goze da proteção à vida humana no mesmo patamar concedido às pessoas nascidas. Em boa hora a doutrina vem reconhecendo o direito à vida do nascituro, embora com intensidade diferente das pessoas humanas já nascidas. Segundo Daniel Sarmento, "a ordem constitucional brasileira protege a vida intrauterina, mas [...] esta proteção é menos intensa do que a assegurada à vida das pessoas nascidas, podendo ceder, mediante uma ponderação de interesses, diante de direitos fundamentais da gestante".[467]

O ordenamento jurídico protege o direito à vida do nascituro, embora não com a mesma intensidade concedida à vida das pessoas. Tal posição intermediária parece contemplar coerentemente os valores constitucionais postos em jogo, uma vez que permite a ponderação entre a proteção constitucional conferida à vida humana, mas sem desatender à primazia da tutela da dignidade da pessoa, que ocupa o ápice do ordenamento constitucional. Por isso, Daniel Sarmento expõe que o entendimento que "reconhece a tutela constitucional da vida intra-uterina, mas atribui a ela uma proteção mais débil do que a concedida à vida extra-uterina é a que tem prevalecido amplamente no mundo", sobretudo porque "as posições mais radicais, que equiparam esta tutela à conferida à vida de pessoas nascidas, ou que negam qualquer proteção jurídica ao nascituro, já não seduzem quase ninguém".[468]

A doutrina contemporânea esclarece ainda que a proteção da vida intrauterina não é uniforme durante todo o período de gestação, pois a tutela dispensada vai aumentando

---

[466] ROXIN, Claus. *A proteção da vida humana através do Direito Penal*. Conferência realizada no dia 7 mar. 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=134>. Acesso em: 07 jun. 2013.
[467] SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição, p. 36.
[468] Ibid. p. 33.

progressivamente na medida em que o nascituro se desenvolve até adquirir viabilidade extrauterina.[469] Daniel Sarmento afirma que "o tempo de gestação é, portanto, um fator de extrema relevância na mensuração do nível de proteção constitucional atribuído à vida pré-natal".[470]

Nessa linha, J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira lecionam:

> A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo. [...] Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas, mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa [...] É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde, dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida - designadamente os instrumentos penais - podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina.[471]

Embora a tendência internacional seja a de adotar uma postura intermediária no que tange à tutela da vida do nascituro, como referido anteriormente, o direito brasileiro parece seguir uma orientação mais rígida ao permitir somente a prática do aborto não punível nas hipóteses de risco à vida da gestante e gravidez resultante de estupro, na forma da lei penal. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal quando admite a não punibilidade da interrupção antecipada de gestação de feto anencefálico foi extremamente restritivo ao limitar tal possibilidade ao caso de anencefalia, afastando qualquer outro caso de grave anomalia fetal. A doutrina também parece atada a tal rigidez e, salvo honrosas exceções,[472] mantém-se fortemente restritiva em relação à ampliação das hipóteses de aborto.[473]

---

[469] Consoante lição de Daniel Sarmento, "[...] pode-se afirmar que a tutela da vida do nascituro é mais intensa no final do que no início da gestação, tendo em vista o estágio de desenvolvimento fetal correspondente, sendo certo que tal fator deve ter especial relevo na definição do regime jurídico do aborto" (Legalização do Aborto e Constituição, Op.cit., p. 36).

[470] SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição, Op.cit., p. 33.

[471] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed., v. I, Coimbra: Almedina, 1985, p. 175.

[472] SCHREIBER, Anderson. Aborto de feto anencéfalo e tutela dos direitos da mulher. In: *Direito civil e constituição*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 338.

[473] Parece corroborar a afirmativa de rigidez na postura político-legislativo brasileira nos últimos anos em relação à saúde da mulher, especialmente da gestante, a edição da Medida Provisória n. 557, de 26 dez. 2001, publicada no dia seguinte no Diário Oficial, que instituiu o "Sistema Nacional de Cadastro, Vigilância e Acompanhamento da Gestante e Puérpera para Prevenção da Mortalidade Materna, no âmbito da Política de Atenção Integral à Saúde da Mulher, coordenada e executada pelo Sistema Único de Saúde (SUS), com a finalidade de garantir a melhoria do acesso, da cobertura e da qualidade da atenção à saúde materna, notadamente nas gestações de risco", na forma do art. 1º. Tal sistema visava o "cadastramento universal das

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana, impõe-se conferir ao nascituro uma tutela peculiar e própria, desvinculada das categorias já existentes, a fim de evitar sua instrumentalização. Se, por um lado, o ordenamento jurídico (seja no âmbito civil, penal e constitucional) assegura a proteção da vida intrauterina, por outro, permite que os direitos fundamentais da gestante preponderem em alguns casos, como nas hipóteses de estupro, risco à vida da grávida e anencefalia.

Assim como não há direitos absolutos titularizados por pessoas já nascidas, tampouco existem direitos absolutos dos seres humanos ainda por nascer. Por mais que se assegure o direito à vida ao nascituro, por força de aplicação do art. 5º, *caput*, da CRFB/1988, o mesmo deve ser sopesado com outros direitos constitucionalmente estabelecidos.

Sob o amparo do direito civil-constitucional é possível sustentar que nem o direito à vida da pessoa é tido por indisponível e absoluto, eis que é a dignidade da pessoa humana que ostenta posição central na hierarquia dos valores constitucionais. É, portanto, possível afastar a proteção da vida do ser humano nascido sempre que haja colisão de interesse com a dignidade humana.[474] Com maior razão, deve-se entender que o direito à vida do nascituro não é igualmente absoluto,[475] visto que pode ceder tanto diante da impossibilidade de lhe ser

---

gestantes e puérperas, de forma a permitir a identificação de gestantes e puérperas de risco, a avaliação e acompanhamento da atenção à saúde por elas recebida durante o pré-natal, parto e puerpério" (art. 2º), sendo coordenado pela União, por intermédio do Ministério da Saúde, e executado em cooperação com Estados, Distrito Federal e Municípios. O cadastro e aconselhamento compulsório de gestantes como estabelecido na MP n. 557/2011, acentua a vigilância estatal em indivíduos saudáveis, desrespeitando o livre planejamento familiar, assegurado no art. 226, § 7º, da Constituição, além de colocar em risco a privacidade da mulher grávida no que tange à autodeterminação reprodutiva e corporal, na medida em que as subjugaria a um modelo de gestação saudável, sem levar em consideração a reserva de intimidade da gestante. Tal postura excessivamente paternalista foi duramente criticada por setores da sociedade civil que enxergavam no cadastramento compulsório um mecanismo para vigiar a vida reprodutiva das mulheres e, assim, identificar e denunciar aquelas que optassem pela interrupção da gestação. A Medida Provisória teve seu prazo de vigência encerrado em 31 de maio de 2012, uma vez que não se chegou no Congresso Nacional a um consenso mínimo que permitisse a sua aprovação, tendo perdido sua vigência antes de ser apreciada pelo Plenário da Câmara dos Deputados e enviada ao Senado Federal. A Medida Provisória n. 557/2011 e o Estatuto do Nascituro demonstram que as instâncias legislativa e executiva nacionais parecem ir na contramão da tendência mundial em equilibrar a proteção do nascituro com a tutela da mulher grávida, entendendo-se que embora o ordenamento reconheça a vida como um direito do nascituro, não obstante concedeu-lhe em intensidade menor do que à vida e dignidade da gestante.

[474] De acordo com Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber: "[...] se algo deve ser tido por indisponível e absoluto no contexto constitucional não é a vida (art. 5º), mas a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III). Mesmo em não se reconhecendo, consoante o entendimento majoritário entre os constitucionalistas brasileiros, hierarquia normativa entre os dispositivos do Texto Maior, seguramente ostenta a dignidade humana, fundamento da República, superioridade axiológica frente a outros interesses reconhecidos pelo Constituinte como merecedores de tutela. É a dignidade humana, e não a vida, a diretriz suprema da legalidade constitucional. Cumpre, assim, reconhecer que toda pessoa humana tem não apenas um direito à vida, mas um direito à vida digna [...]" (O Extremo da Vida: Eutanásia, *accanimento terapeutico* e dignidade humana. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 10, v. 39, jul./set., 2009, p. 9).

[475] Há autores, no entanto, que entendem que o direito à vida do nascituro é absoluto. Nesse sentido, se posiciona Silma Mendes Berti: "A vida de todo ser humano deve ser, desde o momento da concepção, absolutamente respeitada. O nascituro tem direito à vida, resguardado pelo art. 5º, *caput*, da Constituição da República. Relevante observar que tal dispositivo constitucional garante a inviolabilidade do direito à vida, isto é, prevê a

assegurada uma vida digna no futuro, do mesmo modo em que cederia em confronto com uma ofensa à dignidade da mulher grávida. Nessas situações, há de ser preservada, como valor constitucional supremo, a dignidade humana da gestante e do ser humano ainda por nascer.

A partir do momento em que se considera como não absoluto o direito à vida do nascituro, sustenta-se que a ponderação dos interesses é o método interpretativo hábil a solucionar os eventuais casos de colisão entre os direitos extrapatrimoniais do nascituro e o direito à autonomia corporal da gestante. Embora, como já afirmado anteriormente, o tema do aborto não seja objeto de análise do presente trabalho, não se pode furtar da afirmação que a existência do direito à vida do nascituro não obsta ou impede os debates acerca da legalização do aborto, mesmo porque ao passo em que se sustenta que o legislador optou por antecipar, no que for compatível com a peculiar e transitória condição do nascituro, a tutela extrapatrimonial, com base na dignidade humana, é igualmente sabido que a autonomia corporal e integridade psicofísica da gestante são direitos igualmente albergados na Constituição de 1988, e que encontram fundamento também no princípio da dignidade da pessoa humana.

Atualmente, o debate em torno do direito à vida do nascituro não se reduz à problemática a respeito da legalização da prática do aborto. As intervenções médico-cirúrgicas, para fins de diagnóstico ou terapia, no ser em formação no útero feminino aumentaram sensivelmente com o desenvolvimento da medicina pré-natal.[476] De fato, da concepção no útero até o nascimento pode haver uma miríade de intervenções pré-natais que sequer eram cogitadas há alguns anos. Com isso, o Direito depara-se com situações inusitadas como o debate acerca da existência do direito à indenização pela violação do direito de não nascer nos casos em que houve o diagnóstico de doença congênita ou má-formação fetal. E, mesmo assim, nos países onde o aborto é permitido, a gestante decidiu levar a cabo a gestação ou, ainda, na hipótese de culpa do médico que não diagnosticou a tempo a doença e impossibilitou a gestante de interromper a gravidez. A indagação parece ficcional, no entanto,

---

preservação do direito à vida sem qualquer restrição da fase da vida humana de que se trata. *A preocupação com a preservação do direito à vida do nascituro deve, em muitos casos, ser até mesmo superior à que diz respeito aos demais seres humanos, pois, além de o nascituro se encontrar em situação de extrema vulnerabilidade, em total dependência de pelo menos uma outra pessoa para viver, e de estar seu desenvolvimento pouco exposto aos olhos da sociedade, somente se garantida sua vida é que chegará a nascer. Sem garantia da vida do nascituro, não haverá recém-nascido, nem criança, nem adulto, nem idoso*" (Direito à Saúde do Nascituro. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 99, jul./dez., 2009, p. 196) (grifos nosso).

[476] MELO, Helena Pereira. *O diagnóstico pré-natal e o eugenismo*. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coords.). *Bioética e direitos da pessoa humana*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 149-195.

a Corte de Cassação francesa já teve que enfrentar um caso de difícil solução como o que ficou mundialmente conhecido como *Affaire Perruche.*[477]

Em 1982, Josette Perruche, então grávida, procurou assistência médica sob a suspeita de ter contraído rubéola, tendo declarado sua intenção de interromper a gravidez[478] caso o diagnóstico se confirmasse e o feto fosse vítima da síndrome de Gregg.[479] Após exame médico e laboratorial, Josette foi informada de que não se tratava de rubéola e que, portanto, o nascituro não corria nenhum risco. Em 14 de janeiro de 1983, Nicolas Perruche nasceu com problemas neurológicos e cardíacos graves, surdez bilateral, olho direito cego e esquerdo com glaucoma, sendo constatado que o recém-nascido era portador da síndrome de Gregg. Em julho de 1989, seis anos após o nascimento de Nicolas, seus pais, representando o filho, ingressaram com demanda indenizatória em face do médico e do laboratório. A Corte de Cassação francesa confirmou o direito de Nicolas Perruche de pleitear indenização, tendo em vista que em razão da negligência do médico e do laboratório Josette ficou impedida de exercer seu direito de exercer a interrupção da gravidez a fim de evitar o nascimento de uma criança debilitada.[480] Conforme esclarecem Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder, "apesar de parecer estar em causa o direito de aborto de Josette Perruche, o que está em causa é justamente sua contrapartida, o direito subjetivo de Nicolas de não nascer".[481]

Após a decisão do *Affaire Perruche*, a sociedade civil organizada se manifestou contrária, eis que o nascimento de uma criança não poderia ser considerado um dano, além de organizações de defesa dos deficientes sustentarem que o direito de não nascer ensejaria num ato de discriminação da vida do portador de deficiência. Diante das manifestações

---

[477] Sobre o caso recomenda-se na literatura jurídica nacional: GODOY, Gabriel Gualano de. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2007; Sobre as repercussões da decisão favorável ao reconhecimento do direito de não nascer na França sugere-se a leitura: CHANTEUR, Janine. *Condamnés à mort ou condamnés à vivre?* Autour de l'arrêt Perruche. Paris: Editions Factuel, 2002; e, CAYLA, Olivier; THOMAS, Yan. *Du droit de ne pas naître* – A propos de l'Affaire Perruche. Paris: Gallimard, Le Débat, 2002.

[478] O aborto é permitido na França no início da gravidez e, posteriormente, nas hipóteses em que a gestação submeta a mulher a perigo ou tenha o feto contraído doença séria incurável. V. BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 177-178.

[479] "Trata-se de síndrome que aflige crianças que contraíram rubéola durante o processo embrionário. Seus traços – surdez, cegueira, problemas cardíacos e mentais – se manifestam, em maior ou menor grau, inexoravelmente tendo havido o contágio. A mãe contaminada com a doença antes da 11ª semana e gravidez tem imensa chance de transmiti-la ao embrião." BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Op.cit. p. 177-178.

[480] O caso é minuciosamente relatado em Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson de Paula Konder. *Dilemas de direito civil-constitucional*, p. 177-186, com a transcrição do ácordão n. 457, de 17 nov. 2000, da Lei n. 2002-303, de 4 mar. 2002, que ficou conhecida como Lei "Anti-Perruche" e com a sugestão de bibliografia sobre o tema.

[481] BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. Op.cit., p. 178-179.

desfavoráveis, foi promulgada em março de 2002 a chamada Lei "Anti-Perruche",[482] na qual ficou estabelecido que não há dano injusto pelo nascimento de uma vida.

Em situação oposta, ocorreu no sul da Alemanha o caso *Marion Ploch*,[483] no qual uma gestante com treze semanas de gestação sofreu acidente de carro. Os médicos informaram à família que não havia chances de sobrevivência da gestante, no entanto se dividiram em relação à sobrevivência do nascituro. Mesmo depois de confirmada a morte cerebral de *Marion Ploch*, a equipe médica, com a autorização de seus pais, conseguiu mantê-la viva com a ajuda de aparelhos na esperança que o concebido viesse a nascer. Mesmo diante dos esforços médicos, um aborto espontâneo pôs fim à trágica história. Enquanto que no caso anterior invocava-se o direito a não nascer, neste se perscrutam os limites do direito à vida, se é que há, do nascituro e seus efeitos sobre os direitos da gestante.

Diante das considerações anteriores, é possível concluir que o ordenamento civil-constitucional brasileiro assegura a proteção à vida intrauterina, embora não com a mesma intensidade conferida à tutela da vida das pessoas humanas, visto que o direito à vida do nascituro poder ceder, por meio de criterioso recurso à ponderação, diante dos direitos fundamentais da gestante. Mesmo se afirmando que a tutela da vida do nascituro como bem juridicamente relevante seja, em alguns casos, mais débil, não se pode desconsiderar que tal centro de interesse é protegido pelo ordenamento e que somente pode deixar de prevalecer em face de direito fundamental da gestante, como o direito a vida, integridade psicofísica e saúde.

O direito à vida do nascituro pode se desdobrar no chamado direito de nascer com vida ou no direito de não nascer, embora este último seja restrito no direito brasileiro devido à política legislativa sobre o aborto vigente no país. Por força da dignidade da pessoa humana – igualmente assegurada ao nascituro, mesmo com intensidade menor –, deve-se assegurar o direito a uma vida digna no futuro, não merecendo tutela do ordenamento intervenções médicas-cirúrgicas durante a gestação que não objetivem preservação da integridade física e da saúde do feto.

3.3.2 O direito à integridade física e a tutela da saúde do nascituro

A tutela da integridade física e da saúde do nascituro encontra previsão na legislação infraconstitucional, além de ser contemplada na Constituição de 1988. A integridade

[482] Lei 2002-303, de 4 mar. 2002. É possível encontrar a lei na íntegra em BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. *Dilemas de direito civil-constitucional*, p. 184-185.
[483] O caso é narrado por Joaquim CLOTET em *Bioética*: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 40.

psicofísica, diz Maria Celina Bodin de Moraes, "é um dos mais tradicionalmente aspectos da dignidade humana".[484] Na Lei Maior, é possível rastrear a proteção do corpo humano tanto a partir da perspectiva penal (por exemplo, a vedação à tortura e ao tratamento desumano ou degradante[485] e respeito à integridade física do preso)[486] quanto no campo da Previdência Social, quando o constituinte permite a adoção de critérios diferenciados de concessão de aposentaria para os trabalhadores submetidos a atividades que afetem a saúde e atividade física tanto para os servidores públicos[487] como para os contemplados pelo regime de previdência geral.[488]

Embora a Constituição brasileira de 1988 tutele o direito à integridade psicofísica em uma série de dispositivos, o mesmo já se encontra abrangido pela cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana, eis que um dos mais importantes atributos da personalidade e corolário da dignidade humana. Em sede infraconstitucional, o legislador ordinário se restringiu a tratar do direito à integridade psicofísica sob a perspectiva dos atos de disposição do corpo humano. Segundo Anderson Schreiber, "a codificação veio cuidar tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade de seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa 'dispor', no todo ou em parte, do seu próprio corpo".[489]

Mesmo tendo se limitado aos atos de disposição do próprio corpo em vida – nos arts. 13[490] e 15[491], ou após a morte, nos termos do art. 14[492], todos do Código Civil –, esses dispositivos não passam imunes às severas críticas por parte da doutrina, que tem observado e ressaltado a insuficiência dos critérios apontados[493] e a necessidade de se afirmar a autonomia

[484] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade, p. 129.
[485] "Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante."
[486] "Art. 5º, XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral."
[487] "Art. 40. [...] § 4º, III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005)"
[488] "Art. 201, § 1º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvados os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e quando se tratar de segurados portadores de deficiência, nos termos definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 47, de 2005)"
[489] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 33.
[490] "Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes."
[491] "Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica."
[492] "Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo."
[493] Ver, por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade, p. 129-135; e, SCHREIBER, Anderson. Op.cit., p. 31-67.

no que tange à disposição do próprio corpo,[494] desde que tal ato importe em determinada finalidade que obtenha o merecimento de tutela na legalidade constitucional.

A restrição do Código Civil ao tutelar a integridade física somente no que tange aos atos de disposição do próprio corpo demonstra que tais enunciados normativos não contemplaram a integridade psicofísica da mulher durante o estado gravídico nem a do próprio nascituro.[495] Como se pode mais uma vez comprovar, apesar de o legislador ter se preocupado em assegurar direitos ao nascituro desde a concepção, na forma do art. 2º do Código Civil, por outro lado, não os regrou de maneira específica quanto aos direitos de natureza extrapatrimonial. Não obstante considerável doutrina venha apregoando a extensão dos direitos da personalidade ao nascituro, percebe-se que tais dispositivos foram elaborados para a pessoa humana – ou seja, o ser humano já nascido –, o que dificulta a aplicação aos concebidos no útero.

Parte da doutrina considera, no entanto, que o direito à integridade física do nascituro decorre da tutela do direito à vida intrauterina. Segundo Silma Mendes Berti, a integridade física do nascituro se encontra contemplada na proteção à vida, visto que "dada a sua condição fática de extrema vulnerabilidade, qualquer ofensa séria à sua integridade física pode, em tese, conduzir à sua morte".[496]

Contudo, observam-se nas últimas décadas algumas leis infraconstitucionais que reforçaram a proteção do nascituro no que diz respeito à sua integridade física, ainda que tal tutela sempre se encontre atrelada à da gestante. Afinal, ainda que não mais se considere o nascituro como as vísceras da mãe, como no direito romano, é certo que não se pode desconsiderar a relação simbiótica e de dependência do feto em relação à gestante, uma vez que aquele se desenvolve no interior do útero da mulher. Assim, há inevitavelmente uma relação de interdependência no que toca à tutela da integridade física da gestante e do nascituro. Embora algumas normas se destinem a proteger, em primeiro plano, a integridade psicofísica e a saúde da mulher grávida, é de se reconhecer que também se está a tutelar o

---

[494] Sobre o assunto, remete-se a TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Saúde, corpo e autonomia privada*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, *passim*; DALSENTER, Thamis. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Departamento de Direito. *Corpo e autonomia:* a interpretação do art. 13 do Código Civil Brasileiro. 2009. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

[495] Em sentido contrário, defende Silma Berti Mendes que "aplica-se ao nascituro a previsão do art. 13 do Código Civil, segundo o qual é proibido o ato de disposição do corpo humano, quando importar diminuição permanente da integridade física, a menos que decorra de exigência médica, a fim de preservar o nascituro e sua vida" (Direito à Saúde do Nascituro, p. 197-198).

[496] Ainda, de acordo com a autor, "ao prever, no art. 5º, III, que ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante, a Constituição não exclui da proteção qualquer ser humano, de modo que também o nascituro merece tal resguardo". BERTI, Silma Mendes. Direito à Saúde do Nascituro, p. 197.

próprio nascituro. Isso se dá porque a atenção especial voltada à saúde da mulher grávida se justifica exatamente em razão de seu estado gravídico, sendo também destinado a proteger a formação e o desenvolvimento sadio do feto *in utero*.

A Constituição da República de 1988 garante a proteção da gestação em uma série de dispositivos. De forma expressa, a "proteção à maternidade, especialmente à gestante" é um dos princípios que a previdência social deve atender, nos moldes do art. 201, inciso II.[497] Além disso, garante como direito da trabalhadora urbana ou rural a licença maternidade, sem prejuízo do salário e do emprego, pelo prazo de 120 dias, conforme estabelecido no art. 7º, inciso XVIII.[498] A proteção constitucional da gestante ainda se encontra no direito ao planejamento familiar (art. 226, § 7º), uma vez que esse contempla não só a assistência a concepção e contracepção à mulher, ao homem ou ao casal, mas também alberga o atendimento pré-natal, além da assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato. A própria Lei n. 9.263/1996, que regulamenta o dispositivo constitucional, expressamente prevê em seu art. 3º:

> Art. 3º O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde.
> Parágrafo único – As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no *caput*, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras:
> I – a assistência à concepção e contracepção;
> II – o atendimento pré-natal;
> III – a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato;
> [...]

O direito à assistência pré-natal[499] às gestantes foi igualmente determinado pela Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) consoante art. 8º.[500] Pode-se dizer que o

---

[497] "Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: (Redação dada pela Emenda Constitucional n 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional n. 20, de 1998) [...] II - *proteção à maternidade, especialmente à gestante*; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 20, de 1998)" (grifo nosso).

[498] "Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...] XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias."

[499] Ressalta Tânia da Silva Pereira que "as medidas preventivas devem ser aplicadas no período pré-concepcional (antes da gravidez), pré-natal (durante a gestação), perinatal (no momento do parto) e pós-natal (após o nascimento)" (*Direito da criança e do adolescente*. Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 643).

[500] "Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal."

atendimento materno-infantil[501] decorre do imperativo constitucional de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, cujo dever é imputado ao Estado, conforme art. 227, § 1º, inciso I.[502] O próprio ECA estabelece que incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar[503] e assistência psicológica[504] à gestante. Assim, observa-se o robusto arcabouço protetivo da gestante no que tange à assistência integral durante a fase gestacional, sendo que tais medidas igualmente visam tutelar a integridade física e o próprio direito do nascituro a nascer com saúde.[505]

O art. 7º do ECA, que trata do direito à vida e à saúde de crianças e adolescentes, antecipa a proteção à vida e à saúde do nascituro, na medida em que impõe "a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência".[506] O exame de tal dispositivo permite a conclusão de que o ordenamento protege o direito do nascituro à saúde, seja diretamente através do art. 7º do ECA, seja indiretamente por meio das normas que asseguram a proteção da gestante.

O direito à saúde do nascituro implica a obrigação do poder público na prestação positiva de assistência médica, tratamentos, cirurgias e fornecimento de medicamentos necessários à preservação da vida e da saúde do nascituro, de modo a evitar qualquer prejuízo do desenvolvimento no útero e permitir o nascimento em condições dignas de existência. O direito à vida e à saúde do nascituro oponível ao Estado já foi reconhecido no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1045750/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, o

---

[501] De acordo com o § 1º do art. 8º da Lei n. 8.069: "A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos princípios de regionalização e hierarquização do Sistema."

[502] "Art. 227: [...] § 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional n. 65, de 2010) I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil."

[503] "Art. 8º. [...] § 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem."

[504] "Art. 8º. [...] § 4º Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal. (Incluído pela Lei n. 12.010, de 2009)"

[505] Defende Silma Mendes Berti que "em decorrência da proteção do direito à vida e do direito à integridade física do nascituro, impõe-se o reconhecimento da titularidade do direito à saúde, que deve ser preservado pelo Estado e por toda a sociedade. Aplica-se ao nascituro a previsão contida no art. 196 da Constituição [...]" (Direito à Saúde do Nascituro, Op.cit., p. 201).

[506] "Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência."

qual se tratava de internação hospitalar de gestante hipossuficiente em estado crítico de saúde.[507]

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro igualmente reconheceu a proteção da vida e da saúde do nascituro ao impor ao Município de Teresópolis a obrigação de transferir a gestante para um hospital com unidade de tratamento intensivo neonatal em virtude de gravidez de alto risco.[508]

---

[507] "PROCESSUAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL. 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, *repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro* e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. 2. 'Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis' (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07). 3. Agravo regimental não provido" (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no REsp. n. 1045750/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, julg. 23 jun. 2009, publ. 4 ago. 2009).

[508] "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. GRÁVIDA COM CERCA DE 07 (SETE) MESES DE GESTAÇÃO, QUE SUPORTA CÓLICAS E PERDA DE LÍQUIDO. GRAVIDEZ DE ALTO RISCO. NECESSIDADE DE TRANSFERÊNCIA DA PACIENTE PARA MATERNIDADE COM SUPORTE DE UTI NEONATAL. AGRAVADA QUE NÃO DETÉM CONDIÇÕES FINANCEIRAS DE CUSTEAR A INTERNAÇÃO. DECISÃO QUE DEFERE A TUTELA ANTECIPADA E DETERMINA A TRANSFERÊNCIA DA GESTANTE PARA NOSOCÔMIO QUE GARANTA O ATENDIMENTO DE SUAS NECESSIDADES E AS DO NASCITURO, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. A SAÚDE É DIREITO DE TODOS E DEVER DO ESTADO, INDEPENDENTEMENTE DA ESFERA ADMINISTRATIVA. *PRESERVAÇÃO DA SAÚDE E DA VIDA DA GESTANTE E DO NASCITURO.* APLICAÇÃO DO VERBETE Nº 59, DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO, NA FORMA DO ART. 557, CAPUT, DO CPC" (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*. Agravo de Instrumento n. 0055348 18.2011.8.19.0000, 13ª. C.C., Rel. Des. Gilda Carrapatoso, julg. 27 out. 2011). No mesmo sentido: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. INTERNAÇÃO DE GESTANTE E NASCITURO EM UTI NEONATAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CHAMAMENTO AO PROCESSO. DENUNCIAÇÃO À LIDE. I PRELIMINARES. – A responsabilidade pelas ações e serviços públicos de saúde é solidária entre União, Estados e Municípios. – A responsabilidade solidária da União, Estados e Municípios pelas ações e serviços públicos de saúde não impõe o deferimento do pedido de chamamento ao processo da União e do Município nem a denunciação à lide do Município. *Tratando-se de demanda que exige rápida solução, pois em discussão direito à vida e à saúde de gestante e de nascituro*, pode o juiz indeferir o alargamento do pólo passivo com fulcro na regra constante do parágrafo único do art. 46 do CPC, que se apresenta como verdadeiro complemento do disposto no inciso II do art. 125, também do CPC. Precedentes da Corte. II MÉRITO. – Aos entes da federação cabe o dever de fornecer gratuitamente tratamento médico a pacientes necessitados, inteligência dos arts. 6º e 196 da Constituição Federal. – A observância das normas constitucionais garantidoras do direito fundamental à saúde corresponde ao verdadeiro alcance do conteúdo político das disposições constitucionais, bem como à efetivação do Estado Democrático de Direito, descabendo considerá-las a título de meros programas de atuação. – O direito à saúde é assegurado com prioridade absoluta em favor das crianças e adolescentes, nos termos do art. 227 da Constituição Federal, bem como arts. 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente. – A própria Carta Constitucional impõe ao Estado o dever de proceder à reserva de verbas públicas para atendimento à demanda referente à saúde da população, havendo, portanto, previsão orçamentária. – Não infringência ao princípio da independência entre os Poderes, posto que a autoridade judiciária tem o poder-dever de reparar uma lesão a direito art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. – A Lei n. 8.666/93 autoriza a dispensa da licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares... (art. 24, inc. IV). REJEITARAM AS PRELIMINARES DO AGRAVO RETIDO, DESPROVENDO-O,

Percebe-se, assim, que o ordenamento assegura o direito à vida e à saúde do nascituro, de modo vinculado ou não à proteção da gestante, oponível ao Estado. No entanto, a tutela desse centro de interesse merece cautela quando contraposto ao direito à vida e à integridade psicofísica da gestante. Em alguns casos a própria legislação já realizou previamente essa ponderação. Conforme já visto, a Lei n. 9.434/1997[509] resguarda o direito à saúde e à integridade física do nascituro ao proibir a gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes do corpo, salvo se for doação de tecido para fins de transplante de medula óssea e o ato não importar em risco à saúde da grávida e do nascituro, segundo disposto no art. 9º, § 7º.[510]

Esse dispositivo permite visualizar de forma mais clara que sempre que o ordenamento protege a integridade física da gestante trata-se de uma tutela com escopo duplo, uma vez que igualmente se destina a tutelar a integridade física e a vida do nascituro. Diante da umbilical ligação entre gestante e nascituro não parece razoável entender-se em contrário, pois seria um retrocesso conceber uma tutela da mulher grávida – ou seja, fundada em seu estado gestacional – desvinculada da própria defesa do nascituro. Isso, contudo, não significa subjugar os interesses da gestante ao do nascituro, visto que a proteção da integridade física do nascituro igualmente goza de uma tutela cuja intensidade é inferior à da pessoa já nascida. A lógica aqui empregada deve ser a mesma já utilizada no tratamento do direito à vida. À medida que o nascituro se desenvolve, igualmente progride a sua proteção da integridade física, mormente se já verificada sua viabilidade extrauterina.

A restrição aos atos de autonomia sobre o próprio corpo da gestante também é vista nos casos de pesquisa com seres humanos. A Resolução n. 466,[511] de 12 de dezembro de 2012, do Conselho Nacional de Saúde, que trata de pesquisas científicas envolvendo seres humanos, estabelece que tais pesquisas devem atender aos fundamentos éticos e científicos pertinentes, sendo que a eticidade, nos casos de pesquisa que envolvem grávidas, conforme item III, letras *r* e *s*, implica:

> r) levar em conta, nas pesquisas realizadas em mulheres em idade fértil ou em mulheres grávidas, a avaliação de riscos e benefícios e as eventuais interferências sobre a fertilidade, a gravidez, o embrião ou o feto, o trabalho de parto, o puerpério, a lactação e o recém-nascido;

NEGARAM PROVIMENTO AO APELO, E CONFIRMARAM A SENTENÇA EM REEXAME NECESSÁRIO (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Apelação e Reexame Necessário N. 70009461807, Terceira Câmara Cível, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 18 nov. 2004).

[509] A Lei n. 9.434/1997 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.

[510] "É vedado à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo, exceto quando se tratar de doação de tecido para ser utilizado em transplante de medula óssea e o ato não oferecer risco à sua saúde ou ao feto."

[511] A Resolução n. 466/2012, do Conselho Nacional de Saúde (CNS) revogou as resoluções n. 196 , 303 e 404 da Comissão Nacional de Ética em Pesquisa.

> s) considerar que as pesquisas em mulheres grávidas devem ser precedidas de pesquisas em mulheres fora do período gestacional, exceto quando a gravidez for o objeto fundamental da pesquisa;

Diante dos dispositivos mencionados, vê-se que em razão do núcleo de interesses referentes à garantia da integridade física do nascituro, o ordenamento impõe algumas limitações à disposição do corpo da gestante, além daquelas já previstas nos arts. 13 e 15 do Código Civil. Isso demonstra que a tutela da integridade física do nascituro encontra respaldo no direito brasileiro, mas que tal proteção se vincula a da gestante. Essa vinculação pode ensejar, em algumas hipóteses, conflitos entre a proteção da saúde e integridade física da gestante em face da tutela garantida ao nascituro. Nesses casos, deve-se recorrer ao método da ponderação para equacionar tais conflitos, sendo que, em regra, prepondera a autonomia corporal da mulher grávida, uma vez que seus direitos existenciais – e, entre eles, o direito à integridade psicofísica – possuem uma intensidade mais forte em relação àqueles assegurados ao nascituro.

As situações decorrentes de eventual "conflito materno-fetal"[512] não são de simples resolução. Casos de intervenção cirúrgica fetal, sem consentimento da gestante e exclusivamente em benefício do nascituro,[513] submissão coercitiva da mulher grávida à cirurgia cesárea, quando julgado pela equipe médica como melhor alternativa à saúde do nascituro,[514] ou mesmo, internação compulsória em casos de consumo de substância que afetem o desenvolvimento do nascituro,[515] parecem descortinar situações-limite, uma vez que

[512] Segundo Sérgio Costa e Debora Diniz, "a própria existência do termo 'conflito materno-fetal' é factualmente incorreta. O termo 'materno' sugere a existência de obrigação parental, quando, de fato, a mulher somente se tornará mãe quando do nascimento do feto que carrega consigo durante o período da gestação. Apesar de o termo 'conflito' ter se popularizado na literatura bioética, algumas críticas mais recentes sugerem a substituição pela expressão 'dilemas éticos que surgem no cuidado da mulher grávida'" (Existe conflito materno-fetal? In: DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. *Ensaios*: Bioética. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006, p. 56).

[513] Silma Berti Mendes descreve o seguinte caso: "Há determinadas situações, na prática médica, em que uma intervenção cirúrgica fetal é necessária, pois o risco de morrer é bem maior que o de uma intervenção *in útero*. Por exemplo, em um feto portador de hérnia diafragmática pulmonar, que pode causar um hipodesenvolvimento pulmonar, possibilitando o nascimento de uma criança portadora de um quadro de insuficiência respiratória grave, com consequente óbito. A realização da cirurgia, em tempo certo, ou seja, antes do nascimento, possibilita a necessária cura, de modo que o pulmão volte a se desenvolver, salvando a vida da criança" (Direito à Saúde do Nascituro, p. 202).

[514] Relatam Sérgio Costa e Debora Diniz: "A propósito, esta questão foi enfocada em uma série de casos em que as mulheres foram obrigadas a submeter-se a operações cesarianas sob o argumento de preservar a vida ou a saúde do feto. Um desses casos, Jessie Mae Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority, foi decidido pela Corte Suprema do Estado da Georgia, nos Estados Unidos, que ordenou a realização de uma operação cesárea" (Existe conflito materno-fetal?, p. 54).

[515] De acordo com o entendimento de Silma Berti Mendes: "O nascituro tem direito a que as demais pessoas, particularmente sua mãe, abstenham-se de praticar qualquer ato danoso à sua saúde ou adotem qualquer conduta que possa prejudicar-lhe o desenvolvimento. Tem direito, até mesmo, a que sua mãe seja impedida de consumir substâncias que possam afetar-lhe negativamente a saúde, podendo ser pleiteadas judicialmente medidas nesse sentido, ainda que envolvam internação compulsória" (Direito à Saúde do Nascituro, p. 202-203).

entram em rota de colisão centros de interesse albergados pelo ordenamento. Sobre a questão, a partir da perspectiva bioética, já se observou:

> Levando-se em conta o princípio da autonomia reprodutiva das mulheres, compete à mulher fazer a escolha que julga ser melhor para si e para o feto. O ponto de partida deve ser a constatação de que as mulheres desejam o melhor para seus futuros filhos e filhas. Por isso, quando se fala em autonomia reprodutiva, é preciso oferecer à mulher o direito de interromper ou continuar a gestação mediante condições dignas, isto é, amparada pelo Estado. Por outro lado, uma mulher que resolve levar a gestação a termo tem uma responsabilidade moral de esforçar-se por preservar a saúde fetal. Todavia, essa responsabilidade moral não implica necessariamente em um dever de aceitar procedimentos ou tratamentos com a finalidade de beneficiar exclusivamente o feto.[516]

De fato, a situação é delicada, uma vez que se contrapõem interesses da gestante e do nascituro, ambos resguardados pelo ordenamento. No entanto, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, sabe-se que os direitos fundamentais reconhecidos à mulher grávida, notadamente o direito à vida e à integridade psicofísica, são prevalentes em caso de conflito com os diretos do nascituro, eis que gozam de uma intensidade menor, embora haja um aumento da proteção na medida em que se desenvolve a gestação.

Observa-se que o ordenamento jurídico assegura a vida e a integridade física do nascituro como interesses merecedores de tutela, tendo em vista que são direitos compatíveis com a condição peculiar de ente concebido no útero.

Em decorrência de tais centros de interesse se reforça que a tutela da saúde também alcança a esfera extrapatrimonial do nascituro no direito brasileiro, garantindo uma vida digna no futuro. A proteção da saúde do nascituro se encontra intimamente vinculada à tutela de sua integridade física. Nos termos do art. 196 da Constituição, a saúde é um direito de todos, inclusive do nascituro, e um dever do Estado. Hodiernamente, o conceito de saúde[517] é amplo e não se restringe à assistência médica. O concebido no útero também é titular do direito à saúde, reclamando atenção integral à sua saúde e à da gestante, tendo em vista a simbiose e a dependência orgânico-funcional daquele a esta.

Nos casos de colisão entre a preservação da saúde do nascituro e da gestante, deve-se vedar qualquer medida que ofenda a sua dignidade da mulher, como internação compulsória ou submissão a qualquer outro ato médico, sob pena de se desconsiderar o princípio do consentimento informado. Assim, por mais que a grávida se abstenha ou recuse em aderir a determinado tratamento ou a se submeter a alguma intervenção em prol da saúde do nascituro

---

[516] DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. Existe conflito materno-fetal?, p. 56.
[517] Ver SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. In *Physys*: Revista de Saúde Coletiva, v. 17, n. 1, Rio de Janeiro, abr. 2007.

não se pode impor nenhuma medida de caráter coercitivo, salvo o encaminhamento à assistência psicológica,[518] de modo que o aconselhamento e a informação possam persuadi-la.

3.3.3 O direito à imagem e à identidade pessoal

A imagem da pessoa humana recebeu proteção constitucional no art. 5°, inciso X, ao lado da intimidade, da vida privada e da honra. O próprio comando da Constituição da República de 1988 concedeu autonomia àquele direito, determinando sua inviolabilidade e assegurando sua reparação em sede material e moral nas hipóteses de violação. É certo que essa inviolabilidade não é absoluta, quer em virtude do confronto com a liberdade de expressão[519] quer em oposição ao direito à informação,[520] situações nas quais se impõe a necessária ponderação, com o fito de que se determine qual direito deve preponderar.

Em sede infraconstitucional, o Código Civil de 2002 não parece ter sido feliz ao disciplinar o direito à imagem[521] em seu art. 20, através de um enunciado rígido, fechado e demasiadamente restritivo, que não soluciona os conflitos entre o direito à imagem e a liberdade de expressão e de informação.

Não é em vão que alguns autores já se inclinaram pela inconstitucionalidade do citado art. 20 do Código Civil, em virtude de sua incompatibilidade com os princípios constitucionais.[522] Melhor solução é relê-lo à luz da centralidade e da supremacia da

---

[518] Tal medida, inclusive, encontraria amparo no art. 8º, § 4º do ECA.

[519] "Art. 5°. [...] IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;"

[520] "Art. 5°. [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;"

[521] Cf. por todos, SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do direito à imagem. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 13, jan./mar., 2003. Sobre as implicações do uso de imagens de arquivo e fora de contexto, seja consentido remeter à Vitor de Azevedo ALMEIDA JUNIOR. A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson (Org.). *Direito e Mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 158-183.

[522] Nesse sentido, afirma Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: "O art. 20 do novo Código Civil, que representa uma ponderação de interesses por parte do legislador, é desarrazoado, porque valora bens constitucionais de modo contrário aos valores subjacentes à Constituição. A opção do legislador, tomada de modo apriorístico e desconsiderando o bem constitucional da liberdade de informação, pode e deve ser afastada pela interpretação constitucional." (Direito à Informação x Direito à Privacidade. O Conflito de Direitos Fundamentais. In: Fórum: Debates sobre Justiça e Cidadania, *Revista da AMAERJ*, n. 5, 2002, p. 15). Em artigo publicado no jornal *O Globo*, em 26 de fevereiro de 2011, Daniel Sarmento, ao tratar sobre as decisões dos tribunais brasileiros proibindo a publicação de obras biográficas a respeito de pessoas públicas sem autorização, defendeu que: "já é juridicamente inaceitável condicionar a publicação de obras biográficas a qualquer tipo de autorização. Esta exigência não é compatível com a Constituição Federal, que protegeu energicamente as liberdades de expressão e de imprensa, bem como o direito à informação, banindo qualquer forma de censura. O Código Civil é norma inferior à Constituição e não pode ser interpretado e aplicado de forma que contrarie os princípios e valores democráticos da nossa Lei Maior". E conclui que: "[...] basta interpretar corretamente a nossa Constituição cidadã para reconhecer a impossibilidade jurídica de se condicionar a publicação de obras biográficas sobre figuras públicas à autorização do biografado ou de sua família" (O direito à informação, *O Globo*, Opinião, 26 fev. 2011).

Constituição, que contém os princípios que devem orientar a composição dos conflitos inerentes ao domínio da proteção da imagem da pessoa.

Consoante Maria Celina Bodin de Moraes, a tutela da imagem da pessoa humana comporta hoje o perfil da "imagem-retrato", que consiste no "aspecto fisionômico, a forma plástica do sujeito", e contempla a "imagem-atributo", que se traduz no "conjunto de características decorrentes do comportamento do indivíduo, de modo a compor a sua representação no meio social".[523]

A partir da atual proteção concedida à imagem, cabe examinar se tal proteção se estende ao nascituro. Ou seja, se dentre os direitos extrapatrimoniais titularizados pelo nascituro se encontra o direito à imagem. Trata-se não de mera extensão do direito à imagem, elaborado e construído para as pessoas, que hodiernamente ultrapassa o aspecto fisionômico, para abranger o conjunto de características decorrentes do comportamento, em especial as que se exteriorizam no meio social.

Parte da doutrina defende que, em razão dos requintados processos tecnológicos que possibilitaram a captura, a manipulação e a divulgação de imagens do nascituro, seria possível lhe assegurar o direito à imagem. É patente que, especialmente nas últimas décadas, "a elaboração gráfica das imagens fetais e o refinamento de sua 'precisão' cada vez maior por fim modificaram o nosso modo de pensar e de pensar sobre nós".[524] Sobre as transformações que as imagens fetais provocaram no imaginário social a respeito do período intrauterino, descreve Claudia Pancino:

> A partir do momento em que a representação gráfica demonstra uma intenção cada vez maior de verossimilhança e visibilidade do feto, a figura que emerge disso é cada vez mais contrastante com a característica de obscuridade e de ocultação que, de outra parte, acompanha existência do nascituro no ventre. Somente o parto, no estado "natural" da formação humana, sanciona a visibilidade e é o "gesto inaugural de toda a vida", já que somente depois do parto a criança é formada e não mais em formação, parida e não mais carregada. "Como revelam as expressões 'trazer ao mundo' e 'dar à luz', o bebê vem de uma outra realidade, da escuridão protetora e vital ainda a ser descoberta, de um mundo diferente, do qual o parto constitui o limiar".[525]

Com as modernas formas de captação da imagem *in utero* através, por exemplo, de ultrassonografia e radiografias, há quem sustente que o nascituro seja titular do direito à imagem. Silma Mendes Berti aduz que o "nascituro tem direito de que o aspecto exterior de

---

[523] BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Na Medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 136.
[524] PANCINO, Claudia. Como nós éramos. Nascituros e fetos na história: entre imagens e imaginário, p. 39.
[525] Id.

seu corpo não seja indevidamente captado, fotografado ou de outro modo registrado e divulgado sem autorização de seu representante legal".[526]

Silmara J. A. Chinelato e Almeida também entende que como a ultrassonografia permite a reprodução do nascituro é necessário o "consentimento do titular da imagem, por seu representante legal: o pai, ou a mãe ou o curador, conforme o caso".[527]

Com efeito, não se pode simplesmente equiparar a tutela da imagem da pessoa humana à proteção da imagem do nascituro. A primeira observação que se faz necessária é, de plano, afastar qualquer extensão da imagem-atributo em relação ao concebido em útero, uma vez que a construção da identidade externada por meio do conjunto de comportamentos humanos no meio social depende da relação intersubjetiva de modo a compor sua representação na sociedade. É verdade que a chamada imagem-atributo construída pela jurisprudência italiana em tanto se desprendeu da concepção originária da imagem como representação física da pessoa, que já se observou que aquela deu origem a um direito de personalidade autônomo,[528] que vem sendo denominado de direito à identidade pessoal.

O direito à identidade pessoal possui conteúdo e abrangência próprios, por isso mesmo diante da ausência de previsão expressa no direito brasileiro não se impede a construção de parâmetros e a definição de sua extensão por parte da doutrina, de modo a facilitar sua utilização pelos tribunais. No Brasil, somente os direitos ao nome[529] e à imagem – elementos estáveis da identidade pessoal – foram contemplados pelo Código Civil de 2002 (arts. 16 a 20). No entanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, inserto no art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988, atua como cláusula geral de proteção e promoção da pessoa humana no ordenamento jurídico nacional, razão pela qual se supera a discussão a respeito da tipicidade ou não dos direitos da personalidade. Por isso, embora não previsto expressamente, o direito à identidade pessoal encontraria respaldo suficiente para sua proteção nessa cláusula.

Segundo Raul Choeri, a identidade da pessoa humana deve ser encarada de modo amplo, em sua unidade e complexidade, a partir de duas dimensões coexistentes: uma estável e outra dinâmica. A dimensão de característica estável – e não estática, pois seus elementos

---

[526] BERTI, Silma Mendes. Direito à saúde do nascituro, p. 198.
[527] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro, p. 102.
[528] Neste sentido: REIS, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a metodologia civil-constitucional. No prelo. Texto gentilmente cedido pelo autor.
[529] Cf., por todos, BODIN DE MORAES, Maria Celina. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Manual de teoria geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. Seja consentido, ainda, remeter a ALMEIDA, Vitor. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 52, 2012, p. 203-243.

são passíveis de mudança em alguns casos e sob certas condições – compreende o "nome, todos os elementos de identificação física da pessoa – imagem, voz, impressões digitais, genoma, os gestos, sua escrita, etc. – e os elementos informativos que integram o *status* jurídico – estado civil, estado familiar e estado político".[530]

A dimensão estável, conforme Raul Choeri, compreende "os elementos que respondem pela materialidade da identidade, de visibilidade imediata e de vocação duradoura". No entanto, ressalva que "a identidade da pessoa humana não se confunde com sua identificação pessoal nem com seu *status* jurídico, pois não se restringe aos dados e elementos de mera individualização física da pessoa".[531]

A segunda dimensão, de natureza dinâmica, reúne "todos os atributos e características psicossociais, a historicidade individual, compreendida pelo perfil ideológico e pela herança cultural da pessoa, adquirida através da sua interação social", sendo constituída, portanto, pela "ideologia, espiritualidade, moralidade, forma de pensar, de julgar, de pertencer a determinado grupo social, pela historicidade de cada pessoa, que a distinguem das demais e a tornam única e irrepetível".[532]

A partir do reconhecimento da dupla dimensão – estável e dinâmica, Raul Choeri leciona que "o direito fundamental à identidade inclui o direito de toda pessoa expressar sua verdade pessoal, 'quem de fato é', em suas realidade física, moral e intelectual", impedindo, assim, que se falseie a "verdade" das pessoas.[533] Nesse ponto é que a ideia da existência de um direito fundamental à identidade[534] de natureza aberta se revela compatível com os valores constitucionais e condizente com a cláusula geral de dignidade da pessoa humana, pois, segundo Raul Choeri, "a identidade constitucional da pessoa humana é aquela a ser forjada por cada um a partir dos direitos fundamentais, consagradores da liberdade, da igualdade, da solidariedade e da pluralidade".[535]

---

[530] Raul Choeri. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*, p. 163-164.
[531] Ibid. p. 163.
[532] Ibid. p. 163-165.
[533] Ibid. p. 244.
[534] Raul Choeri entende que "o direito à identidade é um direito fundamental de quarta dimensão, fruto do pluralismo do mundo moderno. Está apoiado nos princípios da liberdade, igualdade e solidariedade (fraternidade), consagrados no texto das Constituições nacionais, ao longo do último século, como direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões, mas também se firma no princípio do pluralismo da sociedade atual, de vocação nitidamente voltada para a inclusão social, respeitando as diferenças e as identidades culturais que emergem permanentemente de seu seio" (*O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*, p. 284).
[535] Raul Choeri. Op.cit, p. 283.

Expõe Raul Choeri, irretocavelmente, que o "direito à identidade, como instrumento de inclusão social, de reconhecimento de diferenças, de fomento do pluralismo, de revelação da 'verdade pessoal', constitui a chave jurídica para a realização da dignidade humana".[536]

Por todo o exposto, é possível afirmar que tanto a tutela da imagem-atributo quanto o direito à identidade pessoal decorrem da consagração em nosso ordenamento da expressão em concreto da pessoa humana na vida em relação, sua projeção da personalidade no meio social. Visam, portanto, tutelar a construção e desenvolvimento da personalidade no ambiente das relações intersubjetivas, tornando-se incompatível com a condição peculiar do nascituro, motivo pelo qual não se entende possível estender tais direitos ao ser humano concebido *in utero*.

Convém investigar se é possível estender ao nascituro a proteção à imagem em sua vertente de imagem-retrato. A tutela da imagem da pessoa humana em sua acepção estática visa resguardar a utilização indevida e sem autorização da representação fisionômica da pessoa retratada e que a particulariza frente às demais. Contudo, a captura da imagem fetal, por si só, não identifica e nem particulariza o nascituro. Protege-se o aspecto fisionômico da pessoa humana, enquanto atributo da personalidade, em razão do reconhecimento do outro, pois a representação gráfica não merece tutela em si mesma como direito da personalidade, mas sim porque diz respeito à individualidade de alguém. E essa individualidade é construída no decorrer da vida extrauterina, a partir da dimensão de sociabilidade da vida humana.

A representação gráfica da pessoa humana encapsulada sob qualquer forma – seja uma imagem fotográfica, pintura, desenho, entre outros meios que permitam a identificar fisionomicamente o indivíduo – só é tutelada sob o manto dos direitos da personalidade na medida em que nela se encontram estampada a figura plástica da pessoa, que necessita ser, portanto, reconhecida pelo outro, uma vez que a imagem que é protegida só é reconhecida ou reconhecível num contexto relacional.

Como se sabe, não só a imagem da pessoa humana é protegida em nosso ordenamento. As obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia e as obras de desenho, pintura, gravura, escultura e litografia, mesmo que não retratem a pessoa humana, gozam de proteção para fins de direito autoral, nos termos do art. 7º, incisos VII e VIII, da Lei n. 9.610/1998. Todavia, tal proteção não se confunde com a tutela da imagem da pessoa humana que é tida como um dos mais relevantes atributos da personalidade e um direito fundamental (art. 5º, X).

---

[536] Raul Choeri. *O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional*, p. 302.

Ainda que não se estenda a proteção da imagem da pessoa humana ao nascituro, deve-se, em alguns casos, criar mecanismos que impeçam o uso indevido de imagens fetais fora da finalidade com a qual foram captadas. Assim, não seria lícito que o médico ou a clínica na qual foi realizada a ultrassonografia negociem com terceiros a venda das imagens obtidas. Não se trataria de violação do direito à imagem do nascituro em si, mas de tutela da privacidade da gestante, uma vez que a mesma autorizou a realização dos exames que permitem captar a imagem do nascituro para a finalidade médica e pessoal e não para a divulgação a terceiros. Com efeito, a autorização cabe à gestante, pois a obtenção ou captura da imagem fetal depende de seu consentimento para intervenção em seu corpo.

Desse modo, não se entende que o nascituro seja titular do direito à imagem em si, seja no que tange à vertente de imagem-retrato ou, principalmente, na de imagem-atributo. Assim, embora o nascituro seja titular de direitos extrapatrimoniais, nos últimos não se inclui o direito à imagem.

3.3.4 O direito à honra

O direito à honra mereceu assento constitucional no art. 5º, inciso X, ao lado da intimidade, da vida privada e da imagem. Em sede infraconstitucional, no entanto, o direito à honra não mereceu um tratamento sistemático. O Código Civil de 2002 não lhe dedicou um dispositivo específico, mas o mesclou indevidamente com os direitos ao nome e à imagem, nos arts. 17[537] e 20,[538] respectivamente. Como já se observou em doutrina:

> O Código Civil deveria ter separado melhor as fronteiras entre o direito à honra e outros direitos da personalidade. A confusão não se deve, contudo, a histórica da tutela da honra explica, por exemplo, a menção à honra no tratamento do direito de imagem, direito ao qual a maior parte da doutrina e da jurisprudência não reconhecia autonomia na década de 1970, época da elaboração do projeto que deu ensejo ao Código Civil. A miscelânea não advém, portanto, de uma negação do direito à honra, mas da insistência em enxergá-lo como fundamento de outros direito cuja independência só anos mais tarde viria a ser reconhecida.[539]

O conceito de honra no âmbito do direito civil brasileiro sempre sofreu grande influência da construção realizada pelo direito penal, tanto que os civilistas adotaram a

---

[537] "Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória."
[538] "Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais."
[539] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 72-73.

dicotomia da honra em seu sentido objetivo e subjetivo,[540] apesar de seu uso acrítico, sobretudo, para fins de extensão do direito à honra à pessoa jurídica, "o qual seria embasado na honra objetiva, supostamente aferível por parâmetros mais gerais".[541] Assim, enquanto a honra objetiva seria entendida como a "reputação de que goza a pessoa no meio social",[542] ou seja, o bom nome e o renome,[543] a honra subjetiva consistiria no "sentimento que a própria pessoa ostenta em relação à sua integridade moral".[544] O Superior Tribunal de Justiça já afirmou que a honra subjetiva "tem termômetro próprio inerente a cada indivíduo. É o decoro, é o sentimento de auto-estima, de avaliação própria que possuem valoração individual, não se podendo negar esta dor de acordo com sentimento alheios".[545]

Embora, a partir das definições anteriores, pareça difícil manejar o direito à honra ao nascituro, parte da doutrina entende ser possível tal extensão. Para Silmara J. A. Chinelato e Almeida o direito à honra "existe desde o momento da concepção e é violado, por exemplo, quando ao nascituro é imputada a bastardia".[546] Silma Mendes Berti, no mesmo sentido, entende que o nascituro é titular do direito à honra, tendo em vista que:

> [...] caso haja ameaça de ofensa à honra do nascituro (por exemplo, mediante publicação de informação potencialmente desonrosa sobre sua paternidade), poderá ser pleiteada judicialmente a adoção de medidas inibitórias da possível violação, em nome do nascituro, e não de sua mãe, cuja honra, inclusive, pode sequer ser atingida, a não ser de modo reflexo, pela divulgação de tal notícia.[547]

Um episódio que se tornou notório na mídia brasileira foi a suposta violação à honra da cantora Wanessa Camargo e de seu "filho", ainda em gestação, em virtude da frase proferida pelo humorista Rafael Bastos Hocsman, conhecido pela alcunha de Rafinha Bastos, no programa de televisão *Custe o que Custar* (CQC), em 19 de setembro de 2011, veiculado pela Rede Bandeirantes, cujo conteúdo era: "Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem

---

[540] Consoante Anderson Schreiber, "no âmbito infraconstitucional, é marcante a atenção que o Código Penal dispensa ao tema, regulando especificamente crimes de injúria, calúnia e difamação. A manutenção desses tipos penais na atualidade é bastante discutível. Para muitos penalistas, as violações à honra poderiam ser solucionadas exclusivamente por meio da responsabilidade civil, sem necessidade de se criminalizar essas condutas. De fato, a incorporação da matéria ao Código Penal atende a razões históricas, vinculadas ao intuito estatal de reduzir o elevado número de conflitos derivados da violação à honra até o fim do século XIX. Afrontas e desaforos desaguavam, não raro, em rixas e duelos, justificando a repressão de cunho criminal. Esse enfoque penal influenciou de modo inegável a tutela civil da honra, bem mais recente. O Código Civil de 2002, como seu antecessor, emprega, em inúmeras oportunidades, os termos *injúria*, *calúnia* e *difamação*, tomando por empréstimo as noções do direito penal" (*Direitos da personalidade*, Op.cit., p. 70) (grifos no original).
[541] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 55.
[542] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 70.
[543] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. Op.cit., p. 55.
[544] SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. Op.cit. p. 70.
[545] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp. 270.730, 3ª. T., Rel. p/ Ac. Min. Nancy Andrighi, julg. 19 dez. 2000, publ. 7 maio 2001).
[546] ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Bioética e direitos de personalidade do nascituro, p. 102.
[547] BERTI, Silma Mendes. Direito à saúde do nascituro, p. 199.

aí!" Após grande repercussão midiática, Marcus Buaiz, marido da ofendida, Wanessa Godói Camargo Buaiz e José Marcus Doutel de Camargo, este nascituro na época da ofensa, propuseram ação indenizatória por danos morais.

A sentença afirmou que o nascituro é titular do direito à honra e à imagem e que as ofensas dirigidas aos autores da demanda, na verdade, configuram "ofensa disfarçada de humor, não havendo que se falar em exercício regular de liberdade de expressão e de criação artística", condenando o réu ao pagamento de dez salários mínimos para cada autor a título de danos morais.[548]

Inconformado, o réu – Rafinha Bastos – recorreu da decisão proferida em primeira instância, insistindo na preliminar de ilegitimidade ativa de José Marcus Doutel de Camargo – nascituro na época da ofensa – e, no mérito, aduzindo que seu comentário estaria protegido pelo direito à liberdade de expressão e exercício profissional, ambos garantido pela Constituição, levando-se em conta que tal frase foi dita em um programa que "é conhecido por tratar fatos políticos, artísticos e esportivos da semana de maneira satírica e humorística".[549-550]

Em relação à preliminar de ilegitimidade ativa do nascituro para reclamar o ressarcimento por danos de natureza moral, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim decidiu:

> [...] o antes referido nascituro tem capacidade ativa a ele garantida pelo fato de ter a lei posto a salvo seus direitos desde a concepção, na forma do art. 2o, do Código Civil.
> Esta condição legal confere ao nascituro legitimidade ativa, capacidade de estar em juízo, na defesa de tais direitos, ainda que, a princípio, o faça por intermédio de seus representantes legais, o quanto ocorreu nestes autos.
> O nascimento com vida aparece como pressuposto não para obtenção de comentados direitos, porém, para o seu exercício, sendo certo que, como se deu no caso em tela, ocorrido o nascimento de José Marcus, este passou a titularizar os direitos a ele resguardados, ficando investido na titularidade da pretensão de direito material

[548] BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação n. 0201838-05.2011.8.26.0100. Relator Des. João Batista Vilhena. Julg. em 6 nov. 2012. Consta na fundamentação do referido acórdão o seguinte: Sobreveio sentença de procedência (fls. 135/144), cujo relatório se adota. Na fundamentação, o MM. Juiz *a quo* consignou, em resumo, que o nascituro é titular do direito à honra e à imagem, podendo figurar no polo ativo; ter ficado configurado o insulto aos autores, ofensa disfarçada de humor, não havendo que se falar em exercício regular de liberdade de expressão e de criação artística; que a liberdade de imprensa deve ser exercida com responsabilidade, algo não verificado no caso concreto; e quero conduta do réu se torna ainda mais censurável por ter envolvido um nascituro; razões palas quais não se pode admitir esse tipo de comportamento, que desrespeita ao próximo e ao público, por não observar o mínimo de civilidade e educação. Nessa toada, o requerido foi condenado a pagar indenização de dez salários mínimos para cada um dos requerentes".
[549] BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação n. 0201838-05.2011.8.26.0100. Relator Des. João Batista Vilhena. Julg. em 6 nov. 2012.
[550] Sobre o direito de sátira, cf. COELHO, Ivana Pedreira. Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). *Direito e mídia*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97-117.

> exposta na inicial, na espécie, do direito de obter reparação moral por dano à sua personalidade provocado pelo réu.[551]

Nos termos do art. 6º, do Código de Processo Civil, e levando-se em conta a teoria da asserção, legitimidade se assenta na afirmação de ser o autor o titular do direito afirmado.[552] Desse modo, se reconheceu na decisão em comento a legitimidade *ad causam* ativa do nascituro para a defesa dos direitos contemplados na segunda parte do art. 2º do Código Civil. Todavia, embora em inúmeros casos realmente o nascituro tenha tal legitimidade, há que se fazer algumas ressalvas quanto à titularidade do direito à honra do nascituro.

Conforme visto, as noções de honra objetiva e subjetiva não comportam a extensão desse direito ao nascituro ante sua condição de ser em desenvolvimento no útero. O nascituro nem poderia gozar de uma reputação no meio social – pois nem nascido ainda é –, muito menos ter o sentimento pessoal em relação à sua autoestima e valoração individual da sua integridade moral. Poder-se-ia aventar que tal dicotomia não se aplicaria no caso do nascituro, devendo-se formular critérios mais objetivos para a defesa da suposta honra do concebido no útero.

De fato, na sociedade contemporânea não parece mais fazer sentido manter no âmbito do direito civil a distinção entre honra objetiva e subjetiva, devendo-se recorrer a parâmetros mais consistentes e objetivos, a partir da perspectiva da legalidade constitucional, razão pela qual Antônio dos Reis "propõe o abandono da vetusta dicotomia honra subjetiva/objetiva para adotar uma ideia honra normativa".[553] Segundo o autor:

> [...] sob a perspectiva civil-constitucional, considerando-se, portanto, a historicidade do instituto e do conceito, bem como reconhecendo a supremacia do valor da pessoa humana inserida pela Constituição de 1988, pela tábua de valores liderada pela dignidade da pessoa humana, o conteúdo nuclear da honra reside não na defesa da reputação, do bom nome ou da boa fama, como direito subjetivo da pessoa, mas na pretensão de respeito que é devido a toda pessoa humana enquanto tal, pelo simples fato de existir como ser racional autônomo e, destarte, detentor de dignidade, prescindindo de referência expressa à reputação, bom nome ou boa fama.[554]

É de se indagar, portanto, se a pretensão de respeito que toda pessoa humana detém enquanto tal, derivada da própria dignidade, também abraçaria a tutela do nascituro. Parece, contudo, que não seria viável essa possibilidade, eis que, independentemente da posição adotada, seja pela permanência da dicotomia da honra objetiva e subjetiva, seja pela adoção

---

[551] BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação n. 0201838-05.2011.8.26.0100. Relator Des. João Batista Vilhena. Julg. em 6 nov. 2012.
[552] "Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."
[553] REIS, Antônio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a metodologia civil-constitucional. No prelo. Texto gentilmente cedido pelo autor.
[554] Ibid.

da honra normativa, fato é que a pretensão de respeito surge das relações intersubjetivas, descabendo falar em honra do nascituro.

Não foi esse, contudo, o entendimento no litígio envolvendo a cantora Wanessa Camargo e Rafinha Bastos. Retornando ao caso, o Tribunal de Justiça de São Paulo não só reconheceu a legitimidade do então nascituro – atualmente o absolutamente incapaz José Marcus Doutel de Camargo, representado pelos seus pais –, bem como negou seguimento à apelação, provendo, contudo, o recurso adesivo interposto pelos autores para a majoração do *quantum* arbitrado à título de danos morais, fixando em cinquenta mil reais para cada um dos autores – a cantora Wanessa, seu marido e seu filho.[555] Ainda, assim, há que se repisar que o direito à honra não é um dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, eis que não é compatível com sua peculiar condição de ser em desenvolvimento no útero.

3.3.5 Os alimentos gravídicos

A doutrina[556] e a orientação jurisprudencial[557] já haviam firmado entendimento favorável ao direito do nascituro aos alimentos, sob o fundamento de que esse é imprescindível para o desenvolvimento sadio no útero. A doutrina contemporânea sustenta que o direito de exigir prestação alimentícia, que se funda na solidariedade familiar, possui

[555] O acórdão restou assim ementado: AÇÃO INDENIZATÓRIA – NASCITURO – ILEGITIMIDADE ATIVA – *Inocorrência – Inteligência do art. 2º, do CC – Capacidade ativa, de ser parte*; *estar em juízo – Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial.* DIREITO DE EXPRESSÃO – ABUSO – *Configuração – Uso deste que deve se dar com responsabilidade – Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor – Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada.* SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - *Comprometimento - Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos - Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão - Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221, inciso I, todos da CR.* DANO MORAL – *Ocorrência – Indenização – Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas consequências.* Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. Apelação n. 0201838-05.2011.8.26.0100. Relator Des. João Batista Vilhena, julg. em 6 nov. 2012).

[556] Cf., por todos, CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano. In: *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 54, São Paulo, 1991, p. 52-60; CARVALHO, Volnei de Batista. *Alimentos ao nascituro*: ensaios. Itajaí, SC: Gráfica da UNIVALI, 1994.

[557] "Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Ação cautelar de alimentos provisionais para nascituro. 1. Entendeu o Tribunal que sem a demonstração do vínculo de paternidade não poderia ser deferido o pedido contido da ação cautelar. Este fundamento restou inatacado, no especial, restando deficiente a peça recursal" (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. AgRg no Ag 256812/RJ, Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 9 dez. 1999); "AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. CABIMENTO. PRELIMINAR. A decisão que fixa os alimentos provisórios em prol do nascituro, sem por fim a demanda, desafia agravo de instrumento e não apelação. O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a representante do nascituro, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro" (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. AI 70021002514, 8ª CC, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, julg. 15 out. 2007).

caráter dúplice, tendo em vista seu fundamento ser de cunho existencial, mas o mesmo se materializar, via de regra, em prestação pecuniária.[558] Em que pese os alimentos não se constituam como exemplo de situação jurídica extrapatrimonial em sentido estrito, configurando-se como de natureza dúplice, tendo em vista que ele serve ao suprimento das necessidades vitais e de sobrevivência do alimentando, optou-se por incluí-lo dentre os demais direitos extrapatrimoniais assegurados ao nascituro, uma vez que imediatamente ligado ao próprio direito à vida e integridade física do concebido no útero.

Após a promulgação da Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplinou os alimentos gravídicos,[559] reacendeu-se o dissenso em relação ao real beneficiário da lei, se a gestante ou o nascituro, bem como outras controvérsias decorrentes da aplicação do citado diploma normativo.

Essa lei foi recebida com entusiasmo pela doutrina, que comemorava a positivação da garantia dos alimentos aos nascituros, confirmando, assim, a tendência jurisprudencial. Maria Berenice Dias entende que "a obrigação alimentar desde a concepção já estava mais do que implícita no ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos".[560]A autora chega, inclusive, a afirmar que: "Enfim está garantido o direito à vida mesmo antes do nascimento."[561]

Em que pese a comemoração, a primeira questão decorrente da edição da chamada Lei dos alimentos gravídicos se funda na controvérsia existente sobre quem, de fato, é o destinatário desses alimentos, uma vez que o legislador optou pela utilização da terminologia "mãe gestante", consoante o art. 1º.[562] A doutrina, todavia, aponta o equívoco, defendendo que o real beneficiário dos alimentos gravídicos são os nascituros. Cabe repisar que o escopo da Lei dos alimentos gravídicos visa tutelar o desenvolvimento e as necessidades do nascituro, os quais, durante a gestação, encontram-se vinculados, em alguma medida, aos

[558] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*, v. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

[559] Sobre a lei de alimentos gravídicos, recomenda-se a leitura de: PEREIRA, Tânia da Silva; Franco, Natália Soares. O cuidado e o direito aos alimentos do nascituro e da gestante: considerações sobre a lei n. 11.804-2009. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (Orgs.). *Cuidado e Vulnerabilidade*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 96-104; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO José Fernando; FUJITA, Jorge; ZUCCI, Maria Cristina (Orgs.). *Direito de Família no novo milênio*. Estudos em homenagem ao Professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 611-634; ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. In: *Revista dos Tribunais*, n. 882, abril, 2009.

[560] DIAS, Maria Berenice Dias. Alimentos gravídicos: alimentos para a vida. In: *Revista magister de direito civil e processual civil*, v. 27, Porto Alegre: Magister, 2008, nov./dez., p. 87.

[561] Ibid.

[562] "Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido."

interesses da própria gestante, o que justifica sua legitimação como representante legal para pleitear os chamados alimentos gravídicos.

Na verdade, essa lei reforça a responsabilidade parental desde a concepção, impondo o encargo ao suposto pai de modo que ele participe, conjuntamente com a gestante, das despesas ainda durante a gestação. Como sustenta Maria Berenice Dias, "a tendência sempre foi reconhecer a obrigação paterna exclusivamente depois do nascimento do filho e a partir do momento em que ele vem a juízo pleitear alimentos",[563] o que foi superado com os alimentos gravídicos, tendo em vista que se pode obrigar o suposto pai à pensão alimentícia ainda durante a fase gestacional.

Ademais, poder-se-ia concluir que a Lei também beneficia, mesmo que mediatamente, a própria gestante, pois é difícil distinguir as necessidades do nascituro e da grávida durante o curso da gestação. Tanto é que a própria lei ao enumerar as despesas da gestante no art. 2º traz exemplos que parecem se destinar primeiro à gestante, como a assistência psicológica e alimentação especial. Embora o efetivo beneficiário da lei seja o nascituro, não se pode menosprezar que o estado gravídico – e, assim, a simbiótica ligação entre feto e gestante – permite dizer que a lei, ainda que não em primeiro plano, visa atender as necessidades da mulher grávida enquanto tal, de modo que possa atender à sua finalidade precípua, que é a proteção do nascituro. O entendimento que sustenta ser exclusivamente o nascituro o destinatário do conjunto de regras presentes na lei parece coisificar a gestante aos interesses daquele, sendo que, decididamente, a proteção de um não exclui o do outro e vice-versa.

Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues defendem que o nascituro seria o destinatário dos alimentos gravídicos, visto que ele "teria provável e futuro parentesco com o pai, causa motivadora da ação de alimentos. Afinal, a mãe que não for casada ou não viver em união estável com o suposto pai não teria legitimidade que justificasse a propositura dessa modalidade de alimentos".[564]

A rigor, a própria lei se contradiz, na medida em que estabelece no parágrafo único do art. 6º que "após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão". Como

[563] DIAS, Maria Berenice Dias. Alimentos gravídicos: alimentos para a vida, p. 87.

[564] Cabe expor que as autoras fazem a seguinte ressalva: "O fato de concordamos com a possibilidade de o titular dos alimentos ser o nascituro não significa que aderimos à teoria concepcionista, mas apenas que consideramos que nessa situação jurídica concreta o nascituro se revela para a ordem jurídica como um legítimo referencial de imputação de direitos e deveres e, por isso, possui personalidade jurídica para figurar nessa relação processual e material. Esta afirmação se justifica no argumento de que, ante a realidade fática que rodeia aquela gravidez, sem os alimentos prestados pelo pai, o feto pode não se desenvolver e, por conseguinte, sequer vir a nascer" (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*, p. 16-17).

explicar a determinação legal de conversão automática, sem necessidade de ajuizamento de ação própria de alimentos, se for considerada a mulher gestante como destinatária dos alimentos previstos na lei. Além do mais, dispõe que deverá a gestante contribuir com as despesas na proporção de seus recursos, sendo, assim, convocada a cumprir com tal encargo alimentar, nos termos do parágrafo único do art. 2º. Novamente, se visualiza o equívoco da lei, uma vez que não se pode atribuir a mesma pessoa a qualidade de alimentante e alimentada. Com efeito, verifica-se que o legislador se esforçou para escapar das eventuais controvérsias relativas ao reconhecimento do direito aos alimentos do nascituro, mas acabou incorrendo em outras ao dispor que tais alimentos caberiam à mulher gestante.

A lei traz quais são as despesas contempladas pelos alimentos gravídicos, enumerando exemplificativamente no art. 2º:

> Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Conforme já se salientou em doutrina, mesmo que a Lei tenha instituído uma nova modalidade de alimentos no ordenamento, deve-se utilizar o binômio necessidade *versus* possibilidade, nos termos do art. 1.694 do Código Civil,[565] como baliza. Assim o juiz poderá fixar os valores a serem pagos, "de modo a evitar o enriquecimento ilícito e satisfazer as necessidades da criança por nascer, principalmente médicas, para que a gravidez ocorra da melhor forma possível".[566]

Além do mais, embora socialmente a Lei objetive obrigar o suposto pai a arcar com as despesas mesmo antes do nascimento do filho, corretamente dispôs no parágrafo único do art. 2º[567] que tal encargo alimentar é dever jurídico dos pais, tanto a mulher gestante quanto o suposto pai, na proporção de seus recursos. Isso decorre do próprio imperativo constitucional previsto no art. 229 que impõe aos pais o dever de assistir, criar e educar os filhos. Assim, a positivação dos alimentos gravídicos corrobora a tese da incidência do princípio da

---

[565] "Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação."

[566] Afirmam Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues: "Tais despesas são *numerus apertus*, para que o juiz possa verificar as peculiaridades inerentes ao nascituro, que demandem gastos mais específicos, que devem ser contrastados com as possibilidades dos pais" (*O direito das famílias entre a norma e a realidade*, p. 17).

[567] "Art. 2º. [...] Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos."

parentalidade responsável desde a concepção, atribuindo aos pais as responsabilidades cabíveis e compatíveis com a condição do nascituro, a exemplo dos alimentos. Desse modo, não se acolhe a tese que considera os alimentos gravídicos como de natureza indenizatória à gestante,[568] eis que a Lei não objetiva indenizar a gestante pelas despesas com a gestação, mas sim assegurar o direito à vida e à integridade física do nascituro.

Diferente da prova pré-constituída de paternidade da Lei n. 5.478/1968,[569] a Lei de alimentos gravídicos se contentou com os "indícios de paternidade", o que causou certo estranhamento, a princípio, por parte da doutrina. A propósito, foi vetado o art. 8º que dispunha sobre a necessidade de realização de exame pericial em caso de oposição de paternidade.[570] As razões do veto se assentam na justificativa de que a manutenção de tal dispositivo na Lei condicionaria a sentença de procedência à realização de exame pericial, o que afronta a sistemática processual civil vigente que estabelece que a prova pericial é somente uma prova necessária quando ausente outros elementos probatórios para a livre convicção do juiz.[571] No entanto, o argumento principal para excluir a possibilidade de realização do exame de DNA é o de possível prejuízo ao nascituro que a retirada do material genético pode causar.[572] Além disso, a realização dessa prova implicaria na compulsoriedade de se submeter a gestante a consentir com intervenção em seu corpo, mesmo que por mero capricho do suposto pai em não assumir a paternidade.

A dispensa do exame de DNA, todavia, não exime a gestante de demonstrar fundados indícios de paternidade, sob pena de se exigir do indigitado pai que produza prova negativa. Assim, por exemplo, se enquadrariam as hipóteses do art. 1.597 do Código Civil e os filhos havidos no âmbito da união estável. Nos demais casos, cabe à mulher gestante comprovar que existiu relacionamento sexual com o suposto pai durante o período em que foi concebido o nascituro, ainda que isso envolva a intimidade dos envolvidos.

---

[568] Nesse sentido, cf. BERALDO, Leonardo de Faria. *Alimentos no Código Civil*: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 85-95.

[569] "Art. 2º O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe."

[570] "Art. 8º Havendo oposição à paternidade, a procedência do pedido do autor dependerá da realização de exame pericial pertinente."

[571] Nos termos das razões do veto: "O dispositivo condiciona a sentença de procedência à realização de exame pericial, medida que destoa da sistemática processual atualmente existente, onde a perícia não é colocada como condição para a procedência da demanda, mas sim como elemento de prova necessário sempre que ausente outros elementos comprobatórios da situação jurídica objeto da controvérsia."

[572] "O argumento para a dispensa do exame de DNA é com base em possível prejuízo ao feto que a retirada do material genético pode causar. Por isso, em razão do melhor interesse da criança, dispensar-se-ia o exame, bastando os indícios, para que se constituísse a relação processual" (TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. *O direito das famílias entre a norma e a realidade*, p. 18).

Além da prova indiciária de paternidade, é preciso que a mulher faça prova da gravidez, mesmo que o art. 4º da Lei tenha sido vetado.[573] As razões que ensejaram o veto[574] se assentam na obrigação que seria imposta à gestante de juntar na petição inicial laudo sobre a viabilidade da gravidez. Com efeito, deveria ser exigido somente laudo que ateste a gravidez da mulher, uma vez que não poder ser afastada a obrigação alimentar somente porque a gravidez não é viável. Isso significaria impor à gestante um ônus desarrazoado, na medida em que se não demonstrada a viabilidade deveria a gestante arcar sozinha com todas as despesas. É preciso, ao menos, comprovar a gravidez para o deferimento dos alimentos pleiteados, sobretudo para a fixação dos provisórios, nos termos do art. 6º.[575]

Os alimentos gravídicos são devidos a partir da concepção do nascituro, ou seja, desde o início da gestação, muito embora a sentença de procedência do pedido de alimentos gravídicos tenha natureza condenatória, e, portanto, em regra, teria como termo inicial a citação do réu, nos termos do art. 219 do Código de Processo Civil. Todavia, o art. 9º da Lei que previa que os alimentos seriam devidos desde a citação do réu foi vetado.[576] De fato, tal regra processual prejudicaria a efetividade da Lei de alimentos gravídicos, eis que qualquer morosidade no ato citatório ou eventual obstáculo criado pelo réu para o cumprimento do mandado de citação poria em risco o objetivo da Lei, que é tutelar a vida e a integridade física do nascituro, garantindo o desenvolvimento saudável no útero. Na tentativa de assegurar a efetividade da Lei e garantir que sua finalidade seja alcançada, muito mais consentâneo com o

---

[573] "Art. 4º Na petição inicial, necessariamente instruída com laudo médico que ateste a gravidez e sua viabilidade, a parte autora indicará as circunstâncias em que a concepção ocorreu e as provas de que dispõe para provar o alegado, apontando, ainda, o suposto pai, sua qualificação e quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe, e exporá suas necessidades."

[574] Nos termos das razões do veto: "O dispositivo determina que a autora terá, obrigatoriamente, que juntar à petição inicial laudo sobre a viabilidade da gravidez. No entanto, a gestante, independentemente de a sua gravidez ser viável ou não, necessita de cuidados especiais, o que enseja dispêndio financeiro. O próprio art. 2º do Projeto de Lei dispõe sobre o que compreende os alimentos gravídicos: 'valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive referente à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis [...]'. Esses gastos ocorrerão de qualquer forma, não sendo adequado que a gestante arque com sua totalidade, motivo pelo qual é medida justa que haja compartilhamento dessas despesas com aquele que viria a ser o pai da criança."

[575] "Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré."

[576] As razões do veto assim se justificam: "O art. 9º prevê que os alimentos serão devidos desde a data da citação do réu. Ocorre que a prática judiciária revela que o ato citatório nem sempre pode ser realizado com a velocidade que se espera e nem mesmo com a urgência que o pedido de alimentos requer. Determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório. Dessa forma, o auxílio financeiro devido à gestante teria início no final da gravidez, ou até mesmo após o nascimento da criança, o que tornaria o dispositivo carente de efetividade."

sistema jurídico que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da concepção no útero, em consonância com o art. 2º do Código Civil.

Se o termo inicial parece gerar controvérsia, a Lei foi mais clara no tocante ao termo final. Assim, os alimentos gravídicos cessam com o nascimento com vida da criança, convertendo-se automaticamente em pensão alimentícia em favor do menor, ressalvada a possibilidade de ajuizamento da ação revisional, conforme consignado no parágrafo único do art. 6º da Lei de alimentos gravídicos.

Maria Berenice Dias ressalta que a transformação dos alimentos em favor do filho acorre independentemente do reconhecimento da paternidade".[577] Nessa senda, a autora defende que "caso o genitor não conteste a ação e não proceda ao registro do filho, a procedência da ação deve ensejar a expedição do mandado de registro, sendo dispensável a instauração do procedimento de averiguação da paternidade para o estabelecimento do vínculo parental".[578]

Embora a Lei não tenha contemplado tal hipótese, questão relevante é possibilidade de pleitear alimentos gravídicos em face de outros parentes da linha materna e paterna. A questão é mais delicada no que tange à imposição de obrigar os parentes da linha paterna, a exemplo dos avós. Como se sabe, os alimentos gravídicos são exigidos do suposto pai, uma vez que não se exige a prova inequívoca da paternidade, mas sim indícios. Nessa toada, os parentes paternos também não teriam seu vínculo cabalmente comprovado. Considerando que os alimentos gravídicos também são irrepetíveis, eventualmente os supostos avós paternos podem ficar no prejuízo.

Embora *a priori* não parece razoável exigir alimentos também dos demais parentes sem a certeza do parentesco, o silêncio da Lei parece não afastar a incidência do art. 1.698 do Código Civil.[579] Ou seja, desde que respeitado o critério da proximidade e complementariedade, não há óbice ao entendimento de os alimentos gravídicos serem devidos pelos parentes mais próximos, desde que o montante do pai proporcionalmente cumulado com o da gestante não seja suficiente para arcar com as necessidades do nascituro. Essa, inclusive, foi a conclusão de acórdão julgado no Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual restou firmado o seguinte entendimento: "Os avós, assim, têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda ora em apreço, sendo certo que, na hipótese de restar demonstrada a

[577] DIAS, Maria Berenice Dias. Alimentos gravídicos: alimentos para a vida, p. 88.
[578] Ibid.
[579] "Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide."

capacidade ou incapacidade econômica dos pais, outro não é o julgamento adequado quanto àqueles senão o de mérito (arts. 1.696 e 1.698).”[580]

Comemorada por muitos como medida salutar na defesa do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro, a Lei de alimentos gravídicos – a começar pelo nome – enfrenta sérias controvérsias no tocante à sua interpretação e aplicação. Uma lei que já nasceu podada, tendo em vista que, dos doze dispositivos originários, teve seis vetados. Talvez isso demonstre que esse ato normativo não estava maduro para ingressar no universo jurídico, embora sua finalidade seja das mais louváveis. Todavia, deve-se exigir do intérprete não o esmorecimento diante do “remendo legal”, mas a união de esforços para solver as perplexidades advindas da nova lógica instituída e alcançar o objetivo pretendido, que é convocar os homens a uma participação mais ativa durante todo o projeto parental, imputando-lhe deveres desde a gestação, de modo a concretizar o princípio da parentalidade responsável e assegurar a proteção do filho a porvir. O que justifica a imposição do encargo alimentar ao suposto pai, de modo a suportar as despesas decorrentes da gestação, é exatamente o desenvolvimento sadio e incólume do nascituro, a fim de permitir o nascimento saudável e, assim, assegurar uma vida digna no futuro.

3.4 **O cabimento da reparação civil por danos de natureza extrapatrimonial ao nascituro: alguns questionamentos**

O reconhecimento de situações jurídicas de cunho extrapatrimonial titularizadas pelo nascituro suscita a análise dos seus efeitos sobre o campo da responsabilidade civil, uma vez que eventuais lesões aos direitos extrapatrimoniais podem gerar o dever de reparação civil pelo ofensor. A questão é fortemente controversa, mas vem angariando defensores em sede doutrinária[581] e jurisprudencial.[582]

---

[580] O acórdão foi assim ementado: “ALIMENTOS GRAVIDICOS – A inexistência de comprovação *ab initio* de que os supostos genitores não têm capacidade financeira a suportar os alimentos é circunstância relacionada ao mérito da demanda – Legitimidade passiva dos avós – Recurso provido.” (BRASIL. *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. AI 994.09.332008- 5, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Piva Rodrigues, julg. 26 jan. 2010)

[581] Cf. DINIZ, Maria Helena. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a problemática das novas técnicas cientiíicas de reprodução humana assistida e a questão da responsabilidade civil por dano moral ao pré-embrião e nascituro. In: *Livro de estudos jurídicos*, v. 8, São Paulo, 1994, p. 207-231; CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Bioética e dano pré-natal. In: *Revista do Advogado* (São Paulo), São Paulo, n.58, 2000, p. 62-77; e, OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Indenização por danos morais ao nascituro. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). *O direito civil no século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145-166.

[582] Ver, dentre outros, BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 399028/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 26 fev. 2002, publ. 15 abr. 2002; BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 931556/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17 jun. 2008, publ. 5 ago. 2008.

A propósito, um dos argumentos favoráveis a extensão dos direitos da personalidade aos nascituros é exatamente a admissão jurisprudencial, em algumas hipóteses, de ressarcimento por danos morais ao concebido em útero, mesmo para aqueles que adotam a concepção subjetiva dos danos morais. O caso mais emblemático de reconhecimento do direito à indenização por danos morais ao nascituro é a morte provocada do pai ainda durante a fase gestacional. Yussef Said Cahali sustenta, por exemplo:

> [...] também ao nascituro se assegura o direito de indenização por danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado.[583]

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu favoravelmente à tese, pronunciando-se que "o nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*".[584] Por outro lado, em julgamento mais recente, a Corte parece reconhecer a equivalência dos valores devidos por danos morais aos filhos já nascidos e ao nascituro.[585]

Há de se assinalar, contudo, que nas hipóteses de falecimento do pai durante a fase gestacional o que ocorre, de fato, é a frustração após o nascimento de não ter conhecido o genitor. Não se pode falar de dor sofrida pelo nascituro, mas de futura frustração ao convívio familiar. Para que isso ocorra, no entanto, deve restar demonstrado que o falecido, de fato, participou do projeto parental – seja consciente ou responsavelmente ou, ainda, assumindo os riscos provenientes dos direitos reprodutivos –, devendo-se excluir, desses casos, a monoparentalidade planejada, ou seja, as hipóteses onde desde o início se optou pelo exercício individual do planejamento familiar. Não se poderia aqui argumentar que tal dano é proveniente de ofensa ao direito à biparentalidade de *per si*, mas de frustração do direito à convivência familiar. De todo modo, o direito à convivência familiar não é um direito extrapatrimonial do nascituro cuja exigibilidade seja imediata. Trata-se de caso no qual o

---

[583] CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 162.
[584] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 399028/SP, 4ª T., Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, julg. 26 fev. 2002, publ. 15 abr. 2002.
[585] "Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do *de cujus*, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão." (BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. REsp 931556/RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, julg. 17 jun. 2008, publ. 5 ago. 2008)

evento ocorreu durante a fase gestacional, mas que seus efeitos e, portanto, o dano é verificado após o nascimento.

Por outro lado, determinados danos que atingem a esfera de proteção do direito à vida e à integridade física são próprios do período gestacional, cujos direitos já são titularizados pelo nascituro. Se os centros de interesse já são de titularidade do nascituro e merecem tutela do ordenamento jurídico, não há óbice para considerar que eventuais lesões a essas situações jurídica implicam a obrigação de reparar, cuja exigência pode ser imediata, através da representação legal de seus pais ou curador.

Na doutrina portuguesa, por exemplo, João Castro Mendes confere um direito à indenização a uma criança que nasce com alguma deformação em virtude de acidente sofrido pela gestante por culpa de terceiro.[586] Orlando de Carvalho também defende, com base no direito à integridade física, "o direito a não sofrer lesões mesmo na fase intra-uterina ou embrionária".[587] E, por fim, Pereira Coelho afirma que "o nascituro já pode adquirir um direito de indenização por danos sofridos antes do nascimento (em consequência, *v. g.*, de lesão de que a mãe foi vítima no estado de gravidez e de que veio a resultar para o filho qualquer deformação física)".[588]

Sob a perspectiva do direito brasileiro, é de todo razoável admitir que, a partir do reconhecimento de direitos extrapatrimoniais do nascituro no ordenamento brasileiro, óbice não há para a aceitação do surgimento da obrigação de reparar os danos causados ao nascituro. Deve-se, contudo, atentar para as especificidades dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, que não se confundem com os chamados direitos da personalidade, e diferenciar o conceito, a função e a valoração dos danos ao nascituro dos chamados danos morais, entendidos como danos à pessoa humana.

O reconhecimento de direitos do nascituro merecedores de tutela do ordenamento jurídico impõe a responsabilização por eventuais lesões a esses direitos e a reparação pelos danos patrimoniais ou extrapatrimoniais sofridos. Desse modo, assentada a titularidade de situações jurídicas, sejam de cunho patrimonial ou extrapatrimonial, há que se reconhecer o direito a exigir reparação pelos danos sofridos. Nessa linha, os tribunais brasileiros já se pronunciaram favoráveis ao ressarcimento de danos morais ao nascituro.[589]

---

[586] CASTRO MENDES, João. *Direito Civil*. Teoria Geral. v. I. Lisboa: AAFDL, 1978, p. 228.
[587] ORLANDO DE CARVALHO. *Teoria Geral do Direito Civil*. Sumários Desenvolvidos. Coimbra: Centelha, 1981, p. 187.
[588] PEREIRA COELHO, Francisco. *Direito das Sucessões*, cit., 1992, p. 205, *apud*, CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 163.
[589] BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial n. 931.556 - RS. Relatoria: Ministra Nancy Andrighi, Brasília, 17 jun. 2008. Disponível em:

Tal posicionamento, *a priori*, confrontaria com a concepção de danos morais segundo a metodologia do direito civil-constitucional. Conforme Maria Celina Bodin de Moraes, os danos morais são, na verdade, os danos à pessoa humana, ou seja, qualquer lesão à dignidade da pessoa humana, que é decomposta em quatro subprincípios, a saber: a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade social.[590] Sob esse viés, ou se consideraria o nascituro como pessoa desde a concepção para que ele pudesse ser titular do direito à reparação por danos morais, ou não se poderia aceitar a hipótese de ressarcimento pelos danos morais ao nascituro.

Contudo, o campo da responsabilidade civil tem sido alvejado por constantes e velozes transformações nas últimas décadas, o que tem impedido, inclusive, uma sistematização e unificação da matéria. A melhor doutrina tem observado o fenômeno da expansão dos danos indenizáveis,[591] que seriam aqueles decorrentes de toda e qualquer lesão às situações jurídicas subjetivas merecedoras de tutela por parte do ordenamento jurídico. Se a lei civil resguardou direitos ao nascituro desde o nascimento, sem a previsão de condições para a sua titularidade, se deveria ter como errônea qualquer interpretação que limite tais direitos àqueles expressamente estabelecidos na forma da lei e àquela que impõe reservas à titularidade ao marco do nascimento com vida.

De fato, as situações extrapatrimoniais não se reduzem em nosso ordenamento à proteção da pessoa humana, muito embora, por força do princípio da dignidade da pessoa humana, essa se situe no ápice do sistema normativo. Outros interesses extrapatrimoniais não vinculados mediata ou imediatamente à tutela da pessoa humana são igualmente merecedores de tutela e, portanto, quando violados são hábeis a gerar o dever de indenizar. Por exemplo, são as hipóteses de danos institucionais, que visam resguardar os bens não avaliáveis pecuniariamente da pessoa jurídica, e os danos ao meio ambiente, que seriam aqueles que agridem a um bem coletivo e de uso do povo.

Se as ofensas às situações jurídicas subjetivas merecedoras de tutela jurídica são objetos do dever de reparar, deve-se encampar a ideia de que nem todos os danos extrapatrimoniais são danos à pessoa humana, mas que eles constituem a principal categoria

---

<https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=780826&sReg=200700483006&sData=20080805&formato=PDF>. Acesso em: 31 mar. 2012. Para uma análise mais detalhada do julgado remete-se a NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; LIMA, Taisa Maria Macena de. Direito à reparação do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho dano moral e personalidade do nascituro. In: *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região*, v. 51, 2010, p. 113-136.

[590] BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Danos à pessoa humana*: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4ª. tir., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

[591] Cf., por todos, SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2011.

em razão da cláusula geral de proteção e promoção à pessoa humana. Considerando que os nascituros possuem centros de interesse de natureza ora patrimonial, ora extrapatrimonial, e, por vezes, dúplices, é de todo razoável se entender também que os danos à esfera extrapatrimonial do nascituro geram o dever de indenizar, sem, contudo, se subsumir a lógica e função dos danos a pessoa humana.

A obrigação de reparar os danos causados ao nascituro pode recair tanto sobre a conduta da gestante[592] quanto por atos de terceiros, a exemplo da equipe médica. Com relação à primeira hipótese, de todo controvertida, é preciso estabelecer parâmetros rígidos, sob pena de funcionalizar o corpo da gestante ao discurso médico de boa gestação.[593]

Conclui-se que a violação dos direitos extrapatrimoniais do nascituro impõe o dever de indenizar, eis que não parece razoável deixar sem reparação, principalmente, aqueles direitos ligados ao sadio desenvolvimento do nascituro e à preservação da futura existência digna.

[592] Cf., na doutrina nacional, o pioneiro estudo de BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

[593] "Nestes casos, porém, será imprescindível diferenciar: de um lado, os danos causados por terceiros a nascituros, que venham depois a repercutir em sua vida quotidiana; por outro, os danos eventualmente causados pela mãe durante a gestação, em decorrência de seu estilo de vida, principalmente da falta de exames pré-natais, alcoolismo, obesidade mórbida, tabagismo ou drogas. Na primeira situação, há numerosos precedentes, principalmente na jurisprudência estrangeira: casos de rubéola não diagnosticada; de transfusão de sangue contaminado; de aborto mal sucedido. No segundo caso, as hipóteses se tornam bastante raras, podendo entender-se que o direito ao próprio corpo, da mulher, é mais abrangente ou, por outra, da mesma forma como ocorria no Direito Romano, o início da personalidade jurídica se dá apenas com o nascimento com vida, não se considerando o não-nascido como pessoa; é, portanto, parte do corpo da mãe, *portio mulieris vel viscerum*; ou, ainda, que tais prejuízos, em relação ao nexo de causalidade, são eventuais e de difícil prova. Cabe lembrar, enfim, que as mencionadas circunstâncias de danos causados pelas próprias genitoras são, na atualidade, no mais das vezes, consideradas patologias de ordem psicofísica e não mera expressão de sua vontade." TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Coords.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 9-10.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão do nascituro e seu tratamento do ponto de vista moral e jurídico são temas há muito tempo debatido. A controvérsia que envolve o *status* da vida pré-natal parece tão profundamente indefinida que Jüngen Habermas, em sua obra *O futuro da natureza humana*, escreveu que "fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejulgamentos, [...] que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular"[594]. Essa afirmação expõe com clareza a dificuldade para se chegar a consensos em um assunto tão controvertido e do perigo de se examinar essa questão a partir de concepções neutras.

A partir desse desafio é que foi desenvolvido o presente trabalho. Em primeiro lugar, não se desconhece que há séculos grandes filósofos e juristas se debruçaram para solucionar a questão do nascituro, o que impõe levar em consideração a extensa construção doutrinária já produzida. Por outro lado, parece que permanece sem aprofundamento teórico a proteção extrapatrimonial do nascituro, o que motivou a elaboração deste estudo.

Para tanto, se alinhou a metodologia do direito civil constitucional para investigar o conteúdo e a extensão dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, levando-se em conta a necessidade de se construir uma categoria específica para a proteção de seus interesses existenciais. Procurou-se examinar tal questão a partir dos princípios e valores constitucionais albergados pelo ordenamento jurídico brasileiro, o que já demonstra que não se pretendeu agasalhar a neutralidade como percurso metodológico. Em um Estado Democrático de Direito não parece razoável que razões de ordem religiosa sejam utilizadas para uma análise jurídica sobre o tema.

A partir dessas linhas, foi possível chegar a algumas conclusões:

1. Os conceitos de pessoa e personalidade são centrais para a dogmática jurídica e atravessam o ordenamento civil-constitucional brasileiro em toda sua extensão. A mudança paradigmática operada pela Constituição da República de 1988, por força do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), elevou a pessoa humana à categoria central do ordenamento jurídico brasileiro.

[594] HARBERMAS, Jüngen. *O futuro da natureza humana*, p. 44.

2. Na legalidade constitucional, a pessoa humana é mais do que mero titular de situações jurídicas subjetivas, sendo alvo de todo arcabouço protetivo dos atributos essenciais à sua dignidade, voltados a tutela e promoção do livre desenvolvimento da personalidade em sentido objetivo. A pessoa humana se torna, portanto, categoria central e valor nuclear do ordenamento jurídico.

3. É preciso reconhecer que o atual conceito de sujeito de direito é mais amplo do que o de pessoa. Pode-se dizer que as pessoas são sempre titulares das situações jurídicas subjetivas, nas quais o centro de interesse tutelado pelo ordenamento lhe é pertinente, conquanto nem sempre o núcleo do interesse merecedor de tutela encontre um titular qualificado como pessoa, mas pode-se ser atribuído a um titular desprovido de personalidade, como é o caso do nascituro. Percebe-se, dessa maneira, que titularidade e personalidade nem sempre coincidem. Na medida em que se distinguiu a noção clássica de "direito subjetivo" e se passou a adotar a de "situações jurídicas subjetivas", a titularidade pode ser destacada do exercício, oportunizando, assim, que a titularidade de determinada situação fosse atribuída a um ente despersonalizado.

4. Para fins deste trabalho, delimitou-se o conceito de nascituro como todo ser humano cuja formação e desenvolvimento se encontra em fase intrauterina, independentemente de a gestação ocorrer ou não no útero da mulher que será juridicamente mãe, pois com o desenvolvimento da biotecnologia se tornou possível que outra mulher (gestante substituta) geste no lugar daquela que planejou e deseja se tornar mãe. É, portanto, o estado gravídico – e não a determinação da maternidade – que caracteriza a existência de um nascituro.

5. A titularidade de situações jurídicas extrapatrimoniais prescinde da atribuição em abstrato da personalidade jurídica, tendo em vista que a existência de centros de interesses merecedores de tutela por parte do ordenamento civil-constitucional brasileiro permite a concessão da titularidade de direitos extrapatrimoniais peculiares à fase de formação do nascituro no útero da mulher.

6. O nascituro é titular de direitos, ou melhor, titular de situações jurídicas subjetivas, não obstante o ordenamento não lhe tenha atribuído personalidade. Desse modo, conclui-se que o nascituro é titular de situações jurídicas subjetivas, seja de natureza patrimonial, extrapatrimonial ou dúplice, ainda que não seja considerado pessoa em termos jurídicos.

7. A ordem constitucional resguardou os interesses do nascituro por força da interpretação sistemática e axiológica dos artigos 226, § 7º, cumulado com o art. 1º, inciso III, uma vez que naquele dispositivo impôs de forma expressa a observância do princípio da dignidade da pessoa humana também àqueles que exercem o planejamento familiar, mas especialmente aos concebidos (*rectius*: nascituros).

8. A tutela da reprodução humana no ordenamento pátrio deve ser sopesada com os direitos da futura criança, respeitando-se prioritariamente a sua integridade física, pois é fundamental preservar o quanto possível e desde a gestação o melhor interesse da criança a ser gerada, bem como atender aos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, que, juntos, fundam o livre planejamento familiar (art. 226, § 7º, CR).

9. À luz do direito brasileiro, pode-se entender cabível a aplicação do princípio da dignidade humana aos nascituros, não por serem dotados de personalidade jurídica, logo, considerados pessoas em termos civis, mas por se tratar de um ser humano em formação no ventre feminino, que, além da indiscutível qualidade humana, é fruto da ampla liberdade de procriar assegurada às pessoas, cujo exercício só é admissível se resguardada a dignidade daqueles que ainda irão nascer.

10. O princípio da parentalidade responsável também alcança e, portanto, fundamenta a responsabilidade dos envolvidos no projeto parental de modo a impor deveres em relação ao concebido *in utero* desde o início da gestação.

11. A aplicação do princípio da parentalidade responsável abrange e reforça a proteção do nascituro no direito brasileiro, notadamente em face dos futuros pais. A responsabilidade parental foi imposta pela Constituição desde o inicio da gestação, em decorrência do livre exercício do planejamento familiar e como forma de tutelar os direitos do nascituro assegurados no art. 2º do Código Civil, impondo, assim, determinados deveres àqueles que participaram consciente e voluntariamente do projeto parental, ou assumiram o risco proveniente da liberdade reprodutiva.

12. A leitura da disposição contida no artigo 1.779 do Código Civil permite o entendimento da atribuição da autoridade parental desde o início da gestação, uma vez que prevê a curatela do nascituro nas hipóteses de falecimento do pai e perda do poder familiar da mãe.

13. A curatela do nascituro (art. 1.799, CC) se destina a resguardar os direitos do nascituro desde a concepção (art. 2º, CC) – que como visto não encerra uma limitação aos direitos expressamente previstos e aos interesses patrimoniais – sempre que o pai ou a mãe se encontrarem impossibilitados ou haja conflito entre os direitos da gestante e do nascituro. Tal dispositivo serve como um instrumento preventivo e de caráter temporário – uma vez que com o nascimento com vida a criança deverá ser colocada sob tutela – para a proteção dos direitos do nascituro.

13. É possível se inferir que tanto a autoridade parental atribuída aos pais em relação aos nascituros quanto a curatela ao nascituro na hipótese de falecimento do genitor e perda do poder familiar pela gestante devem ser vistas como institutos de proteção da esfera patrimonial e extrapatrimonial do nascituro que exigem atuação dos responsáveis em prol dos legítimos interesses do ser em gestação, os quais emanam das balizas gerais concedidas pelo próprio ordenamento jurídico.

14. A perda ou suspensão do poder familiar como consequência do descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental também é possível em relação ao nascituro. Por força do art. 226, § 7º da Constituição de 1988, o princípio da parentalidade responsável incide desde a concepção do nascituro, e, em sede infraconstitucional, uma interpretação sistemática (arts. 1.634 e 1.779, CC) permite concluir que o poder familiar se inicia também a partir da gestação.

15. É razoável afirmar que pela sistemática do Código Civil se atribui aos pais a representação legal do nascituro na forma da autoridade parental, pois não é razoável que tal representação seja limitada à legitimação processual ou à realização de atos materiais de conservação de direitos patrimoniais. Impõe-se reconhecê-la como instrumento para garantia dos direitos assegurados ao nascituro, notadamente aqueles de caráter extrapatrimonial.

16. Ainda que o nascituro não tenha a condição de pessoa humana, em sentido técnico, no direito brasileiro sua natureza de ser humano em gestação lhe assegura a antecipação da

aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana, mormente para fins de proteção extrapatrimonial, uma vez que impede sua instrumentalização e lhe assegura direitos desde a concepção, ou melhor, desde o início da gestação.

17. Os direitos do nascituro, assegurados por força da "cláusula geral" de proteção contida nos artigos 2º do Código Civil e 226, § 7º da Constituição da República, não são absolutos e devem se conformar a partir dos interesses peculiares ao nascituro, que, via de regra, serão contrastados com os direitos das gestantes. Além disso, eles têm por objetivo precípuo evitar a sua coisificação.

18. O nascituro também tem uma esfera de proteção extrapatrimonial, mas que não se equipara à dos chamados direitos da personalidade, que têm a personalidade como pressuposto e que visam o livre desenvolvimento da personalidade de cada pessoa humana. Os direitos extrapatrimoniais do nascituro, por sua vez, possuem um escopo diferenciado, de natureza tutelar, que é proteger sua formação e desenvolvimento na fase de gestação, para que possa ter uma vida digna no futuro.

19. O intérprete deve estar atento às diferenças entre os direitos da personalidade, categoria relacionada à tutela da pessoa humana, e os direitos extrapatrimoniais do nascituro, categoria especial devotada à proteção do ser humano em formação. Ambas comungam a característica da extrapatrimonialidade, ou seja, não são passíveis de avaliação econômica. Contudo, possuem funções distintas, uma vez que os direitos da personalidade visam ao livre desenvolvimento da personalidade, enquanto os direitos não patrimoniais do nascituro se preocupam em assegurar o sadio desenvolvimento em útero e o nascimento em condições de ter uma vida digna.

20. O legislador ordinário, quer no Código Civil, quer em outros diplomas legais, não delimitou o campo dos direitos assegurados ao nascituro desde a concepção, os quais podem assumir a feição patrimonial, extrapatrimonial ou dúplice. Não há taxatividade, nem deve o intérprete estabelecê-la.

21. Observa-se que o ordenamento jurídico assegura a vida e a integridade física do nascituro como interesses merecedores de tutela, tendo em vista que são direitos compatíveis com sua condição peculiar de ser humano em formação. Em decorrência de tais centros de interesse, se

reforça que a tutela da saúde também alcança a esfera extrapatrimonial do nascituro para garantir, assim, uma vida digna no futuro.

21. É possível concluir, ademais, que o ordenamento civil-constitucional brasileiro assegura a proteção à vida e à integridade intrauterina, embora não com a mesma intensidade conferida à tutela da vida das pessoas humanas, visto que o direito à vida e integridade do nascituro poder ceder, mediante recurso à criteriosa ponderação, diante dos direitos fundamentais da gestante.

22. Não parece razoável entender que o nascituro seja titular do direito à imagem em si, seja no que tange à vertente de imagem-retrato ou, principalmente, na de imagem-atributo, tendo em vista que é a partir do nascimento com vida que se entra no contexto de interação intersubjetiva e a individualidade passa a ser construída. Assim, embora o nascituro seja titular de direitos extrapatrimoniais, nesses não se inclui o direito à imagem.

23. As noções de honra objetiva e subjetiva não comportam a extensão do direito à honra do nascituro ante sua condição de ser em desenvolvimento no útero. O nascituro nem poderia gozar de uma reputação no meio social – pois nem nascido ainda é –, muito menos ter o sentimento pessoal em relação a sua autoestima e valoração individual da sua integridade moral. Assim, o direito à honra não é um dos direitos extrapatrimoniais do nascituro, afinal, não é compatível com sua peculiar condição de ser em desenvolvimento.

24. A Lei n. 11.804, de 5 de novembro de 2008, que disciplinou os alimentos gravídicos, se justifica a partir da aplicação desde o início da gestação do princípio da parentalidade responsável. Desse modo, a imposição do encargo alimentar recai sobre o suposto pai e a gestante. O objetivo da mencionada lei é exatamente o desenvolvimento sadio e incólume do nascituro, a fim de permitir o nascimento saudável e assegurar uma vida digna no futuro.

25. No que tange ao cabimento da reparação civil ao nascituro, conclui-se que a violação de seus direitos extrapatrimoniais impõe o dever de indenizar, pois não parece razoável deixar sem reparação, principalmente, aqueles direitos ligados ao sadio desenvolvimento do nascituro e à preservação da futura existência digna.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. Alimentos gravídicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 98, n. 882, p. 9-24, abr. 2009.

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. A imagem fora de contexto: o uso de imagens de arquivo. In: SCHREIBER, Anderson (Org.). **Direito e Mídia**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 158-183.

_____. A proteção do nome da pessoa humana entre a exigência registral e a identidade pessoal: a superação do princípio da imutabilidade do prenome no direito brasileiro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 52, p. 203-243, out./dez. 2012.

_____; SOUZA, Allan Rocha de. Selecionando Desejos e Restringindo Direitos: Reflexões sobre a Elegibilidade Individual à Reprodução Assistida. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, 18., 2009, São Paulo. **Anais**... São Paulo: Fundação Boiteux, 2009. p. 1156-1176.

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Bioética e dano pré-natal. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 17, p. 297-328, 1999.

ALVES, Alexandre Ferreira Assumpção. **A pessoa jurídica e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. O elemento subjetivo da relação jurídica: pessoa física, pessoa jurídica e entes não-personificados. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 5, p. 66-74, jan./mar. 2001.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 7. ed., rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O projeto de Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 16, p. 23-47, 1999.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. **Teoria geral da relação jurídica:** sujeitos e objecto. v. I, reimp. Coimbra: Almedina, 1997. V.1.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. **Direitos reprodutivos:** uma questão de cidadania. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria – CFEMEA, 1994.

BARBOZA, Heloisa Helena. Paternidade responsável: o cuidado como dever jurídico. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (Org.). **Cuidado e responsabilidade**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 85-96.

_____. Verbete Capacidad. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Director). **Enciclopedia de Bioderecho y Bioética**. Granada: Biblioteca Comare de Ciencia Jurídica, 2011. p. 322-331. T. I, a-h.

_____. Autonomia em face da morte: alternativa para a autanásia? In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENEZES, Rachel Aisengart; BARBOZA, Heloisa Helena. **Vida, morte e dignidade humana.** Rio de Janeiro: GZ, 2010. p. 31-49.

_____. Direito dos transexuais à reprodução. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 264-279.

_____. Reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 777-801.

_____. Reflexões sobre autonomia negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coords.). **O direito e o tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas – estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 407-423.

_____. Estatuto Ético do Embrião Humano. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Orgs.). **Direitos fundamentais**: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 527-549.

_____. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (Orgs.). **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 248-270.

_____. Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 153-168.

_____. Novas Relações de Filiação e Paternidade. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 1.,1999, Belo Horizonte. **Anais...**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 135-142.

_____. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BARRA, Rodolfo Carlos. **Los derechos del por nascer en el ordenamiento jurídico argentino**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997.

BARROSO, Luis Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BENACCHIO, Marcelo. Direito subjetivo – situação jurídica – relação jurídica. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore. **Teoria geral do direito civil**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 186-217.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no código civil**: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BERTI, Silma Mendes. O nascituro e o direito à saúde. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, MG, v. 99, p. 189-2017, jul./dez., 2009.

_____. **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil.** 3. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Negócios, 1966.

_____. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado.** 3. ed. [S.l.]: [S.n.], 1935. V. 6.

BISCAIA, Jorge. Problemas éticos no período perinatal. In: NEVES, M. (Coord.). **Comissões de etica**: das bases teóricas às actividades quotidianas. 2. ed. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 1996, p. 273-290.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

BOBBIO, Norberto. A função promocional do direito. In: **Da estrutura à função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Claudio de Cicco; apres. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. A utilidade dos princípios na aplicação do direito. **Civilistica.com** – **Revista eletrônica de direito civil**, editorial, a. 2, n. 1, 2013.

_____. Ampliação da proteção ao nome da pessoa humana. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 249-265.

_____. O princípio da dignidade da pessoa humana. In: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 71-120.

_____. O princípio da solidariedade. In: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 237-266.

_____. A família democrática. In: **Na medida da pessoa humana**: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 207-234.

_____. Ampliando os direitos da personalidade. In: **Na Medida da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 121-148.

_____. **Danos à pessoa humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. 4ª. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O princípio da dignidade humana. In: BODIN DE MORAES, Maria Celina (Org.). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1-61.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; KONDER, Carlos Nelson de Paula. **Dilemas de direito civil-constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Programa Nacional de DST e Aids. **Recomendações para Profilaxia da Transmissão Vertical do HIV e Terapia Antirretroviral em Gestantes**: manual de bolso/ Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Programa Nacional de DST e Aids. – Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRAUNER, Maria Claudia Crespo. A monoparentalidade projetada e o direito do filho à biparentalidade. **Estudos Jurídicos**, v. 31, n. 83, São Leopoldo – RS, p. 137-153, set./dez., 1998.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAMBLER, Everaldo Augusto e et al. **Comentários ao Código Civil brasileiro**, parte geral, v. 1. ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2. ed., v. I, Coimbra: Almedina, 1985.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. Direito à Informação x Direito à Privacidade. O Conflito de Direitos Fundamentais. In: **Revista da AMAERJ**, Rio de Janeiro, n. 5, p. 9-15, 2002.

CARVALHO, Volnei de Batista. **Alimentos ao nascituro**: ensaios. Itajaí, SC: Gráfica da UNIVALI, 1994.

CASTRO MENDES, João. **Direito civil**. Teoria Geral. v. I, Lisboa: AAFDL, 1978.

CATALANO, Pierangelo. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. **Revista de Direito Civil**, n. 45, ano 7, p. 7-15, jul./set., 1988.

CAYLA, Olivier; THOMAS, Yan. **Du droit de ne pas naître** – A propos de l'Affaire Perruche. Paris: Gallimard, Le Débat, 2002.

CHANTEUR, Janine. **Condamnés à mort ou condamnés à vivre?** Autour de l'arrêt Perruche. Paris: Editions Factuel, 2002.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTR, 2000.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Alimentos gravídicos e os direitos do nascituro. In: CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu; SIMÃO José Fernando; FUJITA, Jorge; ZUCCI, Maria Cristina (Orgs.). **Direito de família no novo milênio**. Estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo. São Paulo: Atlas, 2010, p. 611-634.

_____. O nascituro e a reprodução humana assistida no Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2008, p. 197-233.

_____. O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. Evolução e tendências. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 20, p. 222-232, 2007.

_____. **Comentários ao Código Civil**: parte especial: do direito de família. Vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710). São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Bioética e direitos de personalidade do nascituro. **Scientia Iuris** (UEL), Londrina-PR, v. 7/8, p. 87-104, 2003.

_____. Bioética e dano pré-natal. **Revista do Advogado** (São Paulo), São Paulo, n. 58, p. 62-77, 2000.

_____. Direitos da personalidade do nascituro. **Revista do Advogado** (São Paulo), São Paulo, n. 38, p. 21-30, 1992.

_____. Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do direito romano. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 54, p. 52-60, 1991.

CHOERI, Raul. **O direito à identidade na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

CLOTET, Joaquim. **Bioética**: uma aproximação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

COELHO, Ivana Pedreira. Direito de sátira: conflitos e parâmetros de ponderação. In: SCHREIBER, Anderson (Coord.). **Direito e mídia**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97-117.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS. Publicação autorisada (sic) pelo Governo. Terceira edição mais augmentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier (Livreiro Edictor do Instituto Historico), 1876.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; GUILAM. Maria Cristina R. O discurso do risco e o aconselhamento genético pré-natal. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 10, p. 2.141/2.149, out., 2006.

CORRÊA, Marilena Villela. **Novas tecnologias reprodutivas**: limites da biologia ou biologia sem limites?**.** Rio de Janeiro: EdUERJ, 2001.

COSTA, Sérgio; DINIZ, Débora. Existe conflito materno-fetal? In: DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. **Ensaios**: bioética. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. São Leopoldo, RS: Unisinos, 2006.

DALSENTER, Thamis. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Departamento de Direito. **Corpo e autonomia**: a interpretação do artigo 13 do Código Civil Brasileiro. 2009. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, 1911-1964. **Programa de direito civil.** 3.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DANTAS, San Tiago. **Programa de direito civil**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

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

_____. **Manual de direito das famílias**. 8 ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Alimentos gravídicos: alimentos para a vida. **Revista magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre: Magister, v. 27, p. 87-88, nov./dez., 2008.

_____. **Alimentos e poder familiar**. Disponível em: www.mariaberenice.com.br. Acesso em 10 maio 2013.

DINIZ, Debora. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 24 jan. 2009.

_____. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 175-181, 2003.

_____. Quem pode ter filhos? In: DINIZ, Debora; COSTA, Sérgio. **Ensaios**: bioética. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

_____; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. 8. ed. São Paulo: Editora Brasiliense (Coleção Primeiros Passos), 2012.

_____, Sergio. Existe conflito materno-fetal? In: DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. **Ensaios**: bioética. São Paulo: Brasiliense; Brasília: Letras Livres, 2006.

_____; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: LetrasLivres, 2004.

_____; GOMES, Rosely. Infertilidade e Infecundidade: acesso às novas tecnologias conceptivas. In: FERREIRA, Verônica; ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula (Orgs.). **Feminismo e novas tecnologias reprodutivas**. Recife: SOS CORPO - Instituto Feminista para a Democracia., p. 49-66, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 1º volume: teoria geral do direito civil. 24. ed., rev. e atual. de acordo com a Reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Reflexões jurídico-filosóficas sobre a problemática das novas técnicas científicas de reprodução humana assistida e a questão da responsabilidade civil por dano moral ao pré-embrião e nascituro. **Livro de Estudos Jurídicos**, São Paulo, v. 8, p. 207-231, 1994.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Parte geral do novo Código Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44-69.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução de Márcio Pugliese. São Paulo: Editora Ícone, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Bioethics and the Fetus.** London: ArperColllins, 1991.

_____. O que é uma vida boa?. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 7(2), p. 607-616, jul,/dez., 2011.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Sistema de direito civil brasileiro**. vol. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Ed. Francisco Alves, 1938.

FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, limites e transmissibilidade – anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista da EMERJ**, v. 8, n. 31, p. 51-70, 2005.

_____. **Direito de família**: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil**: parte geral e LINDB. v. 1, 11. ed., rev., ampl. e atual. Salvador, BA: Juspodivm, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 6. ed., 4. reimpr. São Paulo: Atlas, 2012.

FIUZA, César. Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 100, v. 914, p. 75-93, dez., 2011.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

FREIRE, Milciades Mario de Sá. **Manual do Código Civil brasileiro**. Parte Geral. Disposição Preliminar e das Pessoas e dos bens (Arts. 1 a 73). Vol. II, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1930.

FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. Brasília, Ministério da Justiça: Fundação Universidade de Brasília, 1983.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil,** v. I, Rio de Janeiro: Saraiva, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Efeitos patrimoniais do biodireito com relação ao nascituro e ao filho póstumo. **Revista da Escola de Magistratura Regional Federal**, v. 14, p. 21-48, 2011.

_____. Princípio da paternidade responsável. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flávio (Org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 727-945.

_____. Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: FERREIRA, Fernando G. de Andréa; GALVÃO, Paulo Braga (Org.). **Direito contemporâneo**: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009, p. 317-338.

_____. **Direito civil**: sucessões. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. Princípio da paternidade responsável. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 18, p. 21-41, abr./jun., 2004.

_____. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GIORGIANNI, Michele. O direito privado e as suas atuais fronteiras. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 87, v. 747, , p. 35-55, jan., 1998.

GODOY, Gabriel Gualano de. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná – UFPR. 2007.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Sucessões**. 15. ed., rev. e atual. por Mario Roberto Carvalho de Faria. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? Tradução de Karina Jannini; revisão da tradução Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

HOBBES, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil** (coleção Os pensadores). Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

LIMA, José Mauro Braz. **Álcool e gravidez**: síndrome alcoólica fetal – SAF – Tabaco e outras drogas. Rio de Janeiro: Medbook, 2008.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil,** v. I, 3. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Entidades familiares constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 12, p. 40-55, 2002.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 141, p. 99-110, jan./mar., 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Cursos de direito civil**. v. I, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado,** v. I. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

MADALENO, Rolf. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Curso de direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Código de processo civil comentado artigo por artigo**. 4. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **Pessoa, personalidade, dignidade** (ensaio de uma qualificação). Tese de livre-docência em direito civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003.

_____. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, n. 3, p. 59-78, 2000.

_____. O direito privado como um "sistema em construção" – As cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, ano 87, v. 753, p. 5-22, jul., 1998.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. In: FACHIN, Gustavo; TEPEDINO, Gustavo (Org.). **Pensamento crítico do Direito brasileiro**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 215-226.

_____. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. **O elo perdido da filiação:** entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____; ABÍLIO, Vivianne da Silveira. Autoridade parental como relação pedagógica: entre o direito à liberdade dos filhos e o dever de cuidado dos pais. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 339-353.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 87-114.

MELO, Helena Pereira. **O diagnóstico pré-natal e o eugenismo**. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado (coords.). Bioética e direitos da pessoa humana. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A vida e a dignidade da pessoa humana na fase pré-natal: uma defesa da personalidade do nascituro. In: MENEZES, Joyceane Bezerra de (Org.). **Dimensões da personalidade no ordenamento constitucional brasileiro**. Florianópolis, SC: Conceito Editora, 2010, p. 337-364.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de, 1892-1979. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1967.

MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**, parte especial, tomo IX [Direito de Família: Direito parental: Direito pretectivo], 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Tratado de direito privado**: parte geral. v. I, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil.** v. I, 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de direito civil**: parte geral. vol. 1., 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MOORE, Keith L; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. **Embriologia clínica**. 7. ed. Tradução de Adriana Paulino do Nascimento et all. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito do nascituro à vida. **Revista Brasileira de Direito de Família**, ano VII, n. 34, p. 143-152, fev./mar., 2006.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria geral do direito civil**. 4. ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOUREIRA, Diogo Luna. **Pessoas e autonomia privada**: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 24. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Bioética, biodireito e o Código Civil**. Belo horizonte: Del Rey, 2004.

_____; LIMA, Taisa Maria Macena de. Direito à reparação do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho dano moral e personalidade do nascituro. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª. Região**, v. 81, p. 113-136, 2010.

NEGREIROS, Teresa. Dicotomia Público-Privado frente ao problema da Colisão de Princípios. In: MELLO, Celso de Albuquerque. **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337-375.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O nascituro e os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

NICOLAU, Gustavo Rene. **Direito civil**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

OLIVA, Milena Donato. **Patrimônio separado** – herança, massa falida, securitização de créditos imobiliários, incorporação imobiliária, fundos de investimento imobiliário, *trust*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Indenização por danos morais ao nascituro. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (Coord.). **O direito civil no século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145-166.

ORLANDO DE CARVALHO. **Teoria geral do direito civil**. Coimbra: Centelha, 1981.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Tutela jurídica do nascituro à luz da Constituição Federal. In: **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 30, n. 251, p. 251-264, abr./jun., 2006.

PANCINO, Claudia. Como nós éramos. Nascituros e fetos na história: entre imagens e imaginário. In: **História**: Questões e Debates, n. 47, Curitiba, PR: Editora UFPR, p. 15-41, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. VI, rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira, 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. 1., 23. ed., de acordo com o Código Civil de 2002, rev. e atual. por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. **Direito civil**: alguns aspectos da sua evolução. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente**. Uma proposta interdisciplinar. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____; FRANCO, Natália Soares. O cuidado e o direito aos alimentos do nascituro e da gestante: considerações sobre a lei n. 11.804-2009. In: Tânia da Silva Pereira; Guilherme de Oliveira (Orgs.). **Cuidado e Vulnerabilidade**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 96-104.

PERLINGIERI, Pietro. **Direito civil na legalidade constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. **La personalità umana nell'ordinamento giuridico**. Napoli: Esi, 1972.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de direitos humanos**. São Paulo: Max Limonad, 2003.

_____. Os direitos Reprodutivos como Direitos Humanos. In: BUGLIONE, Samantha (Org.). **Reprodução e sexualidade**: uma questão de justiça. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 61-80.

PORCHAT, Reinaldo. **Da pessoa física em direito romano**. São Paulo: Duprat & Cia., 1915.

QUEIROZ, Arryanne. Tecnologias Reprodutivas e Direito: algumas conexões. In: DINIZ, Debora; BUGLIONE, Samantha (Eds.). **Quem pode ter acesso às tecnologias reprodutivas?** Diferentes perspectivas do direito brasileiro**.** Brasília: Letras Livres, 2002, p. 23-31.

RAMÍREZ-GÁLVEZ, Martha. A fertilização tecnológica de nossos corpos In: FERREIRA, Verônica; ÁVILA, Maria Betânia; PORTELLA, Ana Paula (orgs.). **Feminismo e novas tecnologias reprodutivas**. Recife: SOS CORPO – Instituto Feminista para a Democracia, nov., 2006, p. 1-190.

REIS JÚNIOR, Antonio dos. Novas perspectivas sobre o direito à honra: estudos sob a ótica civil-constitucional. **Civilistica.com** - Revista Eletrônica de Direito Civil, v. 5, p. 1-30, 2013.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Diálogo entre a Ciência e o Direito. 1. ed., 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007, p. 21-48.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Personalidade e capacidade do ser humano a partir do novo Código Civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de teoria geral do direito civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 177-214.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte geral do Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 2. ed., rev., e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 1-35.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito civil.** Vol. I, São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS NETO, José Antonio de Paula. **Do pátrio poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Notas sobre a dignidade da pessoa humana na jurisprudência do STF. In: SARMENTO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang (coord.). **Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal**: balanço e crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 687-721.

SARMENTO, Daniel. O direito à informação, **O Globo,** Opinião, 26 fev. 2011.

_____. Legalização do Aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos limites da vida:** aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 3-52.

_____. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCLIAR, Moacyr. História do conceito de saúde. **Physys**: Revista de Saúde Coletiva, v. 17, n. 1**,** Rio de Janeiro, p. 29-41, abr., 2007.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Direitos da personalidade**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros de reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Os direitos da personalidade no Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. **Diálogos sobre direito civil**. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 231-264.

_____. A representação no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 225-249.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed., rev., atual. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed., rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 68, de 21 dez 2011. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Marcos Alves. **Do pátrio poder à autoridade parental**: repensando os fundamentos jurídicos da relação entre pais e filhos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. Princípio constitucional da paternidade responsável: diretrizes para a reinterpretação do art. 1614 do Código Civil. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, v. 31, p. 17-39, 2013.

_____. Sanções decorrentes da irresponsabilidade parental: para além da destituição do poder familiar e da responsabilidade civil. In: **Civilistica.com** – Revista Eletrônica de Direito Civil, a. 2, n. 2, p. 1-26, 2013. Disponível em: <www.civilistica.com>. Acesso 28 jun. 2013.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela,** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: lei de introdução e parte geral. Prefácio Maria Helena Diniz 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Saúde, corpo e autonomia privada**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Novas entidades familiares. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 16, p. 2-30, out./dez., 2003.

_____; KONDER, Carlos Nelson. Situações jurídicas dúplices: controvérsias na nebulosa fronteira entre patrimonialidade e extrapatrimonialidade. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Diálogos sobre direito civil**, v. 3, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 3-24.

_____. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, v. 18, 2010. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1357/1145>. Acesso em 25 jul. 2011.

_____; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade**. São Paulo: Atlas, 2010.

TEPEDINO, Gustavo. Tutela da personalidade após a morte. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Editorial, ano 12, v. 46, p. v-vi, abr./jun., 2011.

_____. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Padma, v. 17, p. 33-49, 2004.

_____. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: **Temas de Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25-62.

_____. Do sujeito de direito à pessoa humana. Editorial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 2., p. v-vi, abr./jun., 2000.

_____. A tutela constitucional da criança e do adolescente: projeções civis e estatutárias. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Org.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 865-886.

_____. A técnica da representação e os novos princípios contratuais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 386, p. 117-127, 2006.

_____; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, *accanimento terapeutico* e dignidade humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 10, v. 39, p. 3-17, jul./set., 2009.

_____; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina (Coords.). **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TORCO, Jose Maldonado y Fernandez. **La condicion jurídica del "nasciturus" en el derecho español**. Madrid: [s.n.], 1946.

TRÍAS, Encarna Roca i. Direitos de reprodução e eugenia In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologa, direito e bioética**. Belo Horizonte: Del Rey e Puc-Minas, 2002, p. 100-126.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. **A proteção jurídica do ser humano** in vitro **na era da biotecnologia**. São Paulo: Atlas, 2006.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Teoria Geral do Direito Civil**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** Vol. 1, 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Direito civil**. Vol. 1, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? LOYOLA, Maria Andréa (Org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: LetrasLivres, 2005, p. 115-139.

_____. **Direitos reprodutivos no Brasil**. Publicação do Fundo de População das Nações Unidas - UNFPA, fev., 2004.

VILLELA, João Baptista. A desbiologização da paternidade. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**. Belo Horizonte, ano XXVII, n. 21, p 401-119, 1979.

ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Orgs.). **Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina**. Campinas, SP: Unicamp/Nepo, 2001, p. 182-202.

WELLMAN, Carl. The Concept of Fetal Rights. **Law and Philosophy**, 21, Kluwer Academic Publishers, 2002, p. 65-93.

WELTER, Belmiro Pedro. Igualdade entre a filiação biológica e socioafetiva. **Revista Brasileira de Direito de Família**, n. 14, jul./set., 2002, p. 128-163.