

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**MELISSA ISABEL FACHINETTO TORRES**

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS E PROTEÇÃO INTEGRAL DA PESSOA**

CURITIBA

2011

**MELISSA ISABEL FACHINETTO TORRES**

**ALIMENTOS GRAVÍDICOS E PROTEÇÃO INTEGRAL DA PESSOA**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração Relações Sociais, Linha de Pesquisa Novos Paradigmas do Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel.

CURITIBA

2011

## TERMO DE APROVAÇÃO

MELISSA ISABEL FACHINETTO TORRES

ALIMENTOS GRAVÍDICOS E PROTEÇÃO INTEGRAL DA PESSOA

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

---

Prof. Dr. José Antonio Peres Gediel  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo  
Universidade Federal do Paraná

---

Prof. Dra. Rosalice Fidalgo Pinheiro  
UniBrasil

Curitiba, 12 de setembro de 2011.

À memória de Maria Isabel Fachinetto.

Para Caetano e Marcel.

## RESUMO

O nascituro é objeto de inúmeros estudos jurídicos, filosóficos e religiosos há tempos. Sua natureza e uma possível classificação deste ser em pessoa ou não acirram debates infundáveis e a indefinição do que é o nascituro acaba por afastá-lo da circunscrição de defesa legal. As várias teorias que tentam explicar sua natureza humana têm, todas, certezas e incertezas que podem acarretar numa ausência de proteção tanto do feto quanto do nascituro em fases anteriores, como a de embrião. A proteção integral da pessoa é princípio de direito constitucional e humanitário que visa, principalmente, albergar direitos ínsitos ao ser humano; direito à vida, à saúde, a uma existência digna. A legislação brasileira dá o direito à proteção integral às crianças e adolescentes, mas o Estatuto não faz menção ao nascituro. Tal fato poderia acarretar na exclusão deste da proteção do Estado. A lei de alimentos gravídicos (Lei 11.804/08) é tida por parte da doutrina brasileira como um marco na legislação em defesa dos interesses do nascituro, podendo então, concluir que o legislador do CC 2002, ao estabelecer no artigo 2º, que a lei põe a salvo os direitos do nascituro, quis igualar este ao já nascido. Entretanto, ao analisar a situação jurídica do ser em formação no ventre materno, percebe-se que há outras questões envolvidas além da mera interpretação do artigo de lei. Há que se investigar as origens da vida. Quando, se é que é possível, pode-se considerar o início da existência humana. Questiona-se inclusive se o embrião humano pode ser considerado nascituro. Além deste complexo tema, também é necessário avaliar o valor da vida humana e, em algum ponto da pesquisa, aprofundar o conhecimento na filosofia e na religião. Se o nascituro tem direito a proteção integral ditada pelo Estado de Direito, os alimentos lhe são devidos sempre, independentemente da ordem emanada por Lei. A doutrina, a jurisprudência e as decisões judiciais sobre o tema servem de base para avaliarmos a inocuidade de legislação específica impondo deveres a alguém, que, por natureza, afeto e solidariedade deveria automaticamente se responsabilizar pela vida de seu filho. Também se questiona as relações paterno-filiais desde o início da gestação e a importância da figura paterna para o bom desenvolvimento da pessoa.

**PALAVRAS-CHAVE:** nascituro; direitos do nascituro; alimentos gravídicos; início da vida; paternidade responsável; dignidade humana.

## ABSTRACT

The unborn child has been the subject of a large number of legal, philosophical and religious studies for a long time. Its nature and a possible classification of this being as a person stimulates endless debates and the indefiniteness of what is the unborn child leaves it out of the law protection. The various theories that try to explain its nature have their own certainties and uncertainties that can lead to an absence of protection to the fetus as well as to the unborn in former stages of its development, such as the embryo phase. The full protection of the individual is a constitutional and humanitarian right which aims, specially, protects inherent rights of the human beings; right to life, health, to have a decent life. The Brazilian law gives this full protection to children and adolescents, but the Statute does not mention the unborn child. This fact could lead to their exclusion from the protection of the State. The Pregnancy Alimony law (11.804/08) is considered by part of the Brazilian legal doctrine as a mark in the law system which comes in defense of the unborn interests, concluding, therefore, that the Brazilian legislator when established in the 2<sup>nd</sup> article of the Civil Code from 2002, that the law guards the rights of the unborn, was equaling these to the already born people. However, when analyzing the juridical situation of the being that is being formed in the mother's womb, we realize that there are other issues involved than the simple interpretation of the article. The investigation of the origins of life is needed. When, if it's possible, could we consider the beginning of human existence. They wonder even if the human embryo can be considered an unborn. Beyond this complex theme, it is also important to evaluate the value of the human life and, in some point of the research, deepen the knowledge in philosophy and religion. If the unborn have the right to be fully protected, as dictated by the Rule of Law, the alimony is always due, even if it is not ordered by law. The doctrine, jurisprudence and judicial decisions about the topic are a base to evaluate the ineffectiveness of the specific law imposing duties to someone, who, by nature, affection and solidarity should automatically be responsible for the life of his or her child. Yet it is questioned the parent-child relationship ever since the beginning of the gestation and the importance of the father figure to the person's good development.

**KEYWORDS:** unborn child; rights of the unborn child; pregnancy alimony; beginning of life; responsible parenthood; human dignity.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>ABSTRACT</b> .....	vi
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	8
<b>1 - A GESTANTE E O FETO – COMPLEXA UNIDADE BIOLÓGICA E A DISSOCIAÇÃO JURÍDICA</b> .....	12
1.1. GESTANTE <i>VERSUS</i> NASCITURO – O ABORTO E DIREITOS DA MULHER EM NÃO SER MÃE: O DEBATE NORTE-AMERICANO E O PENSAMENTO DE DWORKIN .....	29
1.2. DIREITO À MATERNIDADE E SUAS LIMITAÇÕES NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA .....	41
1.3. O NASCITURO E O DIREITO A PROTEÇÃO INTEGRAL .....	53
<b>2 – O DIREITO E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR</b> .....	59
2.1. DOS ALIMENTOS AOS FILHOS NASCIDOS E AO NASCITURO .....	59
2.2. DESVINCULAÇÃO DA PROVA DE PATERNIDADE .....	71
2.3. DIREITOS REPRODUTIVOS E ALIMENTOS .....	78
<b>3– FINALIDADE DA LEI 11.804/08 E A INCOMPLETUDE DOS DISCURSOS JURÍDICOS</b> .....	81
3.1. A LEI E SUAS LACUNAS .....	81
3.2. A INCONSISTÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS .....	87
3.3. AS OSCILAÇÕES DA DOCTRINA .....	95
<b>CONCLUSÃO</b> .....	100
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	105



## INTRODUÇÃO

Não há relação mais complexa do que aquela que se estabelece entre a gestante e o feto.

Saber se o feto sente, pensa, sabe o que se passa ao seu redor é um dos fatores que desencadeiam a curiosidade não somente daqueles que estudam medicina, mas também de pessoas ligadas a áreas diversas de conhecimento, como a religião e o direito. É, talvez, uma necessidade humana verificar se o feto é ou não uma pessoa no sentido de ter sentimentos, de sentir dor, medo, ter dúvidas, assim como seus genitores e aquela que o carrega em seu ventre possuem.

O nascituro é visto por muitos como uma pessoa; igual em tudo aos que já nasceram com uma singela diferença: prescinde de proteção e auxílio para poder vir ao mundo.

A visão de que seja pessoa no sentido literal da palavra, acarreta para o direito, a existência de uma proteção integral ao nascituro assim como possui o nascido.

Se não for considerado pessoa, pode o nascituro ser equiparado a um objeto ou coisa, o que, a primeira vista, não parece correto, até porque as coisas não possuem vida; o nascituro pode não ter nascido ainda, mas, dentro do ventre de sua mãe, interage com o ambiente que o cerca e, podemos afirmar a existência de vida.

A ideia de que o nascituro seria uma pessoa em potencial também é debatida na doutrina jurídica. Entendem que, neste caso, ele tem potencial de, ao nascer com vida, ser considerado pessoa. A personalidade, portanto, estaria condicionada ao nascimento; mas não um nascimento qualquer e sim com vida, pois nascendo morto, não há que se falar em pessoa.

O embate sobre a natureza do nascituro parece não ter fim, o que não significa que seja ruim. Os debates aguçam os sentidos e instigam aqueles que dele

tomam parte a buscar as respostas. A ciência evolui com isso e toda a sociedade tem a ganhar.

Sempre se buscou conhecer a gestação desde a concepção até o momento final com a expulsão do feto do corpo da mulher. Por muito tempo a ciência conhecia aquilo que conseguia enxergar: um corpo em constantes modificações para carregar dentro de si outro ser que se forma.

O avanço tecnológico deu ao homem a possibilidade de ver e acompanhar a formação do embrião e sua evolução até se tornar feto e, por último, ser humano nascido e vivo. É possível a descoberta, o acompanhamento e o tratamento de moléstias que antes somente eram verificáveis após o nascimento e as vezes depois de algum tempo de vida do bebê.

Essa tecnologia na área da reprodução humana acabou por solucionar problemas de saúde dos fetos ainda no ventre materno, mas também criou impasses cuja tônica talvez possa ser considerada mais grave. Com a possibilidade de saber sobre a saúde do feto, a anencefalia pode ser diagnosticada na gestação e, com isso, os questionamentos ético-religiosos sobre a continuidade da gestação ante a constatação da impossibilidade de vida após o nascimento passam a ganhar espaço.

O judiciário começa a receber inúmeros pedidos de autorização de abortos de fetos anencéfalos e deve dar uma resposta: autoriza o adiantamento do parto ou, em defesa da vida que se forma dentro da mãe, opta por dar continuidade a uma gestação cujo fim não é o esperado por nenhuma mãe.

As demandas judiciais baseadas na vida ou não vida dos nascituros cresce e se multiplicam. Até o momento poucos se atreviam a questionar direitos a estes “seres”; eles não eram pessoas.

Agora discute-se seus direitos enquanto seres humanos. Direitos decorrentes de acidentes, de erro médico, da paternidade irresponsável de muitos e até da maternidade. A era dos direitos humanos abarca também os nascituros; considerados pessoas ou não.

A personalidade e a personalidade jurídica não atingem a noção de sujeito de direitos. Pessoas jurídicas, que são uma ficção reconhecida pelo direito são sujeitos de direitos. O nascituro é sujeito de direitos. E como tal, merece ter seus direitos respeitados. Tem direito a ver sua expectativa do nascimento se concretizar e de forma digna.

Diante disso, discute-se seu direito a alimentos antes mesmo de nascer. O pai-genitor não somente pode como deve ser coagido a pagar alimentos ao filho nascituro. Não porque o nascituro seja pessoa, mas porque a legislação deve proteger a todos, mas ainda em grau maior os indefesos, aqueles que não tem voz nem força para brigarem por sua própria vida.

A Lei de Alimentos Gravídicos pode ser considerada um marco no direito brasileiro, pois é a primeira legislação que trata diretamente e exclusivamente de um direito do nascituro. Ainda que de forma precária como é possível observar.

Atrás das cortinas da Lei está escondida a visão do legislador brasileiro sobre quão importante é proteger o nascituro; proteger as futuras gerações que trilharão seus caminhos sob o manto da Constituição e da legislação que os protegeu antes mesmo de seu nascimento.

Mais pertinente do que a criação de uma obrigação legal, seria a assunção de responsabilidades pelas pessoas vivas, sujeitos de direito, com personalidade jurídica, que não assumem seus atos e, mais grave do que isso, não se responsabilizam pelos seus. Trazem ao mundo filhos de mães, mas não filhos de pais.

A paternidade responsável deveria decorrer da própria natureza humana, mas não é isso que se verifica nas relações paterno-filiais. Há invariavelmente a necessidade de impor-se a paternidade ao pai. Obriga-se o pai a ser pai e o filho a amar um pai que não quer ser pai.

Nem sempre a lei é a melhor solução para um problema social. A efetividade da legislação especial criada para solucionar parte do problema da ausência de

responsabilidade parental deve ser analisada. Também prescinde de estudo específico todos os fatores e aspectos relevantes que dizem respeito ao fundamento desta legislação, como a maternidade, a paternidade e as questões atinentes ao nascituro, aborto, vida e reprodução humana assistida.

## 1 A GESTANTE E O FETO – COMPLEXA UNIDADE BIOLÓGICA E A DISSOCIAÇÃO JURÍDICA

O liame que une gestante e feto ou mãe e filho segue sendo um mistério, mesmo ante a evolução das técnicas e métodos de reprodução. A doutrina civilista aponta que por muito tempo, o ser que se formava no ventre materno era algo místico. Pairava na imaginação da gestante e das demais pessoas ao seu redor inúmeros questionamentos relacionados ao feto. Não existia possibilidade de transpassar a barreira biológica imposta pelo desconhecimento, sendo imprescindível o nascimento para a concretização da vida. A ciência biológica cresce e com ela, o manto negro que pairava sobre a maternidade se esvai. Hoje podemos ver literalmente o que ocorre com o feto no ventre materno<sup>1</sup>.

Tal evolução não afasta, nem diminui os questionamentos a respeito do vínculo que a gestação cria entre gestante e feto. Há no imaginário humano uma mistificação da relação existente entre mãe e filho que ultrapassa o limite da razão e é considerado por muitos como sagrado.

A maternidade é descrita como uma dádiva divina que possibilita a criação de um vínculo quase que indissolúvel entre mãe e filho. Toda a discussão é até certo ponto envolvente, se analisarmos a maternidade de um prisma fantasioso e perfeito. Entretanto, as relações humanas estão longe de serem perfeitas e, as expectativas e planos de uma mulher podem ser ameaçados pela maternidade.

---

<sup>1</sup> O professor Eduardo de Oliveira Leite, em artigo publicado na Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná em 1996, afirmava que “O embrião humano – fonte e origem da vida – até então escondido no seio da mulher protegido pelos segredos da natureza que não permitiam o acesso indiscreto da curiosidade humana, passa a ser examinado, estudado e analisado cada vez melhor, desde a concepção, de modo que o “mistério” antigo é revelado com uma precisão técnica que nos permite ver o caminho e o desenvolvimento no organismo materno”. *In Direito do Embrião Humano: mito ou realidade?* A. 29, n. 29. 1996. p.121-146.

É neste ponto que a discussão se acirra; a mulher tem direito ao próprio corpo, isso é fato. Mas, não se pode afirmar que isso inclui decidir sobre a continuidade ou não de outra vida que se forma em seu ventre.

A afirmação de unidade entre gestante e feto ou a autonomia e independência de ambos leva a conclusões diametralmente opostas sobre proteger o direito da mãe ou do filho.

O início da vida é um marco importantíssimo para se conseguir traçar um paralelo entre mãe e nascituro. Entretanto, é necessário distinguir a vida biológica da vida jurídica, pois o início das duas pode se dar em momentos distintos.

Este tema é intensamente discutido não somente entre juristas, mas também entre médicos, biólogos e pesquisadores da área da genética vez que não há consenso em campo algum sobre quando exatamente podemos considerar uma vida iniciada.

Barchifontaine coloca ser inegável biologicamente que um novo ser é formado no momento da união entre o óvulo e o espermatozóide.<sup>2</sup>

O autor também aponta as teorias científicas que visam fixar o início da vida:

Segundo a visão da genética, a vida humana começa na fertilização, quando espermatozóide e óvulo se encontram e combinam seus genes para formar um indivíduo com um conjunto genético único. Assim, é criado um novo indivíduo, um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro. É também a opinião oficial da Igreja Católica; já na visão da embriologia a vida começa na 3ª semana de gravidez, quando é estabelecida a individualidade humana. Isso porque até 12 dias após a fecundação o embrião ainda é capaz de se dividir e dar origem a duas ou mais pessoas... sob a visão neurológica: o mesmo princípio da morte vale para a vida. Ou seja, se a vida termina quando cessa a atividade elétrica do cérebro, ela começa quando o feto apresenta atividade cerebral igual 'a de uma pessoa... sob a visão

---

<sup>2</sup> BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo D. B.; SCALQUETTE, Ana Claudia; LIMA, Cíntia R. P.; BERGSTEIN, Gilberto (Coord.). **Dignidade da Vida Humana**. São Paulo: LTR, 2010. p. 13.

ecológica, a capacidade de sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida.<sup>3</sup>

Há, inegavelmente, uma união entre gestante e embrião-feto que não se afasta. Prova disso é o fato de ser possível reproduzir fora do corpo feminino o embrião, porém este não encontra outro meio para seu desenvolvimento se não o ventre materno. Ou seja, mesmo que, em algum ponto do seu desenvolvimento possa considerar o embrião-feto um ser único e independente, ainda assim, o desenvolvimento de sua vida biológica depende da mulher que o carrega. Além disso, existem estudos que demonstram a influência que os sentimentos da mãe acarretam no desenvolvimento do filho, sem contar nas conseqüências comprovadas no uso de bebidas alcoólicas, drogas e medicamentos pela mãe no desenvolvimento do feto.<sup>4</sup>

Tais constatações fazem crer que, em que pese a existência de dois seres distintos - uma vez que o feto irá desenvolver sua própria carga genética com base nos genes recebidos de seus genitores- , a unidade entre mãe e filho persiste.

Segundo Adriana Maluf<sup>5</sup>,

O desenvolvimento embrionário tem início com a fecundação. As características do novo indivíduo são determinadas pelos cromossomos herdados nesse momento do pai e da mãe. O zigoto, guiado pela sua informação genética única, inicia rapidamente a constante divisão, diferenciação e migração celular, que irão formar todos os tecidos do organismo de forma surpreendentemente precisa. Passará por sucessivas etapas e divisões celulares até formar o indivíduo propriamente dito.

---

<sup>3</sup> *Op. Cit.* p. 14. Ainda sobre as diferentes teorias que tentam definir o início da vida humana, Adriana Maluf coloca as diferentes visões de várias religiões: "Sob a ótica da religião a determinação do momento inicial da vida também conhece diferenças: para o catolicismo, a vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado, formando um ser humano em potencial... para o judaísmo a vida começa apenas no 40º dia, quando acredita-se que o feto começa a adquirir forma humana, tanto que antes disso a interrupção da gravidez não é considerada crime. ...sob a ótica do espiritismo, a vida é um efeito produzido pela ação de um agente sobre a matéria, a união da alma e do corpo se dá na concepção, mas só se completa no instante do nascimento. p. 87;88.

<sup>4</sup> Sobre as influências do comportamento materno sobre o feto, ver: [http://guiadobebe.uol.com.br/psicgestante/a\\_vida\\_emocional\\_do\\_feto.htm](http://guiadobebe.uol.com.br/psicgestante/a_vida_emocional_do_feto.htm). Sobre drogas e medicamentos: <http://www.portaldeginecologia.com.br/modules.php?name=News&file=article&sid=287> e <http://www.manualmerck.net/?id=278&cn=1449> (acesso em 17/02/2011).

<sup>5</sup> MALUF, Adriana. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2010. p. 91.

Tal ligação é imprescindível não somente para o desenvolvimento sadio do novo ser como também para seu nascimento, pois é um conjunto de forças de mãe e filho que o trazem ao mundo. Somente verifica-se a quebra destes laços com o rompimento do cordão umbilical.<sup>6</sup>

Biologicamente e psicologicamente, mãe e filho permanecem ligados por toda a gestação, mesmo que, em determinado estágio do desenvolvimento do feto, possamos identificar um ser humano que é distinto daquele que o traz no ventre.

Para Silmara Chinellato, o nascituro – incluindo nesta definição o embrião<sup>7</sup> – desde a fecundação é um ser individualizado. Chega a tal conclusão analisando as pesquisas do geneticista francês Jérôme Lejeune, que faz tal afirmação com base no fato de a carga genética do nascituro ser plenamente diferenciada da do pai ou da mãe.

Se analisarmos a seara jurídica, veremos que a dissociação entre mãe e filho pode ocorrer bem antes da biológica. Segundo Adriana Maluf, a vida passa a ser um bem jurídico tutelado como direito fundamental desde a concepção que é o momento que comprova cientificamente a formação da pessoa.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> E ainda assim podemos dizer que o laço que unem mãe e filho jamais se desfaz. A mãe sente-se ligada ao filho durante toda a sua vida.

<sup>7</sup> Para Silmara Chinellato, a expressão nascituro também inclui o chamado “embrião pré-implantatório” que é o embrião fecundado *in vitro*. Para a jurista, “embrião é apenas um dos estágios de desenvolvimento do ovo (zigoto, mórula, blástula, embrião e feto). Acrescentar a palavra não-jurídica e restritiva ‘*embrião*’ significa negar a qualidade de nascituro que já tem”. A pessoa natural na quarta era dos direitos: o nascituro e o embrião pré-implantatório. *In Revista Brasileira de Direito Comparado*. N. 32, 2009. p. 79-129.

<sup>8</sup> E conclui que a vida tem início pela fecundação e torna-se viável pela nidação, entendendo-se o início legal da consideração jurídica da personalidade é o momento da penetração do espermatozóide no óvulo, mesmo fora do corpo da mulher. *Op. Cit.* p. 97.



Segundo Catherine Puigelier<sup>9</sup>, o início de uma vida jurídica não pressupõe o início de uma vida biológica, o que torna ainda mais difícil definir a natureza do nascituro e a partir de quando - e se - tem proteção jurídica.

As discussões acerca da condição do nascituro – se pessoa ou coisa – não são recentes. Há tempos tenta-se chegar a um consenso, porém sem sucesso. E não é apenas na seara medico-biológica que o impasse existe.

Citando decisão da Corte de Cassação e do Tribunal de Grande Instância de Rennes, na França, Puigelier<sup>10</sup> dá a tônica da discussão no âmbito jurídico ao afirmar que, conforme a conclusão daquela Corte, o embrião não gozaria de personalidade jurídica, mas também não poderia ser tratado como coisa, o que, em suma, gera a ideia de que desta forma, não há legislação que albergue os direitos do embrião.

No Brasil, assim como no resto do mundo, não é possível se chegar a uma conclusão lógica sobre a condição do nascituro. Há teoria que defenda ser apenas um amontoado de células capazes de tornarem-se um ser humano, o que lhe confere potencialidade de vir a ser humano, porém, não passaria disso.

Pela observação da forma como são tratados os nascituros, principalmente tomando por base a análise da paternidade, fica evidente que o nascituro não é tratado como pessoa em diversos casos.

Na verdade, o fato de estar preso ao ventre materno, cria uma ligação emocional e física muito maior entre ele e sua genitora do que com o genitor que não vive verdadeiramente a gravidez.

---

<sup>9</sup> PUIGELIER, Catherine. O Estatuto Jurídico do embrião e do feto (na França). *In Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 7, vol. 26, abril a junho de 2006. p. 110.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

A formação deste ser humano é acompanhada e vivenciada pela mãe desde o primeiro momento em que o óvulo é fecundado. O pai, por mais que acompanhe a gravidez, nunca sentirá o mesmo liame que une mãe e filho.<sup>11</sup>

Podemos até concluir que o nascituro não seja verdadeiramente uma pessoa pelo fato de não ter nascido e, portanto, não poder ser individualizado, mas, ainda assim, não podemos negar a carga humana que este ser carrega consigo e a potencialidade imensa de, ao nascer, ser reconhecido como um ser humano.

Se o que falta para este reconhecimento é sua chegada ao mundo extra-uterino, poderíamos considerá-lo um ser com potencialidade de pessoa, mas ainda assim, em defesa deste dom divino da vida, albergá-lo sob o manto jurídico, eis que indefensável por seus próprios meios.

O Direito sempre conferiu proteção jurídica ao nascituro, embora não haja consenso quanto a sua natureza jurídica, alinhando-se várias teses, "desde as que consideram tratar-se de direitos sem sujeito até as que entendem que há no caso só meros estados de vinculação, passando pela retroacção da personalidade ao momento da constituição do direito e, finalmente, pelas que sustentam haver lugar entre a concepção e o nascimento a uma personalidade parcial, reduzida, *fraccionária*"<sup>12</sup>.

Na seara jurídica há três teorias que visam atribuir personalidade jurídica ao nascituro. Cada uma delas o faz em momentos distintos da evolução do mesmo. Temos assim a teoria natalista, a teoria da personalidade condicionada e a teoria concepcionista.

O Código Civil Brasileiro é confuso ao tratar em seu artigo 2º do assunto. Estabeleceu o legislador civil: "A personalidade civil da pessoa começa do

---

<sup>11</sup> A filósofa italiana Paola Ricci Sindoni, membro do Comitato Nazionale di Bioetica, em artigo intitulado **Il corpo femminile e i suoi simboli. Una provocazione alla bioetica**, descreve a união entre mãe e filho que todo ser humano já experimentou e afirma a existência de um elo entre mãe e filho não apenas pela gestação, mas também através da amamentação. "Il latte, cibo liquido è relazione nutriente, unione tra due corpi, comunicazione materiale e psichica, comunione Che potenzia sempre più l'ormai avvenuta separazione". Disponível em: [HTTP://www.portaldibioetica.it/documenti/003397.htm](http://www.portaldibioetica.it/documenti/003397.htm) Acesso em 19/05/2011.

<sup>12</sup> BARBOZA, Heloísa Helena. **Proteção Jurídica do Embrião Humano**. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/protECAO.htm> acesso em 15/02/2011.

nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Os adeptos da teoria natalista afirmam que o legislador, ao redigir o artigo, filiou-se a ideia de que a personalidade somente tem início com o nascimento com vida e, portanto, nascituro, por não ter nascido ainda, não possui personalidade, o que o situa na classificação de coisa. Para esta corrente haveria expectativa de direitos por parte do não nascido, mas direitos verdadeiramente não os tem.

A teoria é ferrenhamente criticada por vários juristas, principalmente após o avanço tecnológico que se deu na seara da reprodução humana assistida e que levanta outras questões ainda mais complexas não somente sobre o nascituro, mas também quanto a natureza do embrião<sup>13</sup>.

Outra corrente intermediária, baseada no condicionamento da personalidade tenta explicar e classificar o nascituro e seus direitos. Esta teoria afirma que o nascituro possui personalidade, porém esta estaria condicionada ao seu nascimento com vida. Seus direitos seriam eventuais, sujeitos a condição suspensiva de nascer com vida.

O grande problema desta corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Vale ressaltar, por oportuno, que os direitos da

---

<sup>13</sup> Neste íterim TARTUCE afirma que há hoje posicionamentos admitindo ser o embrião englobado pela expressão “nascituro”. Segue essa linha de raciocínio a professora Silmara Juny Chinellato. Heloisa Helena Barboza, no entanto, difere do posicionamento citado nos casos de Fecundação *in vitro*, entendendo que o nascituro é aquele que já se encontra em gestação, o que somente pode ocorrer no útero de uma mulher. TARTUCE cita ainda posicionamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “o conceito tradicional de *nascituro* – ser concebido e ainda não nascido – ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que *nascituro*, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção”. In A situação jurídica do nascituro, **Revista Brasileira de Direito Comparado**, 2007, n. 33, p. 160.

personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente.<sup>14</sup>

Ao reconhecer a eventualidade dos direitos condicionados ao nascimento com vida, a corrente da personalidade condicionada em verdade, repete a ideia central da corrente natalista; não há direitos sem nascer com vida.

A terceira corrente defende que a condição de pessoa humana e, portanto de personalidade é adquirida no momento da concepção. Essa teoria vai além ao entender hodiernamente, que até mesmo os embriões excedentes (aqueles fecundados *in vitro* que não foram utilizados na inseminação da mulher) têm a mesma condição humana daqueles fecundados *in vivo*.

O embrião, desde a fecundação, é algo distinto da mãe e com uma autonomia genética-biológica que não permite estabelecer nenhuma mudança essencial em sua natureza até a idade adulta<sup>15</sup>.

Corroborando com esta visão, Antonio Chaves<sup>16</sup> assevera que é a fecundação que marca o início da vida. Quando os 23 cromossomos masculinos dos espermatozoides se encontram com os 23 do óvulo da mulher, definem todos os dados genéticos do ser humano, qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida.

Francisco Amaral acredita que o nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> *Op. Cit.* p. 162.

<sup>15</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira, *in* O Direito do Embrião Humano: mito ou realidade? Artigo publicado na **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 124.

<sup>16</sup> CHAVES, Antonio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo (Intersexualidade, transexualidade e transplantes)**. 2ª Edição. São Paulo: RT, 1994. p. 16.

<sup>17</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 257. Por outro lado, TARTUCE adota posicionamento que vê a coexistência de duas personalidades: uma formal e outra material. A primeira estaria relacionada aos direitos da personalidade podendo ser atribuída ao nascituro. A segundo se refere aos direitos patrimoniais e somente se adquire com o

Silmara Chinellato<sup>18</sup> defende que a personalidade não se confunde com capacidade, não sendo, portanto, condicional. Afirma também que somente os efeitos dos direitos patrimoniais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. Segundo a autora, o nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade.<sup>19</sup>

Jussara Meirelles<sup>20</sup>, para quem a personalidade jurídica se baseia na personalidade psíquica do homem, afirma que o indivíduo vê na sua personalidade jurídica a projeção de sua personalidade psíquica, mas naquela intervém um elemento de crucial importância, a ordem jurídica, do qual ela depende essencialmente, porquanto dela recebe a existência, a forma a extensão e a força ativa.

---

nascimento com vida. TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. *In Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 33, 2009.

<sup>18</sup> CHINELATO, Silmara Juny. A pessoa natural na quarta era dos direitos: o nascituro e o embrião pré-implantatário. *In Revista Brasileira de Direito Comparado*. n. 32, 2007. p. 98.

<sup>19</sup> Heloísa Helena Barboza, ao tratar da questão da personalidade, utiliza-se das lições de FERRARA para concluir que o homem somente é pessoa por força do direito objetivo. “Segundo FERRARA, o sujeito de direito se diz pessoa. Sujeito de direito é aquele que é investido de poder jurídico, aquele que se encontra em condição de fazer valer a norma, invocando a realização a próprio favor. Por conseguinte, pessoa e homem não coincidem. Pessoa não é o indivíduo racional e consciente e que tem vontade, mas simplesmente o *subjectum iuris*. Pessoa é um conceito puramente jurídico-formal, que não implica qualquer condição de corporalidade ou espiritualidade ao investido. O homem é pessoa enquanto é reconhecido sujeito de direitos e obrigações. A personalidade por isso é sinônimo de capacidade jurídica, é um produto da ordem jurídica. O homem não por natureza, mas por força do reconhecimento do direito objetivo é pessoa: não se tem um direito inato e primordial à personalidade.... Destaca entretanto FERRARA que, pela própria razão de ser do Direito - *homini causa constitutum est*, a personalidade, que começa com o nascimento uma vez atendidos os requisitos legais, não pode ser atribuída se não aos homens ou como meio de realização de seus interesses. Conclui que, no estado atual de civilidade, a capacidade do homem é um pressuposto da ordem jurídica e não tem necessidade de expresse reconhecimento. Hoje todos os homens são pessoas. A personalidade é igual para todos e acompanha o indivíduo em qualquer condição e estágio de sua vida.” *In BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção Jurídica do Embrião Humano*. Disponível em: <http://www.ghente.org/temas/reproducao/protECAo.htm> acesso em 15/02/2011.

<sup>20</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: renovar, 2000. p. 38.

Complementa seu raciocínio afirmando ser a personalidade jurídica uma criação social que nasce da necessidade de movimentar o aparelho jurídico, sendo assim modelada pela ordem jurídica.

Isso se dá em virtude da adoção pelo ordenamento jurídico brasileiro da figura da pessoa natural, o que se mostra essencial para considerar o homem sujeito de direito.<sup>21</sup>

Há visivelmente uma ruptura entre direito objetivo e o direito subjetivo. Tal secção é percebida ao longo do desenrolar dos séculos, perante as inúmeras transformações sociais. Desde o direito romano até o direito dos dias atuais, verifica-se uma constante modificação no conceito de pessoa, sujeito de direitos e personalidade, cada qual ligado a situações específicas de cada época.

Assim, conforme assevera José Antonio Peres Gediel<sup>22</sup>,

Na construção jurídica da modernidade, o homem aparece, primeiro, separado da natureza e ligado a Deus; depois, individualizado, ligado aos demais seres humanos por um vínculo contratual; em seguida, dotado de qualidades jurídicas, para constituir núcleo de imputação individual de direitos e deveres jurídicos sobre os bens da natureza; finalmente, apartado de seu próprio corpo, pois o exercício da qualidade de pessoa exige capacidade jurídica. Esta, por sua vez, valoriza apenas o elemento intelectual, racional, que compõe o ser humano e que lhe permite compreender e responder pelos vínculos jurídicos que estabelece.

---

<sup>21</sup> MEIRELLES citando Salvatore Amato afirma que há diferença entre a subjetividade e a personalidade, sendo a primeira o aspecto estático da identidade jurídica e a segunda o aspecto dinâmico. Dentro deste contexto, avalia o conceito e a etimologia da palavra *persona*, utilizada para definir a pessoa, chegando a conclusão de que tal termo serve para indicar o homem como ator do mundo jurídico. “Assim, em cada relação jurídica, a ordem impõe seja assumido um determinado papel...” Ao avaliar o termo “pessoa”, Meirelles agrupa as conceituações filosóficas do termo em duas concepções fundamentais: “a clássica, que entende como pessoa o indivíduo concreto dotado de uma série de capacidades, atividades e funções, não necessariamente manifestáveis sempre e em grau máximo, e que corresponderia à racionalidade e a noção de pessoa como correspondente a um conceito abstrato definido por um conjunto de propriedades e funções (capacidade de reflexão, autoconsciência, autodeterminação, comunicação intersubjetiva, representação simbólica, dentre outras), a partir do qual os seres humanos, independentemente de sua natureza ontológica, podem ser – ou não – declarados ‘pessoas’”. *Op. Cit.* p.40 e 93.

<sup>22</sup> GEDIEL, José Antonio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.) et. Al. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 63.

Pietro Perlingieri<sup>23</sup> diz que o *status personae* como situação, exprime a condição global da pessoa configurada em um momento histórico do seu desenvolvimento e, à diferença da capacidade – aptidão à titularidade e, portanto, forma neutra da subjetividade – representa a configuração subjetiva de um valor, os seus necessários e não apenas potenciais conteúdos essenciais.

Dentro desta concepção podemos reconhecer a aquisição de direitos mesmo antes do nascimento, a depender da classificação que recebam; se patrimoniais ou não.

Os direitos da personalidade são conferidos ao nascituro mesmo antes do seu nascimento servindo este como condição para a efetivação de outros direitos de cunho material.

Para os concepcionistas, as disposições constantes do Código Civil como a possibilidade de adoção de nascituro (art.1621) e a da nomeação de curador ao nascituro (art.1779), dentre outras, demonstra claramente a intenção de proteção dos direitos destas “pessoas”, embora não nascidas, mas já concebidas.

Conforme assevera Heloísa Helena Barboza, não obstante a mencionada divergência da doutrina, certo é que o ser humano concebido e desenvolvido no ventre materno goza de tutela jurídica, sendo-lhe atribuída uma personalidade pré-natal, segundo alguns.

Significa dizer que o ordenamento brasileiro pauta-se na proteção jurídica de vários entes, que, em momentos específicos são considerados “pessoas” objetivamente, ou seja, não possuem todos eles os mesmos atributos para possuírem tal status. O nascituro, assim como o embrião, possui proteção jurídica independentemente de serem ou não considerados pessoas. O direito vai além da mera atribuição de papéis; é fonte de proteção ampla e indistinta. Não é o fato de

---

<sup>23</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao direito civil constitucional**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: 2002. p. 135.

considerar o nascituro pessoa somente após o nascimento com vida apto a afirmar que antes disso não há proteção jurídica.

A vida jurídica do nascituro, ou melhor, a proteção e garantia de uma vida extra-uterina digna, está albergada no ordenamento jurídico brasileiro, portanto, não importa a teoria adotada o nascituro terá sempre proteção.<sup>24</sup>

Nesse contexto, prescinde de análise o papel da figura materna no desenrolar da história. Cabe à ambos – pai e mãe – o planejamento familiar, mas com a facilidade das técnicas reprodutivas, o planejamento torna-se difícil.

No Brasil não há legislação limitando a reprodução seja ela por métodos naturais ou com intervenção médica. Também não há lei disciplinando as técnicas de reprodução assistida. Assim, as mulheres são livres para exercerem seu direito a maternidade ou não.

O direito a ser mãe é um direito humano fundamental, conquistado pelas mulheres e perpetuado pelo ordenamento jurídico. Este direito diz respeito a reprodução e, portanto, integra o rol dos chamados direitos reprodutivos.

Os direitos reprodutivos são reconhecidos nacional e internacionalmente e são direitos humanos fundamentais que visam o exercício não somente da reprodução humana, mas também da sexualidade.

#### Segundo Miriam Ventura<sup>25</sup>

A atual concepção dos direitos reprodutivos não se limita à simples proteção da reprodução. Ela vai além, defendendo um conjunto de direitos individuais

---

<sup>24</sup> Neste sentido, os Tribunais já decidiam antes mesmo do advento da Lei 11.804/08 pela proteção do nascituro, incluindo direito a reparação de danos morais. Ver: RE 99038, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/1983, DJ 05-10-1984 PP-16452 EMENT VOL-01287-02 PP-00673; REsp 931.556/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/06/2008, DJe 05/08/2008; REsp 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002, p. 232; REsp 48.119/RS, Rel. Ministro ASSIS TOLEDO, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/1995, DJ 17/04/1995, p. 9587.

<sup>25</sup> VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro. 2004. p. 19.



e sociais que devem interagir em busca do pleno exercício da sexualidade e reprodução humana. Essa nova concepção tem como ponto de partida uma perspectiva de igualdade e equidade nas relações pessoais e sociais e uma ampliação das obrigações do Estado na promoção, efetivação e implementação desses direitos.

Ainda de acordo com a autora, os direitos reprodutivos buscam uma interação com os direitos sociais e individuais, objetivando reduzir as violações à autonomia pessoal, integridade física e psicológica, garantindo os meios necessários para que o indivíduo ou uma coletividade atinja o bem-estar sexual e reprodutivo. Está no rol dos direitos reprodutivos o direito a decidir sobre a reprodução, direito de acesso a informação e os meios para o exercício da sexualidade e da reprodução, direito de controle sobre o próprio corpo e direito de exercer a sexualidade.

Miriam Ventura afirma<sup>26</sup>

Os direitos reprodutivos são direitos humanos básicos, legitimados pela ordem mundial desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948, e nas diversas leis internacionais (Convenções e Pactos), nacionais, e nos documentos consensuais (Plataformas de Ação das Conferências Internacionais das Nações Unidas) sobre direitos humanos.

O Plano de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, e o documento resultante da IV Conferência Mundial da Mulher, que ocorreu em Pequim em 1995, legitimaram o conceito de direitos reprodutivos na sua concepção atual e estabeleceram novos modelos de intervenção na saúde reprodutiva e de ação jurídica, comprometidos com os princípios dos direitos humanos.

A história dos direitos reprodutivos se confunde com a história da luta pelo reconhecimento dos direitos das mulheres. Na década de 70 as mulheres iniciaram uma luta pelo reconhecimento de seus direitos a contracepção e também ao aborto. Nesta época entendiam ser inerentes a condição feminina a reprodução e a manutenção de uma gestação mesmo que indesejada ou com riscos para a vida da mulher. Nas décadas seguintes, os direitos reprodutivos acabaram por abarcar o direito a maternidade e as formas de reprodução, tendo em vista a mudança no

---

<sup>26</sup> *Op. Cit.* p. 21.

panorama social uma vez que, ao conquistar o direito a contracepção, deixou-se de lado a concepção como direito feminino.

Em 1994, na Conferência do Cairo, discutem-se pela primeira vez, questões defendidas pelas feministas. É o primeiro passo para o reconhecimento de inúmeros direitos das mulheres no campo da sexualidade e reprodução.

No Brasil a Constituição prevê no parágrafo 7º do artigo 226, a liberdade de planejamento familiar, que foi regulamentado pela Lei 9263/96, que dispõe em seu artigo 2º: "Entende-se planejamento familiar como um conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal".

O Código Civil de 2002 segue a mesma linha de raciocínio da Constituição e da Lei de Planejamento Familiar, defendendo a liberdade na formação das famílias e contemplando outras formas de famílias que não aquela constituída por casal heterossexual<sup>27</sup>.

O direito reprodutivo sempre existiu, porém ganhou maior relevância com o início da era da reprodução humana assistida, que possibilitou as pessoas que não poderiam ter filhos de forma natural alcançar a maternidade e paternidade por meio de técnicas de reprodução em laboratório.

Tais técnicas foram desenvolvidas por diversos geneticistas de vários países e colocadas em prática mundo afora. Há duas décadas eram utilizadas por pouquíssimas pessoas, pois o processo era complexo, lento e com alto custo financeiro. Com o passar dos tempos, as técnicas foram se diversificando e se tornaram de certa forma, mais acessíveis à população.

---

<sup>27</sup> Incluem-se hoje nas famílias reconhecidas pela lei brasileira a família monoparental, a decorrente de união estável entre homem e mulher e, mais modernamente, temos decisões dos Tribunais dando direitos de família para casais formados por pessoas do mesmo sexo, afastando-se a concepção de família da distinção do gênero de seus membros. Há mais vinculação ao afeto, mesmo que não previsto objetivamente em nenhuma legislação brasileira, do que a forma adotada pelo grupo familiar.

Conforme Márcio Antonio Boscaro, todos os brasileiros, independentemente do estado civil, podem lançar mão das modernas técnicas de reprodução assistida, para constituir uma prole, podendo ser utilizado, para tanto, inclusive o Sistema Único de Saúde.<sup>28</sup>

Dentre as técnicas mais usadas está a inseminação artificial e a fecundação ou fertilização *in vitro*. Cada uma possui custo e métodos diferenciados e são aplicadas conforme o problema apresentado por quem deseja ter um filho.

As técnicas de reprodução assistidas chegaram ao Brasil na década de 80, quando nasceu o primeiro “bebê de proveta” brasileiro. De lá pra cá, são utilizadas indistintamente por centenas de clínicas especializadas espalhadas pelo território nacional.

Em que pese à utilização em massa, não há no Brasil legislação federal aplicável ao assunto. Entretanto, o Conselho Federal de Medicina estabeleceu uma resolução em meados da década de 90, visando regulamentar ética e administrativamente as atividades médicas relacionadas a adoção das técnicas de reprodução.<sup>29</sup>

O tema tem sido recorrente em Tribunais e debates em todo o país ante a possibilidade de, ao recorrer a reprodução assistida, ferir direito de um dos envolvidos. Sem contar no direito da criança manipulada em laboratório que muitas vezes se confunde com um objeto de desejo daqueles que não conseguem a gravidez pelos métodos naturais.

---

<sup>28</sup> Ressalta o autor que, em sentido contrário foi a decisão do Juizado Especial Cível de Florianópolis (SC) que afastou a obrigação do Estado em prestar o serviço, tendo em vista a inexistência de programa mantido pelo SUS no município, especificamente para prestar assistência a concepção. Entendeu que, neste caso, os recursos materiais do Estado, que já são escassos, deveriam ser direcionados para os programas de manutenção da vida. BOSCARO, Márcio Antonio. Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. *In* NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. (coord.) **Família e Sucessões – reflexões Atuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 256.

<sup>29</sup> Neste sentido tínhamos desde 1992 a Resolução n. 1358 do CFM que foi revogada pela Resolução n. 1957/2010. Nesta última estão descritas todas as normas éticas na utilização das técnicas de reprodução assistida por médicos e clínicas e demais disposições sobre o tema.

A Lei 9.263/96 faz menção de que o planejamento familiar deve ser pautado nos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana em qualquer caso.<sup>30</sup>

A paternidade responsável, termo que tem origem no direito americano (parental responsibility), não se refere apenas ao homem, mas também se estende a figura da mulher, no sentido de que o exercício de seus direitos reprodutivos e sexuais traduz responsabilidades.

O desejo de procriar acarreta benefícios à pessoa, mas, por outro lado, também lhe impõe responsabilidades em sua vida cotidiana a partir da concepção e do nascimento do filho.

A paternidade responsável se subsume de qualquer gestação, entretanto, quando tratamos das gestações fruto de reprodução assistida, o embate fica mais acalorado, especialmente quando tratamos da reprodução em mulher solteira ou ainda quando falamos da chamada fecundação heteróloga.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> BOSCARO. *Op. Cit.* p. 256-257, cita Guilherme Calmon Nogueira da Gama que dá uma visão do significado que o princípio da dignidade da pessoa humana tem no âmbito dos direitos reprodutivos e das técnicas de reprodução: "A dignidade da pessoa humana, no campo do planejamento familiar, é também aquela da futura pessoa, ou seja, o fruto da decisão do casal no sentido de procriar ou, como visto, de assumir os riscos das práticas sexuais reprodutivas. Tal circunstância é demonstrativa de que a dignidade da pessoa humana daqueles que exercem o direito ao planejamento familiar – voluntariamente ou com base no risco – não configura princípio absoluto, pois a ele se contrapõe a dignidade da pessoa humana do filho concebido e nascido em virtude da procriação daquele casal. Há, desse modo, o conflito de dignidades da pessoa humana que, em regra, deve ser solucionado em favor daquele que poderá vir a nascer. Dessa forma, considerando o princípio do melhor interesse da criança, tal como visto, resta evidenciado que o interesse a ser protegido é o da criança e não de seus pais. Assim, o direito fundamental à reprodução humana, com efeito, não tem caráter absoluto, como nenhum outro direito, inclusive a própria dignidade da pessoa humana. E, nesse sentido, é vital a atuação estatal na concretização das duas funções previstas: a) a de proteger a futura pessoa humana contra atos degradantes e desumanos que possam ser praticados contra sua dignidade; b) a de promover o mínimo de condições necessárias para o livre e sadio desenvolvimento de sua personalidade. Tais funções, obviamente, não representam a proibição da pessoa ter acesso às técnicas de reprodução humana assistida, ou às técnicas de contracepção, mas sim a necessidade de assegurar a compatibilização dos interesses daqueles que são titulares de direitos reprodutivos com os interesses daqueles que podem ser gerados como resultado do exercício de tais direitos.

<sup>31</sup> Dentre as várias técnicas de procriação, temos a chamada homóloga e heteróloga. Na primeira, são utilizados os gametas do casal que contrata a reprodução assistida. Na segunda, por motivos de infertilidade absoluta de um deles ou pelo fato de ser uma mulher solteira, temos a utilização de gametas de um doador ou doadora. Dessa forma, poderemos ter filhos gerados pelas técnicas

Ante o vazio legislativo para tratar do assunto, Heloísa Helena Barboza afirma ser necessário, no caso da utilização de gameta masculino de um doador, o chamado prévio consentimento do marido ou companheiro da mulher que será submetida à inseminação ou fecundação a fim de prevenir que este, futuramente, venha a contestar a paternidade. Para a autora, ocorreria uma verdadeira adoção por parte do marido da genitora.<sup>32</sup>

Haveria dessa forma uma filiação socioafetiva entre o marido ou companheiro da genitora e seu filho, tal como se dá nos processos de adoção de crianças já nascidas. Levando-se em consideração que no estado atual do direito de família não há mais distinção entre as formas de filiação em busca de uma total igualdade entre os filhos, poderemos concluir que qualquer que seja a forma de filiação buscada, a responsabilidade como pai e não como genitor permanece. Esta distinção entre os vocábulos pai e genitor se faz necessária uma vez que o genitor nem sempre assume a figura de pai e vice-versa. No dizer popular, pai é quem cria, quem dá amor, educação e afeto, não quem cede o gameta para uma fertilização.

Assim como a contracepção foi uma conquista feminina na década de 70, a concepção foi a conquista na década de 90. Entretanto, a opção pela não-concepção após a descoberta da gravidez indesejada ou arriscada continua sendo tema para debates calorosos. O aborto por opção da mulher talvez seja o assunto mais difícil de ser discutido, pois envolve um ser em franco desenvolvimento em contraposição a um direito feminino. Quando há comprovadamente problemas para a mãe ou feto, nos parece mais tranqüila a aceitação pela sociedade. De qualquer forma, o conflito de interesses que se apresenta neste caso – entre a mulher e o direito do feto – abre

---

reprodutivas com vinculação biológica aos pais ou sem esta vinculação, o que não necessariamente afasta a paternidade ou maternidade de quem os cria.

<sup>32</sup> Heloísa H. Barboza afirma ser contrária a utilização das técnicas de reprodução assistida por mulheres solteiras, bem como a utilização da chamada “barriga de aluguel”. BARBOZA, Heloísa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. São Paulo: Renovar, 1993.

margem para discussões no âmbito do direito, da filosofia e da religião. O problema aqui é a obtenção de um posicionamento contínuo, consistente e com bases fortes.

### 1.1 GESTANTE *VERSUS* NASCITURO – O ABORTO E DIREITOS DA MULHER EM NÃO SER MÃE: O DEBATE NORTE-AMERICANO E O PENSAMENTO DE DWORKIN

O Direito nunca se preocupou com o feto, pois este era considerado como parte do corpo materno, o que dava à mãe o direito de decisão sobre a continuidade de uma gestação. Desta forma, o aborto como hoje é conhecido, só tinha limitações quando os meios empregados eram tidos por lesivos a saúde daquela que praticava o ato.

Luiz Regis Prado<sup>33</sup> afirma que em na Antiguidade ocidental, o produto da concepção, longe de ser vislumbrado como titular do direito à vida, era tido como parte do corpo da gestante que, a seu turno, poderia dele livremente dispor.

A mudança no panorama até então existente ocorre somente com o reinado do imperador *Septimus Severus*, que passa a ver o aborto e o direito materno de decidir sobre a continuidade da gravidez ou não, como uma “lesão ao direito de paternidade”<sup>34</sup>.

Com a influência do Cristianismo, muda-se o enfoque sobre o ato abortivo. No decorrer dos tempos, a visão religiosa, filosófica e criminal também se altera, em grande parte influenciada pela “Teoria da Animação” que se baseia na dotação de

---

<sup>33</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 2. 8ª Edição. São Paulo: RT. 2010. p. 82.

<sup>34</sup> *Ibidem*. PRADO ainda afirma que se praticado pela própria mãe, o aborto era punido com o desterro; se perpetrado por terceiro, as sanções eram mais gravosas – abarcavam, em geral, além do desterro, a *damnatio in metallum*, para os *humiliores*, e a *relegatio* e a *confiscatio*, para os *honestiores*. A pena de morte era aplicada se presente o propósito de lucro.

alma ao corpo. Em que pese tais fatos, ainda hoje há discussão sobre a unidade ou não de feto e gestante.

Se antes se acreditava que o feto era parte integrante do corpo materno, agora há quem defenda a ideia de que o feto está longe de ser componente da gestante, mas, verdadeiramente, um ser humano, uma pessoa com direitos e obrigações assim como aquela que o carrega no ventre.

Pode, a princípio, parecer fácil solucionar esta questão, até porque os argumentos são fortes, porém, a resposta do que seja o feto parece estar no entremeio a estas duas formas de encarar a sua existência.

Partindo do ponto de vista religioso o aborto há muito é condenado; No decorrer dos séculos, no entanto, a Igreja acabou por modificar sua forma de ver os motivos que embasavam seu posicionamento.

A Igreja Católica se mostrava contrária ao aborto tanto prematuro quanto o dito tardio, mas essa proibição aos fieis não era embasada na afirmação de que o feto é uma pessoa e, assim como tal, tem direito a vida. A visão da Igreja ia muito mais além da classificação do feto em pessoa ou não. Baseava-se no fato da Igreja ter o aborto como um erro por insultar o dom divino de criação da vida.

A vida humana nos dizeres de Dworkin<sup>35</sup> tem um valor intrínseco e sagrado fundamentado no amor e no poder criador de Deus. É a mais grandiosa criação de Deus e não deve ser sacrificada não por ser a vida de uma pessoa, mas pelo seu valor como “vida”.

Santo Tomás de Aquino afirmava que o feto não era dotado de uma alma intelectual ou racional desde o momento da concepção, mas que acaba a adquirindo em algum momento posterior. Segundo Dworkin<sup>36</sup>, Santo Tomás negava que a alma

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 52.

<sup>36</sup> *Op. Cit.* p. 55.

humana já estivesse no embrião criado através da relação sexual entre um homem e uma mulher. Ele acreditava que este embrião era apenas a matéria-prima de um ser humano que tinha seu desenvolvimento dirigido por uma série de almas, cada uma em uma fase do desenvolvimento do feto até que alcançasse o desenvolvimento necessário a uma alma verdadeiramente humana.

Dworkin afirma que Santo Tomás, seguindo as ideias de Aristóteles, concluiu que o embrião era um organismo que se desenvolve ao longo de um estágio vegetativo para posteriormente entrar num estágio onde se inicia a sensação entrando então no último estágio onde estão presentes o intelecto e a razão.

Não haveria assim uma pessoa desde o início da concepção, mas um organismo em estado vegetativo que passa por uma evolução gradativa até se tornar um ser humano.

A visão da Igreja Católica até Santo Tomás aparentava ser a mais acertada, entretanto, em 1987 através da Instrução sobre o respeito pela vida humana em sua origem e sobre a dignidade da procriação, a Sagrada Congregação do Vaticano para a Doutrina da Fé alterou o embasamento sobre a negação ao aborto, passando a adotar a seguinte posição: “Todo ser humano tem direito à vida e à integridade física desde o momento da concepção até a morte”.

Passa então a Igreja a afirmar que o embrião é um ser humano e, como tal, tem direito a vida.

A Igreja vê o feto como um ser autônomo, em que pese sua vida estar intimamente ligada a existência de sua genitora. Qualquer forma de lesão a este ser em formação é até mais grave do que a lesão causada, por exemplo, a própria mãe que carrega o feto em seu ventre.



Há, em relação ao aborto, basicamente dois grupos: os que são a favor e aqueles contrários a prática abortiva<sup>37</sup>. Entretanto, em algumas situações, as ideias de ambos acabam convergindo. Se pegarmos a título de exemplo a situação da mulher gestante que foi vítima de um estupro, mesmo aqueles que se dizem contra o aborto acabam por tolerá-lo, o que iria completamente de encontro à fundamentação inicial de seu posicionamento: o feto é uma pessoa e como tal, tem direito à vida.

Estaríamos privilegiando uma vida em detrimento da outra. Se uma mulher engravida sem querer, sem ser vítima de um estupro, também poderíamos considerar seu direito de escolha em seguir ou não com a gestação.

Em alguns casos de maternidade indesejada que não são decorrentes de situações extremas, mas de relações sexuais normais, há quem defenda que a mulher tem todo o direito de decidir se quer ou não o filho que gera em seu ventre. Caberia então somente a mãe decidir, afinal de contas é a sua vida que mudará completamente e não a do genitor.

Assim é que em países como os Estados Unidos, a questão é colocada em um panorama completamente distante do religioso e até do místico que envolve a questão. Obvio que também há quem defenda que o aborto não deve ser praticado em situação alguma, nem mesmo quando há risco de morte para a gestante. Entretanto, as feministas defendem o direito de decisão da mulher, em sua grande maioria com base no direito constitucional à privacidade.

O reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres foi e continua sendo a bandeira das feministas. Desde a década de 70 até os dias de hoje, muito já

---

<sup>37</sup> Catherine Puigelier, em artigo que defende a criação de um estatuto jurídico do embrião e do feto na França, afirma que em 2004 o número de abortos praticados no país igualou a taxa de mortalidade de bebês de menos de um ano de idade nos tempos de Luís XIV, atingindo o impressionante número de 220.000 abortos por ano. Na França o aborto voluntário é liberado, o que, segundo ela, acaba por ir de encontro a outro direito igualmente defendido em solo francês: o respeito à vida. A autora coloca que a França, a exemplo de outros países da Europa, “ está encurralada entre um direito de viver desde a concepção e um direito de não dar à luz mesmo após a concepção”. In O Estatuto Jurídico do Embrião e do Feto (na França). **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 7, vol. 26, 2006. pág. 109 – 142.

se conquistou, porém algumas questões que remetem a intimidade feminina e dizem respeito a seu próprio corpo, continuam sendo discutidas, revistas e defendidas por mulheres que entendem que, as diferenças físicas entre homens e mulheres não autorizam uma redução da capacidade ou direitos destas últimas.

Entretanto, no âmbito do direito de ser mãe em contraposição ao direito ao próprio corpo, as diferenças orgânicas entre os gêneros é justamente o ponto que confere caráter de individualidade ao feminino.

Direito ao próprio corpo todas as pessoas têm, mas, quando este conflita com o direito de nascer do feto e o direito de não ser mãe da mulher, aí temos um grande e complexo problema.

As mulheres têm o direito de ser mãe quando e quantas vezes entenderem conveniente. O inverso também é verdadeiro. Não experimentar a maternidade é uma opção de livre escolha das mulheres, porém, em casos onde já há uma gravidez, este direito parece ser deixado de lado em detrimento do ser que se forma no ventre materno.

Se uma mulher bem sucedida, com um alto cargo em uma grande empresa, sem tempo para ter um relacionamento amoroso fixo, por descuido engravida em uma relação casual, sem o desejo da maternidade, o nascer para este feto talvez seria pior do que o não nascer.

Se a mãe, que é quem no fundo é responsável pela vida e cuidados do bebê não quer ou não se sente preparada para assumir tamanha responsabilidade permanente, o nascimento da criança acarretará inúmeros problemas para a mulher e a convivência com o filho indesejado. A decisão de não continuar uma gestação passa pela mente de inúmeras mulheres que se vêem numa situação semelhante. Claro que há aquelas que abrem mão de tudo se preciso for para ter o filho.

As feministas defendem o direito destas mulheres “modernas” de decidir não somente quando desejam ter filhos e poderem fazê-lo de forma livre, mas também o

contrário: não levar uma gestação adiante pelo simples fato de trazer-lhes problemas pessoais ou profissionais incorrigíveis.

Este posicionamento não é adotado indistintamente pelas feministas. Há visões diferentes, que buscam uma proteção para as mulheres além da igualdade e livre disposição de seus corpos e vidas. Estas mulheres enxergam um liame entre mãe e filho que não lhes autoriza a decisão do aborto como forma de solução sempre.

Analisando a questão sob o prisma do feminismo Dworkin (2009, 71) conclui que as concepções feministas remetem à ligação especial que existe entre a mulher grávida e o feto que traz consigo.

O direito norte americano é marcado por decisões históricas que servem de parâmetro para casos que discutam situações semelhantes ou parecidas entre si. Mesmo passando-se décadas da decisão que marca o início da visão dos julgadores, ainda assim são tão importantes que servem de embasamento até os dias de hoje. Na seara de discussões acerca do aborto, não é diferente.

Em 1973, um caso emblemático marcou o início do embate americano sobre o aborto. O caso conhecido como *Roe versus Wade* inaugurou uma nova etapa nas discussões sobre o aborto. O Supremo Tribunal declarou que a legislação do Texas, que criminalizava o aborto permitindo a sua prática somente quando houvesse risco para a vida da mãe, era inconstitucional. Além disso, declarou que qualquer legislação, de qualquer estado que protegesse a vida do feto nos dois primeiros trimestres da gravidez, eram inconstitucionais.

O juiz Dooling, que sentenciou o caso, embasou sua decisão em várias afirmações que colheu com representantes de diferentes religiões. Segundo Dworkin<sup>38</sup>,

---

<sup>38</sup> *Op. Cit.* p. 50.

Muitas dessas afirmações, tanto as que condenam o aborto quanto as que o aprovam em circunstâncias cuidadosamente delimitadas, não têm por base o pressuposto de que o feto é uma pessoa. Todas afirmam uma ideia diferente que está na base das opiniões sobre o aborto que a maioria das pessoas defende: a ideia de que qualquer forma de vida humana tem um valor intrínseco e sagrado que devemos nos empenhar em não sacrificar. [...] vêem a vida humana como a mais grandiosa criação de Deus.

A decisão também teve escopo no argumento de que as mulheres têm o direito constitucional geral à privacidade e que, portanto deste direito se extrai a ideia de que podem optar pelo aborto, limitando tal direito ao final do segundo trimestre da gravidez.<sup>39</sup>

A princípio parece que aquilo que as feministas defendiam foi confirmado, mas, dentro do próprio movimento houve uma divisão entre as que se sentiram satisfeitas com a decisão favorável ao aborto e as que, em que pese terem conseguido aquilo que buscavam, entenderam que a fundamentação está longe de atender ao desejo das mulheres.

Para estas últimas, o direito ao aborto deve ser defendido sob o prisma da igualdade entre os sexos e não da privacidade das mulheres.

O fato de as mulheres serem frequentemente dominadas pelos homens faz com que seja mais, e não menos, importante insistir em que elas devem ter um direito constitucionalmente protegido de controlar o uso de seus próprios corpos.<sup>40</sup>

Nessa linha de raciocínio o autor se utiliza do argumento de Catharine MacKinnon que assevera que “afirmar que o direito a privacidade da mulher a autoriza a realizar um aborto acaba por assimilar a gravidez a situações que são diferentes, o que apaga o significado especial da gravidez para a mulher e denigre sua natureza”.

---

<sup>39</sup> *Op. Cit.* p. 71.

<sup>40</sup> *Op. Cit.* p. 73.

Talvez neste argumento de MacKinnon esteja a essência da problemática que envolve a mulher grávida e o feto: ao mesmo tempo em que há distinção entre ambos, há uma conexão inafastável por nove meses que nos impede de separá-los. Segundo ela, defender a ideia da privacidade acaba por tratar, no período da gravidez, a mulher e o feto como sendo entidades moral e geneticamente distintas ligadas acidentalmente ou não, onde uma das partes – a gestante – tem o direito de desfazer a ligação quando quiser<sup>41</sup>.

Em minha opinião, e segundo a experiência de muitas mulheres grávidas, o feto é uma forma de vida humana. Está vivo. [...] Mais que uma parte do corpo, mas menos que uma pessoa, o lugar onde está é, em grande parte, aquilo que é. Do ponto de vista da gestante, é ao mesmo tempo eu e não-eu. “É” a gestante no sentido de que está nela e é dela, e é dela mais do que de qualquer outra pessoa. “Não é” ela no sentido de que ela não é somente o que se encontra ali.

Dworkin conclui então que,

Por causa dessas ligações físicas e emocionais, é tão errado dizer que o feto está separado dela quanto dizer que não está. Todos esses aspectos da experiência de uma mulher grávida – tudo que existe de especial, complexo, irônico e trágico sobre a gravidez e o aborto – são negligenciados pela explicação liberal de que as mulheres têm direito ao aborto porque têm direito à soberania sobre as decisões pessoais, uma explicação que se aplicaria com a mesma força ao direito que a mulher tem de escolher suas próprias roupas.<sup>42</sup>

Há também, por parte da classe médica a concepção de que o feto é um indivíduo que não se confunde com seus genitores. Silmara Juny Chinellato cita as conclusões do geneticista francês Jérôme Lejeune que afirma que desde a fecundação a carga genética no feto é completamente diferenciada da do pai ou da mãe, sendo assim o nascituro um ser individualizado desde a primeira fase de sua evolução.

---

<sup>41</sup> *Op. Cit.* p. 76. Dworkin demonstra a ideia de MacKinnon ao comparar a relação entre gestante e feto durante a gravidez e a relação existente entre o empregado e seu empregador ou entre inquilino e proprietário do imóvel em um contrato de curta duração, onde a ligação existente entre duas entidades morais e geneticamente distintas se desfaz pela vontade de ao menos uma das partes.

<sup>42</sup> *Op. Cit.* p. 77.

Mesmo com a adoção desta ideia de completa dissociação entre mãe e feto, ainda assim há casos em que o aborto parece ser menos traumático do que o curso da gestação.

Nos casos de má-formação fetal, há para a mãe um fardo muito mais pesado a carregar até o final da gestação. Existem situações em que se tem uma certeza praticamente absoluta da completa impossibilidade de continuidade de vida após o nascimento.

No Brasil a legislação penal não permite este tipo de abortamento, punindo não somente a gestante, mas também o profissional que a auxilia na realização do ato abortivo. Permite, no entanto, o aborto em gravidez decorrente de estupro e nos casos em que a vida da gestante corre risco.<sup>43</sup>

A questão, debatida em vários Tribunais país afora, foi objeto de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental em 2004, julgada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2005. A liminar concedida visava uma uniformização nas decisões, concedendo o direito da gestante, mediante atestado médico comprovando a anencefalia, abortar.<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Código Penal (Dec-Lei. 2848/1940) Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

<sup>44</sup> A ADPF 54-8 foi proposta pela CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde em 2004, após uma gestante do Rio de Janeiro conseguir em 1ª Instância o direito de abortar feto anencefálico e ver a decisão reformada pelo TJ do Rio, retirando-lhe o direito de proceder ao abortamento do feto, dando a gestante continuidade à gestação até o termo final, com o nascimento do feto anencéfalo, que sobreviveu por alguns minutos apenas. A confederação pedia a aplicação de princípios constitucionais como o da dignidade da pessoa humana e o da liberdade aos casos onde os Tribunais não concediam o direito a antecipação de parto em casos de anencefalia comprovada, para não punir os profissionais de saúde que realizavam os procedimentos nos termos do artigo 128 CP. Assim decidiu o Ministro Marco Aurélio, relator do processo, quando da concessão da liminar: "Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto". Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>. Acesso em 12/05/2011.

O embate jurídico estava apenas começando e somente foi parcialmente resolvido no ano seguinte com a decisão do Supremo no sentido de sobrestar todos os processos que envolviam casos de fetos anencefálicos, porém não autorizou a antecipação terapêutica do parto.<sup>45</sup>

O Ministro Eros Grau, em seu voto, afirma ser o feto uma pessoa e, mesmo com anencefalia, não causaria mal algum à gestante, portanto, seu direito de nascer deve ser preservado.<sup>46</sup>

Neste mesmo sentido, o Ministro Cezar Peluso afirmou:

A vida intra-uterina, ainda quando concebível como projeto de vida, é objeto da tutela jurídico- normativa por várias formas... “A história da criminalização do aborto mostra que essa tutela se fundamenta na necessidade de preservar a dignidade dessa vida intra-uterina, independentemente das eventuais deformidades que o feto possa apresentar, como tem apresentado no curso da história. As deformidades da vida intra-uterina não são novidade fenomênica. Novidade são hoje os métodos científicos de seu diagnóstico. A consciência jurídica jamais desconheceu a possibilidade de que uma gravidez possa não resultar sempre nascimento viável.

---

<sup>45</sup> ADF 54 QO / DF - DISTRITO FEDERAL QUESTÃO DE ORDEM NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 27/04/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno ADF - ADEQUAÇÃO - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. DJe-092 DIVULG 30-08-2007 PUBLIC 31-08-2007 DJ 31-08-2007 PP-00029.

<sup>46</sup> “Como o feto é pessoa e a mãe não corre perigo, a liminar acaba afrontando a dignidade do ser que o feto é. Diria, até lembrando a afirmação do Professor Barroso, que o STF tem muito a dizer, sim, neste momento. E deve dizer, de modo muito vivo, que a manutenção da liminar não se justifica”. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>. Acesso em 12/05/2011.

Num sentido mais amplo, o Ministro Carlos Britto aduz que no caso do anencéfalo, “o que se tem no ventre materno é algo, mas algo que jamais será alguém”.<sup>47</sup>

Avalia a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio e conclui:

A decisão do Ministro Marco Aurélio, ainda que transitoriamente, precariamente, acho que devolve à questão a sua instância própria: que o amor materno fale e que a mãe diga se pretende continuar com aquela gravidez-sacrifício ou não, sem que isso signifique um assassinio, uma morte propriamente dita. Por que sabemos que, se o feto anencéfalo não possui os hemisférios cerebrais nem o córtex, na verdade, ele se assemelha àquela situação do ser humano, já vivo, portanto, que teve sua morte cerebral decretada, sentenciada, diagnosticada e que, no entanto, continua a viver por efeito de aparelhos. A vida já não está ali, o cérebro já desaconteceu, apenas há uma pulsação nos demais órgãos por mérito, por virtude de aparelhos.

Pois bem, não é assim com o feto anencéfalo? Ele está aparentemente vivo, na verdade ele está ligado e por isso respira e por isso se desenvolve. Ele está ligado a uma UTI, chamada útero, mas a partir do momento em que se opera o desligamento do feto desses aparelhos ou dessa UTI, que se chama útero, nada mais resta, não há mais vida.

O embate jurídico criado pela ADPF levou o STF a adiar a decisão acerca do tema, o que acarreta na liberdade, pelos juízes monocráticos, em decidir se descriminalizam o ato em cada caso levado ao Judiciário.

As discussões acirradas que tomaram forma no Supremo servem para demonstrar quão amplo e complexo é o aborto. Cada situação que se apresenta é única e, portanto, prescinde de uma meticulosa análise e estudo. A situação da anencefalia poderia, a princípio, acarretar numa visão diferenciada em função da peculiaridade do caso. Entretanto, não há diferença entre carregar no ventre por nove meses um feto cuja vida está fadada a inexistência ou existência momentânea e carregar o fruto de um estupro ou ainda, um filho indesejado. O sentimento da mulher que carrega um ou outro em seu ventre é o mesmo: não há como seguir adiante e fingir que esta vida que traz em seu ventre é uma benção.

---

<sup>47</sup> O ilustre ministro segue: “O útero materno é um casulo. O feto anencéfalo é uma crisálida, mas que jamais chegará ao estádio de uma borboleta, jamais alçará vôo. Eu me pergunto: estamos aqui discutindo sobre o direito de viver, o direito de nascer ou o direito de nascer para morrer? Existe esse direito de nascer para morrer?”. Voto disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=484300>. Acesso em 12/05/2011.



A questão do aborto e sua legalização devem partir do pressuposto de que a mulher, que leva dentro de seu corpo outrem e é responsável por sua vida, deve tomar a decisão de continuar ou não a gestação.

Maria Berenice Dias, ao avaliar a liberdade de planejamento familiar contida na Constituição vê a impossibilidade de afastar o aborto desta disposição, colocando-o como uma das formas de planejar a família, cabendo ao casal a decisão acerca de sua utilização ou não, assim como do emprego de métodos contraceptivos.<sup>48</sup>

Mas decidir pelo aborto fere a natureza divina da vida; vai de encontro à obra da criação. Por mais que a expectativa de vida extra-uterina seja pequena, furtar o nascituro de experimentá-la é refutar o valor da vida humana.

A vida de um organismo humano tem valor intrínseco seja qual for a forma que assuma, inclusive a forma totalmente incipiente de um embrião recém-implantado<sup>49</sup>.

Portanto, a proteção dada ao feto seja no início seja no final da gestação é válida e deve ser embasada na continuidade da vida, dom mais precioso que nos foi

---

<sup>48</sup> No momento em que é admitido o planejamento familiar e se assegura ao casal a liberdade de decidir sobre a eventualidade da prole, estando consagrada constitucionalmente a paternidade responsável, não é possível excluir qualquer método contraceptivo para manter a família dentro do limite pretendido pelo par. Perante a norma constitucional, que autoriza o planejamento familiar, somente se pode concluir que a prática do aborto restou excluída do rol dos ilícitos penais. Mesmo que não se aceite a interrupção da gestação como meio de controlar a natalidade, inquestionável que gestações involuntárias e indesejadas ocorrem, até porque os métodos preventivos disponíveis não são infalíveis. Via de consequência, somente se for respeitado o direito ao aborto, a decisão sobre o planejamento familiar se tornará efetivamente livre, como assegura a Constituição. *In* Em nome do Pai. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/pt/aborto.dept>. Acesso em 12/05/2011.

<sup>49</sup> *Op. Cit.* p. 96. Dworkin defende a ideia de que a vida humana possui três valores que nem sempre estão presentes: a vida humana é instrumentalmente importante, ou seja, tem utilidade assim como o dinheiro ou qualquer outro objeto; também é intrinsecamente valiosa uma vez que seu valor independe de necessidade ou desejo; há na vida humana ainda um valor subjetivo que corresponde ao valor pessoal, que agrega valor somente para quem a deseja. Esse valor intrínseco, entretanto, distinguirá as coisas em incrementalmente valiosas e sagradas ou invioláveis. “O traço distintivo entre o sagrado e o incrementalmente valioso é o fato de o sagrado ser intrinsecamente valioso porque – e, portanto, apenas quando – existe. É inviolável pelo que representa ou incorpora. Não é importante que existam mais pessoas. Mas, uma vez que uma vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca”. (p. 102)

dados por Deus. O feto prescinde de proteção, mesmo ainda não sendo um ser humano. Essa proteção deve ser não somente física, mas também jurídica.

## 1.2 DIREITO À MATERNIDADE E SUAS LIMITAÇÕES NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

Em contraposição ao “direito de não querer ser mãe”, estampado na defesa do ato abortivo, temos o que poderíamos chamar de a “ ânsia de ser mãe” , ou seja, a vontade desmedida de tornar-se mãe quando não há possibilidades fisiológicas.

A descoberta das técnicas de reprodução assistida acabaram por aumentar as chances de concepção em casos de infertilidade ou impossibilidade de gestação. Entretanto, as inovações também acarretam problemas não somente de ordem prática, mas jurídica.

O estudo das técnicas se estende há décadas e os primeiros resultados efetivos foram colhidos nos anos 1970. Em 25 de julho de 1978 nascia na Inglaterra o primeiro fruto da experimentação humana nesta área. Louise Brown é mundialmente conhecida como o primeiro bebê de proveta do mundo. No Brasil, o feito se repetiu anos depois, em Curitiba, no Paraná, com o nascimento do primeiro bebê fruto da fertilização *in vitro* no ano de 1984.

De lá pra cá, muito mudou e muitas técnicas novas surgiram. Hoje o acesso aos métodos é amplo, o que faculta a qualquer pessoa se utilizar da reprodução assistida, mesmo aqueles que não possuam problemas em conceber naturalmente, mas resolvem adotar a técnica, como no caso de mulheres solteiras que buscam a chamada produção independente.

Basicamente, temos duas técnicas que são amplamente adotadas e as mais comuns: a inseminação artificial e a fecundação ou fertilização *in vitro*. A primeira

consiste segundo Jussara Meirelles<sup>50</sup> (2000, 18) na introdução do esperma na cavidade uterina ou no canal cervical, por meio de uma cânula, no período em que o óvulo se encontra suficientemente maduro para ser fecundado.

Já a fecundação chamada *in vitro*, consiste, basicamente, em se retirar um ou vários óvulos de uma mulher, fecunda-los em laboratório e, após algumas horas ou em até dois dias, realizar a transferência ao útero ou às trompas de Falópio<sup>51</sup>.

Tanto um quanto outro método pode ser homólogo ou heterólogo, a depender da utilização ou não de sêmen de doador. No caso das técnicas homólogas, utiliza-se o sêmen do marido ou companheiro da mulher que será fecundada. Se heteróloga utiliza-se sêmen de um doador anônimo.<sup>52</sup>

Nos casos de inseminação ou fertilização homóloga, basta que o casal consinta em realizar o procedimento médico. Tal manifestação de vontade é expressa, porém nada impede que seja tácita uma vez que não há legislação no Brasil aplicável ao caso. Ainda assim, por medida de precaução, as clínicas que realizam os procedimentos exigem a assinatura de termo de consentimento informado por parte dos envolvidos.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> MEIRELLES, Jussara. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 18.

<sup>51</sup> SCARPARO *apud* MEIRELLES. *Op. Cit.* p. 10-12. Segundo Merelles ainda, “A ovulação é induzida por meio de hormônios, de modo a que vários óvulos (até cinco ou seis), no mesmo ciclo menstrual, reúnam condições de ser coletados. Os óvulos maduros são coletados pouco antes do momento de sua liberação natural e, após, submetidos à inseminação”. p. 18.

<sup>52</sup> Há acaloradas discussões acerca do princípio do anonimato que regem a doação de sêmen em virtude do direito fundamental de conhecimento da origem genética. Tendo em vista que grande parte dos juristas acredita existir uma espécie de adoção da criança pelo marido da mãe, tem-se acreditado que a pessoa fruto da técnica heteróloga teria direito a conhecer seu genitor biológico.

<sup>53</sup> De acordo com a Resolução 1957/2010 do CFM, Princípios Gerais, item 3: “ **3** - O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida.

A técnica que envolve a utilização de sêmen de doador é a que requer maiores cuidados, tendo em vista que, biologicamente, o genitor da criança não é o que lhe registra. Há, na verdade, uma separação entre a paternidade biológica e a paternidade registral.

Em virtude desse complicador, o pai registral (marido ou companheiro da mãe), deve, obrigatoriamente, assinar o consentimento informado, servindo este como assunção da paternidade. Nestes casos, não há como o pai, posteriormente, alegar que o filho não é seu. Para corroborar, o Código Civil de 2002, no artigo 1597, ao tratar da presunção da paternidade, em seu inciso V afirma que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Tal linha de pensamento visa à defesa dos interesses da criança em ter uma figura paterna ao nascer. Entretanto, a Resolução que disciplina o agir médico ao oferecer as formas de reprodução assistida, permite que mulheres solteiras também se utilizem da mesma técnica.<sup>54</sup> Assim, há um contra senso entre a necessidade de autorização como defesa do interesse da criança em um caso e a possibilidade de uma produção independente, onde não se protege o direito de ter um pai.

Nos países da Europa, em sua grande maioria, as técnicas de reprodução somente podem ser utilizadas em casos extremos e em mulheres casadas ou conviventes.

Na França, segundo Catherine Puigelier<sup>55</sup>, a regra é a reprodução natural, devendo as técnicas de reprodução assistida ser usadas subsidiariamente. De

---

<sup>54</sup> Resolução 1957/10: II - PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA 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 o mesmo, de acordo com a legislação vigente.

<sup>55</sup> PUIGELIER, Catherine. O estatuto jurídico do embrião e do feto (na França). *In Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 7, vol. 26. p. 114.

acordo com a autora, a Reprodução Assistida é admitida para remediar infertilidade de caráter patológico previamente diagnosticada, ou para evitar a transmissão de doença grave à criança ou a um dos membros do casal.<sup>56</sup>

Na Itália a legislação segue a mesma linha de raciocínio da francesa afirmando que a procriação por meios artificiais deve ser usada em situações de infertilidade, mas nunca em situações de comodidade para os genitores. Desta feita, esta mesma legislação proíbe que a mulher solteira faça uso das técnicas, pois entende que a criança tem direito de nascer numa família completa, por assim dizer.

País com grande índice de utilização das técnicas de Reprodução Assistida e um dos pioneiros nesta área, os Estados Unidos possuem legislações estaduais que adotam posturas antagônicas entre si a depender da cultura, moral e costumes de cada Estado.

A maioria dos Estados americanos, no entanto, adota a Reprodução Humana Assistida como exceção a regra geral da fecundação natural. Também adotam limitação do uso das técnicas aos casais com problemas de fertilidade. Não há possibilidade de adoção de Reprodução Assistida por mulheres solteiras.<sup>57</sup>

No direito espanhol, que possui uma das legislações mais atuais (a Lei 14/06, de 27/05/2006), as mulheres solteiras podem fazer uso das técnicas, desde que maiores e plenamente capazes. Se casadas, o consentimento do marido é exigido, salvo se provada a separação de fato. Também nesta legislação é exigido o consentimento da mulher para o início da utilização da técnica, desde que existam chances de êxito e nenhum risco para a saúde da mulher<sup>58</sup>.

---

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Em grande parte dos Estados norte americanos é vedada a prática de RA para mulheres solteiras. Exemplos: Califórnia, Connecticut, Geórgia e Massachusetts.

<sup>58</sup> BOSCARO, Márcio Antonio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida. In NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (coord.) **Família e Sucessões – reflexões Atuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 275.

Além da limitação imposta por várias legislações quanto ao uso da técnica heteróloga, também há limitação por parte de quase todas as legislações no que diz respeito ao número de embriões que pode ser implantado em cada tentativa e também quanto ao destino daqueles que não foram implantados no útero materno.

Na Espanha, o número de embriões implantados não pode ser superior a três por procedimento. O país permite ainda a crioconservação dos embriões excedentes, mas a cada dois anos a autorização dada para a conservação deve ser renovada. Após quatro anos sem a renovação do consentimento para a manutenção do congelamento, prevê a legislação espanhola que os embriões ficam a disposição dos centros em que se encontrem<sup>59</sup>.

Na França admite-se a implantação de até dois embriões e aqueles não implantados podem ser congelados para uma ulterior realização do projeto parental do casal que buscou a técnica. Também caberá ao casal autorizar, por escrito, a utilização destes embriões para pesquisa. Limita também a legislação francesa a utilização por este casal de nova tentativa de fecundação *in vitro* caso já existam embriões congelados de um procedimento anteriormente realizado.

Sobre a manutenção dos embriões sob conservação, estatui a legislação francesa a necessidade de consulta formal aos “pais” quanto a continuidade ou não de seu projeto parental, onde os embriões possam ser incluídos. Não havendo mais intenção de continuidade do projeto parental ou ainda, caso um dos genitores tenha falecido, podem decidir sobre a doação dos embriões para outro casal ou sua destinação para a pesquisa ou ainda o fim da conservação.<sup>60</sup>

Nos Estados Unidos também há, em geral, a utilização de dois embriões por tentativa. Quanto a manipulação e utilização de embriões, vinte e cinco estados

---

<sup>59</sup> *Ibidem*.

<sup>60</sup> Também há previsão no artigo L. 2141-4 da Lei 2004-800, que em caso de não manifestação dos genitores sobre a continuidade do projeto parental, quando os embriões estejam conservados por mais de cinco anos enseja a descontinuação de sua conservação. O mesmo ocorre caso os genitores discordem quanto a continuidade do projeto parental.

americanos criaram legislação própria restringindo a experimentação com fetos e embriões.

O único estado americano, segundo Dominick Vetri,<sup>61</sup> que possui uma legislação específica sobre fertilização *in vitro* e transferência de embriões é o Estado de Louisiana. A legislação considera o embrião uma pessoa até a implantação e como pessoa, deve ser protegido até a colocação no ventre materno, seja da genitora, seja de uma mãe adotiva. Embriões também não podem ser fabricados para qualquer outro propósito que não a futura implantação no útero.

Com relação ao número de embriões a serem implantados por tentativa, a Resolução 1957/10 autoriza até o máximo de quatro, a depender da idade da mãe.<sup>62</sup> Com relação ao destino dos embriões excedentes, a mesma resolução autoriza a crioconservação de embriões desde que viáveis, porém não estabelece prazo, nem destinação posterior.

Existe em tramitação no Congresso Nacional o projeto de lei n. 90/99, de autoria do Deputado Lúcio Alcântara, que tenta estabelecer regras sobre a utilização das técnicas de Reprodução Assistida no Brasil e suas implicações. Tal projeto tem sido alvo de inúmeros debates doutrinários, principalmente ante o conteúdo de seu artigo 9º, que prevê a possibilidade de descarte ou doação para fins de pesquisa de embriões.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> VETRI, Dominick. *in* Reproductive Technologies and United States Law. Quaderni di diritto comparato. La Procreazione Artificiale tra Etica e Diritto. Padova, 1989. P. 29-66.

<sup>62</sup> Resolução 1957/10 - 6 - O número máximo de óocitos e embriões a serem transferidos para a receptora não pode ser superior a quatro. Em relação ao número de embriões a serem transferidos, são feitas as seguintes determinações: a) mulheres com até 35 anos: até dois embriões); b) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões; c) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões.

<sup>63</sup> Artigo 9º Os estabelecimentos que praticam a RA ficam autorizados a preservar gametas e embriões humanos, doados ou depositados apenas para armazenamento, pelos métodos permitidos em regulamento.

§ 1º Não se aplicam aos embriões originados *in vitro*, antes de sua introdução no aparelho reprodutor da mulher receptora, os direitos assegurados ao nascituro na forma da lei.

§ 2º O tempo máximo de preservação de gametas e embriões será definido em regulamento.

A discussão acerca do tema ganhou relevos interessantes quando, em 2005 foi aprovada a Lei 11.105/05 – Lei de Biossegurança, prevendo em seu artigo 5º a possibilidade de utilização de células-tronco de embriões para fins de pesquisa e terapia.<sup>64</sup>

Referida legislação foi objeto de Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI 3510), que visava a declaração de inconstitucionalidade do conteúdo do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Entretanto, em meados de 2008, o STF votou pela constitucionalidade da regra. O argumento do relator, Ministro Carlos Ayres Brito fundou-se na afirmação de que, perante o ordenamento jurídico brasileiro, embrião não é pessoa.

Em sua decisão o Ministro reforça a ideia de que há no embrião, um início de vida, mas que isto não se confunde com a pessoa física. Há a necessidade biológica de um processo para a constituição da pessoa.

§ 4º O número total de embriões produzidos em laboratório durante a fecundação in vitro será comunicado aos usuários para que se decida quantos embriões serão transferidos a fresco, devendo o restante ser preservado, salvo disposição em contrário dos próprios usuários, que poderão optar pelo descarte, a doação para terceiros ou a doação para pesquisa.

§ 5º Os gametas e embriões depositados apenas para armazenamento só poderão ser entregues ao indivíduo ou casal depositante, sendo que, neste último caso, conjuntamente aos dois membros do casal que autorizou seu armazenamento.

§ 4º É obrigatório o descarte de gametas e embriões:

I - doados há mais de dois anos;

II - sempre que for solicitado pelos doadores;

III - sempre que estiver determinado no documento de consentimento informado;

IV - nos casos conhecidos de falecimento de doadores ou depositantes;

V - no caso de falecimento de pelo menos uma das pessoas que originaram embriões preservados.

<sup>64</sup> 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 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.



Neste sentido podemos afirmar que não se trata de não haver personalidade, pois nem sempre para se obter a proteção jurídica precisamos delimitar o status de quem a busca, se coisa ou pessoa, ou neste caso, embrião; são direitos assegurados pelo ordenamento jurídico.

Há neste íterim uma limitação legal ao uso das técnicas tanto quando tratamos do número de embriões que podem ser implantados, quanto ao destino daqueles que não são utilizados.

Entretanto, a limitação existente tem fundamentação médica e biológica e visa proteger não somente a saúde da mãe, mas também da futura pessoa que poderá ter problemas genéticos ou até mesmo não ter seu desenvolvimento completo ante a não observação destas restrições médicas.

Com relação a limitação da utilização de embriões ou sêmen congelado após o falecimento do marido, a maioria das legislações adotam a completa impossibilidade.

Segundo Márcio Antonio Boscaro<sup>65</sup>, a legislação espanhola afirma que:

a filiação de quem for gerado com o auxílio de uma dessas técnicas será regulada pelas leis civis, não se conhecendo, porém, vínculos a ligar marido pré-morto a filhos gerados após tal passamento. Também poderá o marido dispor que o material genético dele colhido seja utilizado, posteriormente, pelo prazo de um ano, como tentativa de fecundar sua esposa, o que deverá ser formalizado por escrito. Fora de tal hipótese, não se reconhecerá relação jurídica entre filho nascido com o uso dessas técnicas e pai falecido antes de iniciado o processo de reprodução assistida.

Na França, o entendimento dos juízes é o mesmo adotado na Itália. Partilha os dois países o pensamento de que a reprodução assistida somente pode ter por finalidade o nascimento de uma criança no seio de uma família constituída, de modo que em casos de falecimento do marido, não há possibilidade da mulher se utilizar do sêmen ou embrião congelado.

---

<sup>65</sup> BOSCARO, Márcio Antonio. Aspectos jurídicos da reprodução humana assistida. In NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (coord.) **Família e Sucessões – reflexões Atuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 275.

No Brasil há duas disposições em embasam a adoção de posicionamento contrário ao exposto acima.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1597, incisos I e II, afirma que a paternidade será presumida em casos de fecundação homóloga mesmo que falecido o marido e também em casos de embriões excedentários decorrente de fecundação homóloga.<sup>66</sup> Também há autorização para a utilização da técnica *post mortem* na Resolução do Conselho Federal de Medicina.<sup>67</sup>

Importante observar que para tal procedimento ser efetuado é imprescindível a autorização expressa e específica, feita pelo falecido, sobre a utilização de seu material para após a sua morte.

Sem a autorização há a não obrigatoriedade por parte dos médicos em aplicar a técnica em mulheres que resolvem ter filhos após o falecimento de seus companheiros.

Dentre todas as técnicas de procriação artificial, talvez a que desperte mais curiosidade e também a que possui uma limitação maior, seja a doação temporária de útero, DTU ou surrogacy. Aqui no Brasil agregou-se o pseudônimo de barriga de aluguel.

A técnica consiste em utilizar o útero de uma doadora. Em casos extremos, há descrição da utilização de óvulo e útero de doadora ou doadoras. São situações onde a mulher que deseja ter um filho não tem possibilidade de passar por uma gestação de forma a assegurar a sua saúde e também do bebê.

---

<sup>66</sup> Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; II – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga.

<sup>67</sup> Resolução 1957/10 - VIII – REPRODUÇÃO ASSISTIDA POST MORTEM Não constitui ilícito ético a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente.

A técnica da barriga de aluguel expõe ao mundo um desejo desenfreado de muitas mulheres e homens de perpetuarem sua família.<sup>68</sup> Tal técnica não é bem recebida em inúmeros países que entendem que as técnicas de reprodução assistida somente podem ser utilizadas quando não há possibilidade biológica e física de um casal heterossexual reproduzir de maneira natural.

A grande maioria dos países proíbe expressamente o uso de surrogacy, como é o caso da França, Espanha e Itália. Em outros, como Índia, por exemplo, a exploração desta forma de reprodução se tornou meio de obtenção de renda para mulheres pobres e que se encontram em idade reprodutiva.<sup>69</sup>

Além da Índia, há também alguns Estados norte-americanos que autorizam o uso da surrogacy. Há clínicas especializadas no procedimento e é possível se encontrar em jornais e sites na internet mulheres que se oferecem para carregar o filho de um casal em seu ventre.<sup>70</sup> Mesmo assim, as problemáticas envolvendo a adoção do método fizeram com que se adotem algumas medidas para evitar questões posteriores, como a remuneração da gestante, a limitação de idade para servir como surrogate bem como a obrigatoriedade de já ter pelo menos um filho, entre outras regras.

É dos Estados Unidos o caso de maior repercussão não somente jurídica mas também social. Na década de 1980, um casal de Nova Jersey (os Stern) procurou auxílio para ter um filho em virtude de um problema de saúde da esposa, que não poderia gerar um bebê. Para isso, foi contratada uma mãe de aluguel, que cedeu o óvulo e o útero para o procedimento. Foi utilizado o gameta masculino do

---

<sup>68</sup> Tendo em vista que a técnica consiste na utilização do útero de uma mulher saudável e dentro de idade de reprodução normal, tem sido utilizada não somente por mulheres que desejam um filho, mas também por casais homoafetivos onde os pares são homens e, portanto, não tem condições fisiológicas e biológicas de reprodução.

<sup>69</sup> Barriga de Aluguel: um negócio em crescimento na Índia. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=2227>. Acesso em 24/03/2011.

<sup>70</sup> Sites onde é possível se ter acesso ao custo do procedimento e demais informações sobre onde, quem e como proceder. <http://www.surrogate-mother.ru>; <http://www.surrogatefinder.com>; <http://www.surrogacy.com>, dentre outros. Acesso em 24/03/2011.

marido – Sr. Stern. Após o nascimento da criança, a contratada (Whitehead) recusou-se a entregar aos contratantes, o que gerou a demanda judicial para a obtenção da guarda e o reconhecimento da paternidade e maternidade da criança. O caso ficou conhecido mundialmente como “Baby M Case”.

Naquela ocasião, a Suprema Corte Norte Americana abria precedente inédito que veio a ser muito utilizado posteriormente em casos semelhantes.<sup>71</sup> Surge nesta decisão um conceito que passa a ser amplamente utilizado nos Estados Unidos e que, na década de 1990 é trazido para o direito brasileiro: o melhor interesse da criança (in the best interests of the child).

Neste caso específico, a decisão da Corte foi em reconhecer a paternidade do Sr. Stern, porém invalidar o contrato de mãe de aluguel, reconhecendo assim a maternidade de Whitehead. Entretanto, utilizando-se do princípio do melhor interesse da criança, decidiu pela guarda ao pai, Sr. Stern, tendo em vista que este possuía as melhores condições emocionais e financeiras, de criar a filha. Posteriormente, a Sra. Stern adotou a menina.

A decisão serviu como embasamento para inúmeros outros casos envolvendo a chamada surrogacy, mas como nos EUA cada estado legisla livremente pautando-se apenas nos ditames constitucionais, há estados em que o contrato de surrogacy é plenamente reconhecido, como é o caso da Califórnia.

No Brasil, tendo em vista a lacuna legislativa neste âmbito, a utilização do útero de outra mulher não é proibido. Há apenas uma Resolução do Conselho Federal de Medicina que recomenda a adoção da técnica chamada de “DTU – Doação Temporária de Útero” somente em casos onde exista parente em condições

---

<sup>71</sup> Também chegou ao Judiciário americano demanda movida por um casal homoafetivo em 2009, que havia se utilizado de óvulo de uma doadora e o útero da irmã de um dos companheiros para reprodução. Ao nascerem gêmeas, a mulher que gestou recusou-se a entregar os bebês. Neste caso, em que pese os autores terem se utilizado do precedente *Baby M*, o Juiz entendeu que o contrato era inválido pois estaria de encontro aos interesses da criança ao prever o afastamento da mesma de sua mãe. [http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231\\_SURROGATE.pdf](http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/national/20091231_SURROGATE.pdf), acesso em 14/06/2010.

físicas de gerar para a mãe, ou seja, mulheres com parentesco até o 2º grau com a mãe contratual que estejam em idade de reprodução.<sup>72</sup> Além disso, aplica-se aqui o princípio da gratuidade, ou seja, não há remuneração para a doadora de útero.<sup>73</sup>

A maternidade nestes casos não segue o princípio de que é mãe aquela que dá à luz, mesmo que conste do termo de nascido vivo o nome da parturiente, a Justiça tem reconhecido a maternidade e paternidade dos doadores do óvulo e sêmen, autorizando a retificação do nome dos pais no registro da criança.<sup>74</sup>

Pelo texto da Resolução, os demais casos devem ser analisados pelos Conselhos Regionais que autorizam ou não o uso da barriga de aluguel por mulheres que não estejam na linha e grau de parentesco exigidos, o que significa dizer que é possível a realização do procedimento com terceiras sem parentesco.

Entretanto, é difícil a liberação da técnica em virtude da insegurança que a contratação de terceira acarreta ao procedimento. É necessário um controle rígido da gestação, da alimentação da gestante e de seus hábitos e saúde. Corre-se ainda o risco de a mãe que carrega o filho em seu ventre se arrepende e não entregar a criança após o nascimento.

---

<sup>72</sup> Resolução 1957/2010 CFM - VII - SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO) As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

<sup>73</sup> “Após ‘ barriga de aluguel’, mãe vai passar primeiro Natal com gêmeos”, disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=4232>; e Avó gera a própria neta para a filha que não pode engravidar, disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=3966>. Acesso em 24/03/2011.

<sup>74</sup> Justiça paulista reconhece como pais casal que forneceu material genético "para barriga de aluguel" A Corregedoria do Serviço de Controle das Unidades Extrajudiciais do Tribunal de Justiça de São Paulo autorizou casal doador de material genético, espermatozóide e óvulo, a registrar em seu nome uma criança gerada na barriga de outra mulher. O processo conhecido como barriga de aluguel não tem vedação legal, apenas não pode ter caráter comercial. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?noticias&noticia=3806>. Acesso em 24/03/2011.

Todas essas limitações à maternidade servem, na verdade, como formas de mantermos certo controle sobre a manipulação de genes e material genético. Há uma preocupação por parte do legislador e da sociedade, de convertermos a maternidade em contratualização das relações familiares. Já há no âmbito mundial a visão de mercado em relação a reprodução assistida, na medida em que o aperfeiçoamento dos métodos e o desenvolvimento de novas formas de reprodução, acabam por revelar uma indústria de bebês. E há compradores ansiosos dispostos a pagar qualquer preço pela maternidade e paternidade.

A questão que se coloca então é se podemos colocar preço na vida de um ser que está sendo gerado, se este “bem” tem direitos e de que forma devem ser protegidos em caso de uma resposta afirmativa.

### 1.3 O NASCITURO E O DIREITO A PROTEÇÃO INTEGRAL

Mesmo acreditando não ser o nascituro pessoa ainda assim verificamos a existência de legislação protetiva em relação a seus direitos, sejam eles materiais ou não. Essa proteção em alguns casos pode ser descrita como ampla.

Há, a princípio, duas esferas de proteção que podem recair sobre o nascituro: a primeira refere-se a direitos de cunho patrimonial, onde está assegurado pela legislação a proteção de direitos patrimoniais do bebê que ainda se encontra no ventre materno para após seu nascimento; a segunda, diz respeito a direitos imateriais decorrentes da personalidade humana.

O Código Civil Brasileiro é repleto de normas que visam a proteção de futuros direitos do nascituro a depender do seu nascimento com vida, figurando este como condição suspensiva da obtenção fática de tais direitos. Os direitos que lhes são resguardados pela lei, seriam apenas os de cunho patrimonial uma vez que os demais decorrentes da personalidade, o nascituro já possui desde a concepção.

Constam do rol de direitos assegurados ao nascituro e consolidados após o nascimento com vida direitos de família e sucessões. O nascituro tem direitos decorrentes do falecimento dos parentes em cuja ordem de sucessão esteja incluído; Também pode ser contemplado em testamento e receber doações.

Há também a possibilidade de ser nomeado curador ao nascituro. Paulo Lôbo<sup>75</sup> assevera que ainda que não sejam pessoas, são sujeitos de direito, admitindo-se a eles a curatela especial, quando a mãe estiver interdita e não houver pai.

Mais recentemente, no ano de 2008, o legislador brasileiro editou a Lei 11.804, mais conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, reconhecendo ao nascituro o direito a alimentos enquanto não nascido.

Estes direitos descritos são de ordem patrimonial, uma vez que visam a satisfação de direitos materiais após o nascimento.<sup>76</sup> Entretanto, a chamada doutrina da proteção integral, estampada na Constituição Federal, artigo 227 e no Estatuto da Criança e do Adolescente, visa a proteção dos direitos das crianças e adolescentes de forma completa e abrangente.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> LOBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil – Famílias**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 400.

<sup>76</sup> Em que pesem serem concedidos no período gestacional, os efeitos dos alimentos são projetados para após o nascimento.

<sup>77</sup> O Estatuto da Criança e do Adolescente ( Lei 8.069/90) dispõe sobre a proteção integral.

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

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

Segundo Pena Junior<sup>78</sup>, ao adotar a Doutrina da Proteção Integral, o Brasil passa a garantir às crianças e adolescentes com prioridade o estado de sujeitos de direitos e em desenvolvimento, com direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer dentre outros.

Assevera ainda o autor:

Ao assumir a Doutrina da Proteção Integral, ficou evidente um novo posicionamento por parte da família, da sociedade e do Estado com relação às nossas crianças e aos nossos adolescentes, passando-se a reconhecê-los como sujeitos de todos os direitos fundamentais intrínsecos ao ser humano e fazendo-se valer do princípio do melhor interesse, nas questões em que estejam envolvidas<sup>79</sup>.

Assegura também o direito a proteção integral a Declaração Universal dos Direitos da Criança, assinada em 1959, assim como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que defende que todo ser humano tem direito à vida e complementa em seu artigo IV que todo ser humano tem o direito de ser reconhecido como pessoa perante a lei.

A questão que gera controvérsias neste ponto é saber se o nascituro se encaixa ou não sob o manto da proteção integral aqui descrito. Se adotarmos a posição concepcionista que entende ser o nascituro pessoa desde o momento da concepção, poderemos afirmar que este está albergado sob os princípios da doutrina da proteção integral. Ainda que não o consideremos pessoa, certamente é sujeito de direitos na medida em que a personalidade não precisa necessariamente estar presente para se ter personalidade jurídica.

Podemos afirmar então que na proteção dos direitos do nascituro, devemos aplicar a doutrina da proteção integral em virtude de sua condição humana e diante da impossibilidade de ver seus direitos assegurados de outra forma.

---

<sup>78</sup> PENA JUNIOR, Moacir Cesar. **Direito das pessoas e das famílias – doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 36.

<sup>79</sup> *Ibidem*.



O direito de nascer e de nascer numa família que possa lhe proporcionar saúde, alimentação, educação adequados é amplamente difundido e defendido no Brasil. No entanto há situações em que talvez a melhor solução seria não nascer.

Na França, no ano de 2000, a Corte de Cassação decidiu pelo direito de não nascer no acórdão n. 457, conhecido como Acórdão Perrouche (“Affaire Perrouche”). Nicolas Perrouche ao nascer foi diagnosticado com anomalias que lhe acarretaram deficiência. Mesmo com acompanhamento médico pré-natal, as anomalias do feto não foram levadas ao conhecimento de sua mãe, Josette Perruche. Por este motivo não houve a possibilidade da adoção por parte da mãe de Nicolas de aborto eugênico, o que é permitido na França.

Sendo assim, Perruche moveu uma ação contra os médicos que não diagnosticaram as anomalias na gestação, defendendo o seu direito de não nascer, reconhecido pela alta Corte francesa.<sup>80</sup> A decisão abriu precedentes para, em contraposição a defesa da vida, defender-se o direito de não ter nascido ou de ser poupado de uma vida com limitações como consequência de problemas gestacionais e de anomalias fetais.

O caso Perruche não foi o único caso de busca de indenização com base no direito de não nascer. Na Austrália Nicole Lynch acionou sua mãe por ter nascido com deficiência cerebral em decorrência de acidente automobilístico sofrido pela mãe quando da gestação. Neste caso, Nicole recebeu indenização, pois comprovado o nexo entre a ação da mãe e o resultado sofrido por ela.

Ao tomar a decisão de defesa do interesse de não nascer, a Corte francesa abriu precedentes para diversas ações no mesmo sentido. Num país como a França, onde a defesa do direito a vida é evidenciado sempre, defender um direito de não nascer vai de encontro aos princípios mais básicos atinentes ao ser humano.

---

<sup>80</sup> Disponível no sítio da Corte de Cassação francesa: [http://www.courdecassation.fr/jurisprudence\\_publications\\_documentation\\_2/bulletin\\_information\\_cour\\_cassation\\_27/bulletins\\_information\\_2000\\_1245/no\\_526\\_1362/](http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/). Acesso em 02/03/2011.

Por este motivo, em 2002 foi aprovada a Lei 2002-303, conhecida como “Lei anti-Perruche”, que passou a estabelecer que o nascimento não pode dar causa a reparação de danos, mas não afastou a possibilidade de indenização de danos no nascimento ou antes deste que tenham como causa o erro médico.<sup>81</sup>

No Brasil não há casos onde se defenda o direito de não nascer, nem mesmo em situações onde a anomalia é diagnosticada precocemente. A discussão aqui se dá em sentido contrário, o aborto eugênico não é visto com bons olhos.

A defesa dos direitos do nascituro por si só já corresponde a um grande desafio ante a imprecisão de sua natureza. Negar o direito de nascer, mesmo que após o diagnóstico de uma anomalia ou deficiência nos parece ir de encontro a tudo aquilo que o Estado de Direito defende. Talvez seria possível entender como válido descontinuar uma gestação em casos de anomalias ou deficiências, porém, não se estaria aplicando a teoria da proteção integral em casos assim. A defesa deveria ser da vida, mesmo que esta vida seja problemática.

Se pensarmos que o direito de não nascer pouparia sofrimento da família e da pessoa com deficiência, teríamos que aceitar que os doentes terminais possuem o direito de, ao serem diagnosticados, decidirem sobre o termo de suas vidas. Como se sabe, a eutanásia é crime.

---

<sup>81</sup> Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (1)

TITRE Ier : SOLIDARITÉ ENVERS LES PERSONNES HANDICAPÉES.

Article 1

Modifié par Loi n°2003-660 du 21 juillet 2003 - art. 65 (V) JORF 22 juillet 2003

Abrogé par Loi n°2005-102 du 11 février 2005 - art. 52 (V) JORF 12 février 2005

I. - Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance.

La personne née avec un handicap dû à une faute médicale peut obtenir la réparation de son préjudice lorsque l'acte fautif a provoqué directement le handicap ou l'a aggravé, ou n'a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l'atténuer.

Lorsque la responsabilité d'un professionnel ou d'un établissement de santé est engagée vis-à-vis des parents d'un enfant né avec un handicap non décelé pendant la grossesse à la suite d'une faute caractérisée, les parents peuvent demander une indemnité au titre de leur seul préjudice. Ce préjudice ne saurait inclure les charges particulières découlant, tout au long de la vie de l'enfant, de ce handicap. La compensation de ce dernier relève de la solidarité nationale.

Disponível em <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015>. Acesso em 02/03/2011.

A vida é algo tão sagrado que nem ao próprio homem é dado o direito de decidir sobre o seu fim em defesa da dignidade que é muito mais do que a própria vida de alguém.

## 2 O DIREITO E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Para manter o direito sagrado da vida, é imprescindível a manutenção do corpo físico e psíquico. Desta manutenção da vida daqueles que não conseguem manterem-se sozinhos, nasce a figura dos alimentos.

Nos dizeres de Yussef Said Cahali<sup>82</sup>, O ser humano, por natureza, é carente desde a sua concepção; como tal, segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal, mais ou menos prolongada, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida.

O direito do alimentado corresponde a uma obrigação do alimentante. Aquele que foi responsável pelo nascimento de outrem, é também responsável pela manutenção da vida desta pessoa até o momento em que consiga manter-se sem auxílio.

Os alimentos seguem uma classificação quanto a sua natureza e também quanto a sua causa jurídica. São objeto do presente estudo os alimentos decorrentes da relação parental, classificados em alimentos naturais e civis decorrentes da lei.

### 2.1 DOS ALIMENTOS AOS FILHOS NASCIDOS E AO NASCITURO

---

<sup>82</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 15.

Segundo a Constituição Brasileira<sup>83</sup>, é dever do Estado fornecer os meios básicos para a manutenção da vida. Entretanto, como é sabido, o Estado não consegue suprir as necessidades básicas de seus cidadãos como alimentação, habitação e saúde dentre outros itens considerados imprescindíveis ao bom desenvolvimento humano. Assim, transfere ao particular dever do qual não dá conta de cumprir, passando a assumir responsabilidade subsidiária pela ausência do cumprimento de tais direitos. Recai sobre a família o dever de manutenção dos seus membros, dentre eles, o de prestar alimentos. Decorre do parentesco, fixado pela lei civil, o chamado dever alimentar.

Discorre Paulo Luiz Neto Lôbo<sup>84</sup>,

Os alimentos já foram concebidos como imposição do dever de caridade, de piedade ou de consciência, contendo-se nos campos moral e religioso. A grande família, com filhos numerosos e agregados, era a única segurança de amparo aos que não estavam no mercado de trabalho, especialmente os menores e os idosos. No século XX, com o advento do Estado social, organizou-se progressivamente o sistema de seguridade social, entendendo-se ser de inarredável política pública, com os recursos arrecadados dos que exercem atividade econômica, a garantia de assistência social, de saúde e de previdência. Mas a rede pública de seguridade social não cobre a necessidade de todos os que necessitam de meios para viver, especialmente as crianças e os adolescentes, mantendo-se os parentes e familiares responsáveis por assegurar-lhe o mínimo existencial, especialmente quando as entidades familiares se desconstituem ou não chegam a se constituir.

Segundo Luiz Edson Fachin<sup>85</sup>,

---

<sup>83</sup> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

<sup>84</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil – Famílias**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 348.

<sup>85</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 283-284.

Na falta do Estado, os privados (consoante o CCB de 2002) repartem os custos do que é necessário para a vida. O mecanismo da desoneração estatal veicula-se através da família na teia parental. Habitação, saúde, educação, entre outras conotações, os alimentos correspondem a esse *múnus* público exercido, dentro da família, pelos particulares. No inadimplemento das prestações sociais a que se obriga o Estado, o parentesco opera o suprimento de necessidades básicas via a fixação alimentar.

Oliveira e Muniz<sup>86</sup> asseveram que a ausência de concretização dos direitos econômicos e sociais descritos na Constituição acabam por comprometer as formas básicas de proteção a pessoa que se encontram em situação de insuficiência ou carência de meios de subsistência mesmo que por causas passageiras.

Rolf Madaleno<sup>87</sup> relaciona os alimentos ao direito à vida, que é sagrado. Também se perfaz num dever de subsistência que decorre do parentesco.<sup>88</sup>

Há na sociedade uma visão errônea de que os alimentos se referem a alimentação somente decorrente da definição do vocábulo no vernáculo pátrio.<sup>89</sup>

Conceituando o que seja alimentos, Cahali<sup>90</sup> afirma:

O ser humano, por natureza, é carente desde sua concepção; como tal, segue o seu fadário até o momento que lhe foi reservado como derradeiro; nessa dilação temporal, mais ou menos prolongada, a sua dependência dos alimentos é uma constante, posta como condição de vida.

Daí a expressividade da palavra “alimentos” no seu significado vulgar: tudo aquilo que é necessário à conservação do ser humano com vida; ou, no dizer de Pontes de Miranda, “o que serve à subsistência animal”.

Em linguagem técnica, bastaria acrescentar a esse conceito, a ideia de *obrigação* que é imposta a alguém, em função de uma causa jurídica prevista em lei, de prestá-los a quem deles necessite.

---

<sup>86</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família – direito matrimonial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 53.

<sup>87</sup> MADALENO, Rolf. **Direito de Família – aspectos polêmicos**. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 47.

<sup>88</sup> Madaleno afirma ainda que o parentesco produz, no âmbito jurídico, efeitos básicos, pessoais e patrimoniais, dentre eles a obrigação de prestar alimentos. *Op. Cit.* p. 51.

<sup>89</sup> Segundo o Dicionário Aurélio, alimento é toda substância que, ingerida ou absorvida por um ser vivo, o alimenta ou nutre; aquilo que faz subsistir, que sustenta algo; aquilo que estimula.

<sup>90</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 15.

Fachin<sup>91</sup> afirma que os alimentos derivam da palavra *alimentum*, que tem por significado nutrir, mas não encerra no sentido físico, compreendendo, na seara jurídica, “prestações de cunho assistencial”.

Ainda assevera o autor que, “Numa das definições possíveis, alimentos são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si”.

Alimentos, em direito de família, tem o significado de valores, bens ou serviços destinados às necessidades existenciais da pessoa, em virtude de relações de parentesco (direito parental), quando ela própria não pode prover com seu trabalho ou rendimentos, a própria manutenção<sup>92</sup>.

Abrangem as chamadas necessidades existenciais básicas, não somente a alimentação, mas também a saúde, a educação e o lazer.<sup>93</sup>

Os alimentos podem decorrer de uma obrigação legal e são chamados de legítimos. Também podem decorrer de uma declaração de vontade – voluntários – ou de ato ilícito.

Os chamados legítimos são devidos por questões que envolvam o *iure sanguinis*, parentesco ou relações de origem familiar ou decorrentes de matrimônio<sup>94</sup>.

Serão analisados apenas dos alimentos decorrentes de relação de parentesco em linha reta descendente de primeiro grau, ou seja, aqueles devidos pelos pais aos filhos.<sup>95</sup> Dentre os filhos, especificamente os menores.<sup>96</sup>

---

<sup>91</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família – Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª edição. Rio de Janeiro: renovar, 2003. p. 285.

<sup>92</sup> LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil – Famílias**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 347.

<sup>93</sup> Segundo Fachin, “Na exegese estrita da expressão “necessidades vitais” uma idéia inexata do juízo de necessidade. É vital sim sugerir o que nem sempre está no conteúdo dos alimentos. Não é possível viver dignamente sem a educação, mesmo que se possa sem ela subsistir. É reticente adjetivar a necessidade como sendo vital, pois há necessidades que são vitais para a sobrevivência, só que não do ponto de vista biológico, mas que devem estar contidas, o quanto possível, na prestação alimentícia. A educação, na formação e na realização do indivíduo como ser social, é fundamental, mesmo que não seja vital no sentido estrito”. *Op. Cit.* p. 286.

<sup>94</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 20.

A legislação brasileira define como dever inerente ao poder familiar a guarda, sustento e educação dos filhos menores.<sup>97</sup> Este dever hoje é comum a ambos os pais, diferentemente do que ocorria há alguns anos atrás, decorrente da visão patriarcal que regulava as relações familiares.

Pais são responsáveis por seus filhos desde o momento de sua concepção até sua maioridade. Desta forma, nada mais correto do que atribuir aos pais, em igualdade de condições, o exercício deste dever decorrente da filiação. O dever persiste mesmo que a filiação seja adotiva ante a “completa integração do adotado”<sup>98</sup>.

João Baptista Villela<sup>99</sup> afirma:

A quem pela sua conduta contribuiu a pôr uma vida humana no mundo, duas possibilidades se oferecem: *assumir-lhe a paternidade ou assumir os custos de sua criação e educação*. No segundo caso, o correto é falar de alimentos: *alimentos ex procreatione*. No primeiro, não cabe a palavra alimentos. O pai não deve alimentos ao filho menor. Deve sustento.

Corroborando esta ideia,

Uma vez que a própria gênese da pessoa, empiricamente considerada, implica uma relação intersubjetiva, mediante tal relação fica já criado e

---

<sup>95</sup> Fachin classifica estes alimentos como alimentos parentais e não legítimos e explica: “Como a legitimidade é um traço distintivo das ligações com o casamento, esse termo não é mais aplicado, pois agora há uma dissociação entre legitimidade e casamento”. *Op. Cit.* p. 297.

<sup>96</sup> Segundo Rolf Madaleno, com a maioridade civil, o pátrio poder desaparece e, com ela, a presunção legal e absoluta da necessidade alimentícia dos descendentes. *Op. Cit.* p. 52.

<sup>97</sup> Código Civil. 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 sobrevivente 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.

<sup>98</sup> *Op. Cit.* p. 289.

<sup>99</sup> VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade e alimentos. *in Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal*. São Paulo: IBDFAM/Saraiva, 2005. p. 142.



determinado um vínculo de justiça entre os geradores e o gerado (*justiça parental*); assim como os primeiros devem atribuir a si o nascimento do novo ente, assim também não podem eximir-se da obrigação de seguir a formação do mesmo ente, até que ela seja completa; trazer à vida um novo ser, para deliberadamente abandoná-lo enquanto dura o processo de seu desenvolvimento, ou seja, antes que ele alcance em concreto a sua *autarcia*, revela-se incompatível com o respeito devido ao valor absoluto da pessoa; nem o respeito poderia ser entendido aqui em sentido meramente negativo, como sucede onde falta uma relação precedente: por isso que justamente do fato de geração resulta a necessidade daquela assistência que, por justiça, não pode incumbir a outros entes senão aos autores do próprio fato; daí admitir-se em favor do ser gerado o reconhecimento da pretensão correlativa; e mercê justamente dessa correlação é que a relação possui natureza jurídica, e não apenas moral ou de beneficência, como pretendem alguns<sup>100</sup>.

A doutrina descreve como características ínsitas ao instituto a irrenunciabilidade, intransmissibilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e irrepetibilidade dentre outras, além de descrevê-lo como direito personalíssimo.<sup>101</sup>

Cahali<sup>102</sup> afirma ser característica fundamental do direito aos alimentos o fato de ser descrito como direito personalíssimo, decorrendo desta classificação suas demais peculiaridades. Ainda segundo o autor, a doutrina como um todo vincula o direito a alimentos a um direito da personalidade, uma vez que visa assegurar a subsistência e integridade física do ser humano.

Os alimentos também são irrenunciáveis, o que significa dizer que o credor de alimentos não pode abrir mão deste direito. Pode, no entanto, deixar de exercê-lo ao não cobrar do devedor, o que por si só não caracterizaria renúncia.

Também não podem ser objeto de cessão, transação ou penhora conforme expressa previsão legal.<sup>103</sup> Tais características decorrem do caráter de manutenção

---

<sup>100</sup> DEL VECCHIO *apud* CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 29.

<sup>101</sup> CAHALI acrescenta ainda: incedibilidade, incompensabilidade, preferenciabilidade, indeclinabilidade, irretroatividade, condicionalidade, variabilidade, reciprocidade, alternatividade da prestação, periodicidade, e divisibilidade. Adotamos a classificação descrita na maior parte dos livros acerca do tema. *Op. Cit.*

<sup>102</sup> *Ibidem*.

<sup>103</sup> Código Civil. Art. 1707. Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

de uma vida que está implícito na figura dos alimentos. Servem para manter a vida assim, não pode ser objeto de nenhuma forma de transferência a terceiros.

De todas as suas características a que mais causa polêmica diz respeito ao caráter de irrepitibilidade dos alimentos.

Oliveira e Cruz<sup>104</sup> afirmam que o fundamento da não restituição dos alimentos reside no fato de que estes se destinam a ser consumidos pela pessoa que deles necessita.

Entretanto, entendem os autores pela possibilidade de restituição em caso de alimentos definitivos:

Em princípio, os alimentos definitivos não seriam de restituir, porque não enriqueceram o credor que gastou os valores recebidos. Faltaria, pois, atualidade ao enriquecimento. Ocorre, porém, que a jurisprudência veio a admitir que o devedor que continua a prestar pensão alimentícia, numa altura em que o credor não mais necessita, pode repetir as somas indevidamente recebidas<sup>105</sup>.

Em sentido contrário, Belmiro Pedro Welter<sup>106</sup> entende que:

O endeusamento do princípio da irrepitibilidade dos alimentos fomenta a indústria do enriquecimento sem causa, na medida em que, em alguns casos, após ampla tessitura probatória, é comprovado que o devedor ostenta obrigação alimentar reduzida ou inexistente, mas, mesmo assim, a propriedade lhe é confiscada sob o manto da legalidade, represando a autêntica responsabilidade sem débito, mas sem qualquer vínculo legal ou obrigacional.

Pena Junior<sup>107</sup> defende a restituição judicial dos alimentos desde que demonstrada a ausência de necessidade do alimentando a fim de evitar o enriquecimento sem causa a custas do alimentante.

---

<sup>104</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Côrrea de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família – direito matrimonial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990. p. 68-69.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003. p. 36.

<sup>107</sup> PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 339.

Discussões a parte, certo é que a quase totalidade das decisões judiciais sobre alimentos indevidamente pagos adotam o posicionamento de que, em virtude da natureza do instituto, não é possível a repetição, ou seja, mesmo que indevidamente pagos, jamais podem ser devolvidos.<sup>108</sup>

Na fixação dos valores referentes aos alimentos leva-se em consideração o binômio necessidade/ possibilidade. O Código Civil, artigo 1.695 traz este binômio como regra: “São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento”.

A regra tradicional é que cada pessoa deve prover-se segundo suas próprias forças ou seus próprios bens: a obrigação de prestar alimentos é, assim, subsidiária, eis que só nasce quando o próprio indivíduo não pode cumprir esse comezinho dever com a sua pessoa, que é o de alimentar-se com o produto do seu trabalho e rendimentos<sup>109</sup>.

Nesse sentido, Cahali<sup>110</sup> lembra que o pressuposto da necessidade do alimentando se descaracteriza apenas se dos bens de que seja titular não possa retirar rendimentos para sua manutenção.

---

<sup>108</sup> Nesse sentido: ALIMENTOS. PROVISÓRIOS. DEFINITIVOS. FIXAÇÃO EM VALOR INFERIOR. TERMO INICIAL. CITAÇÃO. Fixados os alimentos definitivos em valor inferior ao dos provisórios, retroagirão à data da citação, ressalvadas as possíveis prestações já quitadas em virtude da irrepetibilidade daquilo que já foi pago. Recurso especial provido (STJ, REsp 209.098, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 14-12-2004, DJU, 21-2-2005).

PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DO BENEFÍCIO EM URV. AÇÃO RESCISÓRIA. RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA ALIMENTAR DO BENEFÍCIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IRREPETIBILIDADE DOS ALIMENTOS. PRECEDENTES. QUESTÃO NOVA. I – É indevida a restituição dos valores recebidos a título de conversão da renda mensal do benefício previdenciário em URV por se tratar de benefício previdenciário, que tem natureza alimentar. Valores sujeitos ao princípio da irrepetibilidade dos alimentos. II – (...) Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no REsp 724.263, 5ª T., Rel. Min. Félix Fischer, j. 5-5-2005, DJU, 27-6-2005).

<sup>109</sup> CARVALHO SANTOS *apud* CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª edição. São Paulo: RT, 2009. p. 512.

<sup>110</sup> *Ibidem*.

Corroborando com esta linha de raciocínio, cita o supracitado autor decisão do 2º grupo do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Poderá reclamar alimentos de seus parentes aquele que, embora possuindo bens, não aufera rendas, por serem os mesmos improdutivos e lhe faltarem possibilidades para explorá-los, para aquela finalidade (TJSP, 2º grupo, 15.12.1966, RT 392/154).

Percebe-se assim, que a necessidade do alimentando deve ser levantada caso a caso, a fim de não corroborar para enriquecimento sem causa.

Também deve ser observada a possibilidade de quem tenha a obrigação de prestar os alimentos. Conforme letra do artigo 1695 do Código Civil Brasileiro, aquele que deve os alimentos não pode, para prestá-los, ser obrigado a privar-se do próprio sustento, mostrando-se injusto obrigar a tal privação.

Do mesmo modo, também acaba por eximir-se o devedor de alimentos que seja insolvente e aquele cujos rendimentos sejam baixos a ponto de não suportar o dever alimentar sem acarretar na privação do devedor. Caso venha a constituir nova família, o devedor de alimentos não se exime do pagamento, mas pode vê-la reduzida para se adequar a sua nova realidade.

A discussão acerca do nascituro ser ou não titular de direito a alimentos não é recente. Desde a época do direito romano já se discutia acerca de sua condição humana.<sup>111</sup>

O nascituro não tinha direito a alimentos no Brasil. Este posicionamento decorria da própria legislação civil que adotava no Código de 1916 a teoria natalista

---

<sup>111</sup> Nesse sentido, Cahali coloca que no Digesto de Ulpiano (fr. 1º, §1º) o nascituro era descrito como parte do corpo da mulher: *partus enim, antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*. Também em Papiniano o nascituro não era considerado homem: *partus nondum edatus, homo non recte fuisse dicitur*. Esta regra fisiológica foi modificada pelo direito que, “vendo no feto a esperança de um homem”, passa a protegê-lo garantindo acesso a seus direitos após seu nascimento com vida. *Op. Cit.* p. 345.

segundo a qual a personalidade humana começa com o nascimento com vida. Caberia ao nascituro expectativa de direitos enquanto não nascido.<sup>112</sup>

A maioria das legislações adotaram a teoria que atribui personalidade civil com o nascimento, mas dá expectativa de direitos ao nascituro, chamada de natalista. Outra, que foi objeto de apreciação no projeto do Código Civil de 1916, que remonta à concepção (concepcionista). A primeira foi adotada pelo Código Civil Brasileiro, mas em inúmeras passagens do Código de 1916, o nascituro era considerado pessoa, como no caso de legitimação do filho concebido (art. 357 CC16; art. 1609 CC02); reconhecimento de filho antes do nascimento (art. 363 CC16); curatela do nascituro (art. 462 CC16; art. 1779 CC02); capacidade para adquirir por testamento (art. 1718 CC16; 1799 CC02).

Diante da hipótese jurídica, a questão mais controvertida que se levanta é a de saber se o nascituro pode ser titular atual dos alimentos. A doutrina se divide e as opiniões se extremam, o que era justificável, até certo ponto, anteriormente à atual Constituição. Agora, a questão conduz a uma resposta afirmativa. O nascituro tem direito a alimentos.<sup>113</sup>

---

<sup>112</sup> Neste sentido caminhava a jurisprudência pátria: Seguro Obrigatório. Atropelamento de mulher grávida que vem a falecer. Abortamento em razão do acidente. Indenização relativa ao nascituro. Improcedência. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Não se considera o feto *pessoa transportada*, pelo que a circunstância de a mulher grávida atropelada ter abortado em razão do acidente de trânsito não importa obrigação da seguradora de pagar indenização correspondente ao feto abortado, mas tão-só a indenização pela morte da mãe. (1º TACivSP, 3ª Cam., 19.05.1982, RT 563/129; 1º TACivSP 1ª Cam., responsabilidade Civil – atropelamento – mulher grávida – nascituro – direito relativo a este – pretensão improcedente (01.02.1977, RF 262/183).

TJSP, 5ª Cam. Cív.: Embora a lei ponha a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida (art. 4º do CC). Ausente a personalidade, ao nascituro falta a capacidade de ser parte e de se fazer representar em juízo (art. 7º do CPC). A ação de investigação de paternidade é personalíssima e, assim, somente o filho pode propô-la (art. 363 do CC). O nascituro, que sequer se sabe se irá vingar, não ostenta juridicamente essa condição. Na realidade, a ação foi proposta por aquela que seria a futura mãe, indubiosamente parte ilegítima (art. 6º do CPC). O posterior nascimento da criança em nada altera a equação. A ausência de pertinência subjetiva para a demanda persiste, inviável de ser convalidada (15.04.1993, JTJ 146/122).

<sup>113</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: RT, 1994. p. 138-140. Leite utiliza-se ainda dos pensamentos do ilustre jurista, Pontes de Miranda para confirmar suas alegações: Pontes de Miranda, com sua natural e espontânea maestria, já afirmara décadas atrás: "A obrigação

Nesta esteira, Silmara Chinellato<sup>114</sup> entende que:

Ao nascituro são devidos alimentos em sentido lato – alimentos civis - para que possa nutrir-se e desenvolver-se com normalidade, objetivando o nascimento com vida. Incluem –se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, em sua inteireza, que abrange as técnicas especiais (transusão de sangue, em caso de eritoblastose fetal, amniocentese, ultrassonografia) e cirurgias realizadas em fetos, cada vez com mais freqüência, alcançando ainda as despesas com o parto.

PauloLuiz Neto Lôbo<sup>115</sup> traça distinção entre os alimentos devidos ao nascituro e ao nascido afirmando que esses alimentos são, portanto, de natureza distinta, para o fim de pôr a salvo o direito à vida do nascituro, pois não se destinam a sustento, vestuário, moradia, educação e outros encargos próprios dos alimentos em geral.

Afirma ainda o autor que no direito francês há figura similar aos alimentos e investigação de paternidade que conhecemos, afirmando que neste caso o título da obrigação (misto de alimentos e indenização) não é o parentesco, mas a responsabilidade pelo risco assumido de ter gerado uma pessoa, ou seja, uma possível paternidade. Termina afirmando: Ainda que se prove geneticamente que o devedor não é o pai, este não poderá pedir de volta o que pagou, mas tem direito de regresso contra o verdadeiro pai.

Cahali<sup>116</sup> defende o direito de alimentos ao nascituro baseando-se na regra estabelecida no artigo 357 CC16 (art. 1609 CC02), que prevê a possibilidade de reconhecimento de filho antes do nascimento, o que acarreta a destinação de interesse à pessoa não nascida, portanto tal reconhecimento também não poderia

---

de alimentar também pode começar antes do nascimento e depois da concepção (Código Civil, arts. 4o e 397), pois, antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações interumanas fundadas em exigências de pediatria".

<sup>114</sup> CHINELATO, Silmara Juny. A Direito do nascituro a alimentos: do direito romano ao direito civil. *In Revista de Direito Civil*. 54/57.

<sup>115</sup> *Op. Cit.* p.358-359.

<sup>116</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4ª edição. São Paulo: RT, 2002. p. 350.

ser tido por válido. Ainda se utiliza de decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que decidiu pela legitimidade do nascituro em ação de alimentos fundada na proteção do nascimento e à gestante estampados no artigo 7º da Lei 8069/90 (ECA)<sup>117</sup>.

O autor conclui então que:

Assim, somente se lhe reconhece direito a alimentos, no sentido das coisas necessárias à sua manutenção e sobrevivência, de *modo indireto*, compondo os valores respectivos a pensão deferida à esposa ou à companheira, sendo inviável, desse modo, a ação direta do nascituro havido fora do casamento contra o indigitado pai, antes do seu nascimento com vida.

E não poderia ser de maneira diferente, pois o nascituro continua integrado no colo materno numa unidade indissolúvel (pelo menos no estágio atual da ciência) “<sup>118</sup>.

A ideia exposta pelo ilustre jurista apresentou-se como a adotada pelos Tribunais Pátrios. Somente era possível a obtenção de alimentos caso existisse uma relação matrimonial entre a gestante e o demandado. Esse direito somente lhe era deferido em função da presunção de paternidade do artigo 1597 do Código Civil.

---

<sup>117</sup> As decisões analisadas por Cahali apontam para o fato de o direito a pleitear alimentos estar relacionado à investigação da paternidade. Nos casos, os filhos eram ilegítimos, ou seja, nascidos fora de uma relação conjugal, o que prescindia da investigação da paternidade. As decisões dos Tribunais são no sentido de que, sendo casada a mãe, mesmo que esteja separada, a paternidade de seu marido se presume, o que não poderia ocorrer nos casos de filhos que não sejam decorrentes de casamento, pois neste caso a mãe pleitearia os alimentos e não o filho. Aponta as decisões no sentido de que os direitos de alimentos e investigação de paternidade são privativos do filho, e somente podem ser exercidos se este existir, afastando a pretensão da mãe representar a criança (p. 350-351). Nos dias de hoje não há mais a diferenciação entre filhos havidos do casamento e filhos não havidos do casamento. As presunções de paternidade estampadas no Código Civil Brasileiro remontam a uma época onde a tecnologia de investigação de DNA era para poucos. Hoje o exame de DNA afasta qualquer tipo de presunção de paternidade e auxilia no conhecimento da origem genética por parte daquele que a pleiteia.

<sup>118</sup> Discute o autor a possibilidade de o nascituro figurar como sujeito passivo de obrigação alimentar. Afirma que na Itália duas decisões conflitantes deram margem a discussão. A Corte de Apelação de Milão declarou em 1889 não ser o nascituro sujeito passivo de ação alimentar. Já a Corte de Nápoles, em 1890, entendeu que sim com base na afirmação de que ao considerar o nascituro pessoa jurídica atribuindo-lhe capacidade de adquirir, também dá a ele a lei a obrigação já que não há distinção legal sobre o assunto. No Brasil não se vislumbra a possibilidade de ser o nascituro demandado em ação de alimentos. (p. 351, 352) *op. Cit.* p. 351.

Não viam o nascituro como sujeito de direitos. Para ver seu direito a alimentos protegido, primeiro deveria nascer com vida e depois comprovar a paternidade para aí sim, poder exigir o pagamento da pensão.

Esta situação se arrastou por décadas até o final de 2008 quando o legislador brasileiro criou a Lei dos Alimentos Gravídicos. Esta legislação tenta assegurar ao nascituro e a gestante a subsistência no curso da gestação. Entretanto, a lei não é clara ao estabelecer quem seria verdadeiramente o sujeito de direitos: se mãe ou nascituro.

## 2.2 DESVINCULAÇÃO DA PROVA DE PATERNIDADE

Desde sempre se afirmou que pai era aquele homem casado com a mãe. Desta forma, poderia se identificar a paternidade objetivamente. Porém, o vocábulo “pai” não é sempre sinônimo de genitor.

A maternidade era facilmente determinada, pairando sobre esta a máxima *mater semper certa est*. Já as incertezas acerca da determinação da paternidade levaram a criação de um brocardo pelo qual a paternidade também se presumia. *Pater is est*, ou o pai é o marido da mãe, serviu por muito tempo para determinar a paternidade dos filhos havidos na constância do casamento.

Segundo Fachin<sup>119</sup>:

Em face da necessidade de estabelecer, no âmbito da família, a filiação paternal, o sistema se vale de alguns mecanismos. Diante da certeza da maternidade, o eixo do estabelecimento da paternidade gira em torno da figura da mãe: se esta for casada, opera a presunção *pater is est*; se a mãe não for casada, a filiação paternal pode ser estabelecida pelo reconhecimento voluntário ou por investigação.

---

<sup>119</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris, 1992. p. 21.



Numa possível definição, Fachin<sup>120</sup> afirma que o pai é aquele que o sistema jurídico aponta como tal. Também conclui o renomado jurista que as figuras do pai biológico e do pai jurídico nem sempre coincidem, o que, entretanto, não afasta a organização do sistema jurídico sob o modelo da paternidade biológica.

Este panorama sofreu e continua a sofrer mudanças em decorrência da evolução da base de sua existência: a família. Também influenciaram a questão da paternidade as alterações sociais como a inserção das mulheres no mercado de trabalho. Tais modificações resultaram na igualdade de gêneros e, dentro do matrimônio, na igualdade de direitos entre cônjuges.

No campo da filiação, afasta-se a classificação dada aos filhos e ergue-se o princípio da igualdade também entre estes. Passam os filhos a ostentar os mesmos direitos e obrigações decorrentes das relações de filiação e parentesco, independentemente de serem ou não fruto de uma relação juridicamente legítima.<sup>121</sup>

Neste ínterim, Fachin<sup>122</sup> destaca a importância do reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres para o campo do direito de família. Observa o autor que tal princípio muda a concepção da família, que deixa de ser patriarcal e passa a se preocupar com os membros deste grupamento.

Passa a filiação a ser um direito dos filhos, afastando-se a proteção legal tecida à família matrimonializada. Reconhece a lei a existência de outros grupamentos sociais que também se formam como família.<sup>123</sup>

---

<sup>120</sup> *Ibidem.*

<sup>121</sup> Lembramos aqui a classificação que era aplicada aos filhos antes da Constituição de 1988, em legítimos e ilegítimos. A base para tal atribuição era o casamento. Assim, somente considerava-se legítimo o filho havido na constância do casamento. Os demais eram tidos por ilegítimos e, durante muito tempo, não tinham direito a serem reconhecidos pelos pais, principalmente se estes fossem casados com mulher que não fosse a mãe em questão. A determinação legal visava, sobretudo, a proteção da família matrimonializada em detrimento da filiação.

<sup>122</sup> *Ibidem.*

<sup>123</sup> Conforme texto constitucional: Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A efetiva relação paterno-filial requer mais que a natural descendência genética e não se basta na explicação jurídica dessa informação biológica. Busca-se então a verdadeira paternidade<sup>124</sup>.

A paternidade é algo que se constrói:

O pai já pode não ser apenas aquele que emprestou sua colaboração na geração genética da criança; também pode não ser aquele a quem o ordenamento jurídico presuntivamente atribui a paternidade.

Ao dizer-se que a paternidade se constrói, toma lugar de vulto, na relação paterno-filial, uma verdade sócio-afetiva, que, no plano jurídico, recupera a noção de posse de estado de filho<sup>125</sup>.

Desta forma, há uma desconexão entre genética e paternidade. Todo homem pode ser o genitor, mas somente um homem será o pai. Verdade genética ou biológica e verdade jurídica se afastam cada vez mais.

João Baptista Villela<sup>126</sup> diferencia a procriação da paternidade. Diz ele que a paternidade é sempre sócio-afetiva. Biológica é a procriação. Quando um animal age com ferocidade opera segundo a ordem de sua constituição. “Nosso juízo expresso naqueles termos denota censura, indignação ou reprovação precisamente porque a *ordem de constituição* do homem não é a dos determinismos biológicos, mas a da liberdade. Portanto, somos perversos quando, podendo não o ser, cedemos a impulsos pelo mau exercício de nossa liberdade”.

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

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

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

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

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

<sup>124</sup> *Op. Cit.* p. 23.

<sup>125</sup> *Ibidem.*

<sup>126</sup> O autor afirma ainda que “... a paternidade é uma categoria da cultura e realiza-se na linha do afeto e do serviço; a procriação, ao contrário, é uma expressão da natureza, resulta de determinismos em que está ausente a liberdade de submeter-se, portanto, a outras regras”. Procriação, paternidade e alimentos. *In* CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Alimentos no Código Civil**. 2007. Pág. 131-146.

Essa desvinculação, que no início, era uma linha tênue, hoje é cada vez mais marcante. A família tradicional, com o pai no comando e mãe e filhos em patamares inferiores de direitos e obrigações se abre para um novo horizonte: a família moderna é fundada no afeto e valoriza, cada vez mais, essas relações entre seus membros.

A família serve para a satisfação das necessidades pessoais pelo compartilhamento de vida e afeto entre seus membros.

Sob a concepção *eudemonista*, a família existe para o desenvolvimento pessoal dos indivíduos que a compõe.<sup>127</sup>

Se procurarmos na etnologia e na antropologia, poderemos encontrar as inúmeras facetas das relações de parentesco e dos elementos determinantes da paternidade. Em seu núcleo constata-se que a relação paterna não repousa em um dado natural... Embora os ordenamentos jurídicos ocidentais em geral determinem a paternidade biológica como fonte de responsabilidade civil, a verdadeira paternidade só se torna possível a partir de um ato de vontade ou de um desejo<sup>128</sup>.

No âmago desde novo conceito de família e filiação o afeto, a afeição e a afinidade são peças chaves para o desenvolvimento da paternidade. Sem esta ligação afetiva entre pai e filho, verdadeiramente não há relação parental.

Sérgio Gischkow Pereira afirma que a paternidade é conceito que não pode ser entendido pelo prisma meramente genético, ao contrário, deve se ter em conta, ao buscar-se o seu sentido, também aspectos psicológicos, morais e socioculturais, pois são estes aptos a produzirem uma paternidade positiva, “... *saudável, produtiva, responsável*”, mesmo na ausência de vínculo de consangüinidade. O laço de sangue muitas vezes não se mostra forte o suficiente para garantir êxito nas relações paterno-filiais, razão de tantas destas ruírem, contaminadas pela falta de afinidade entre seus integrantes<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> Ainda Segundo João Batista Amorim de Vilhena Nunes, a família eudemonista é aquela que busca o amparo, a proteção, a realização, a felicidade, e o bem estar de seus integrantes, mediante a criação de um núcleo cujo amálgama é o afeto. ( A paternidade nos dias atuais (vínculo de fato, de direito e de amor) *in Família e Sucessões – Reflexões Atuais*, Juruá, 2009, p. 245.

<sup>128</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 145-146.

<sup>129</sup> NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. A paternidade nos dias atuais (vínculo de fato, de direito e de amor). *In* NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. **Família e Sucessões – reflexões atuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 220-221.

O afeto se constrói. As relações paterno-filiais são permeadas pelo afeto. Sem ele há uma identificação física do responsável pela geração de um ser, porém não há verdadeiramente um pai.<sup>130</sup>

Para Nunes<sup>131</sup>, o afeto independe de qualquer condição e é “inexplicável pelas regras da razão”. Afirma também que o pai se sente pai, deseja ser pai, muitas vezes se coloca no lugar de pai, tudo em virtude do afeto, e, em qualquer caso, aceita de bom grado, e por conseqüência, as responsabilidades inerentes a esta condição.

Afirma ainda que:

O filho, por sua vez, apenas com o convívio com o pai pode desenvolver o afeto, e normalmente o desenvolve em resposta a um comportamento favorável do pai. Este afeto decorre, portanto, não do simples *status* de filho, porém da qualidade do relacionamento mantido entre os protagonistas; pai e filho acabam propiciando, com suas ações, de modo consensual, a gênese e o crescimento, o aprofundamento, de seus sentimentos<sup>132</sup>.

A paternidade é algo que se constrói. Relembramos o pensamento de FACHIN, pois verdadeiramente não se nasce com vínculo afetivo com o pai e nem o pai tem esse afeto com o filho pelo simples nascimento. Se fosse assim, certamente não teríamos número tão expressivo de “filhos sem pai”.

Neste ínterim, Nunes<sup>133</sup> entende que:

Em algumas hipóteses, portanto, poderá entre um terceiro e o filho abandonado, que deixa de ter, ou que nunca teve, afeto para com o pai genético, na mesma medida em que deste pai nenhum afeto recebeu, via a se formar vínculo socioafetivo. Tal se explica, pois o pai para este filho é o companheiro ou marido atual de sua mãe, que é a pessoa que lhe concede

---

<sup>130</sup> Neste sentido escreve Jaqueline Filgueiras Nogueira *apud* NUNES: A família sociológica se assenta no afeto cultivado dia a dia, alimentado no cuidado recíproco, no companheirismo, cooperação, amizade e cumplicidade. Nesse ínterim, o afeto está presente nas relações familiares, tanto na relação entre homem e mulher, como na relação entre pais e filhos, todos unidos pelo sentimento, na felicidade e no prazer de estarem juntos. *Op. Cit.* p. 222.

<sup>131</sup> *Ibidem.*

<sup>132</sup> *Ibidem.*

<sup>133</sup> *Op. Cit.* p. 224-225.

atenção, carinho, amizade, e o atende em suas necessidades emocionais básicas, portando-se como um autêntico pai, ou aquele pai que se tem por ideal, o qual, no fim das contas, exerce uma paternidade afetiva que não poderá ser desconsiderada e, ao contrário, merecerá preservação, proteção, apesar de eventualmente via a ser questionada sob o prisma da inexistência de consangüinidade.

Vemos claramente, portanto, que a paternidade não decorre de relação patrimonial, mas afetiva<sup>134</sup>. Pelo menos no plano do ideal. No plano fático, não funciona desta forma. Infelizmente as pessoas enxergam relação patrimonial na vinculação entre pai e filho.

Para o filho e a mãe da criança, o pai é fonte de renda e para o pai, acaba de ganhar mais uma despesa fixa, da qual tenta se livrar sempre que possível. Como se fosse viável para um ser humano em fase inicial de desenvolvimento manter-se sem ajuda material e moral de outro ser.

A paternidade, no plano do ideal, deve ser encarada não como um encargo, porém como uma possibilidade natural dentre as várias opções que cada qual de nós realiza durante a vida. A escolha pela paternidade deve ser encarada com seriedade e responsabilidade, pois o seu exercício reclama abdicação e dedicação, respeito, compreensão e consciência do outro<sup>135</sup>.

Tornar-se pai é uma escolha, assim como a maternidade. O que ocorre normalmente é a ausência completa de responsabilidade dos envolvidos pelos atos que tomam. Assim, é fácil gerar um filho e posteriormente dizer que não o quer. Entretanto, o ser indefeso que se forma, não pediu para ser rejeitado. Não pediu para vir ao mundo e certamente não escolheu seus pais.

Falta, de forma generalizada, responsabilidade e responsabilização pelas ações humanas. Estas ações irresponsáveis, via de regra, atingem terceiros e seus

---

<sup>134</sup> Pai e filho unidos pelo sentimento, pelo amor, buscam a felicidade mútua, a satisfação comum, e não se preocupam com resultados econômicos, não ao menos como única meta a ser atingida, pois o principal já ocorre que é a sua social convivência, o fato de estarem juntos. (NUNES, 2009, 246)

<sup>135</sup> *Op. cit.* p. 249.

direitos. Neste caso, o nascituro é atingido e não tem quem o defenda, já que aqueles que deveriam criá-lo, agora não o querem.

A paternidade responsável é uma bandeira levantada por inúmeros juristas e defensores dos direitos das crianças e adolescentes. A responsabilidade aqui significa assumir a maternidade e paternidade e todos os encargos, direitos, alegrias e demais sentimentos que dela fluírem.

Tudo isso em consonância com o melhor interesse da criança e do adolescente. Os pais devem educar seus filhos, dar-lhes afeto e amor. Assumirem sempre as responsabilidades de cuidado, saúde e até mesmo responder pelos atos de seus rebentos. Isso é paternidade e não pagar pensão, como alguns crêem.

Desta forma o legislador brasileiro tem tentado impor aos pais a responsabilidade que deveria ser inerente ao estado de pai e mãe e não figurar como obrigação. Dentro desta linha, temos a inserção da guarda compartilhada e mais recentemente, dos alimentos gravídicos, que acabam por impor ao genitor do nascituro o dever de arcar com as despesas atinentes ao seu pleno desenvolvimento no útero materno e seu nascimento com todos os recursos possíveis e necessários.

Maria Berenice Dias<sup>136</sup> entende que a lei de alimentos gravídicos veio a contribuir para a paternidade responsável:

A lei tem outro mérito. Dá efetividade a um princípio que, em face do novo formato das famílias, tem gerado mudanças comportamentais e reclama maior participação de ambos os pais na vida dos filhos. A chamada paternidade responsável ensejou, por exemplo, a adoção da guarda compartilhada como a forma preferente de exercício do poder familiar. De outro lado, a maior conscientização da importância dos papéis parentais para o sadio desenvolvimento da prole permite visualizar a ocorrência de dano afetivo quando um dos genitores deixa de cumprir o dever de convívio.

Claro que leis não despertam a consciência do dever, mas geram responsabilidades, o que é um bom começo para quem nasce. Mesmo sendo fruto de uma relação desfeita, ainda assim o filho terá a certeza de que foi amparado por seus pais desde que foi concebido, o que já é uma garantia de respeito à sua dignidade.

---

<sup>136</sup> DIAS, Maria Berenice. Alimentos para a vida. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=466>. Acesso em 04/04/11.

Entretanto, como a ilustre jurista afirma, a lei de per se não cria o dever que deveria ser natural, mas impondo responsabilidades pela ausência deste dever, acaba por criar uma forma de garantir a dignidade do nascituro, o que já se apresenta como uma luz no fim do túnel da paternidade responsável.

Esta paternidade responsável deve existir sempre, independentemente de paternidade biológica ou socioafetiva, uma vez que a assunção pelo homem da figura de pai, gera automaticamente a responsabilidade pelos filhos.

### 2.3 DIREITOS REPRODUTIVOS E ALIMENTOS

A paternidade responsável também é exigida nos casos de reprodução assistida. Submetendo-se a um procedimento de fecundação ou inseminação artificiais automaticamente se está assumindo uma ou múltiplas paternidades.

Nos casos em que a técnica empregada é a homóloga, não há diferença com a paternidade pelo método natural de reprodução. Há, no entanto, diferenças quando tratamos da técnica heteróloga. Também há problemas nos casos de maternidade por substituição.

As legislações atinentes aos direitos reprodutivos estabelecem regras na utilização das técnicas heterólogas em relação a determinação da paternidade. Como sabemos, em casos onde se faça necessário, será utilizado material genético de um doador que conste no banco de sêmen. As informações sobre este doador são sigilosas e somente podem ser fornecidas em casos de doença de cunho genético e mediante mandado judicial.

O anonimato é princípio que integra a reprodução assistida. Assim, em casos de mulheres casadas, o marido da mãe será amplamente informado do procedimento a ser realizado e assinará um termo de consentimento. Este termo serve para evitar possíveis ações de negativa de paternidade, uma vez que o DNA do nascituro será efetivamente diferente do de seu pai.

Há neste procedimento a criação de uma paternidade sócio-afetiva entre o nascituro e o marido da mãe, que autoriza o procedimento. Significa dizer que, ao assinar o termo, assume a responsabilidade pela paternidade do ser ou seres em formação e dela não poderá se eximir.

Tendo em vista que as clínicas de reprodução humana sempre solicitam a assinatura do termo, mesmo que o pai negue ou tente negar a paternidade, não haverá como afastá-la.

Os casos de utilização da doação temporária de útero, mais conhecida como barriga de aluguel são os que trazem uma maior preocupação, principalmente quando feitos fora da legislação.

No Brasil a técnica em comento somente é possível se houver parentesco de até o 2º grau entre a mãe-contratante e a mãe- gestante. Essa restrição não afasta a ocorrência de contratos ilegais onde uma mulher literalmente aluga seu útero para um casal.

Quando feitos por clínicas especializadas e legalizadas, a paternidade não difere das demais, mas quando realizado de forma “independente” podemos nos deparar com situações de investigação de paternidade onde o pai será identificado e a mãe-gestante obterá lucro sobre a paternidade, não entregando o objeto da contratação ao casal.

Em casos assim, não há como pleitear que a gestante entregue o bebê ao nascer tendo em vista que a nossa legislação não permite a contratação cujo objeto seja uma pessoa.

Nos Estado Unidos, onde a chamada “surrugacy” é liberada (em alguns Estados, como visto anteriormente), há um contrato entre as partes onde cada um assume direitos e obrigações decorrentes desta relação. O objeto, neste caso, é a vida de um ser humano em formação.

A surrogate, ou mãe de substituição, tem o direito de receber um valor pelo empréstimo do útero e o pagamento de todas as despesas com a gestação e o parto.



Por sua vez os contratantes têm o direito de acompanhar toda a gestação e de receber o bebê após o nascimento.

A mãe de substituição não tem vínculo algum com o nascido, salvo para fins de prevenção ou tratamento de doenças hereditárias e deve entregá-lo aos contratantes logo após dar a luz.

A paternidade, nestes casos, decorre de um contrato, assim como a maternidade. Nos Estados onde a surrogacy não é legalizada, a mãe-gestante não tem obrigação de entregar o bebê, mas poderá mover ação de investigação de paternidade contra a figura do contratante.

Por mais que vejamos nesta “negociação” algo de certa forma imoral, podemos também concluir que ser pai nem sempre significa ser o doador dos gametas. Conclui-se desta forma que a paternidade se constrói. O afeto é cultivado e cresce com a convivência e a doação de tempo, de carinho, de amor, de atenção.

### **3 FINALIDADE DA LEI 11.804/08 E A INCOMPLETUDE DOS DISCURSOS JURÍDICOS**

Uma lei foi criada visando normatizar uma questão que reflete na vida de inúmeros brasileiros. Ao tomarem conhecimento do conteúdo, alguns certamente dirão que o legislador enlouqueceu.

Leis são redigidas, votadas e aprovadas diariamente no Brasil. Muitas nem chegam ao conhecimento da população, para quem o direito é o que a lei afirma.

O Brasil vive a era dos direitos e das leis. Todos têm direitos e a tudo. Meu direito, seu direito. Diz-se que o direito de uma pessoa vai até onde começa o direito da outra. Para muitos brasileiros, o direito é a lei. Sem lei não há direito.

Alguns devem se questionar sobre a finalidade destas infundáveis leis que surgem na velocidade da luz.

Mas não são somente os textos legais que causam certa perplexidade social; as decisões judiciais têm feito muita gente se perguntar, parafraseando o grupo musical Legião Urbana “que país é esse?” País onde os Tribunais são discordantes sobre o mesmo assunto, onde dentro de um mesmo órgão judicial encontram-se decisões sobre o mesmo tema, porém completamente opostas.

A doutrina tenta balizar algumas ideias sobre alguns direitos, mas, nem sempre, o conjunto chamado direito as leva em consideração.

Analisar cada uma das três esferas de manifestação do direito torna-se imprescindível para avaliar a nova Lei de Alimentos Gravídicos e as questões intrincadas que emergem de um mero texto legal.

#### **3.1 A LEI E SUAS LACUNAS**

A criação de uma legislação nem sempre acaba por dar fim a um debate jurídico. O teor da lei, em muitos casos, não se mostra adequado as realidades sociais experimentadas.

Há um sem número de leis que acabam por cair em desuso e são inaplicáveis por vários motivos. Em alguns casos, já nascem sem perspectiva de sobrevivência, em outros, são as mudanças sociais que dão cabo das regras impostas pela legislação.

No caso da Lei de Alimentos Gravídicos há incongruências de ordem prática que se demonstram relevantes para a real aplicação do texto legal aos casos práticos referentes aos direitos dos nascituros.

A Lei 11.804 de 05/11/2008 foi criada para proteção dos direitos da gestante, segundo grande parte da doutrina. Alguns vêem na Lei proteção ao direito a vida do nascituro, mas não está explícito no texto legal o objetivo a ser alcançado.

Em seu artigo 1º, a Lei de Alimentos Gravídicos dispõe: “Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido”.

Pela leitura do texto do artigo supra mencionado, verifica-se a inexistência da previsão de atribuição de direito de alimentos ao nascituro. O que se vê é a proteção da gestante no período da gravidez.

Yussef Said Cahali entende que a Lei seguiu a risca a regra do artigo 2º do Código Civil pelo qual o nascituro somente teria direito após nascer com vida:

Pelo conteúdo da referida Lei 11.804/2008, sempre da mesma linha de coerência e compatibilidade com o disposto no artigo 2º do CC/2002, verifica-se que as suas disposições não guardam nenhuma pertinência com a pensão alimentícia em favor do nascituro, questão que continua em aberto em nosso direito, solucionada pela jurisprudência ao sabor das opções meramente pessoais(...)<sup>137</sup>

E continua:

---

<sup>137</sup> CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 6ª edição. São Paulo:RT, 2009. p. 353.

Aqui, às expensas (a lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante), a titular da pretensão é a mulher, com direito próprio para exigir a coparticipação do autor de sua gravidez nas despesas que se lhe fizerem necessárias no transcorrer da gestação, exclusivamente em função do estado gravídico. O nascituro, em inteira consonância com o disposto no artigo 2º do CC/2002, somente terá direito a pensão alimentícia, por conversão dos alimentos gravídicos, quando nascer com vida (art. 6º, parágrafo único, da Lei 11.804/2008)<sup>138</sup>.

Entende Cahali que os alimentos gravídicos figurem como uma espécie de auxílio-maternidade denominado genericamente de alimentos. Esta contribuição é proporcional a possibilidade do pai em arcar com os custos do período da gravidez até o parto.<sup>139</sup>

As despesas devem ser partilhadas entre pai e gestante na medida de suas possibilidades e também da necessidade, requisitos estes que são apurados na ação e decorrem do texto do artigo 2º da Lei de Alimentos Gravídicos.<sup>140</sup>

Do texto da lei se extrai que a interpretação dada pelo jurista acima citado é correta, entretanto, em defesa de um direito que recai sobre um ser em formação, parte da doutrina entende que, em que pese a forma como foi redigida a legislação, ela em verdade visa a proteção do nascituro e não da gestante diretamente.

Maria Berenice Dias entende que a obrigação de alimentação do nascituro está implícita no ordenamento jurídico antes mesmo da Lei ao afirmar que a obrigação alimentar desde a concepção estava mais do que implícita no

---

<sup>138</sup> *Ibidem*.

<sup>139</sup> Estão incluídas as despesas relativas ao parto, bem como aquelas referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames, internações e tudo o que o médico entender pertinente, sem embargo de o juiz entender que se adotem outras medidas complementares.

<sup>140</sup> 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. 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.

ordenamento jurídico, mas nada como a lei para vencer a injustificável resistência de alguns juízes em deferir direitos não claramente expressos.<sup>141</sup>

Com base na Constituição e nas regras atinentes ao direito de família, em especial a filiação, a jurista dá outra tônica a letra da referida Lei para concluir que os alimentos gravídicos são devidos ao nascituro:

Afinal, a Constituição garante o direito à vida (CF 5º). Também impõe à família, com absoluta prioridade, o dever de assegurar aos filhos o direito à vida, à saúde, à alimentação (CF 227), encargo a ser exercido igualmente pelo homem e pela mulher (CF 226, § 5º). Além disso, o Código Civil põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC 2º). Ainda assim 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.

Agora, com o nome de gravídicos, os alimentos são garantidos desde a concepção. A explicitação do termo inicial da obrigação acolhe a doutrina que de há muito reclamava a necessidade de se impor a responsabilidade alimentar com efeito retroativo a partir do momento em que são assegurados direitos ao nascituro.<sup>142</sup>

Para os adeptos da teoria concepcionista, o nascituro é sujeito de direito e, portanto, pode demandar ação de alimentos em face do pretense genitor. Importante salientar que a Lei exige, com relação a prova de paternidade, indícios de paternidade.

Cahali<sup>143</sup> afirma ser prudente que o juiz analise com segurança as provas apresentadas não bastando uma cognição superficial, o que vem inviabilizando na prática a obtenção dos alimentos pela gestante ante a insuficiência de provas da paternidade alegada.

Nesse sentido,

**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.848/08. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA

---

<sup>141</sup>DIAS, Maria Berenice. Alimentos para a vida. Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=466>. Acesso em 04/04/11.

<sup>142</sup> *Idem*.

<sup>143</sup> *Op. Cit.* p.355.

PATERNIDADE. O deferimento de **alimentos gravídicos** à gestante pressupõe a demonstração de indícios da paternidade atribuída ao agravado, não bastando a mera imputação da paternidade ( Lei 11.848/08). Ônus da agravante em demonstrar verossimilhança das alegações, diante da impossibilidade de se exigir prova negativa por parte do indigitado pai. Ausente comprovação mínima das alegações iniciais, resta inviabilizada, na fase, a concessão dos **alimentos gravídicos**, devendo o pleito de alimentos ser reexaminado no curso da ação de alimentos, a vista de provas trazidas aos autos. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70033946393, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: André Luiz Planella Villarinho, Julgado em 20/12/2009)

Entretanto, é de se admitir que, em se tratando de alimentos para nascituro, a prova da alegada paternidade é bem mais atenuada do que em situações de demandantes nascidos. Isso ocorre pela completa impossibilidade de realização de exame de DNA no feto sem comprometer sua vida e a de sua mãe.

Assim, em alguns julgados, vemos que a incerteza da paternidade não pode sobrepor-se ao interesse maior que é a vida da criança no ventre materno.

**EMENTA:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. **ALIMENTOS GRAVÍDICOS.** AUSÊNCIA DE PROVAS DA PATERNIDADE. POSSIBILIDADE. A situação posta ao amparo da lei que garante os **alimentos gravídicos**, por si só, já traz circunstâncias de difícil comprovação, quando se está em sede de provimento liminar. É patente a dificuldade que existe na produção da prova da paternidade enquanto a criança ainda não é nascida. Fica difícil para a mãe, de plano, mostrar que tem um bom direito. Mostrar que o filho que ela carrega é do homem que está sendo demandado. Por isso, em casos nos quais se pedem **alimentos gravídicos**, algumas regras que norteiam a fixação de alimentos devem ser analisadas com um tanto de parcimônia. É necessário flexibilizar-se certas exigências, as quais seriam mais rígidas em casos de alimentos de pessoa já nascida. Não se pode exigir que a mãe, de plano, comprove a paternidade de uma criança que está com poucos meses de gestação. Por outro lado, não há como negar a necessidade da mãe de manter acompanhamento médico da criança, fazer exame pré-natal, e outros procedimentos que visam ao bom desenvolvimento do filho e que demandam certos gastos. Por isso, no impasse entre a dúvida pelo suposto pai e a necessidade da mãe e do filho, o primeiro deve ser superado em favor do segundo. É mais razoável reconhecer contra o alegado pai um "dever provisório" e lhe impor uma obrigação também provisória, com vistas à garantia de um melhor desenvolvimento do filho, do que o contrário. Nesse contexto, apesar da completa ausência de provas acerca da paternidade os alimentos vão fixados em 30% do salário mínimo. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO. EM MONOCRÁTICA. (Agravado de Instrumento Nº 70032990913, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 30/10/2009)

A Lei parece ter sido direcionada ao interesse da gestante, mas fisicamente não há como separá-la do nascituro, pelo menos não até o seu nascimento. Assim,

concluem alguns que, apesar de chamarem-se “gravídicos”, fazendo referência à mulher grávida, e serem direcionados para a pessoa da gestante, tais alimentos são destinados a proteção da vida que se forma em seu ventre. E buscam garantir que essa vida seja digna.

O próprio fato de os alimentos gravídicos serem divididos entre gestante e pai na medida de suas possibilidades, acena para a defesa dos interesses do nascituro: de outro modo, não pode a mãe ser compelida a dar alimentos para si mesma. A proteção erigida pela Lei recai sobre o feto e não sobre a mãe.

Havia no projeto de Lei a previsão de indenização por danos morais e materiais em caso de negativa da paternidade alegada pela gestante comprovada após o nascimento da criança. Tal previsão foi vetada e retirada da Lei por não coadunar com as regras atinentes aos alimentos em geral. Entretanto, assim como nos alimentos aos filhos já nascidos, não pode ocorrer enriquecimento sem causa.

O exame de DNA após o nascimento do bebê não é obrigatório podendo o genitor, desde antes do nascimento, reconhecer o filho. Nascerdo com vida, os alimentos gravídicos convertem-se em alimentos automaticamente. Podem ser objeto de revisão caso não correspondam a necessidade ou possibilidade efetivas.

A legislação em comento, desde seu projeto inicial, é extremamente criticada pela doutrina e não foi bem recepcionada pelos julgadores. Primeiramente, o legislador, ao elaborar uma lei, leva em consideração não somente questões sociais, mas também questões morais e principiológicas que lhes são próprias. A lei possui fundamento ético, moral e também jurídico.

Entretanto, no texto original, algumas previsões acabavam por não observar o princípio da igualdade, dignidade e o direito à vida ao determinar, por exemplo, que um exame de DNA do feto deveria ser feito para a obtenção dos alimentos.

Mesmo com emendas e inúmeros vetos (o projeto inicialmente era composto por 12 artigos dos quais 6 foram vetados), a Lei de Alimentos Gravídicos foi

aprovada e trouxe ao judiciário a missão de conseguir, sem provas contundentes de paternidade, fixar alimentos à gestante e seu filho até o nascimento.

A Lei pode ser aplicada em casos complexos para o direito brasileiro, como os de Barriga de Aluguel. Se um casal com problemas de fertilidade, se utiliza de uma terceira inseminada com o sêmen do marido, e, posteriormente, ante a afirmação da gestante de que não entregará o bebê ao casal, este deixa de cumprir com sua parte no contrato de gestação temporária, a gestante poderia pleitear os alimentos gravídicos para si. Ainda que o contrato firmado entre as partes não seja válido, não há como se negar a paternidade.

São situações possíveis no atual estágio da sociedade brasileira e da tecnologia da reprodução que está, cada dia mais, ao alcance de todos. Há benesses na tecnologia da reprodução humana que ocasionam situações novas ao direito, que precisa se amoldar a realidade social momentânea e dar uma resposta efetiva.

### 3.2 A INCONSISTÊNCIA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Uma lei surge para tentar sistematizar as decisões judiciais, afinal, o que está em jogo são vidas humanas e sobrevivência, mas, na prática, o que parecia uma luz no fim do túnel, se transformou em mais um imbróglio jurídico.

Desde a entrada em vigor da Lei de Alimentos Gravídicos em 2008, Juízes e Tribunais de todo o país têm tentado aplicá-la aos inúmeros casos de gestantes que vão ao Judiciário pleitear os alimentos para a gestação. Muitas vezes, as provas da paternidade resumem-se as declarações da litigante, que se contrapõe a negativa do demandado.

O Juiz, avesso ao que se passou entre as partes no momento mais íntimo da concepção, deve decidir: concede ou nega o auxílio à uma mulher, visivelmente grávida. Coloca na balança os direitos do até então suposto pai e da mãe, sem se



esquecer da existência de um serzinho, talvez pequenino demais para ser levado em consideração pelos próprios “produtores”, e decide.

A mesma situação é posta em julgamento com freqüência nos Tribunais Brasileiros. Mas a questão não se resume ao conteúdo da Lei 11.804/08. Esta legislação em verdade acompanha um raciocínio jurídico que há tempos vem sido alvo de debates judiciais: quando o nascituro adquire direitos.

Em decisão no Recurso Especial 1.120.676 – SC (2009/0017595-0), o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o abortamento do nascituro (com 35 semanas de gestação), não é causa autorizadora de pagamento do DPVAT aos genitores.

Em seu voto, o Ministro Relator Massami Uyeda, afirma que o nascituro não tem personalidade jurídica, esta condicionada ao seu nascimento com vida, portanto, não transmite direito aos pais, mas decorre dos direitos da personalidade que já possui a proteção de seu direito à vida.

Afirmou o Ilustre Ministro:

A proteção à vida humana, desde o seu nascedouro (concepção) até o surgimento da pessoa natural (nascimento com vida), é reflexa, decorrente da proteção que o ordenamento jurídico confere à Pessoa natural, esta, sim, centro de imputação de todos os direitos e deveres na ordem jurídica por excelência. O Ordenamento jurídico, ressalte-se, que tem por norte o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, o período em que o feto permanece no ventre materno, como etapa primordial da vida humana, deve ser integralmente resguardado pelo direito naquilo que disser respeito ao nascimento com vida daquele ser, favorecendo e propiciando a eclosão da pessoa natural. Numa conclusão prévia, já se pode mensurar que a esta finalidade, a indenização pelo seguro DPVAT, não se destina.

O nascituro, pois, como realidade jurídica distinta da pessoa natural, não titulariza os mesmos direitos desta, nem com ela se confunde. O nascituro, como assinalado, titulariza todos os direitos imprescindíveis para que este ente venha, em condições dignas, a nascer vivo.

A diversidade destas realidades jurídicas (nascituro e pessoa natural), no que se refere a sua proteção jurídica, é revelada pelo artigo 2º do Código Civil que adota, expressamente, como marco definidor para a aquisição da personalidade civil, o nascimento com vida. É, pois, pessoa natural aquele que sobreviveu ao parto, nasceu com vida, adquirindo, com isso, personalidade civil.

O mesmo STJ, que não reconheceu direitos ao nascituro abortado em acidente automobilístico, manifestou-se pela defesa da vida do feto anencéfalo. No HC 32159 – RJ (2003/0219840-5), o aborto eugênico foi desautorizado pelo Tribunal ante a alegação de que ante a inexistência de previsão legal de aborto em casos como o discutido no writ, o direito à vida do nascituro deve ser preservado, mesmo que comprovada a momentaneidade de sua existência extra-uterina.<sup>144</sup>

O posicionamento adotado pelo STJ não evitou que os Tribunais dos Estados adotassem posicionamentos diametralmente opostos. A 9ª Câmara da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em Mandado de Segurança julgado no dia 14 de abril de 2011, acolheu o pedido dos pais de feto anencefálico para autorizar a intervenção médica para a interrupção precoce da gravidez.<sup>145</sup>

Caso análogo de má-formação fetal também causou a antecipação de parto no Rio Grande do Sul. O Tribunal de Justiça do Estado autorizou a realização do procedimento fundando a decisão no princípio da Dignidade da Pessoa Humana alegando que não somente a vida física, mas também a vida psíquica da gestante

---

<sup>144</sup> Em seu voto, a relatora, Ministra Laurita Vaz, admite a dificuldade em julgar casos em que o início da vida está envolvido: “O tema em debate é bastante controverso, porque envolve sentimentos diretamente vinculados a convicções religiosas, filosóficas e morais. Advirta-se, desde logo, que, independente de convicções subjetivas pessoais, o que cabe a este Superior Tribunal de Justiça é o exame da matéria posta em discussão tão-somente sob o enfoque jurídico. Isso porque o *certo* ou o *errado*, o *moral* ou *imoral*, o *humano* ou *desumano*, enfim, o *justo* ou o *injusto*, em se tratando de atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direito, são aferíveis a partir do que suas Leis estabelecem”.

<sup>145</sup> A ordem foi concedida com base no fato de que vida, verdadeiramente não haveria para o feto ante a ausência de ossificação da calota craniana. Aduz o relator: “ ... pela prova dos autos, o feto em questão nascerá com uma anomalia fatal, ou seja, possui patologia incompatível com a vida extrauterina ( = embrião inviável para a vida). E, como se sabe, a vida humana cessa tão logo ocorra a morte encefálica. Portanto, não havendo vida humana a ser tutelada, impõe-se a concessão definitiva da ordem impetrada por não ser caso de crime de aborto (= o fato é atípico). MS. 0019869-66.2011.8.26.0000 Relator(a): Penteadó Navarro Comarca: São Paulo Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal Data de julgamento: 14.04.2011 Data de registro: 25.04.2011.

deve ser objeto de proteção legal, concluindo que “a imposição de uma gestação comprovadamente inviável constitui tratamento desumano e cruel à gestante”.<sup>146</sup>

Além dessas decisões, também é de extrema importância a decisão proferida no julgamento da ADI 3510, junto ao Supremo Tribunal Federal, que visava a declaração de inconstitucionalidade da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005) no que dizia respeito à pesquisa em células-tronco embrionárias.

À Lei 11.105/2005, mais conhecida como Lei de Biossegurança, em seu artigo 1º traça seus objetivos:

Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.

A entrada em vigor da referida legislação causou uma celeuma jurídica não na totalidade de seu conteúdo, mas, especificamente ao que dispõe seu artigo 5º<sup>147</sup> que, pela primeira vez no Brasil, tratou da possibilidade de estudos e experimentações em embriões humanos. A própria legislação se encarregou de impor as condições da pesquisa nas células-tronco embrionárias ao estabelecer que

---

<sup>146</sup> Adotaram também analogia *in bonam partem* do conteúdo do artigo 128, I do Código Penal. (Apelação Crime Nº 70040663163, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 30/12/2010). Publicação: Diário da Justiça do dia 10/01/2011.

<sup>147</sup> Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

somente pode se proceder aos estudos em embriões inviáveis para reprodução ou ainda, aqueles congelados por no mínimo três anos, prescindindo, em qualquer dos casos, de autorização dos genitores.

Destas simples e diretas afirmações, inúmeras contestações e discussões emergiram. Primeiramente, colocou-se em pauta a questão de ser ou não o embrião um ser humano. Também se questionou o fato de os genitores autorizarem a utilização dos embriões, fazendo crer que está nas mãos destes a continuidade ou não dessa “vida”.

Com isso, o Procurador Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade, que foi julgada no STF no ano de 2008. O julgamento desta ação acabou por balizar o entendimento do Tribunal com relação ao embrião humano. As discussões acerca da vida, seu início, término e direitos do nascituro voltaram a tona.

A decisão foi pela constitucionalidade do artigo 5º. Enfrentaram duas questões: a vida do embrião e a melhoria da vida de pessoas. As pesquisas com as células-tronco embrionárias servem para tentar amenizar ou até mesmo curar certos problemas de saúde que acometem grande parte da população. Não é uma experiência com finalidade de criar um novo Frankstein, mas basicamente, salvar vidas.

Além disso, para que seja viável, os embriões que são objeto das pesquisas devem ser inviáveis biologicamente, ou seja, não há possibilidade de se desenvolverem e tornarem-se uma pessoa.

Na verdade, como frisou o Ministro Celso de Mello, a Lei busca a proteção da vida e não sua destruição.<sup>148</sup>

---

<sup>148</sup> Em seu voto, afirmou: A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou despreço pelo embrião "in vitro", porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica "a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça" como valores supremos de uma sociedade mais que tudo "fraterna". O que já

Também concluiu o Supremo, que o embrião humano pré-implantatório não é pessoa. Admite a proteção a seus direitos, mas o define como um “bem a ser protegido”<sup>149</sup>.

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 estágio 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 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

---

significa incorporar o advento do constitucionalismo fraternal às relações humanas, a traduzir verdadeira comunhão de vida ou vida social em clima de transbordante solidariedade em benefício da saúde e contra eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza. Contexto de solidária, compassiva ou fraternal legalidade que, longe de traduzir desprezo ou desrespeito aos congelados embriões "in vitro", significa apreço e reverência a criaturas humanas que sofrem e se desesperam. Inexistência de ofensas ao direito à vida e da dignidade da pessoa humana, pois a pesquisa com células-tronco embrionárias (inviáveis biologicamente ou para os fins a que se destinam) significa a celebração solidária da vida e alento aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade.

<sup>149</sup> Ao discutir sobre a existência de direito à vida do embrião o STF entendeu que este não possui tal direito, afirmando em sua decisão que, caso reconhecesse direito à vida do embrião, teria que lhe reconhecer direito a um útero. “V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como "direito ao planejamento familiar", fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da "dignidade da pessoa humana" e da "paternidade responsável". A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo "in vitro" de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou "in vitro". De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à "liberdade" (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, "fruto da livre decisão do casal", é "fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável" (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidificação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do "planejamento familiar" na citada perspectiva da "paternidade responsável". Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião "in vitro" fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significativo 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. Onde 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.

A princípio, as decisões parecem não tecerem relação entre si, mas, ao analisarmos os fundamentos dos três casos acima citados, podemos verificar que todas trazem em seu âmago o debate sobre o que é a vida humana e quando se dá seu início, questões estas imprescindíveis ao tratarmos de nascituro.

No que tange aos alimentos, as decisões dos Tribunais Brasileiros sempre foram divergentes e, em que pese a existência hoje de legislação a respeito, ainda continuam assim.

Em 1999, em julgamento de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, o Ministro do STJ, Carlos Alberto Menezes Direito, não concedeu alimentos provisionais ao nascituro fundando a decisão em ausência de prova de paternidade e no fato de não possuir o nascituro, personalidade jurídica<sup>150</sup>.

Esse foi o entendimento do Judiciário por mais de uma década. Em algumas decisões monocráticas isoladas, pode ser verificada a presença da teoria concepcionista antes mesmo da Lei de Alimentos Gravídicos.

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ALIMENTOS PROVISÓRIOS EM FAVOR DO NASCITURO. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM.  
1. Não pairando dúvida acerca do envolvimento sexual entretido pela

---

<sup>150</sup> Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 256.812. Rio de Janeiro (1999/73641-9) – (9307). Disponível em: [HTTP://www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em 06/06/2011.

gestante com o investigado, nem sobre exclusividade desse relacionamento, e havendo necessidade da gestante, justifica-se a concessão de alimentos em favor do nascituro. 2. Sendo o investigado casado e estando também sua esposa grávida, a pensão alimentícia deve ser fixada tendo em vista as necessidades do alimentando, mas dentro da capacidade econômica do alimentante, isto é, focalizando tanto os seus ganhos como também os encargos que possui. Recurso provido em parte" (TJRS. AI nº 70006429096, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 13/08/2003).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. DESPESAS COM NASCITURO. As despesas pré-natais com o nascituro podem sustentar a fixação de alimentos provisórios. PROVA DOS AUTOS. A prova dos autos, em seu conjunto, afirmam a certeza do despacho judicial, não só quanto a condenação como ao valor fixado. Agravo improvido" (TJRS. AI nº 596067629, Rel. Des. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, j. 17/07/1996).

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.377309-2/001, Rel. Des. DUARTE DE PAULA, j. 10/03/2005).<sup>151</sup>

Cada decisão dos Tribunais serve, ou pelo menos deveria servir, para delinear o pensamento jurídico não somente do julgador, mas do País, na medida em que os comportamentos humanos em sociedade precisam ser regrados a ponto de conferir direitos a quem os tenha verdadeiramente.

Na prática, o que se vê são Tribunais que mudam de direção ao sabor dos ventos, ora admitindo direitos, ora negando-os.

Indefere-se um pedido de Alimentos Gravídicos sob o fundamento de que a mãe não fez provas suficientes da existência de relacionamento amoroso que conduza à conclusão da paternidade, porém, há legislação impondo o reconhecimento forçado pelo pai que não assume o filho.

A Lei 8560/1992, dispõe em seu texto que, quando do registro da criança, não for indicado o pai ou, sendo indicado, este não comparece para confirmar a paternidade, o Oficial do Registro Civil deverá remeter certidão do registro do menor ao juiz da Comarca, informando os dados do suposto pai para que se proceda a uma

---

<sup>151</sup> Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br) e [www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br). Acesso em 06/06/2011.

averiguação oficiosa. Após a notificação do suposto pai sem resposta, o juiz remeterá os autos ao Ministério Público, que poderá ajuizar ação de investigação de paternidade, forçando-o, mais cedo ou mais tarde, a assumir a paternidade.

A paternidade, como visto anteriormente, é algo que deveria ser querido, esperado e, principalmente, vivenciado por pai e filho, sem que o Judiciário precisasse dizer às partes envolvidas que elas devem proceder desta ou daquela forma.

Ante a volatilidade das decisões judiciais sobre o tema, a doutrina também acaba por defender ora a existência do direito a alimentos ao nascituro, ora a negá-la.

### 3.3 AS OSCILAÇÕES DA DOUTRINA

A doutrina brasileira inclinou-se por muito tempo a defesa dos direitos apenas dos nascidos. Essa posição adotada era reflexo da sociedade da época. Influenciou também a adoção deste posicionamento a escassez de tecnologia no âmbito da ciência biológica.

As descobertas da medicina e da biologia acabaram por demonstrar a todos que o feto, até então desconhecido, era, mesmo que potencialmente, humano. Tal demonstração científica, surtiu efeitos sociais, religiosos, filosóficos e também jurídicos.

Evidente que mesmo no período do não-conhecimento do que se passava dentro do útero materno no curso da gestação especulava-se sobre o teor do ser ali presente. Mas, com a possibilidade de enxergar o feto durante a gravidez, foi possível verificar a semelhança entre os seres humanos nascidos e aquele que se formava no ventre materno.



Neste íterim as discussões a respeito do início da vida e sua repercussão jurídica começam a intrigar os doutrinadores que, buscando em áreas de conhecimento afetas ao direito, tentam criar possíveis respostas.

Maria Berenice Dias desde antes da legislação de Alimentos Gravídicos, já defendia o direito a fixação dos alimentos ao nascituro com base nas necessidades peculiares da gestação e também calcada na paternidade que, segundo a doutrinadora, inicia-se com a concepção.<sup>152</sup>

Yussef Said Cahali<sup>153</sup>, ao contrário, entende que o nascituro não é sujeito de direitos para pleitear alimentos para si. Entretanto, como a legislação resguarda seu direito para após seu nascimento, seria possível para manter sua sobrevivência, que a mãe recebesse um valor a maior na pensão para suportar as despesas da gestação, desde que comprovado o vínculo matrimonial.

A doutrina brasileira divide-se entre aqueles que consideram o nascituro uma pessoa e aqueles que não o consideram como tal. As oscilações que a doutrina apresenta são fundadas nesta premissa básica: ser ou não pessoa; ter ou não personalidade jurídica.

Conforme já visto, os concepcionistas entendem ser o nascituro sujeito de direitos desde sua concepção e, portanto, poderia pleitear alimentos representado

---

<sup>152</sup> Discorre a autora: "Os encargos decorrentes do poder familiar surgem quando da concepção do filho (CC, art. 4º): *a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro*. Na hipótese de negar-se o genitor a prestar auxílio à gestante, dispõe esta de legitimidade para propor ação de alimentos em nome do filho que ainda não nasceu". E arremata: "Desde a ciência da concepção, antes do nascimento, mesmo antes do momento em que o pai procede ao registro do filho, está por demais consciente de todos os deveres inerentes ao dever parental, entre os quais o de assegurar o sustento e a educação da prole". *In Alimentos desde a Concepção*. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12\\_-\\_alimentos\\_desde\\_a\\_concep%E7%E3o.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/uploads/12_-_alimentos_desde_a_concep%E7%E3o.pdf).

<sup>153</sup> "Assim, somente se lhe reconhece direito a alimentos, no sentido das coisas necessárias à sua manutenção e sobrevivência, *de modo indireto*, compondo os valores respectivos a pensão deferida à esposa; sendo inviável, desse modo, a ação direta do nascituro ilegítimo contra o indigitado pai, na medida em que, não tendo a própria genitora - como companheira ou concubina, direito a alimentos, também aquele não pode pleitear judicialmente o seu reconhecimento antes do nascimento com vida". E continua: "E não poderia ser de maneira diferente, pois o nascituro continua integrado no colo materno numa unidade indissolúvel (pelo menos no estágio atual da ciência)". CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4ª edição. São Paulo:RT, 2002. p. 540.

por sua genitora. Para os que crêem ser o direito do nascituro dependente de seu nascimento com vida, os natalistas, não há que se falar em direito de alimentos para o não nascido. Aqueles adeptos da teoria da personalidade condicionada entendem que, como o nascituro tem potencial de se tornar um ser humano, protege-se essa potencialidade condicionada ao nascimento com vida para a obtenção de seus direitos.

Arnoldo Wald vê o nascituro como merecedor de proteção legal embora não o considere sujeito de direitos, vez que para ele, a capacidade tem início com o nascimento e finda com a morte, sendo a personalidade do nascituro condicionada ao nascimento com vida.<sup>154</sup>

Clóvis Bevilacqua via o nascimento como ponto crucial para a definição da personalidade do homem:

Qualquer que seja a opinião aceita sobre o início da personalidade do ser humano, o nascimento é facto decisivo; no primeiro caso, porque confirma, se a criança nascer viva, ou anulla, se nascer morta, a personalidade atribuída ao nascituro; no segundo caso, porque assignala o momento inicial da vida jurídica do homem<sup>155</sup>.

---

<sup>154</sup> “Atualmente, toda pessoa, desde o nascimento até a sua morte, é considerada capaz de direito. O direito pátrio exige tão somente o nascimento com vida, não se referindo aos requisitos romanísticos de viabilidade e de forma humana, que são mantidos em algumas legislações estrangeiras. Todo indivíduo que chegou a desvincular-se do corpo materno, tendo vida própria, é sujeito de direito, mesmo se vier a falecer algumas horas depois, ou se a sua constituição não for normal. A prova da vida do recém-nascido é feita geralmente pelo exame médico comprobatório da respiração própria, podendo, todavia, ser provada pelo choro da criança ou por certos movimentos que ela tenha feito.

O nascituro não é sujeito de direito, embora mereça a proteção legal, tanto no plano civil como no plano criminal. O aborto é punido pelo Código Penal (art. 124 a 126). O novo Código Civil, a exemplo do que dispunha o Código Civil de 1916, no artigo 357, admite o reconhecimento do filho antes do seu nascimento (§ único do artigo 1.609 do novo CC). Quando o pai falece, estando a mulher grávida, e não tendo o poder familiar, nomeia-se curador ao nascituro (art. 1.779 do novo CC) para defender os seus interesses divergentes dos da sua mãe. A proteção do nascituro explica-se, pois há nele uma personalidade condicional que surge na sua plenitude, com o nascimento com vida e se extingue no caso de não chegar a viver”. WALD, Arnoldo. **Direito Civil – introdução e parte geral**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 118.

<sup>155</sup> BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 6ª edição. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1953. p. 88-89.

Grande parte da doutrina afirma a visão descrita acima; o nascituro tem direitos e estes devem ser protegidos, mas o efetivo exercício destes direitos se materializa com o nascimento com vida. Não significa, no entanto, que não tenha proteção legal.

Tratando destas questões Clayton Reis em artigo intitulado “A dignidade do nascituro”, afirma:

A sustentação da personalidade do concebido se corporifica em nosso ordenamento, na medida em que se reconhece a sua natureza humana, mesmo sem capacidade de interagir enquanto estiver no ventre materno. Assim, estamos diante de um ser humano em sua ampla concepção, titular de uma personalidade, cujos direitos gozam de princípios que são intransmissíveis, irrenunciáveis e não podem sofrer limitações em seu exercício, segundo prescrição contida no artigo 11 do Código Civil. (...) Destarte, os direitos da personalidade se consumam no momento da concepção, faltando apenas o momento necessário para que a pessoa, através do seu nascimento, possa corporificar os referidos direitos na condição de titular<sup>156</sup>.

Vemos de tais afirmações que a visão de que o nascituro seja um ser humano tem tomado forma na doutrina brasileira, o que acarreta em uma perspectiva mais otimista para as questões atinentes ao nascituro. Mesmo que se possa afirmar que não há titularidade e possibilidade de exercício de direitos que somente aqueles nascidos conseguem ter, ainda assim, não se pode negar proteção àquele que será uma pessoa em poucos meses.

A mudança de pensamento dos doutrinadores reflete as constantes oscilações sociais experimentadas. A ideia de que o nascituro é uma pessoa somente surge com força total após a possibilidade de observação de seu desenvolvimento intra-útero.

Deve ser levada em consideração também neste ponto, não somente questões jurídicas e biológicas, mas religiosas e filosóficas. Cada doutrinador tem seus princípios fundados em suas crenças e valores que são pessoais.

---

<sup>156</sup> REIS, Clayton. A Dignidade do Nascituro. In CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo. **Biodireito e dignidade da pessoa humana – diálogo entre a ciência e o direito**. 1ª edição. 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30-31.

Mesmo com o advento da Lei especialmente para tratar do assunto, a doutrina brasileira balança entre o reconhecer e o negar os direitos ao nascituro. O fundamento de suas ideias certamente não está no texto legal, mas bem mais enraizado em vivências e experiências, além, é claro, da formação psicológica e intelectual de cada um.

Certo é que respostas definitivas e imutáveis não são possíveis, pelo menos no estágio atual do pensamento jurídico, o que não afasta o caráter de importância da proteção dos direitos ao nascituro, também no que tange aos alimentos, imprescindíveis para seu regular desenvolvimento no ventre materno e para que seu nascimento seja sem complicações ou problemas que podem atingir tanto a criança quanto a mãe.

## CONCLUSÃO

O direito tem como uma de suas fontes a lei. A sociedade, que utiliza o direito como forma de regulamentar as relações entre os indivíduos que a compõe, cria a necessidade de lei. O Estado, detentor do poder que emana do povo de legislar, cria a lei.

A legislação brasileira é farta e variada; tenta regular quase a totalidade dos comportamentos e relações sociais. Somente nos primeiros meses do corrente ano, mais de trinta leis foram criadas e colocadas em vigência,<sup>157</sup> o que demonstra uma espécie de necessidade de legislação para tudo.

Entretanto, é importante frisar, a lei é uma das fontes do direito e não A fonte. Parece que no caso do Brasil, esquece-se deste fato.

A fabricação de leis virou modismo. Todos os dias há leis para serem votadas. Não há nada que desabone a figura da lei, desde que ela seja efetiva. Fazer lei por fazer, não resolve os problemas.

A própria Lei de Alimentos Gravídicos (Lei 11.804/08), que para alguns foi salutar, em pouco mais de dois anos já poderia ser considerada inócua. As relações pessoais são tão complexas e delicadas que a lei, neste caso específico, não atende as necessidades daqueles que se socorrem do Judiciário.

Conforme visto, a ação deve ser proposta no curso da gestação, ou seja, dentro dos nove meses (entre sete e nove meses) a gestante recorre ao Judiciário a fim de resguardar o direito de seu filho, que traz no ventre, de viver, ou melhor, de sobreviver à gestação.

---

<sup>157</sup> Informação obtida em <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/legislacao/legislacao-1/leis-ordinarias/2011-leis-ordinarias#content> Acesso em: 20/06/2011.

A morosidade da Justiça brasileira é alardeada diuturnamente em jornais, revistas e nos programas televisivos. Qualquer que seja o caso, a urgência, a Justiça se mostra “enferrujada”.

Se quando quem busca a solução para o litígio está vivo e não depende exclusivamente desta decisão a situação vivenciada é indignante, imagine para quem tem pressa e depende desta decisão para sobreviver.

Nos casos de Alimentos Gravídicos, a urgência impera. Não há como esperar o nascimento, pois o que está tentando resguardar é justamente a ocorrência deste fato, o nascimento. No entanto, não é o que se vê nos Fóruns e Tribunais país afora.

A fixação dos valores referentes à pensão ao nascituro deve ser prévia ao seu nascimento e, assim como os alimentos aos filhos nascidos, serão sempre, passíveis de revisão. A prova da alegada paternidade prescinde de indícios capazes de dar ao julgador a sensação de certeza quanto ao pai do nascituro, o que na prática não ocorre.

Desta forma, a ação se arrasta e, quando fixam-se os alimentos, na maioria dos casos, o bebê já nasceu. A Lei não pode ser considerada eficaz ou efetiva.

A existência de uma Lei não é garantia do atendimento imediato ao direito pleiteado. A existência de um direito não garante a sua observação. A proteção de um direito estampada numa legislação, infelizmente, não significa a existência fática deste direito.

Há direitos não explícitos em legislação específica e há direitos por demais descritos e limitados por leis. Ambos os casos não atendem aos anseios dos jurisdicionados.

A paternidade é uma das figuras que tem sido objeto de regulamentação legal. Primeiramente, criou-se a figura do planejamento familiar que é de livre escolha do casal. A paternidade encontra-se atrelada ao planejamento familiar na

medida em que ao tomar a decisão de ter filhos, automaticamente o homem assume a função de pai.

Em busca de uma paternidade responsável, o legislador brasileiro alterou o Código Civil para determinar como regra a adoção da guarda compartilhada de filhos em casos de dissolução de casamento ou união estável. Também visando a assunção de responsabilidade paterna, criou a Lei de Alimentos Gravídicos.

É salutar o empenho do legislador brasileiro em tentar inculcar nos homens o senso de responsabilidade paterna, entretanto, esta, antes de tudo, deve decorrer do fato de se tornar pai e não como uma imposição legal.

A paternidade, conforme verificado, não deve ser vista como um dever, uma obrigação legal, mas deve ser sentida; deve ser uma relação de afeto, de amor. Não se pode obrigar alguém a ser pai ou mãe.

As posturas éticas e morais adotadas pela sociedade moderna afastam as pessoas das questões afetivas. Hoje as mulheres adiam a maternidade em busca da satisfação pessoal e profissional, em busca de uma felicidade material. Os homens também não têm tempo e disposição para, após longas horas de trabalho, dedicarem-se aos filhos.

A volatilidade dos relacionamentos e a efemeridade dos sentimentos ocasiona a ausência de responsabilidade e cuidado para com o outro. Isso é sentido não somente na paternidade, mas nos casamentos e uniões que duram cada vez menos.

A tolerância às diferenças e o egoísmo estão afastando as pessoas do verdadeiro significado de família. Muitos têm filhos por imposição social e familiar, não os tem de coração. Por isso é possível se verificar um número assustador de bebês e crianças abandonadas, assassinadas, maltratadas pelos seus próprios pais.

Solucionar a questão de ausência de responsabilidade parental vai além da criação de leis, decretos, regulamentos. Deve ser parte da educação, da religião e da

formação como pessoas e cidadãos. O afeto, carinho, amor e respeito para com os outros deve ser ensinado nas escolas, Igrejas e lares.

Não é necessária uma lei, mas consciência. Consciência da importância que a presença de um pai tem na criação de uma pessoa.

Em alguns momentos talvez os comportamentos humanos e as práticas sociais tenham se modulado em conformidade com textos legais, porém, a sociedade sofre mudanças muito rapidamente e, o que era tido pela lei como ilegal, passa a ser socialmente tolerável. Foi assim com o adultério, que por muito tempo foi considerado crime e com o passar dos anos, deixou de ser ilegal, embora ainda possa ser descrito como imoral.

A legislação não consegue acompanhar a rapidez da sociedade e, por isso, inúmeras legislações já nascem fadadas ao fracasso, como é o caso da Lei de Alimentos Gravídicos.

Não se está defendendo que a mulher não tenha o direito a solicitar auxílio ao pai do bebê, nem que o nascituro em questão não possa titular alimentos como defesa de seu direito a vida. O que se afirma é que a lei, da forma como foi proposta, trouxe mais problemas do que soluções aos casos concretos.

O número de decisões que concedem os alimentos ao nascituro não aumentou consideravelmente, como era de se esperar, com a novel legislação. A fundamentação das decisões também não foi alterada. A demora na obtenção dos alimentos não foi reduzida. Na prática, a lei se mostrou inócua e sem sentido.<sup>158</sup>

---

<sup>158</sup> Levantado em 2010, através de projeto de pesquisa científica junto ao Núcleo de Estudos Jurídicos da Univel – Nejus, que a Lei de Alimentos Gravídicos é pouco conhecida inclusive no meio jurídico. A pesquisa revelou um número ínfimo de em âmbito nacional, bem como a inviabilidade prática das ações que foram movidas ante a dificuldade de se fazer prova da paternidade, bem como a questão da morosidade da justiça em detrimento da urgência do deferimento da medida pleiteada. **Efetividade Prática da Lei 11.804/08**. Projeto de pesquisa orientado por TORRES, Melissa Isabel Fachineto, no ano de 2010.



A única benesse trazida pela Lei de Alimentos Gravídicos foi a garantia de não indeferimento de plano da inicial pelo juiz da causa uma vez que agora a gestante tem seu pedido albergado por lei específica que lhe autoriza a propositura da ação. No campo probatório, no entanto, a fragilidade das provas de paternidade é a mesma da encontrada pela gestante antes do advento da Lei.

Defendemos a proteção do nascituro sem a necessidade de argumentação sobre ser ou não pessoa, ser ou não titular de direitos, mas pelo simples fato de que são seres humanos e precisam de proteção.

São a mais bela criação divina; o mais sagrado presente de Deus, a vida, deve ser sempre preservado e protegido. O embrião humano deve ser protegido. Não porque é uma pessoa, pois não o é, mas pelo mesmo motivo pelo qual acreditamos na defesa do nascituro: por mais que efêmera, há vida no embrião, assim como há no nascituro.

Se estes possuem direitos da personalidade, devemos defender seu direito a vida de qualquer forma de violação, ainda que tentada, pois este é o primordial dos direitos do homem: a vida. E esta deve ser digna para que a proteção seja efetiva.

A vida e a morte são temas que ainda surgirão em inúmeros debates, até porque a sua definição e entendimento são complexos, dependendo de variantes religiosas e filosóficas. Entretanto, ao entender que a vida é sagrada, mesmo que complexa, estaremos sempre tentando interpretá-la e entendê-la, sem deixar de viver.

As palavras de Dworkin resumem tudo: “O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade”. (Ronald Dworkin, 2009)

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil. Introdução**. 7ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ÁVILA, Maria Betânia. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: **Revista de Cultura e Política Lua Nova**. São Paulo: CEDEC, 1993.

BARBOZA, Heloisa Helena. **A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização *in vitro***. São Paulo: Renovar, 1993.

BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo D. B.; SCALQUETTE, Ana Claudia; LIMA, Cíntia R. P.; BERGSTEIN, Gilberto (Coord.) **Dignidade da Vida Humana**. São Paulo: LTR, 2010.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BEVILAQUA, Clóvis. **Theoria Geral do Direito Civil**. 6ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1953.

BÍBLIA SAGRADA, Edição Pastoral. 29ª Edição. São Paulo: Paulus. 2010.

BOSCARO, Márcio Antonio. Aspectos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. In NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.) **Família e Sucessões – Reflexões Atuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 255 - 281.

BRASIL. Código Civil. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm).

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm).

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm).

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm).

BRASIL. Alimentos Gravídicos. Lei 11.804 de 5 de novembro de 2008. Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11804.htm).

BRASIL. Lei de Biossegurança. Lei 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm).

CAHALI, Francisco José; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Alimentos no Código Civil**. 1ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 4ª Edição. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Dos Alimentos**. 6ª Edição. São Paulo: RT, 2009.

CHAVES, Antonio. **Direito à Vida e ao Próprio Corpo (Intersexualidade, transexualidade e transplantes)** 2ª Edição. São Paulo: RT, 1994.

CHINELATO, Silmara Juny. A pessoa natural na quarta era dos direitos: O nascituro e o embrião pré-implantatário. *In* **Revista Brasileira de Direito Comparado**. N. 32. 1º semestre 2007. Rio de Janeiro, 2009. p. 79-129.

\_\_\_\_\_. Direito do nascituro a alimentos: do direito romano ao direito civil. **Revista de Direito Civil**, 54/57.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.957 de 6 de janeiro de 2011. A Resolução CFM nº 1.358/92, após 18 anos de vigência, recebeu modificações relativas à reprodução assistida, o que gerou a presente resolução, que a substitui *in totum*. Disponível em: [http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957\\_2010.htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1957_2010.htm).

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida – Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes Editora. 2009.

FACHIN, Luiz Edson. **Estabelecimento da filiação e paternidade presumida**. Porto Alegre: Fabris. 1992.

\_\_\_\_\_. **As intermitências da vida – o nascimento dos não-filhos à Luz do Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense. 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria Crítica do Direito Civil**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família- Elementos críticos à luz do novo Código Civil Brasileiro**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANÇA, Limongi. **Manual de direito civil**. São Paulo: RT, 1981, volume I.

GEDIEL, José Antonio Peres. **Os transplantes de órgãos e a tutela da personalidade**. Curitiba, 1997. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

\_\_\_\_\_. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In FACHIN, Luiz Edson (Coord.) et. Al. **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 57-85.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Os Alimentos e o Novo Texto Constitucional. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). **Direito de Família Contemporâneo**. 1ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 695- 739.

\_\_\_\_\_. **Grandes Temas da Atualidade - Alimentos no Novo Código Civil – Aspectos Polêmicos**. Vol. 5. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito de Família**. São Paulo: RT, 1994.

\_\_\_\_\_. Direito do Embrião Humano: mito ou realidade? In: **Revista de Direito da Universidade Federal do Paraná**. Ano 29, n. 29, 1996. p. 121-148.

LEVI-STRAUSS, Claude. **As Estruturas Elementares do Parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. 2ª Edição. Petrópolis: Vozes. 1982.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Direito Civil – Famílias**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família – aspectos polêmicos**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

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

\_\_\_\_\_. **Biodireito em discussão**. Curitiba: Juruá, 2008.

MINI DICIONÁRIO AURÉLIO. 8ª Edição. Curitiba: Editora Positivo. 2010.

NUNES, João Batista Amorim de Vilhena. A Paternidade nos dias atuais (vínculo de fato, de direito e de amor). *In* NUNES, João Batista Amorim de Vilhena (Coord.) **Família e Sucessões – Reflexões Atuais**. Curitiba: Juruá, 2009. p. 219-254.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. **Direito de Família – direito matrimonial**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 1990.

PARADISO, Massimo. Procreazione artificiale o tutela della vita umana? *In* **Procreazione Artificiale e Interventi nella Genetica Umana**. Padova: Cedam, 1987. p. 238-254.

PENA JUNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**, doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito de Família Uma Abordagem Psicanalítica**. 2ª Edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

PONTES DE MIRANDA, **Tratado de Direito Privado**. 4ª edição. São Paulo: RT 1974.

\_\_\_\_\_, **Tratado de direito de familia**. 3ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1947.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Volume 2. 8ª Edição. São Paulo: RT. 2010.

PUIGELIER, Catherine. O Estatuto Jurídico do embrião e do feto (na França). *In* **Revista Trimestral de Direito Civil**. Ano 7, vol. 26, abril a junho de 2006. p. 109-142.

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**. 1ª edição, 3ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo, 2009. Tese. (Pós Graduação *strictu sensu*) Universidade de São Paulo – USP.

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. N. 33, 2º semestre 2007. Rio de Janeiro, 2009. p. 155-177.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In* **Temas de Direito Civil**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

TEIXEIRA, Salvio de Figueiredo. **Direitos de família e do menor**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 22.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. São Paulo: Câmara Brasileira do Livro, 2004.

VILLELA, João Baptista. Procriação, paternidade e alimentos. *In* **Alimentos no Código Civil: aspectos civil, constitucional, processual e penal**. São Paulo: IBDFAM/Saraiva, 2005.

WALD, Arnaldo. **Direito Civil – Introdução e parte geral**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_ **O novo direito de família**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELTER, Belmiro Pedro. **Alimentos no Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

ZAMBRANO, Virginia. **La Fecondazione Assistita e il mito dell'apprendista stregone: l'esperienza comparatistica**. Estratto da: Diritti della persona e problematiche fondamentali. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.

Sites visitados:

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.portaledibioetica.it](http://www.portaledibioetica.it)

[www.portaldeginecologia.com.br](http://www.portaldeginecologia.com.br)

[www.ghente.org](http://www.ghente.org)

[www.tjsp.jus.br](http://www.tjsp.jus.br)

[www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)

[www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br)

[www.tjmg.jus.br](http://www.tjmg.jus.br)

[www.mariaberenice.com.br](http://www.mariaberenice.com.br)

[www.portalmedico.org.br](http://www.portalmedico.org.br)

[www.ibdfam.org.br](http://www.ibdfam.org.br)

[www.surrogate-mother.ru](http://www.surrogate-mother.ru)



[www.surrogatefinder.com](http://www.surrogatefinder.com)

[www.surrogacy.com](http://www.surrogacy.com)

[www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)