

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JÉSSICA SOUZA ESMERALDO

OS DIREITOS DO NASCITURO FRENTE ÀS PROBLEMÁTICAS
CONTEMPORÂNEAS

CURITIBA

2013

JÉSSICA SOUZA ESMERALDO

OS DIREITOS DO NASCITURO FRENTE ÀS PROBLEMÁTICAS
CONTEMPORÂNEAS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior

CURITIBA

2013

ii

TERMO DE APROVAÇÃO

JÉSSICA SOUZA ESMERALDO

OS DIREITOS DO NASCITURO FRENTE ÀS PROBLEMÁTICAS CONTEMPORÂNEAS

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Eroulths Cortiano Júnior
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Membros:

Prof.
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Prof.
Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, UFPR

Curitiba, ____ de _____ de 2013.

Aos meus pais, Estefânia Gomes de Souza e Pancrácio de Almeida Esmeraldo.

AGRADECIMENTOS

Sou extremamente grata a todos que foram essenciais para a minha formação.

Primeiramente, agradeço aos meus pais, pelo apoio e amor incondicionais. Aos meus familiares, que muito me incentivaram ao longo desses anos. Ao meu namorado e aos meus amigos de longa data, que me deram força e me auxiliaram em tudo que estava ao alcance. Aos meus amigos que tive o prazer de conhecer nesses cinco anos de graduação, pois sem eles seria impossível concluir esta etapa.

Ainda, agradeço ao meu orientador e referência desde o início do curso de Direito na Universidade Federal do Paraná, Professor Eroulths Cortiano Júnior, por ter despertado em mim o fascínio pelo Direito, sobretudo pelo Direito Civil; sendo grata também por seu apoio no decorrer da elaboração deste trabalho.

Por fim, agradeço aos demais professores da Casa, que, sempre solícitos, muito contribuíram para o meu aprendizado e para a conclusão desta pesquisa.

RESUMO

Este trabalho acadêmico pretende trazer uma análise contemporânea do debate acerca da condição jurídica do nascituro e dos direitos a ele atinentes. Primeiramente, busca-se um conceito de nascituro, com o objetivo de delinear o tema estudado. Antes de adentrar no Direito pátrio, foi objeto de pesquisa o Direito Romano e o Direito Comparado, com a finalidade de, por meio deste estudo, compreender de uma forma mais abrangente a tutela do ser humano em desenvolvimento no ventre materno. Após, a presente monografia aborda a discussão sobre o início da personalidade jurídica, em relação a qual a doutrina divide-se em três teorias: Teoria Natalista, Teoria da Personalidade Condicional e Teoria Concepcionista. A partir do art. 2º do Código Civil de 2002, que põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, são trazidos à baila os diversos direitos civis pré-natais, tais como os direitos da personalidade, à reparação civil, a alimentos, ao reconhecimento de paternidade e os direitos sucessórios. A parte final deste trabalho dedica-se à análise do Substitutivo ao Projeto de Lei nº 478/2007, que pretende instituir o “Estatuto do Nascituro”, e as consequências dos dispositivos constantes em tal proposta legislativa; discutindo-se seu conteúdo frente à necessidade de proteção jurídica do nascituro inserida no contexto atual da sociedade e do direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Nascituro. Direitos do nascituro. Pessoa humana. Sujeito de direito. Personalidade jurídica. Direitos da personalidade. Estatuto do Nascituro.

ABSTRACT

This academic paper is intended to carry out a contemporary analysis on the debate about the legal condition of the unborn child. At first, we shall define the concept of unborn child in order to set the scope of the issue. Prior to the National Law on the matter, the Roman Law and The Comparative Law have been studied for further comprehension of the protection of the human being in the mother's womb. After that this paper shall include the discussion on the beginning of legal personality, where the doctrine is divided into three theories: the birth theory, the conditional personality theory and the conceptionist theory. Based on the provisions of art.2 of the Brazilian Civil Code of 2002, ensuring the rights of the unborn child since the conception, the various civil rights of the unborn child are covered, as well as the personality rights, compensation, alimony and succession rights. The final part of this paper is dedicated to the Project of Law No 478/2007 to establish the "Unborn Child Act" and the consequences of the provisions set forth in such Project of Law; discussing its content in the face of the need for legal protection of the unborn child in the Brazilian Law and society

KEY WORDS: Unborn child. Rights of the Unborn Child. Human Being. Subject of Rights. Legal Personality. Personality Rights. Unborn Child Act.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	9
2. A PERSONALIDADE JURÍDICA E O NASCITURO.....	11
2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NOÇÃO DE NASCITURO.....	11
2.1.1 Definição.....	11
2.1.2 Panorama histórico e internacional do nascituro: análise do Direito Romano e do Direito Comparado.....	14
2.2 O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA....	18
2.3 ESCOLAS DOUTRINÁRIAS.....	22
2.3.1 Teoria Natalista.....	22
2.3.2 Teoria da Personalidade Condicional.....	23
2.3.3 Teoria Concepcionista.....	25
3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	28
3.1 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	29
3.2 DA REPARAÇÃO DE DANOS.....	34
3.3 DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS.....	40
3.4 DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS.....	45
4. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DO ESTATUTO DO NASCITURO.....	49
5. CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	67
ANEXO.....	73

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso propõe-se a analisar os direitos inerentes ao nascituro postos à necessidade contemporânea. Há uma grande divergência entre o conceituado historicamente e a realidade, de modo que, aquém da visão formalista e finalista, é preciso a elaboração de um estudo aprofundado perante a esfera civil atual.

O estudo tem o intuito de apresentar a análise doutrinária e jurisprudencial, de modo que produzam uma reflexão acerca do quadro atual do nascituro no Direito Civil. Por meio da pesquisa jurídica relativa à bibliografia histórica, tradicional e contemporânea, bem como do estudo do Direito Romano e Comparado, buscar-se-á traçar as transformações sofridas na esfera jurídica do nascituro.

Atualmente tem-se a discussão, imprescindível para o avanço do Direito, acerca da condição jurídica do ser humano em desenvolvimento no útero materno. O início da personalidade civil, conforme o disposto no art. 2º do Código Civil, se dá com o nascimento com vida, entretanto a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A delimitação do início da personalidade civil se faz imperiosa para a caracterização de sujeito de direito e obrigações. No Direito Civil pátrio, tem-se a predominância de três escolas doutrinárias, as quais deram origem a Teoria Natalista, Teoria da Personalidade Condicional e Teoria Concepcionista, que serão estudadas no presente trabalho.

Sob a perspectiva teleológica do Direito, far-se-á uma análise dos direitos da personalidade atinentes ao nascituro ante o contexto civil-constitucional em que estamos inseridos. Será dado enfoque à concepção dos direitos do nascituro frente à ótica hodierna, no tocante ao conceito de pessoa jurídica e a titularidade dos direitos de personalidade, fazendo uma correlação com problemáticas contemporâneas.

No âmbito Direito brasileiro, frisa-se a proteção do nascituro quanto à reparação de danos, ao reconhecimento de paternidade, à prestação de alimentos – alimentos gravídicos –, e aos direitos sucessórios. Ainda, tem-se a dicotomia entre os direitos da gestante e do nascituro, levantando, além das hipóteses de aborto

permitidas expressamente pelo Código Penal (risco à saúde da mãe e gravidez resultante de estupro), a hipótese da antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, com julgados recentes a respeito, bem como a questão da equiparação do nascituro ao embrião, que emana a polêmica dos embriões excedentários e das pesquisas com células-tronco.

A questão do nascituro acaba por não ter muito destaque no Brasil, diferente do que acontece em outros países, sendo um assunto de suma importância por estar vinculado ao direito à vida; se revelando um tema bastante atual, diante das técnicas de reprodução assistida e do desenvolvimento da engenharia genética.

A insuficiência da nossa legislação no que tange os direitos do nascituro traz a necessidade da elaboração de lei específica em relação ao mesmo, para tutelar seus direitos e dirimir as diversas interpretações que a lei civil atual acarreta.

A pessoa em desenvolvimento deve ser especificamente tutelada, sendo necessário um microssistema normativo exclusivo. Estamos diante de uma contradição em ordenamento jurídico pátrio, sendo garantida proteção à criança e ao adolescente, por meio do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), e ao idoso, através do Estatuto do Idoso (Lei nº 70.741/2003), ignorando a tutela especial que o nascituro deve ter, para que sejam protegidos todos os estágios da vida humana.

Analisando os direitos do nascituro provenientes da leitura do Código Civil de 2002, a interpretação dada pela doutrina e jurisprudência brasileira, a presente monografia também estudará o Substitutivo ao Projeto de Lei nº 478/2007, conhecido como Estatuto do Nascituro.

Com uma visão mais abrangente e sob a ótica dos direitos da personalidade, tem-se um avanço no Direito Civil pátrio, que, com o respaldo no Direito Constitucional, tem inovado a fim de dar garantias ao ser humano em desenvolvimento; avanço este em grande parte atribuído pela doutrina e jurisprudência, sendo necessária uma correspondência legislativa, em conformidade com as transformações e novas demandas sociais.

2. A PERSONALIDADE JURÍDICA E O NASCITURO

2.1 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NOÇÃO DE NASCITURO

2.1.1 Definição

Antes de ingressar no estudo aprofundado acerca dos direitos do nascituro no contexto atual do Direito Civil pátrio, deve-se pontuar o que, para doutrina jurídica e biomédica majoritária, considera-se o início da vida, bem como o conceito de nascituro adotado, para elucidar o objeto do assunto a ser tratado.

Márcio Martins Moreira, em sua obra “A Teoria Personalíssima do Nascituro”, frisa que:

A vida se inicia com a nidação, isto é, após a fusão do esperma e do óvulo, com a conseqüente fecundação e implantação. O óvulo fecundado, agora *ovo* ou *zigoto*, se fixa no útero materno, que propicia ambiente para a gestação do ser humano e os nutrientes necessários ao seu desenvolvimento. (MOREIRA, 2003, p. 18-19)

Dispensando maiores estudos pertinentes à medicina acerca do início da vida, tem-se, por meio de simples análise etimológica, que o vocábulo “nascituro”, na definição trazida por Aurélio Buarque de Olanda Ferreira, refere-se ao “que ou aquele que vai nascer” (1993, p.379). Francisco Fernandes, Celso Pedro Luft e F. Marques Guimarães acrescentam que, a palavra derivada do latim “nasciturus”, significa “que há de nascer, concebido mas não dado à luz” (1999, vocábulo “nascituro”).

Esta última definição traz o que diferencia o nascituro da prole eventual: o fato de estar concebido.

Partindo para um conceito, não somente etimológico, mas sob a ótica jurídica, trazido por estudioso do ramo, observa-se a definição de nascituro para Paulo Carneiro Maia, in Enciclopédia do Direito, v. 54, como:

O que há de vir ao mundo; está concebido (*conceptus*), mas cujo nascimento ainda não se consumou, continuando *pars ventris* ou das entranhas maternas; aquele que deverá nascer, *nascere* de étimo latino. Quer designar, com expressividade, o embrião (*venter, embrio, foetus*), que vem sendo gerado ou concebido, não tendo surgido ainda à luz como ente apto (*vitalis*), na ordem fisiológica. Sua existência é intra-uterina (*pars viscerum matris*), no ventre materno (*in uterus*), adstrita a esta contingência até que dele se separe, sendo irrelevante se por parto natural ou artificial, concretizando-se o nascimento com vida, existência independente e extrauterina para a aquisição do atributo jurídico de pessoa. (MAIA, 1980, p. 38)

Silmara J. A. Chinelato e Almeida, em sua obra “Tutela Civil do Nascituro”, diverge em parte do conceito supratranscrito, haja vista considerar o nascituro pessoa. Nesse sentido, ao analisar a definição proposta por Rubens Limongi França – “pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno” (FRANÇA, 1980, p. 142) – explicou o conceito de nascituro da seguinte forma:

- a) *é a pessoa* – (...) no sentido de que o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção (...);
- b) *que está por nascer* – diferença específica em relação às pessoas já nascidas, sejam elas capazes, sejam elas relativa ou absolutamente incapazes;
- c) *já concebida* – diferença específica em relação à prole eventual (...);
- d) *no ventre materno* – (...) excluiria o embrião pré-implantatório, enquanto *in vitro* ou criopreservado, isto é, ainda não implantado no útero da futura mãe. (CHINELATO E ALMEIDA, 2000, p. 09)

Tal posição é bastante controversa na doutrina nacional e alienígena, no que se refere ao *status* de pessoa atribuído ao nascituro e a consequente personalidade jurídica conferida a ele, sendo este assunto de tópico específico do presente trabalho, diante de sua relevância jurídica.

Superado este aspecto do conceito de nascituro levantado pela autora, tem-se a individualização do nascituro, dotado de carga genética própria, em desenvolvimento no útero materno – conceito este adotado no presente trabalho para a delimitação do tema.

O fato de estar sendo gestado no ventre de sua genitora distingue o nascituro do embrião *in vitro*, o que também é controverso na doutrina, haja vista a vertente teórica que considera o embrião como pessoa, em que, conforme expõe Eduardo de Oliveira Leite, em seu artigo “O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade?”, “o conceito é considerado sujeito de direito reconhecendo-se-lhe caráter de pessoa no exato momento da fecundação” (1996, p. 124), independente de estar *in utero* ou *in vitro*, não havendo, para esta teoria, diferença entre ambos, não limitando o conceito de nascituro somente quando caracterizada a gestação.

No que tange a distinção em relação ao que chamamos de feto, o mencionado autor destaca que, segundo a teoria genético-desenvolvimentista, o feto representa uma fase do desenvolvimento intra-uterino, sendo elas pré-embrião (zigoto e mórula), embrião e feto¹. Na fase fetal – a partir do final do segundo mês de gestação até o nascimento – observa-se a morfologia característica do ser humano, com a formação de todas as partes do corpo, o que, para esta teoria, diferencia-o do embrião, o qual constitui um mero amontoado de células.

Ainda, o autor traz uma terceira corrente teórica, que reconhece o embrião como potencialidade de pessoa, não havendo, portanto, direitos do embrião, mas “direitos específicos”, adaptados ao estatuto do ser embrionário” (LEITE, 1996, p. 131).

Eduardo de Oliveira Leite, acerca da discussão conceitual atinente ao nascituro e ao embrião, destaca que:

Por mais que se discuta sobre a exatidão teórica das expressões ‘pessoa humana potencial’, ou ‘virtual’ a realidade do nascituro como entidade própria e inconfundível sempre se impõe: a criança é naturalmente um ser humano desde sua concepção.

Os direitos do embrião humano não dependem nem dos indivíduos, nem do Estado, eles pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa, em razão do ato criador de onde ela tira sua força.

Se nós aceitássemos a idéia que um Estado pudesse dizer hoje que o embrião é um ser humano, sujeito de Direito, forçosamente teríamos que

¹ “Zigoto (é o óvulo que acaba de ser fecundado por um espermatozoide); mórula (quando no zigoto se processa um certo número de divisões celulares que, através de segmentações sucessivas cria a ‘mórula’); embrião (quando existe um botão embrionário, isto é, todo o desenvolvimento situado entre o aparecimento do botão embrionário e o término do surgimento de todas as partes do corpo, no final do segundo mês) e, finalmente, feto, da fase antecedente (2º mês) até o parto (9º mês). (LEITE, 1996, p. 127)

aceitar que outro Estado pudesse dizer amanhã, que ele não é mais um ser humano, e assim inversamente. E constitucionalmente, nada é menos evidente; humanamente falando, nada é mais temerário, pois à lógica das definições alternativas do embrião, se juntaria aquela das definições alternativas também do homem em estado vegetativo, do homem deficiente, daquele que se precisa e daquele do qual não mais se tem necessidade. (LEITE, 1996, p. 146)

O presente trabalho, ao apresentar tais discussões doutrinárias tem o intuito tão somente de expô-las e analisá-las, sem estabelecer qualquer juízo de valor, o que iria além do que se pretende abordar na seara jurídica do estudo, adentrando ao aspecto médico, filosófico, antropológico e religioso que tal assunto envolve.

2.1.2 Panorama histórico e internacional do nascituro: análise do Direito Romano e do Direito Comparado.

Ao adentrar no estudo do Direito hodierno, faz-se mister a análise do Direito Romano. No que tange os direitos do nascituro e o início da personalidade, nos deparamos com uma diversidade nos textos da época.

Destaca Sérgio Abdalla Semião (1998, p.46) acerca do assunto que:

Algumas vezes era reconhecida a personalidade ao nascituro; em outras, se estabelecia uma personalidade condicional, colocando-se a salvo os seus direitos, sob a condição que nascesse viável, consoante o brocardo: *Nasciturus pro jam nato habetur quoties de ejus commodis agitur*. Em outras, ainda, considerava-se a criança não-viável como despida de personalidade e, finalmente, às vezes, negava-se personalidade aos monstros ou crianças nascidas sem forma humana.

Entretanto, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 21) destaca haver uma aparente contradição dos textos romanos, contradição esta por ela afastada.

Segundo a autora, parte dos textos trata do nascituro como parte integrante do corpo da gestante, não sendo, portanto, considerado pessoa, como “*partus nonduns oditus homo non recte fuisse dicitur*” (D.35.2.9.1) – o feto ainda não

nascido, não é propriamente um homem – e “partus enim antoquam edatur mulieres portis est vel viscerum” (D.25.4.1.1) – antes de realizado o parto, a criança é parte da mulher ou de suas vísceras.

Enquanto textos como “qui in utero sunt, in toto poene iure civili intelleguntur, in rerum natura esse” (D.1.5.26) – os que estão no útero têm quase todo direito civil que se têm por nascidos – e “quod dicimus eum, qui nasci speratur pro superstiti esse; tunc verum est, cum de ipsius iure quoritus: aliis autem non prodeste nisi natur” (D. 50, 16, 7) – aquele que se espera nascer é considerado como tendo nascido, entretanto isso só é verdadeiro se tratar do direito dele próprio, aos outros não aproveita, a não ser que tenha nascido – trazem em seu bojo uma equiparação do nascituro à criança já nascida, sendo esta concepção uma ficção, aplicada a determinadas relações jurídicas.²

Nesse sentido, aduz:

Assim, quando viesse proposta, em termos gerais, a questão da capacidade jurídica da criança ainda não dada à luz, essa seria decidida negativamente, porque o feto não poderia ter nem propriedade, nem créditos, nem débitos; por ele não ser pessoa que tivesse necessidade e fosse suscetível de ser representado, não poderia nem ter um tutor, nem ser chamado de pupilo.

A ficção, ao contrário, referir-se-ia à eminente vida real da criança, para regulá-la de dois modos: em parte, com normas pelas quais essa vida fosse protegida contra a destruição, e, em parte, com outras que atribuíssem direitos que o nascituro poderia conquistar desde o momento do seu nascimento. (CHINELATO E ALMEIDA, 2000, p. 21-22)

Desta forma, o Digesto romano reconhecia garantias ao nascituro, com fragmentos relativos aos direitos sucessórios, ao direito a alimentos e ao desenvolvimento intra-uterino – com o direito à curatela para assegurá-los –, ao direito à vida, com a vedação penal ao aborto e a proibição da aplicação da pena de morte na mulher enquanto gestante, por exemplo.

Discussões a parte quanto os motivos que levaram à instituição de tais preceitos no Direito Romano – se para benefício do *pater familias* ou não – e quanto

² Tradução livre do latim para a língua portuguesa.

à questão da necessidade de viabilidade do feto, inegável que a norma jurídica vigente não ignorava o nascituro, buscando regular os direitos a ele inerentes.

Tendo em vista que o direito brasileiro não se encontra isolado no universo jurídico, sofrendo influências, além do Direito Romano, do Direito Comparado, fundamental um estudo, ainda que breve, a respeito da legislação alienígena.

A partir de uma análise geral do ordenamento jurídico estrangeiro, observa-se a predominância da teoria natalista na maioria dos países, havendo uma parcela que adota em sua legislação a teoria da personalidade condicional, sendo a teoria concepcionista verificada na minoria dos países – teorias estas que terão destaque em tópico específico.

A legislação italiana, no que tange o início da personalidade jurídica e os direitos do nascituro, adotou expressamente a teoria natalista, ao dispor no art. 1º do Código Civil que: “La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita (462, 687, 715, 784)”³.

Seguindo a mesma teoria, observa-se o Código Civil Espanhol (art. 29), segundo o qual “o nascimento determina a personalidade”, ressaltando que “o concebido se tem por nascido para todos os efeitos que lhe sejam favoráveis”⁴, em conformidade com o brocardo romano “infantus conceptus pra jam nato habeatur quoties de ejus commodis agitur”, como bem observado por Sérgio Abdalla Semião (1998, p.51).

No art. 30 do mesmo Código, nos deparamos com a exigência de que o recém-nascido tenha figura/forma humana e viva por vinte e quatro horas após o parto.

Conforme aduz Cáo Mário da Silva Pereira (2010, p.186), de igual modo o Direito francês prevê que, além do nascimento com vida, é necessário que o recém-nascido seja viável, esclarecendo que “a viabilidade é a aptidão para a vida e situa-se na compleição fisiológica para viver, qualidade que não têm os seres a que faltam órgãos essenciais, ou os fenômenos teratológicos como os que padecem de acefalia, os acardianos etc” (PEREIRA, 2010, p. 186).

³ “A capacidade jurídica se adquire a partir do momento do nascimento. Os direitos que a lei reconhece em favor do nascituro são subordinados ao evento de nascimento” (tradução livre).

⁴ Tradução livre.

O antigo Código Civil Português também previa a necessidade da figura humana, o que não foi mantido pela versão atual, segundo a qual, em seu art. 66, “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

No tocante ao Direito alemão, Sérgio Abdalla Semião (1998, p.53) aduz que para o Código Civil Alemão “a capacidade jurídica do homem começa com a consumação do nascimento, deixando para focalizar como particulares os casos em que o nascituro tem assegurada a proteção de seus interesses, dada a hipótese de vir a nascer vivo”.

Do estudo das legislações estrangeiras, observa-se no Código Civil Argentino, o que o distingue de grande parte das legislações alienígenas, a menção expressa quanto ao início da personalidade desde a concepção. Vejamos:

Art. 70. Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.⁵ (Grifo nosso)

Frederico Videla Escalada, em seu artigo “Los derechos de la persona por nacer” (1993, p. 82), ao comentar o artigo do Código Civil Argentino supratranscrito, elogiou-o, por ser racional e coerente, sem contradições ou falhas lógicas, e por estar de acordo com os princípios em que se fundamenta o conceito de personalidade, segundo os quais todo direito pressupõe um sujeito.

No mesmo sentido, filiando-se à teoria concepcionista, segue, com pequena variante, a legislação austríaca, conforme aduz Sérgio Abdalla Semião (1998, p.50), bem como o Código Civil Mexicano (art. 22), o Código Civil Venezuelano (art. 17) e o Código Civil Peruano (art. 1º), como pontua o doutrinador Francisco Amaral (2008, p.257).

⁵ “Desde a concepção no ventre materno começa a existência da pessoa e antes do seu nascimento pode adquirir certos direitos, como se nascido fosse. Estes direitos são irrevogavelmente adquiridos se o nascituro nascer com vida, mesmo que por instantes depois de separado de sua mãe” (tradução livre)

2.2 O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

Partindo de uma singela análise histórica do Direito brasileiro, tem-se que, após a proclamação da independência, por meio das Ordenações Filipinas, vigorava o entendimento de que apenas após o nascimento com vida estaríamos diante de um sujeito de direito, legalmente protegido.

Em 1858, Teixeira de Freitas, por meio de seu Esboço do Código Civil, modificou esse entendimento, sendo seguido posteriormente por Nabuco de Araújo e Felício dos Santos, considerando o início da personalidade jurídica anterior ao nascimento, reconhecendo direitos ao nascituro. Assim, nos termos do art. 221 do Esboço, “desde a concepção no ventre materno começa a existência das pessoas naturais, e, antes do nascimento, elas podem adquirir alguns direitos como se já tivessem nascidas”.

Clóvis Beviláqua, em seu Projeto do Código Civil de 1899, igualmente reconhecia proteção ao nascituro, de modo que, no art. 3º do seu projeto primitivo, instituiu que “a personalidade do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”.

Frisa-se que, na época, não se falava em direitos da personalidade, como hoje concebidos, e não havia a discussão quanto ao início da personalidade jurídica com especial atenção, tampouco as teorias correlatas como observadas atualmente, de modo que os dispositivos legais refletiam um raciocínio lógico acerca do início da vida, com a carga histórica e cultural daquela fase, de forma que, ao classificar os citados juristas como concepcionistas ou não, estaríamos levando um conceito atual a um tempo pretérito, em que não era esse o enfoque.

Em sentido distinto do esboço e projeto mencionados, o Código Civil de 1916 estabeleceu, em seu art. 4º, que “A personalidade do homem começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Com redação similar, substituindo o vocábulo “homem” para o vocábulo “pessoa”, a fim de eliminar qualquer polêmica que o antigo vocábulo pudesse

emanar, o Código Civil de 2002 igualmente prevê o início da personalidade civil com o nascimento com vida, pondo a salvo os direitos do nascituro.

Tal dispositivo do Código Civil Brasileiro, diferente do que ocorre nas legislações alienígenas mencionadas no tópico anterior, deixou margem a diversas interpretações, haja vista não ser claro quanto à teoria do início da personalidade jurídica a ser adotada no Direito brasileiro.

A delimitação do início da personalidade civil se faz imperiosa para a caracterização de sujeito de direito e obrigações. Segundo Caio Alberto da Mota Pinto, a noção de personalidade jurídica está atrelada à “aptidão para ser titular autônomo de relações jurídicas” (MOTA PINTO, 2005, p. 201). O autor lusitano, que, em conformidade à legislação portuguesa, acredita que o início da personalidade se dá com o nascimento e a separação completa e com vida do filho do corpo da genitora, entende que até o nascimento estamos diante da problemática de direitos sem sujeitos.

Este posicionamento é bastante questionado na doutrina brasileira, se tratando de um tema bastante polêmico e com inúmeras divergências. Orlando Gomes trata da personalidade do nascituro como uma ficção, de modo que “ao lado da personalidade real, verdadeira, autêntica, admite-se a personalidade fictícia, artificial, presumida” (GOMES, 2002, p. 143). Para o autor, a personalidade tem início com o nascimento com vida, sendo a personalidade fictícia atribuída não só ao nascituro, mas também ao ausente – em que a morte é presumida – e à pessoa com possibilidade de vir a existir – sendo admitida aquisição de direitos, mesmo não havendo sequer concepção, como no caso do fideicomisso.

Sob outra ótica, Fábio Ulhoa Coelho considera que “*sujeito de direito é gênero e pessoa é espécie*” (COELHO, 2006, p. 137), de modo que nem todo sujeito de direito é pessoa, como, por exemplo, é o caso do espólio e da massa falida. De igual modo, trata do nascituro como sujeito de direito, no entanto sem personalidade jurídica, um sujeito de direito despessoalizado. Esclarecendo que:

Os sujeitos de direito se classificam, também, em humanos ou não-humanos. É humano o homem ou a mulher, desde o momento em que, como embrião, se aloja no útero da mãe biológica. Enquanto lá permanece, é sujeito despessoalizado. Nascer com vida, adquire personalidade. Não-humanos são os demais sujeitos de direitos,

criações conceituais destinadas a melhor disciplinar os interesses dos humanos. (COELHO, 2006, p. 141)

O autor traz a definição de sujeito de direito como o titular dos interesses em sua forma jurídica, enquanto a personalidade jurídica seria “uma autorização genérica para a prática de atos e negócios jurídicos não proibidos” (COELHO, 2006, p. 142), não sendo, portanto, conceitos equivalentes.

Assim, para o autor, o nascituro, sujeito de direito, adquirirá personalidade somente a partir do nascimento com vida, ressaltando que, caso não nasça com vida, não vingue como pessoa, não será reputado sujeito enquanto se encontrava no período de gestação. De modo que:

Se o ser humano nascer com vida (isto é, chegar a respirar o ar atmosférico) operam-se duas consequências jurídicas: ele se torna pessoa física e se considera que, enquanto durou sua existência intra-uterina, foi um sujeito de direito despersonalizado. (COELHO, 2006, p. 147)

O doutrinador Caio Mário da Silva Pereira, afirma que o nascituro não é sujeito de direito, tendo em vista que, para o referido autor, somente a partir do nascimento opera-se a tríade sujeito, objeto, e relação jurídica, de modo que, antes deste marco, não haveria personalidade, tampouco seria o nascituro considerado sujeito de direito (PEREIRA, 2010, p. 184).

Divergindo dos posicionamentos supramencionados, Francisco Amaral destaca que, embora muitos doutrinadores defendam a ausência de personalidade jurídica, havendo expectativa de direito em relação ao nascituro prevista no ordenamento jurídico brasileiro, há, portanto, direito subjetivo, com eficácia suspensa ou em formação. “Falar-se em condição ou expectativa de direito é reconhecer-se o nascituro como titular de direitos em formação, o que pressupõe titularidade, obviamente, personalidade” (AMARAL, 2008, p. 257).

Neste raciocínio, o doutrinador defende que só é possível ser titular de direitos aquele que detém personalidade jurídica, atribuindo-se, formalmente, personalidade ao nascituro. Ressalta que o nascimento não é um marco para que a personalidade passe a existir, e sim, para que ela se consolide. Conclui:

Em favor da subjetividade, e correspondente personalidade do concebido, o importante é a sua *individualidade* e não sua *autonomia*. Aquela decorre do seu código genético. Esta significa auto-suficiência. Quanto à autonomia em face da mãe, tem esta função puramente instrumental, de sustentação. Os absolutamente incapazes não tem autonomia e são pessoas, o que ocorre, também, com os irmãos siameses, as pessoas em estado de coma, o recém-nascido que permanece ligado a aparelhos para viver. (AMARAL, 2008, p.258)

Em análise aos direitos conferidos ao ser humano em desenvolvimento no ventre materno, Maria Helena Diniz afirma que o nascituro teria personalidade jurídica formal no que se refere aos direitos da personalidade, desde a concepção, haja vista possuir carga genética própria. Para a autora, passaria a “ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com seu nascimento com vida” (DINIZ, 2007, p. 196).

Eduardo de Oliveira Leite, em análise às diversas correntes, afirmou que:

Quando o Código Civil distingue as duas realidades, pessoa e personalidade, deixa bem claro e de maneira precisa, que a “personalidade civil” do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe “a salvo” (isto é, protege, atribui juridicidade) desde a concepção os direitos do nascituro. Se a lei atribui direitos ao nascituro “desde a concepção” é porque aí visualizou a ocorrência de personalidade. (LEITE, 1996, p. 135)

A respeito desta dissociação entre pessoa e personalidade, igualmente considerando o nascituro pessoa, Silmara J. A. Chinelato e Almeida acrescenta o que segue:

Mesmo que o nascituro fosse reconhecido apenas como um “status” ou um direito, ainda assim seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque não há direito ou status sem sujeito. (...)

Personalidade é qualidade de quem é pessoa. Quem afirma direitos e obrigações afirma personalidade, sendo a capacidade de direito e o status atributo da personalidade. Para nós, pessoa-personalidade constitui binômio, uma vez que há muito não existe mais a morte civil,

nem a escravidão, as quais permitiam a dissociação entre pessoa e personalidade. (Chinelato e Almeida, 2000, p.175)

Ampliando este conceito de pessoa trazido pela autora, Elimar Szaniawski, é adepto a teoria de que o nascituro detém personalidade e é sujeito de direito, entretanto a estende ao concepturo, o qual “seria digno de proteção em todos os seus aspectos, sendo possuidor, desde o momento da concepção, de personalidade” (SZANIAWSKI, 2005, p.64). Este entendimento, que abrange o embrião *in vitro*, também é objeto de discussões em virtude de suas consequências, o que será estudado mais adiante neste trabalho.

Tem-se, ante as divergências apontadas, no Direito Civil pátrio a presença de, predominantemente, três escolas doutrinárias, as quais deram origem à Teoria Natalista, Teoria da Personalidade Condicional e Teoria Concepcionista.

2.3 ESCOLAS DOUTRINÁRIAS

2.3.1 Teoria Natalista

Segundo a Teoria Natalista, a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida, não sendo o nascituro considerado sujeito de direito. Tal teoria é adotada por inúmeros doutrinadores nacionais, com o argumento de que encontra respaldo no art. 2º do Código Civil, o qual dispõe que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Entretanto, a corrente tem embasamento somente na primeira parte do dispositivo, não justificando o reconhecimento presente no mesmo artigo aos direitos do nascituro.

Tem-se para a caracterização do início da personalidade sob a ótica desta escola doutrinária: i. o nascimento, por meio da separação do nascituro do ventre materno; ii. com vida, “cujo marco inicial é a entrada de ar nos pulmões, quando da respiração” (RODRIGUES, 2003, p. 6). Em Direito pátrio, diferente de países como a

França, não se faz presente a discussão quanto à viabilidade da criança dada à luz, sendo necessário apenas o cumprimento desses dois requisitos ora mencionados.

Os adeptos desta vertente sustentam que o nascituro tem meramente expectativa de direito. Segundo Luciano Dalvi Norbim:

Os defensores dela entendem que o nascituro não tem personalidade jurídica e, também, falta-lhe a capacidade de direito, sendo que a lei apenas protegerá os direitos que possivelmente ele terá, se nascer com vida e que são enumerados taxativamente no ordenamento jurídico (direito à adoção, posse, etc.). (NORBIM, 2006, p. 44)

Tal teoria, conforme visto na análise ao direito comparado, é adotada pelo Código Civil da Espanha, França, Portugal, Alemanha, Itália, entre outros países.

Para esta vertente não haveria personalidade autônoma do nascituro, sendo ignorado o posicionamento pós-moderno do Direito Civil que confere ampla proteção aos direitos da personalidade, e, numa visão civil-constitucional, aos direitos fundamentais.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2003, p.92), no artigo “Bioética e Direitos de Personalidade do Nascituro”, ressalta que o entendimento segundo o qual o nascituro teria apenas expectativa de direito vai de encontro ao posto no Código Civil pátrio, que reconhece ao nascituro direitos de forma efetiva – não mera expectativa – como, por exemplo, o *status* de filho, o reconhecimento antes do nascimento, o direito à curatela, à representação, à adoção, dentre outros.

Ainda, frisa que a teoria em tela se baseia, equivocadamente, no argumento que o nascituro não era considerado pessoa no Direito Romano, o que já foi afastado pela doutrina, especialmente por Pierangelo Catalano, da Universidade de Roma.

2.3.2 Teoria da Personalidade Condicional

Na Teoria da Personalidade Condicional, a personalidade civil é pré-existente, mas condicionada ao nascimento com vida. Durante a gestação, o

nascituro é protegido pelo ordenamento jurídico, sendo garantidos direitos personalíssimos e patrimoniais, que estão subordinados a uma condição suspensiva. “Se o nascituro nascer com vida, a sua personalidade retroage à data de sua concepção” (NORBIM, 2006, p.44). Assim, será representado por um curador ou representante legal, visando garantir direitos eventualmente assegurados – com a condição do nascimento com vida.

Flávio Tartuce, no artigo “A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro”, esclareceu do raciocínio empregado na Teoria da Personalidade Condicional que “a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido” (TARTUCE, 2007, p. 90).

Washington de Barros Monteiro (1971, p.63), adepto da teoria em comento, se posiciona, em relação aos direitos do nascituro:

Para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. A situação toda especial chama Planiol, de antecipação de personalidade.

Tal vertente, assim como a Teoria Natalista, não vislumbra os direitos da personalidade ao nascituro. Quando diz condicional a personalidade civil, faz uma análise sob a ótica dos direitos patrimoniais, deixando de lado, no âmbito do Direito Civil, os mencionados direitos da personalidade, em relação aos quais não pode haver sujeição a condição, termo ou encargo.

Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 155) comenta que, entre os seguidores da Teoria da Personalidade Condicional, há o seguinte posicionamento predominante: i. o início da personalidade se dá com a concepção; e ii. os direitos do nascituro se submetem à condição suspensiva de nascer com vida. A autora conclui que tais premissas se mostram inconciliáveis, haja vista que o nascimento sem vida seria uma condição resolutiva dos direitos inerentes ao nascituro, não suspensiva. Nesse sentido, afirma que:

A personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional. Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento com vida. O nascimento com vida, enunciado positivo de condição suspensiva, deve ser entendido, ao reverso, como enunciado negativo de uma condição resolutive, isto é, o nascimento sem vida, porque a segunda parte do artigo 4º do Código Civil [correspondente ao art.2 do CC/2002], bem como outros de seus dispositivos, reconhecem direitos (não expectativas de direitos) e estados ao nascituro, não do nascimento com vida, mas desde a concepção. (2003, p.93)

2.3.3 Teoria Concepcionista

A Teoria Concepcionista considera como marco inicial da personalidade o momento da concepção. A partir desse momento, o nascituro é considerado pessoa, haja vista que, tendo direitos legalmente protegidos, é sujeito de direito e, conseqüentemente, detém personalidade jurídica. O aspecto embasador importante desta teoria é que havendo vida, há personalidade, em observância ao princípio da indivisibilidade.

Rubens Limongi França, acerca da controvérsia doutrinária sobre a condição jurídica do nascituro, diz que “a doutrina racional é aquela que admite a condição de pessoa a partir da concepção” (FRANÇA, 1980, p.143). Esta moderna teoria foi eleita pelo Código Civil da Argentina, Áustria, México, Venezuela e Peru, conforme já estudado.

A respeito do tema, Silmara J. A. Chinelato e Almeida (2000, p. 168) acrescenta:

Não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe. Com propriedade afirma Francisco Amaral [1999, p. 207]: ‘Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa’.

Assim, importante, independente da vertente seguida, observar a diferença entre esses dois conceitos jurídicos – personalidade e capacidade; os quais, muitas vezes nas discussões sobre o início da personalidade jurídica, acabam por se confundirem, caracterizando um erro corriqueiro quando deste importante estudo. Nesta seara, Márcio Martins Moreira aduz:

Entende Clóvis Beviláqua que *capacidade civil* é a aptidão para alguém exercer por si só os atos da vida civil. (...) Somente a *pessoa* possui *capacidade civil*, absoluta ou relativa, bem como, somente a *pessoa* possui *personalidade* e, nesse, se confundem. A personalidade, entendida como o conjunto de atributos que compõem a maneira de ser do homem, são valores morais, físicos, psicológicos e religiosos que determinam a forma externa e interna do ser humano. (MOREIRA, 2003, p. 54)

A noção de personalidade está atrelada à aptidão genérica para que sejam adquiridos direitos e contraídas obrigações, enquanto a capacidade é a medida jurídica de tal personalidade. A personalidade gera a aptidão de ser sujeito, de fazer parte das relações jurídicas, quer seja pessoa natural, quer seja pessoa jurídica, de modo que toda pessoa natural, todo ser humano, é dotado, indubitavelmente, de personalidade.

Maria Helena Diniz esclarece que “para ser ‘pessoa’ basta que o homem exista, e, para ser ‘capaz’, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica” (DINIZ, 2007, p. 114).

Flávio Tartuce, adepto da corrente concepcionista, defende-a, alegando:

Percebe-se que há uma página a ser virada na bibliografia do Direito Civil Brasileiro, aquela que afirma que o nascituro não é pessoa humana, tendo apenas expectativas de direitos. Não temos dúvida em afirmar que o nascituro é pessoa, tendo direitos amparados pela lei. Se o art. 2º do Código Civil em vigor deixa dúvidas, a interpretação sistemática do sistema não pode afastar o reconhecimento desses direitos. Por isso, podemos afirmar que prevalece entre nós a teoria concepcionista. (TARTUCE, 2007, p. 102)

Valéria Silva Galdino (2007, p. 270), em seu artigo “Da destinação dos embriões excedentários”, destaca que a personalidade atinente ao nascituro é incondicional, não estando desta forma atrelada a nenhum evento subsequente, garantidos assim os direitos personalíssimos, tais como a vida, a liberdade e a saúde. Desta forma, não se discute a titularidade dos direitos, havendo em relação aos nascituros a incapacidade, não a falta de personalidade.

Frisa-se que determinados efeitos de alguns direitos dependem necessariamente do nascimento com vida, como é o caso dos direitos patrimoniais. Assim, o nascimento sem vida, como dito no tópico anterior, constituiria uma condição resolutiva em relação a tais direitos.

3. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

Da análise do direito pátrio, observa-se, colocando a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, a proteção no que tange o direito à vida e à integridade física (art. 5º da Constituição Federal), à assistência pré-natal – visando garantir o direito à saúde –, à representação (arts. 542, 1630, 1633 do Código Civil e arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil ⁶), à curatela para que sejam resguardados seus interesses (art. 1779 do Código Civil ⁷), à doação (art. 542 do Código Civil ⁸) – sendo possível a realização de doação ao nascituro desde que aceita pelos seus representantes, via de regra, os pais – e à adoção – sob o raciocínio de que, ante a possibilidade de reconhecimento do nascituro como filho (art. 1.609, § único, do Código Civil), seria um contrassenso negar a possibilidade de adoção.

No que pertine aos direitos da personalidade, à reparação civil, aos alimentos, ao reconhecimento de paternidade e aos direitos sucessórios atinentes ao nascituro, será dado enfoque especificamente a estes aspectos da tutela jurídica pré-natal a seguir.

⁶ Art. 1.630, CC: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores.”.

Art. 1.633, CC: “O filho, não reconhecido pelo pai, fica sob poder familiar exclusivo da mãe; se a mãe não for conhecida ou capaz de exercê-lo, dar-se-á tutor ao menor”.

Art. 877, CPC: “A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação”.

Art. 877, CPC: “A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação”.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro”.

⁷ Art. 1.779, CC: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro”.

⁸ Art. 542, CC: “A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”.

3.1 A INCIDÊNCIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A partir dos anos 50, a doutrina, tão divergente em relação ao tema, de forma majoritária passou a considerar a existência de direitos subjetivos referentes à personalidade. Inicialmente, negavam-se os direitos da personalidade como direitos subjetivos, o que hoje encontra respaldo na doutrina predominante.

Reconhecidos os direitos da personalidade, ainda restam divergências acerca de sua natureza, havendo duas vertentes majoritárias: uma que define os direitos da personalidade como direitos subjetivos, que incidem sobre a própria pessoa, sendo o ser humano o objeto do direito; e outra que defende que tais direitos incidem sobre um objeto externo, pois não se deve buscá-los na pessoa, e sim nos demais indivíduos, os quais têm de respeitá-los, tratando-se, portanto, de uma obrigação negativa geral.

Os direitos da personalidade estão inseridos no âmbito da proteção dos bens morais, ensartados na estrutura social, tais como o direito à honra, ao nome, à vida, à imagem, à privacidade, à integridade física e à liberdade. Observa-se, portanto, o caráter de proteção aos aspectos formadores da identidade da pessoa humana, tanto no aspecto físico como psíquico.

Deste modo, a doutrina é quase unânime ao caracterizar os direitos da personalidade como: a) absolutos – oponíveis *erga omnes*; b) necessários – em virtude de serem intrínsecos ao indivíduo, concedidos a todos (generalidade); b) não pecuniários – tendo em vista a extrapatrimonialidade, a independência de um viés econômico, a não valoração econômica dos mesmos; c) imprescritíveis – já que não se esvaecem com o decorrer do tempo; d) intransmissíveis – pondo a salvo quando da morte de cônjuge ou parente; e) impenhoráveis – em razão da inalienabilidade e intransmissibilidade; f) indisponíveis – do qual titular não pode dispor ou privar-se; e g) irrenunciáveis.

Outrossim, os direitos de personalidade são inatos e originais, com efeitos *post mortem*, sendo protegidos por tais direitos os que detêm personalidade civil (art. 2º do Código Civil) e as pessoas jurídicas no que for pertinente (art. 52 do Código Civil: “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”).

Para o doutrinador Francisco Amaral, “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL, 2008, p. 283).

Buscando uma definição dos direitos da personalidade, Gustavo Tepedino aduz que “Compreendem-se, sob a denominação de direitos da personalidade, os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade” (TEPEDINO, 2004, p. 24).

O autor diferencia os direitos da personalidade dos direitos humanos, os quais seriam, em primeira análise, os mesmos, entretanto deve-se ter em mente que os direitos da personalidade constituem direitos subjetivos privados, sob a ótica do Direito Privado, da relação entre particulares; enquanto os direitos humanos estão inseridos no âmbito público, consistindo os direitos essenciais do indivíduo no que tange o Direito Público e a proteção conferida em detrimento das arbitrariedades estatais (TEPEDINO, 2004, p. 33).

Nas palavras de Carlos Alberto Bittar, os direitos da personalidade são direitos inatos, “ínsitos na pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral” (BITTAR, 1995, p.5). Deste modo, o Estado deve reconhecer e sancionar a violação de tais direitos, seja em nível constitucional ou de lei ordinária, conferindo proteção própria diante do arbítrio do poder público ou de particulares.

O doutrinador acrescenta que os direitos da personalidade não estão adstritos ao postulado no ordenamento jurídico, tendo em vista que a existência de tais direitos é anterior e independente da norma positivada, pois são direitos inerentes ao próprio ser humano. Assim, quando reconhecidos constitucionalmente como liberdades públicas, são amparados por um sistema de proteção próprio, do mesmo modo que ocorre quando tais direitos são inseridos em leis ordinárias, sendo conferida uma proteção específica e mais eficaz, o que não significa que o Direito positivo dita a existência dos direitos da personalidade, mas sim os reconhece, garantindo-lhes uma proteção diferenciada.

Um dos percussores no que tange o estudo do direito da personalidade, Adriano de Cupis igualmente reconhece que os direitos da personalidade vão além do intitulado pelo legislador do Direito Privado (1961, p. 33). Diferenciando a personalidade em si e os direitos da personalidade, afirma que:

A personalidade é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica. A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento de pressuposto. (DE CUPIS, 1961, p. 13)

O autor frisa que o objeto da tutela jurídica não são os bens jurídicos, sim os interesses. Deste modo, a essência final do Direito está atrelada às situações particulares dos sujeitos, não aos bens em si.

Reconhece o mencionado doutrinador o alcance dos direitos da personalidade ao nascituro, haja vista a reserva de direitos desde a concepção garantida pela regra geral do Código Civil (antigo art. 4º, correspondente atualmente ao art. 2º do referido Codex).

Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa faz referência ao “bem juridicamente tutelado da personalidade do nascituro” (CAPELO DE SOUZA, 1995, p. 161), incidindo sobre o nascituro direitos da personalidade, em que pese o mesmo, para o autor, não tenha personalidade jurídica plena.

Entre outros direitos, reconhece imprescindível a proteção à vida humana, sendo esta um direito constitucional inviolável. Assim, o doutrinador esclarece que:

Sendo a vida humana um processo moldado numa certa natureza, importa ter presente que na caracterização da vida humana, em si mesma, não será decisivo o grau de sua evolução, mas de sua estrutura e dinâmica. Parece, assim, inegável a existência de vida humana no nascituro concebido, uma vez que ele, desde a concepção, emerge como um ser dotado de uma estrutura e de uma dinâmica autônomas, embora funcionalmente dependente da mãe. (CAPELO DE SOUSA, 1995, p.157-158)

Igualmente, Pietro Perlingieri reconhece tutela de direitos da personalidade ao nascituro, alegando que “existem hipóteses, determinadas e específicas, nas quais um centro de interesses é juridicamente relevante apesar da inexistência (o não-nascimento) do sujeito titular do interesse. É a hipótese do nascituro concebido, o qual ainda com as problemáticas limitações legislativas, tem direito à vida” (PERLINGIERI, 2007, p. 111).

Ainda, o doutrinador traz a reflexão de que a personalidade seria um valor, não um direito. Como valor fundamental do ordenamento, seria o alicerce de uma série aberta de situações existenciais, sem limitações, embasando direitos subjetivos, como os direitos da personalidade. Acentuou se tratarem de situações *numerus apertus*, em que algumas expressões são previstas pelo legislador na norma jurídica posta, tais como o direito à saúde, à educação, dentre outros.

Na doutrina civilista, os direitos da personalidade são comumente classificados em três grupos: direitos à integridade física – incluindo, dentre outros, o direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver –, direitos à integridade moral – estando inseridos direitos como à honra, à liberdade, à imagem, ao nome – e direitos à integridade intelectual – o qual está atrelado aos direitos autorais e sua exploração.

Vislumbra-se atualmente a proteção jurídica do nascituro, ante a incidência dos direitos da personalidade, quer seja no que tange a integridade física, quer seja no que tange a integridade moral. A tendência da jurisprudência hodierna segue ao lado da doutrina no presente trabalho colacionada, ao passo que reconhece os direitos atinentes ao nascituro e busca resguardá-los. Vejamos um julgado que abarca o direito do nascituro à vida, à integridade física e, inserido neste, o direito à saúde do nascituro:

PROCESSUAL CIVIL. GESTANTE. ESTADO CRÍTICO DE SAÚDE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDISPONÍVEL. 1. A demanda envolve interesse individual indisponível na medida em que diz respeito à internação hospitalar de gestante hipossuficiente, o que, sem sombra de dúvidas, repercute nos direitos à vida e à saúde do nascituro e autoriza a propositura da ação pelo Ministério Público. 2. "Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam os arts. 5º, 196 da Constituição, em favor de gestante hipossuficiente que necessite de internação hospitalar quando seu estado de saúde é crítico. A legitimidade ativa, portanto, se afirma, não por se tratar de tutela de direitos individuais homogêneos, mas sim por se tratar de interesses individuais indisponíveis" (REsp 933.974/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU 19.12.07). 3. Agravo regimental não provido (STJ - AgRg no REsp: 1045750 RS 2008/0072261-4, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 23/06/2009, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2009) (Grifo nosso)

Tal decisão resguarda a gestante, mas protege o nascituro de forma singular, sendo dois sujeitos de direitos distintos que merecem ser tutelados. O nascituro, gestado no ventre materno, tem direito à vida, o qual “funde-se com a própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade” (SZANIAWSKI, 2005, p. 146). Discussões a parte quanto ao polêmico início da vida, as quais já foram apontadas no presente trabalho, tem-se um forte vínculo entre personalidade, vida e dignidade. Para que existam os direitos da personalidade, deverá haver vida, de modo que, para a corrente fracionária, os demais direitos, chamados direitos especiais da personalidade, decorrerão do direito à vida e dependerão do mesmo.

No que tange ainda os direitos da personalidade, em relação ao direito à imagem, corroborando com a teoria de que os direitos da personalidade não estão condicionados ao nascimento com vida, a seguinte decisão dispõe:

SEGURO OBRIGATÓRIO DE VEICULO (DPVAT)- AÇÃO DE COBRANÇA - O direito de pretensão dos autores, genitores de natimorto vítima de acidente de veículo, não está prescrito. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Natimorto não adquire nem transfere direitos. A proteção que o Código confere ao nascituro alcançará o natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura (Jornada I do STJ, enunciado nº 1)- Recurso não provido.
(TJ-SP - APL: 9168597612009826 SP 9168597-61.2009.8.26.0000, Relator: Antonio Benedito Ribeiro Pinto, Data de Julgamento: 24/02/2011, 25ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 01/03/2011) (Grifo nosso)

Estamos diante de um exemplo que confirma o posicionamento doutrinário segundo o qual o nascituro tem direitos da personalidade desde a concepção, independente do nascimento com vida, entendimento a que se filia à Teoria Concepcionista. Sem que se pretenda adotar alguma escola doutrinária, tem-se a inegável proteção dos direitos da personalidade antes do nascimento, alcançando inclusive o natimorto. No caso concreto em questão, se fazem presentes o direito ao nome, à imagem e à sepultura, os quais emanam do valor-fonte da dignidade da

pessoa humana, sendo, para Clayton Reis, a dignidade da pessoa o eixo central dos direitos da personalidade (REIS, 2010, p. 29).

José Antônio Peres Gediel (2000, p. 49) compartilha desse entendimento, destacando a importância da dignidade humana, de forma que tanto os direitos da personalidade como os direitos fundamentais devem nela ancorar-se, a fim de que seja suprida a necessidade da tutela integral do sujeito, ultrapassando os limites normativos trazidos pelo legislador, havendo um “direito geral da personalidade”, abrangendo além da lei positivada.

3.2 DA REPARAÇÃO DE DANOS

Haja vista a mencionada proteção jurídica dada ao nascituro, tem-se, diante do dano, da violação de direitos, a responsabilidade civil, a fim de manter o equilíbrio das relações jurídicas na sociedade como um todo a partir do dever de reparação.

Em virtude da natureza do dano suscetível à reparação ser material ou moral, a responsabilidade civil vai além do campo de abrangência da proteção dos bens materiais, atingindo os bens morais, referentes aos direitos da personalidade, os quais, como explanado, incidem sobre o nascituro.

Constituem pressupostos do dever de indenizar o ato ilícito, a conduta culposa ou dolosa, o dano e o nexo de causalidade. O art. 186 do Código Civil aduz que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, entretanto, ressalta-se que a responsabilidade civil nem sempre é oriunda de um ato ilícito, tendo em vista que pode decorrer de fatos excludentes de ilicitude, como o exercício regular de um direito reconhecido.

No tocante à culpa, nos atos antijurídicos intencionais está presente a intenção do autor de causar o dano, ou no mínimo a representação do resultado – o dolo -, enquanto nos atos não intencionais pode-se observar a imprudência, negligência ou imperícia.

O dano constitui ofensa ao interesse jurídico, sobre qual o responsável tem o dever de indenizar. Já o nexo de causalidade é a relação imprescindível entre o evento danoso e a ação que o originou.

No tocante ao conceito de dano moral, existem três vertentes, classificando-o como um dano extrapatrimonial, uma lesão aos direitos da personalidade ou a violação do direito ligado ao bem protegido. O doutrinador Antônio Jeová Santos discorda da teoria segundo a qual o dano moral constitui um dano extrapatrimonial, pois considera ser infringido o patrimônio psicológico do indivíduo, e, portanto, o patrimônio moral (SANTOS, 1999, p. 133).

A Constituição Federal de 1988 prevê a tutela ao direito à indenização por dano material ou moral proveniente da violação de direitos fundamentais:

Art. 5º: (...)

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Nota-se no supracitado artigo da Constituição Federal que o dano moral está relacionado a não observância dos direitos da personalidade – quando levados ao âmbito do direito privado –, como à intimidade, vida privada, honra e imagem. Sendo assim, tal dispositivo nos remete à teoria que considera o dano moral uma lesão ao direito da personalidade.

A terceira teoria, que considera o dano moral a violação do direito ligado ao bem protegido, é afastada por gerar a presunção de que a violação do direito ligado a bens similares seria igualmente tutelada, sem a análise intelectual dos reflexos distintos que danos semelhantes podem acarretar.

Visando a proteção à integridade moral do nascituro, é frequentemente observada na jurisprudência pátria a indenização por danos morais quando da perda de um dos genitores, nos casos em que se revelarem presentes os requisitos da responsabilidade civil do direito brasileiro. A exemplo, a leitura da seguinte decisão:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O

EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional. (STJ - REsp: 399028 SP 2001/0147319-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 26/02/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15/04/2002 p. 232 RSTJ vol. 161 p. 395 RT vol. 803 p. 193) (Grifo nosso)

Segundo os apontamentos doutrinários, o dano moral é decorrente de um abalo moral, um dano psicológico, atingindo a dignidade subjetiva e objetiva do indivíduo. Entende-se por dignidade subjetiva a concepção que a pessoa tem de si, isoladamente; enquanto a dignidade objetiva é referente à concepção obtida pela opinião social, diante do meio em que a pessoa está inserida. Ambos os casos de violação são protegidos pelo direito e passíveis de reparação.

De acordo com Inocêncio Galvão Telles, no dano moral "há a ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objectiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral" (TELLES, p. 375).

Clayton Reis, ao tratar do nascituro, destaca que, em meio ao reconhecimento legal de seus direitos, "decorre dessa realidade o inafastável direito do nascituro pleitear por danos patrimoniais e extrapatrimoniais, por decorrências que poderá sofrer em seu corpo físico ou espiritual" (REIS, 2010, p. 39). Assim, será o nascituro tutelado juridicamente quando da violação de seus direitos, em especial quando do acometimento de danos extrapatrimoniais.

O julgado colacionado denota tal entendimento, corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao reconhecer indenização proveniente da morte do pai ao nascituro, caracterizando um importante aspecto para a quantificação do dano moral o fato de o nascituro não tê-lo conhecido, o que diferenciaria de um filho que manteve por longo período de tempo um estreito laço paternal, sendo, por outro lado, imprescindível observar a questão de o nascituro ter sido tolhido da oportunidade de conhecer seu genitor.

Em consonância a esta posição, o doutrinador Yussef Said Cahali, ao lecionar sobre o dano moral oriundo da morte do genitor, afirma que:

E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor: É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai. Certo, esta dor é menos do que aquela sentida pelo filho que já conviveu por muitos anos com o pai e vem a perdê-lo. Todavia, isso só influi na gradação do dano moral, eis que sua ocorrência é incontroversa. Todos sofrem com a perda de um familiar, mesmo aquele que nem o conheceu. Isso é normal e presumido. O contrário é que deve ser devidamente provado. (CAHALI, 2005, p. 166)

Euclides Benedito de Oliveira aduz que “legitima-se o nascituro a reclamar danos patrimoniais e morais, desde a concepção, quando beneficiário direto de violações a direitos de outrem, como na hipótese de genitor falecido por ação alheia derivada de dolo ou culpa” (OLIVEIRA, 2003, p. 164). O autor ainda traz outros exemplos que emanariam responsabilidade civil, como a violação ao direito à integridade corporal, com risco a sobrevivência ou pleno desenvolvimento do feto; a ofensa ao direito à imagem por meio da divulgação não autorizada de imagens ultrassonográficas; e a lesão à honra do nascituro, com, por exemplo, a alegação de bastardia.

Um exemplo atual de dano pré-natal gerado por violação à honra do nascituro, com efeitos midiáticos e causador de polêmica nos meios de comunicação nacionais, foi o caso de um comediante e apresentador de um programa televisivo

que, em rede nacional, ao se referir a uma cantora brasileira que estava em período de gestação, declarou: “Eu comeria ela e o bebê, não tô nem aí! Tô nem aí!”.

O juiz de Direito Luiz Beethoven Giffoni Ferreira, da 18ª Vara Cível de São Paulo – SP, julgou procedente a ação por danos morais ajuizada pelos genitores e o nascituro da geração de ambos em face do apresentador de TV.

Ressaltou que o direito à liberdade de expressão e de imprensa é de suma importância, mas deve respeitar os direitos fundamentais de todos os cidadãos, e, sendo o nascituro pessoa, a ele é devida reparação, bem como, no caso em tela, aos seus pais, por ter havido um insulto a moral da família, atingindo os genitores.

O réu, da sentença prolatada, interpôs recurso de apelação ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao qual foi negado provimento. Segue abaixo ementa da referida decisão:

AÇÃO INDENIZATÓRIA - NASCITURO ILEGITIMIDADE ATIVA - Inocorrência - Inteligência do art. 2º, do CC - Capacidade ativa, de ser parte; estar em juízo - Nascimento com vida que leva à investidura na titularidade da pretensão de direito material exposta na inicial.

DIREITO DE EXPRESSÃO - ABUSO - Configuração - Uso deste que deve se dar com responsabilidade - Impossibilidade de se tentar justificar o excesso no bom uso de tal direito, sob a alegação de que apenas se pretendeu fazer humor - Agressividade contida nas palavras trazidas na vestibular que afasta se tome o dito como piada.

SOBRE PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - Comprometimento - Situação que leva ao sopesamento dos direitos envolvidos - Precedência, no caso, da dignidade da pessoa humana sobre a liberdade de expressão - Inteligência dos art. 1º, inc. III; 5º, inc. IX e X; 220, § 2º; e 221, inc. I, todos da CR.

DANO MORAL - Ocorrência – Indenização - Valor que merece incremento em virtude da gravidade da conduta do réu e de suas conseqüências. Recurso de apelação improvido. Recurso adesivo ao qual se dá provimento.

(TJ-SP - APL: 2018380520118260100 SP 0201838-05.2011.8.26.0100, Relator: João Batista Vilhena, Data de Julgamento: 06/11/2012, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 27/11/2012) (Grifo nosso)

Seguindo a tendência contemporânea do Direito brasileiro, o relator do acórdão, Desembargador João Batista Vilhena, reconheceu a capacidade ativa do nascituro na demanda em comento, com respaldo no art. 2º do Código Civil que põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção.

A respeito da capacidade e legitimação processual do nascituro, Márcio Martins Moreira, frisa que:

O nascituro é pessoa, por possuir *personalidade jurídica formal* e, por ser, é sujeito de direitos e obrigações na ordem civil, podendo, inclusive, estar em juízo representado por sua curadora, ajuizar demandas, fato este que se confunde com sua posse de legitimidade de direitos, o fazendo portador da *legitimatío ad causam* ou legitimação para agir. Em verdade, o nascituro é portador de direitos pelo estado de pessoa natural e portador da capacidade civil de fato, mas não possui capacidade processual para estar em juízo por si mesmo. A pessoa surge com a concepção e é ela o motor propulsor que mais tarde vai dar origem ao homem pleno. (MOREIRA, 2003, p. 56)

Quanto à ponderação a ser feita entre o direito a liberdade de expressão e o direito à honra, o relator considerou grosseiras as palavras proferidas pelo comediante, as quais atingiram a parte autora, ultrapassando o limite do humor, ensejando devida reparação.

Em relação à frase dita pelo apresentador de TV, o relator do acórdão discorreu:

Não se pode admitir venha alguém querer se escudar no fato de fazer humor para escapar à responsabilidade quanto ao conteúdo de certa manifestação que tenha emitido.

Também não se pode aceitar que a título de liberdade de expressão possa alguém dizer o que bem entende, mesmo de forma agressiva, ofensiva, sem esperar venha a ser responsabilizado pelos seus ditos.

Aliás, não se cuida aqui de uma mera piada, a qual, como considerada pelo próprio MD. Relator, seria "... extremamente infeliz, grosseira e de mau gosto", porém, de brevíssimo discurso, todavia, carregado de informações extremamente negativas, que aviltam a imagem tanto da mulher, como da criança, e, reflexamente, do esposo e pai destas, todos

atingidos de forma a se ter comprometida a sua dignidade enquanto pessoas humanas.⁹

Conforme ensina Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 107), o direito à liberdade deve ser contraposto ao dever de solidariedade social (ideia vinculada à relação de cada pessoa com o interesse dos demais), devendo sempre se ter em mente, em busca de um equilíbrio, a dignidade da pessoa humana, como medida para sopesar os limites de tais direitos.

3.3 DO RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE E DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS

O Código Civil vigente, após as reformas sofridas, permaneceu trazendo em seu bojo as presunções de paternidade, as quais seguem:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

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

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

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

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

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

O supracitado dispositivo, ao tratar da presunção de paternidade, seja ela absoluta ou relativa, indiretamente acaba por reconhecer o direito do nascituro à paternidade. E seu turno, o art. 1.609, § único, do Código Civil, dispõe que “O

⁹ Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cjsjg/getArquivo.do?cdAcordao=6354847&vICaptcha=ufzsd>>. Acesso em: 12/11/2013.

reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”. Da simples leitura da lei, extrai-se a possibilidade de reconhecimento de filho antes mesmo de seu nascimento, ou seja, reconhecimento de paternidade ao nascituro antes de ser dado à luz. Tal entendimento é corroborado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 26¹⁰.

Flávio Tartuce destaca que “ao prever a possibilidade de reconhecimento do filho não nascido, esse dispositivo também consagra direitos ao nascituro, que, para os concepcionistas, deve ser considerado pessoa. Por óbvio, somente é possível reconhecer a paternidade de uma pessoa, não de uma coisa” (TARTUCE, 2007, p. 100). Nesta esteira de pensamento, Márcio Martins Moreira acrescenta: “O filho pode ser reconhecido antes mesmo do seu nascimento, o que vale dizer que para o direito da infância e da juventude pátrio, o nascituro é pessoa e pode ser considerado como tal por seus genitores” (MOREIRA, 2003, p. 47).

Quanto à legitimidade do nascituro para propor ação de investigação de paternidade, tem-se na jurisprudência brasileira grande divergência a respeito, havendo uma vertente que reconhece a legitimidade do nascituro para figurar no polo ativo da demanda, desde que representado por sua genitora, por se tratar de ação personalíssima, sendo o nascituro considerado pessoa; enquanto outra vertente, embasada na Teoria Natalista, sustenta a impossibilidade do nascituro propor tal demanda, devendo sua mãe fazê-lo, sendo ela pelo nascituro substituída quando do nascimento do mesmo.

Integrando a corrente que admite que o nascituro figure no polo ativo da investigação de paternidade, Márcio Martins Moreira conclui:

O pedido proposto pelo nascituro, desde que representado, é o referente a investigação de paternidade, tendo como titular do direito o próprio nascituro, representado pela mãe, que à evidencia de argumentos jurídicos ao contrário, instrumentaliza a vontade do filho, a quem serão

¹⁰ Art. 26, ECA: “Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação.

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

devidos a declaração de paternidade, podendo até ser cumulada com alimentos em sentido amplo. Nesse caminho já se decidiu (RT 703/60). (MOREIRA, 2003, p. 47)

Imperioso destacar, que, no que se refere aos alimentos ao nascituro, não se impõe uma anterior investigação de paternidade. Assim, a Lei nº 11.804/2008 trouxe as disposições normativas a respeito dos alimentos gravídicos, de modo que, havendo indícios da paternidade, o genitor deve contribuir para os gastos que demanda a gestação¹¹. Seguem decisões a respeito:

DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS GRAVÍDICOS. LEI Nº 11.804/08. DIREITO DO NASCITURO. PROVA. POSSIBILIDADE. ADEQUAÇÃO DO QUANTUM. 1. Havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que seja possível a realização do exame de DNA. 2. Os alimentos devem ser fixados de forma a contribuir para a manutenção da gestante, mas dentro das possibilidades do alimentante e sem sobrecarregá-lo em demasia. 3. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, seja para majorar o encargo, seja para reduzi-lo, (...). (TJ-RS - AI: 70046650941 RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Data de Julgamento: 20/12/2011, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/01/2012) (Grifo nosso)

ALIMENTOS GRAVÍDICOS - INDÍCIOS DE PATERNIDADE - CORRETA FIXAÇÃO - GESTANTE - NECESSIDADE PRESUMIDA - COMPROVAÇÃO DAS POSSIBILIDADES - DECISÃO MANTIDA. 1)- NOS TERMOS DO ARTIGO 6º DA LEI Nº 11.804/2008, "CONVENCIDO DA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PATERNIDADE, O JUIZ FIXARÁ ALIMENTOS GRAVÍDICOS QUE PERDURARÃO ATÉ O NASCIMENTO DA CRIANÇA, SOPESANDO AS NECESSIDADES DA PARTE AUTORA E AS POSSIBILIDADES DA PARTE RÉ." 2)- POSSÍVEL A FIXAÇÃO DOS ALIMENTOS GRAVÍDICOS QUANDO, EM AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO, TESTEMUNHA TRAZ INDÍCIO DE PROVA DA PATERNIDADE DO NASCITURO. 3)- OS ALIMENTOS GRAVÍDICOS COMPREENDEM VALORES SUFICIENTES PARA COBRIR AS

¹¹ Lei nº 11.804/2008, art. 6º: "Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré". (Grifo nosso)

DESPESAS REFERENTES AO PERÍODO DE GRAVIDEZ E QUE SEJAM DELA DECORRENTES, UMA VEZ QUE A NECESSIDADE EM CASO DE GESTANTE É PRESUMIDA. 4) - DEMONSTRADAS AS POSSIBILIDADES DO AGRAVANTE EM ARCAR COM OS ALIMENTOS NO IMPORTE FIXADO, NÃO HÁ MOTIVO PARA REFORMA DA DECISÃO ATACADA. 5)- RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJ-DF - AI: 74389120128070000 DF 0007438-91.2012.807.0000, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Data de Julgamento: 06/06/2012, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 13/06/2012, DJ-e Pág. 140) (Grifo nosso)

É cediço que a prestação alimentícia se faz cogente para suprir as necessidades de uma pessoa, englobando alimentação, lazer, vestuário, habitação, assistência médica, etc. Ao conceituar alimentos, o doutrinador Rolf Madaleno pontua que “A sobrevivência está entre os fundamentais direitos da pessoa humana e o crédito alimentar é o meio adequado para alcançar os recursos necessários à subsistência de que não consegue por si só, promover sua manutenção pessoal” (MADALENO, 2008, p. 635).

Certamente, os alimentos vão além do que se tem como estritamente necessário para manutenção da vida, abarcando não só as necessidades materiais de subsistência, mas as necessidades morais e culturais, observando-se o binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado.

A respeito da obrigação de alimentar oriunda do parentesco, o Código Civil dispõe o que segue:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

No que se refere ao nascituro, para a Teoria Concepcionista o mesmo possui direito à vida, que tem início com a concepção uterina e deverá ser protegida

visando o nascimento saudável. Nesse sentido, faz-se presente a prestação alimentícia, visando garantir ao nascituro toda assistência pré-natal que se fizer necessária, com os devidos cuidados médicos, intervenções cirúrgicas e medicamentos.

Em relação aos alimentos ao nascituro, Pontes de Miranda frisou que os mesmos devem ser postulados “a quem os deva, ou a quem, em virtude de responsabilidade (Código Civil de 1916, art. 1.537, II e 4), os tenha de prestar. Se é certo que ainda não se gasta em comida, roupa, educação, precisa o embrião de cuidados que têm o seu preço” (MIRANDA, 1995, p. 354).

A obrigação alimentar anterior ao nascimento se faz imprescindível diante de despesas que tecnicamente destinam-se à proteção do nascituro, e, conforme destaca Paulo Lôbo (2011, p. 382), “o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais relações, solidamente fundada na pediatria”, nos cuidados que o ser humano em estado gestacional demanda.

Buscando esta proteção ao nascituro, a Lei nº 11.804/2008 instituiu os chamados alimentos gravídicos, que em seu art. 2º dispõe:

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

Maria Berenice Dias, em elogio à superveniência da referida lei, afirma que “ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro. Assim, em muita boa hora é preenchida injustificável lacuna” (DIAS, 2009, p. 481).

Hoje a tendência da jurisprudência brasileira é de reconhecer o direito do nascituro à percepção de alimentos, entretanto a lei de alimentos gravídicos não foi capaz de solucionar todas as controvérsias em relação ao tema, perdurando diversas discussões, como não haveria de deixar de ser quando se trata de nascituro e das inúmeras divergências doutrinárias a ele atinentes.

Assim, discute-se se o nascituro seria parte legítima para figurar o polo passivo da demanda – ante as modificações trazidas pela Lei nº 11.804/2008 –, se a nova lei visa os direitos da gestante ou do nascituro, questiona-se a superficialidade do indício de paternidade necessário para pleitear os alimentos, o termo inicial dos alimentos gravídicos, a hipótese de prestação de alimentos à “barriga de aluguel” – o que geraria um enriquecimento oriundo de atividade ilícita –, a forma de cálculo dos alimentos, se tais alimentos podem ser requeridos em face de outros parentes¹², entre outros questionamentos; de forma que, notadamente, a lei não pôs fim ao debate jurídico existente, debate este de difícil superação, ante o crescente avanço tecnológico que envolve o nascituro e as mudanças sociais constantes.

3.4 DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS

O art. 1.784 do Código Civil dispõe que “Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Para ser herdeiro, e, portanto, ter capacidade para suceder, é necessário se tratar, quando da abertura da sucessão, de pessoa já nascida ou concebida. Assim, o Código Civil traz na redação do art. 1.798 que “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”.

Vislumbra-se, portanto, que tanto nascidos quanto nascituros podem ser chamados a suceder, sendo esta mais uma garantia conferida pelo Direito Civil ao ser humano em desenvolvimento no ventre materno.

Resguardados os direitos do nascituro, ele se torna um herdeiro legítimo necessário de seus genitores. Nesse sentido, segue a decisão:

NASCITURO. SUCESSÃO LEGÍTIMA. NASCIMENTO COM VIDA. SEGURO OBRIGATÓRIO. 1- A sentença determinou que os avós entreguem ao neto valor indenizatório que receberam de seguro

¹² Leonardo de Faria Beraldo afirma que “é possível pleitear alimentos gravídicos em face de outros parentes, respeitando-se os critérios da proximidade e da complementaridade, isto é, apenas na hipótese de o valor prestado pelo suposto pai, combinado com o da mãe, não ser o suficiente, é que se pode acionar o parente para complementar o necessário, dentro, claro, das suas possibilidades. Já há precedente do TJSP, por exemplo, permitindo que os avós sejam condenados no pagamento de alimentos gravídicos” (BERALDO, 2012, p. 94)

(DPVAT) em razão da morte do filho deles, pai do neto. 2- A criança, na época do falecimento do pai, estava sendo gestada e, como nascituro nascido com vida, é sucessor do pai, excluindo os avós, ascendentes (CC, arts. 2º, 1.798 e 1.829). 3- Apelação não provida.

(TJ-SP - APL: 18040820098260060 SP 0001804-08.2009.8.26.0060, Relator: Alexandre Lazzarini, Data de Julgamento: 06/09/2012, 6ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 06/09/2012) (Grifo nosso)

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka acrescenta que, se o nascituro sucumbir antes de respirar por si próprio, os direitos sucessórios que vinham sendo resguardados pela lei resolvem-se de forma retroativa (efeitos *ex tunc*), desde o momento em que a lei lhes resguardou (HIRONAKA, 2003, p. 1.800).

Salvaguardando não só os direitos sucessórios do nascituro, mas também os do não concebidos (prole eventual), o referido Codex traz em seu bojo que:

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; (Grifo nosso)

Estamos diante, portanto, de três hipóteses de capacidade sucessória, definidas pelo doutrinador Eduardo de Oliveira Leite da seguinte forma:

- a) Nascido – Herda desde o momento da abertura da sucessão.
- b) Nascituro – Herda a partir do momento do nascimento.
- c) Não concebido – A curatela caberá “à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro e, sucessivamente, à pessoas indicadas no art. 1.775” (art. 1.800, § 1º). Para evitar a indefinição vitalícia gerada pela herança dos não concebidos, o legislador estabeleceu o prazo de 2 anos, da data da abertura da sucessão, a partir do qual, os bens reservados retornam aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4º). (LEITE, 2004, p. 69) ¹³

¹³ Art. 1.800, CC: “No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

§ 1º Salvo disposição testamentária em contrário, a curatela caberá à pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro, e, sucessivamente, às pessoas indicadas no art. 1.775.

O mencionado doutrinador, ao analisar as mudanças trazidas pelo Código Civil de 2002, observa ter a nova legislação adotado a posição concepcionista em relação ao tema, haja vista ter conferido direitos sucessórios àquele que ainda não nasceu, prevalecendo o brocardo *infans pro nato habetur quotiens de commodis eius agitur* (a criança concebida é considerada como nascida quando se tratar de seus interesses).

No que diz respeito aos não concebidos – denominação trazida na nova legislação para se referir à antiga “prole eventual” –, o autor analisa que os mesmos têm capacidade para serem herdeiros na sucessão testamentária, conforme se desprende da leitura do já transcrito art. 1.799, inciso I, do Código Civil.

Entretanto, é imperioso ressaltar a questão dos filhos havidos por procriações artificiais. Conforme o disposto no art. 1.597, III, do Código Civil “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: (...) III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”; assim, em que pese o art. 1.799, inciso I, do Código Civil traga em seu bojo a previsão da sucessão testamentária à prole eventual, segundo Eduardo de Oliveira Leite, tem-se, quando se tratar de filhos concebidos por técnicas de procriação artificial, a inserção dos mesmos no rol dos legitimamente habilitados para receber a reserva, devendo ser garantida a legítima a esses, sendo necessária, acredita o autor, a releitura do art. 1.798, do Código Civil, incluindo nos legitimados a suceder as pessoas que nascerem por concepção artificial, no prazo de dois anos após aberta a sucessão (LEITE, 2004, p. 71).

Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka (2003, p. 1.799) destaca que, a depender da classificação que se dê aos embriões congelados em laboratório tem-se diferentes consequências sucessórias, de modo que, se considerados nascituros, terão direito a quota-parte que lhes toque da herança, o que geraria um grande

§ 2º Os poderes, deveres e responsabilidades do curador, assim nomeado, regem-se pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, no que couber.

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

§ 4º Se, decorridos dois anos após a abertura da sucessão, não for concebido o herdeiro esperado, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos”.

problema caso fossem muitos os embriões congelados – como normalmente acontece nos métodos de reprodução laboratoriais –, em que o montante objeto de sucessão seria dividido em inúmeras partes; e caso considerados prole eventual, poderão ser afastados da sucessão legítima, eliminando-os da sucessão de pais que, em que pese não terem conhecido, são a eles atribuída a paternidade biológica.

Há para tanto a alternativa trazida por parte da doutrina de rompimento do testamento ou da sobrepartilha da herança ante o reconhecimento de paternidade após a morte do *de cuius*, como se estivéssemos diante do caso de um filho desconhecido e posteriormente reconhecido e declarado filho do falecido. Porém, esta é apenas uma proposta para solucionar este problema, que é objeto de inúmeras discussões e divergências doutrinárias e acadêmicas.

Francisco José Cahali aduz que “São problemas que o aqodamento legislativo não previu e para os quais não se tem ainda uma resposta segura em face dos inúmeros inconvenientes que se podem criar” (CAHALI, 2007, p. 23), ao refletir acerca da problemática no direito das sucessões que envolve tanto o ser humano concebido por fecundação artificial homóloga, quanto o havido da gestação de um embrião excedentário obtido do material genético do *de cuius*.

4. ANÁLISE DO PROJETO DE LEI DO ESTATUTO DO NASCITURO

O Projeto de Lei n. 478/2007, conhecido como Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro, trouxe na justificação apresentada em seu texto original uma análise do Direito comparado, observando o *status* de pessoa conferido à criança por nascer nos Estados Unidos e a legislação italiana que confere ao embrião os mesmos direitos de um cidadão.

Buscando a proteção integral do nascituro, os deputados relatores do projeto propuseram o que eles mesmos denominaram “Estatuto do Nascituro”, visando, sobretudo, resguardar os direitos da personalidade.

Posicionaram-se contra a manipulação, congelamento e descarte de embriões humanos, a pesquisa com células tronco e o aborto nos casos de estupro e deficiência do feto¹⁴, significando para muitos um retrocesso. O projeto trazia disposições de cunho penal, que, em vez de propor uma atualização da lei frente aos avanços da ciência e às mudanças observadas na sociedade contemporânea, aumentavam ainda mais a polêmica em relação ao tema. Invadindo a ceara do Direito Penal – de forma por muitos considerada retrógada –, tais disposições foram posteriormente afastadas, não porque houve uma reflexão em relação ao seu mérito, mas devido ao fato de ter-se preferido incluir tais questões em projeto de lei autônomo ou em reforma da legislação penal.

Igualmente afastadas as disposições de cunho civil, sobre os já comentados nesta pesquisa acadêmica direitos à adoção, à sucessão e à reparação civil. Entretanto, é de se observar que estes direitos trazidos pelo projeto de lei apenas ratificavam o já deduzido da análise do Código Civil vigente (o que teria o condão de esclarecer o já disposto no Codex), de modo que tais disposições foram suprimidas por terem sido consideradas desnecessárias, haja vista repetir o contido no Código Civil e Código de Processo Civil.

¹⁴ PL nº 478/2007. Justificação: “(...) A proliferação de abusos com seres humanos não nascidos, incluindo a manipulação, o congelamento, o descarte e o comércio de embriões humanos, a condenação de bebês à morte por causa de deficiências físicas ou por causa de crime cometido por seus pais, os planos de que bebês sejam clonados e mortos com o único fim de serem suas células transplantadas para adultos doentes, tudo isso requer que, a exemplo de países como a Itália, seja promulgada uma lei que ponha um “basta” a tamanhas atrocidades”.

Foram apensados ao Projeto de Lei n. 478/2007 os Projetos de Lei n. 489/2007, 1.763/2007 e 3.748/2008, de modo que seu texto original foi modificado, tramitando atualmente o substitutivo apresentado na Comissão de Seguridade Social e Família.

O Substitutivo ao Projeto de Lei n. 478/2007 traz em sua redação o que segue:

Art. 2º Nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido.

Parágrafo único. O conceito de nascituro inclui os seres humanos concebidos ainda que “in vitro”, mesmo antes da transferência para o útero da mulher.

Esta equiparação do embrião *in vitro* ao nascituro gestado no ventre materno (*in utero*) é alvo de inúmeros questionamentos, em virtude das consequências que pode acarretar. No presente trabalho, ao buscar uma definição de nascituro para delimitar o tema de estudo e abordar a questão do início da personalidade jurídica, foram feitas considerações sobre a abrangência do conceito de nascituro ao embrião, que neste momento merece maior destaque.

Elimar Szaniawski (SZANIAWSKI, 2005, p. 70) se posiciona a respeito no seguinte sentido:

Pondo a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro, constitui-se o ser humano, que está sendo gerado, em um sujeito de direitos, merecedor de tutela jurídica, não podendo ser afastada a ideia de que o concepturo, como sujeito de direitos, é necessariamente portador de personalidade natural única independente, esteja o mesmo no interior do ventre de sua mãe, no ventre de outra mulher, a mãe substituta, ou mesmo se desenvolvendo em um tubo de ensaio. O concepturo, qualquer que seja o local em que se desenvolva, é sempre uma pessoa e portador de personalidade natural.

Silmara Juny Chinelato, que outrora se posicionava no sentido do conceito de nascituro e embrião serem estanques, em um de seus artigos mais recentes, “Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro”, afirma: “no meu modo de ver, o conceito amplo de ‘nascituro’ – o que há de nascer – pode abarcar tanto o implantado como o embrião pré-implantatório. Trata-se de diferenciar a capacidade

– que é um *quantum* – e não a personalidade, que é um *quid* (essência, substância)” (CHINELATO, 2007, p. 59). Ainda, ao comentar a legislação da Louisiana, que iguala o ovo fertilizado *in vitro* e o nascituro, ensina que “esta proteção conferida pela lei ao embrião pré-implantatório, fecundado *in vitro*, que o equipara ao nascituro, constitui um exemplo de legislação a ser seguida no meu modo de ver” (CHINELATO, 2007, p. 63).

Cumprido ressaltar que é tormentoso este posicionamento, vez que se tratam de entes distintos. De modo que, para Heloísa Helena Barboza, em palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional (Rio de Janeiro, 2006), “a figura do nascituro não se confunde com o embrião, merecendo ambos tratamento diferenciado, principalmente no tocante aos direitos sucessórios de ambos” (BARBOZA, 2006 *apud* TARTUCE, 2007, p. 87).

Nesse sentido, Jussara Maria Leal de Meirelles aduz haver um descompasso em relação aos embriões *in vitro*, não estando inseridos na categoria de pessoa natural (nascida com vida), nascituro ou prole eventual, sendo “forçoso afirmar a indubitável necessidade de sua proteção jurídica específica” (MEIRELLES, 2000, p. 55). Esclarece:

Os denominados embriões pré-implantatórios não são pessoas a nascer (nascituros), nem por isso é possível classificá-los como prole eventual (a ser concebida), posto que concepção já houve. De outro lado, por serem em si mesmos portadores de vida, não podem ser tidos por bens suscetíveis de subordinação a interesses econômicos dos mais diversos. (MEIRELLES, 2000, p. 56)

Francisco José Cahali, ao analisar a questão sob a ótica dos direitos sucessórios, traz à tona, como já abordado no capítulo anterior deste trabalho de conclusão de curso, que a inclusão dos embriões *in vitro* ao conceito de nascituro traria um grande problema no que se refere à herança do doador do material genético em casos de procriação assistida *post mortem*. Ante a hipótese da gestação, a qualquer tempo, de um embrião excedentário, o autor levanta a questão: “Deve-se dividir a herança em tantas partes quanto forem os herdeiros, mais a quantidade de embriões crio conservados?” (CAHALI, 2007, p. 23).

Aduz que se trata de um filho inexistente quando da abertura da sucessão, tendo em vista que não se podia considerá-lo nascituro, apesar de os projetos de lei tratem o embrião como tal, assegurando-lhe os direitos inerentes aos nascituros. Para o autor, esta equiparação é equivocada, destacando o contido no Enunciado 2 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ), segundo o qual “sem prejuízo dos direitos da personalidade, nele assegurado, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprogénica humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio” (CEJ apud CAHALI, 2007, p. 23).

A OAB/RJ se manifestou em relação ao projeto de lei do Estatuto do Nascituro, emitindo o Parecer da Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil (CBB/OABRJ) – Seção do Estado do Rio de Janeiro acerca (da inconstitucionalidade) do Projeto de Lei do 478/2007, do seu substitutivo e dos seus apensos.

Neste parecer, discutiram-se as consequências de grande impacto trazidas pelo projeto de lei. O substitutivo do projeto de lei dispõe sobre a condição resolutive dos direitos patrimoniais do nascituro¹⁵, o que foi alvo de crítica pela Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ. A discussão sob este aspecto da proposta legislativa depende da escola doutrinária a que se pretende filiar, o que já foi tema de capítulo específico no presente trabalho (Capítulo 2.3).

No que diz respeito ao conceito de nascituro incluir o embrião, mesmo que *in vitro*, atingindo os embriões excedentários, os membros da Comissão de Bioética e Biodireito afirmaram que:

Graves e diversificadas são as repercussões jurídicas das disposições do Projeto de Lei 478/2007, o substitutivo aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família e seus apensos, dentre as quais as relativas à atribuição de personalidade ao embrião congelado, o que geraria efeitos civis e perplexidades, desde problemas de identificação, reflexos sobre o registro civil, controvérsias relativas à representação civil e à parentalidade dos embriões gerados exclusivamente com material fecundante de doadores, assim como desdobramentos referentes às relações de parentesco e intrincadas questões de ordem sucessória,

¹⁵ Art. 3º, § 2º. Os direitos patrimoniais do nascituro ficam sujeitos à condição resolutive, extinguindo-se, para todos os efeitos, no caso de não ocorrer o nascimento com vida.

além da pretensa possibilidade de exercício dos direitos da personalidade. (CBB/OABRJ, 2011, p. 4)

Ressaltou-se no aludido parecer, que não se pode confundir nascituro e embrião, haja vista que aquele se refere ao ser humano no período de gestação, enquanto este se refere o material biológico oriundo da concepção, da junção dos gametas feminino e masculino.

Apontada a diferença entre nascituro e embrião, a Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ criticou, além da equiparação destes dois entes feita pelo projeto de lei do Estatuto do Nascituro, o fato de ter igualado ambos à pessoa humana já nascida.

Sustentou ser “indispensável a proteção desses seres humanos em potencial, mas se adotando uma forma de tutela adequada ao seu grau de desenvolvimento” (CBB/OABRJ, 2011, p. 7).

Neste viés de raciocínio, Heloísa Helena Barboza, em seu artigo “Proteção jurídica do embrião humano”, afirmou:

No momento, parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma “tutela particular”, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de indivíduo pertencente à espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado. (BARBOZA, 2004, p. 268)

Seguindo o postulado pela autora, a Comissão acredita que a vida do nascituro deva ser protegida constitucionalmente, mas com intensidade distinta das pessoas já nascidas; de modo a não ser adequado atribuir a um ser em desenvolvimento os direitos conferidos a uma criança, “pois estaríamos equiparando arbitrariamente situações distintas e merecedoras cada uma de tutela condizente com o grau de desenvolvimento da vida, se ainda potencial ou se já configurada a pessoa humana”.

Apesar de o parecer sustentar a impossibilidade de se enquadrar tanto o embrião quanto o nascituro na categoria pessoa, negando ao nascituro personalidade jurídica, filiando-se à Teoria Natalista, ressalta-se que, independente

de enquadrar o nascituro como pessoa jurídica ou não, é forçoso reconhecer a proteção jurídica notadamente conferida ao nascituro, a qual foi objeto de estudo ao longo desta pesquisa acadêmica.

Ante esta proteção e os reflexos referentes aos direitos da personalidade, observa-se atualmente a grande polêmica em torno de questões que envolvem a dignidade humana e o direito à vida, como a hipótese de aborto em casos de anencefalia, risco à saúde da mãe e gravidez resultante de estupro.

Em meio às discussões sobre o embrião e sua equiparação ao nascituro, bem como às consequências que igualá-los acarreta, estamos diante de inúmeros questionamentos, tais como a problemática dos embriões excedentários e a questão das pesquisas com células-tronco.

Igualando o embrião ao nascituro, de modo que os direitos conferidos ao nascituro também atingiriam o embrião, seria inviável falar em técnicas de reprodução assistida, pois as mesmas ocorrem por meio de manipulação de embriões *in vitro* que, na maioria das vezes, demandam diversas tentativas, muitas frustradas, gerando também a questão dos embriões excedentários.

Assim, o art. 3º, § 1º, do Substitutivo ao Projeto de Lei n. 478/2007¹⁶, ao garantir proteção ao direito à vida do embrião *in vitro*, sem observar o contexto atual em que estamos inseridos, com os avanços da ciência e da medicina, acabaria por proibir as técnicas de procriação artificial, negando desta forma o direito constitucionalmente previsto ao planejamento familiar (art. 226, da Constituição Federal¹⁷). A este respeito, a Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ acrescenta:

O direito ao planejamento familiar visa garantir a maternidade e paternidade responsáveis a casais e mulheres que pretendam recorrer às técnicas de reprodução assistida para realizar a própria felicidade ao

¹⁶ Art. 3º Reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.

§ 1º Desde a concepção são reconhecidos todos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física e os demais direitos da personalidade previstos nos arts. 11 a 21 da Lei nº10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁷ Art. 226 - A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

ter filhos. O que pretende o Projeto de Lei em exame, portanto, é impedir que pessoas vivas e nascidas consigam realizar seu projeto existencial e o direito à liberdade, entendida como autonomia e autodeterminação. (CBB/OABRJ, 2011,p. 14)

A correlação trazida pelo projeto de lei inviabilizaria, igualmente, as pesquisas com células-tronco, objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo as pesquisas como constitucionais.

A Ministra Cármen Lúcia, em seu voto no acórdão da referida ADI 3510, enfatizou que não se pretende por meio da decisão delimitar o início da vida, em que momento começaria a vida, mas sim ponderar os princípios constitucionais que deveriam ter sido observados pelo legislador na Lei de Biossegurança, analisando se os foram ou não. Em relação à dignidade humana, alegou:

O princípio constitucional da dignidade humana estende-se além da pessoa, considerando todos os seres humanos, os que compõem a espécie, dotam-se de humanidade, ainda quando o direito sequer ainda reconheça (ou reconheça precariamente, tal como se tem na fórmula da Convenção Nacional de Ética francesa de pessoa humana em potencial) a personalidade. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não tem as condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito pela sua situação de representação da humanidade. (ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010.)

No que tange ao constitucionalmente protegido direito à vida, a Ministra acrescentou:

Não há violação do direito à vida na garantia da pesquisa com células-tronco embrionárias, menos ainda porque o cuidado legislativo deixou ao pesquisador e, quando vier a ser o caso, ao cientista ou ao médico responsável pelo tratamento com o que da pesquisa advier, a exclusiva utilização de células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos. Se elas não se dão a viver, porque não serão objeto

de implantação no útero materno, ou por inviáveis ou por terem sido congeladas além do tempo previsto na norma legal, não há que se falar nem em vida, nem em direito que pudesse ser violado. (BRASIL, 2008)

O relator do acórdão, Ministro Carlos Ayres Britto, discursou acerca da condição de pessoa humana e, em relação ao embrião, afirmou:

Não existir [existe] 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 à Constituição. (Brasil, 2008)

Compartilhando desse entendimento, o parecer da OAB/RJ acrescenta que não há uma correspondência ente vida humana e pessoa humana, posição esta bastante discutida.

Em tese dedicada exclusivamente a apreciação do tema da manipulação de embriões *in vitro*, Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, discorreu acerca dos direitos fundamentais de quarta geração, referentes ao biodireito, em que se busca o equilíbrio entre o avanço biotecnológico e a proteção do ser humano. A problemática surge a partir do contexto da globalização, de modo que o avanço encontra-se inserido no desenvolvimento das forças produtivas. A autora destaca que os direitos fundamentais de quarta geração vão além das questões referentes à globalização em si, se estendendo aos efeitos da pesquisa biológica, devendo se ter em mente os direitos de quarta geração referentes à bioética.

Frisa, porém, que não é contrária à manipulação genética, desde que haja a disponibilidade controlada dos direitos da personalidade. “Não se afirma que devem ser vedadas as manipulações envolvendo embriões, mas pugna-se pela necessidade de imposição de limites” (ESPOLADOR, 2010, p. 198)

Em relação à problemática do aborto, o Código Penal Brasileiro, prevê em seu art. 128 o que segue:

Art. 128 - Não se pune o Aborto praticado por médico:

Aborto Necessário

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.

Assim, admitiu-se em casos específicos a interrupção o parto, o que acabaria por ser inviabilizado pelo projeto de lei em comento, haja vista que, embora coloque a salvo as disposições do mencionado art. 128 do Código Penal, uma análise sistemática de seus artigos conduz à interpretação da impossibilidade de aplicação do Código vigente.

O art. 5º da proposta legislativa veda qualquer forma de discriminação ao nascituro¹⁸ (entenda-se, também, embrião), o que foi reiterado no art. 9º, que coíbe qualquer discriminação em virtude do sexo, da idade, da etnia, da origem e de deficiência física ou mental¹⁹. Em adição a estes, o art. 12 proíbe dano ao nascituro em razão de erros cometidos por seus genitores²⁰.

Da leitura dos mencionados artigos, bem como da análise do projeto de lei como um todo, extrai-se a impossibilidade de interrupção do parto mesmo nos casos previstos em lei. Proibindo-se qualquer tipo de discriminação, o nascituro proveniente de estupro não poderia ser alvo de abortamento, com respaldo no art. 3º, § 1º do projeto, que trata dos direitos reconhecidos desde a concepção, comprometendo-se, desde modo, a aplicação da aludida lei penal.

Além de marginalizar os direitos fundamentais das mulheres, a proposta legislativa acaba por legitimar a violência contra mulher, conforme aduz a Comissão de Bioética e Biodireito, “ao se propor que elas sejam ‘pagas’ pelo Estado para terem um filho gerado por estupro”, com fulcro no art. 13, § 2º do substitutivo do

¹⁸ Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos.

¹⁹ Art. 9º É vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o de qualquer direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, de deficiência física ou mental.

²⁰ Art. 12. É vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores.

projeto de lei²¹. Ainda, é prevista a possibilidade de o nascituro concebido em decorrência de estupro ser encaminhado à adoção, se a mãe assim desejar (art. 13, II, do projeto de lei), sendo levada ao fim a gestação com a única finalidade de entregar a criança à mãe adotiva, sendo a mulher, novamente, por meio desta ponderação “pró-feto”, ignorada, considerada apenas um meio para que um fim seja alcançado.

Segundo a proposta legislativa, devem-se ser empregados todos os meios disponíveis para salvaguardar o nascituro, sua saúde e seu direito à vida²², colocando de lado a questão da saúde da mulher, que poderá vir a ser comprometida ao dar continuidade à gravidez; ignorando o disposto na legislação pátria sobre o chamado aborto necessário ou terapêutico.

A este respeito, a Comissão de Bioética e Biodireito da OAB/RJ aduz ser lamentável que a mulher seja colocada na condição de incubadora, consagrando-se um pensamento anacrônico. Ressalta que “a legislação ora proposta termina por criar uma prevalência ou prioridade do embrião sobre a mulher, que se torna um mero instrumento para viabilizar o nascimento com vida do nascituro” (CBB/OABRJ, 2011, p. 10), acrescentando:

O art. 10 impõe à gestante a violação de sua integridade psicofísica garantida pela Constituição no art. 5º, ao estabelecer que, mesmo não havendo possibilidade ou viabilidade de vida extra-uterina para o feto/nascituro, ela deve obrigatoriamente se submeter a todos os tratamentos terapêuticos ou profiláticos existentes, mesmo que isso implique em sérios riscos para sua saúde psíquica, com o objetivo único de assegurar o desenvolvimento e a integridade do feto ou embrião, cuja inviabilidade a ciência médica comprova e atesta. (CBB/OABRJ, 2011, p. 11)

²¹ Art. 13, § 2º. Na hipótese de a mãe vítima de estupro não dispor de meios econômicos suficientes para cuidar da vida, da saúde, do desenvolvimento e da educação da criança, o Estado arcará com os custos respectivos até que se venha a ser identificado e responsabilizado por pensão o genitor ou venha a ser adotada a criança, se assim for a vontade da mãe.

²² Art. 10. O nascituro terá à sua disposição os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia.

Ainda, o parecer da Comissão apresenta uma observação pertinente: “A rigor, a mulher teria uma ‘obrigação’ legalmente imposta de ter todos os filhos gerados em fertilização *in vitro*”.

Tal interpretação pode ser considerada em um primeiro olhar extremista, entretanto revela-se plausível, pois a partir do momento em que o projeto de lei não diferencia nascituro e embrião, as disposições trazidas em seu texto são igualmente aplicadas a ambos, de modo a ser protegido o direito à vida do embrião, mesmo que subtraídos os direitos da gestante, sua liberdade, dignidade e autonomia.

No tocante a esta dicotomia entre os direitos da gestante e do nascituro, o Direito brasileiro avançou no sentido de reconhecer a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, conforme a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2004, julgada em abril de 2012. Entretanto, em relação a esta temática ainda persistem diversas discussões. O Estatuto do Nascituro dispõe em sentido contrário, buscando salvaguardar os direitos do nascituro em detrimento à gestante, indo na contramão das mencionadas hipóteses em que o aborto atualmente é permitido no direito brasileiro.

A Ministra Cármen Lúcia, na ADPF 54, concluiu acerca da problemática da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia o que segue:

O que se tem, pois, diante de todos os elementos da medicina e do direito brasileiro é conflito normativo aparente, por se permitir o transplante de órgãos quando detectada a morte cerebral (antecedido pela "autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a ordem sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive" - art. 4º da Lei n. 9.434/97) e não incluir nas excludentes de ilicitude o aborto do feto que apresentar ausência do encéfalo. (...)

Se o feto anencéfalo não tem condições de crescer e se desenvolver fora do útero materno e a gestante, cujo feto tenha sido diagnosticado com anencefalia, além de todo sofrimento mental e emocional a que passa a se submeter, também corre risco de vida, por tratar-se de gravidez de alto risco (pode sobrevir eclampsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico, esse último responsável por dificuldades para respirar e até a própria morte), tem-se o conjunto de fatos e circunstâncias que retiram a culpabilidade e, por isso, não se há se falar em crime. (...)

Toda questão posta judicialmente à decisão haverá de ser examinada e resolvida de forma independente do problema moral e religioso. No caso dos autos, a ilicitude penal da prática – se a interpretação da norma penal conduzisse a tal conclusão - distancia-se do princípio da dignidade humana, constitucionalmente previsto, da liberdade, da igualdade e do direito à saúde. (...)

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendo de se respeitar, como é óbvio, também a opção daquela que prefere levar adiante e viver a experiência até o final. (...)

A mulher gestante de feto anencéfalo vive angústia que não é partilhável, pelo que ao Estado não compete intervir vedando o que não é constitucionalmente admissível como proibido. (STF - ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/04/2012, Data de Publicação: DJe-071 DIVULG 11/04/2012 PUBLIC 12/04/2012)

A Ministra Rosa Weber discorreu acerca do conceito de vida e da atipicidade do aborto de anencéfalos, alegando igualmente que “antecipação do parto em caso de anencefalia não está abrangida pelo conceito de aborto”. Frisou que o crime de aborto é caracterizado pela interrupção de uma vida em desenvolvimento, que possa vir a ser uma vida com certo grau de complexidade psíquica, de desenvolvimento da consciência, da subjetividade e das relações intersubjetivas. Deste modo, pontua não estar a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia inserida no conceito de crime de aborto, nas características que consubstanciam a ideia de vida e acarretam a tipificação do crime .

Feitos tais apontamentos, a Ministra suscitou a necessidade da ponderação entre os direitos atinentes à gestante e os pertinentes ao feto, ressaltando que não se trata propriamente de uma ponderação de direitos, sim de uma ponderação de razões de decidir.

O princípio da proporcionalidade e a ponderação de valores que lhe é inerente comportam reflexão. (...)

Os sistemas ocidentais não admitem valores absolutos. Não há como estabelecer, a priori, qual o que se reveste de maior peso, diante do reconhecimento de que são relativos e de que a sociedade é plural. (...)

os valores, que pertencem à ética, adentram no mundo do Direito como princípios (...)

são normas de otimização de condutas, que procuram realizar os valores da justiça e da vida boa em sociedade. (...)

[Os princípios] Não podem se sobrepor uns aos outros, pois tal levaria à exclusão das formas de vida de parcela da sociedade. Portanto, não há uma ordem concreta de valores que eliminem ou se sobreponham a outros, de modo que não há hierarquia entre eles. Todos têm o mesmo status e, por isso, a mesma pretensão de aplicabilidade. Destarte, se a questão não se resolve no plano ontológico ou axiológico, há que encontrar um critério racional de argumentação para que o convencimento leve à aplicação de um princípio e ao afastamento do outro no caso em análise. É bom frisar: a busca é de um critério argumentativo, e não de peso de valores, pois, como já foi mais que repetido, um valor não pesa mais que outro em ordenamentos jurídicos democráticos. (...)

Assim, diante de uma concorrência de princípios, o esforço hermenêutico deve se voltar para a realização máxima de um para justificar que o outro não seja aplicado. Ou seja, o peso das razões para a aplicação de um princípio deve ser maior do que o do outro no caso concreto. Mas esse peso precisa de um padrão intersubjetivamente compartilhado, caso contrário a escolha não passa de uma preferência pessoal do responsável pela solução do caso concreto. (...)

Mais uma vez, a ponderação é de razões para decidir, e não propriamente de valores. (...)

Portanto, a ponderação só pode ser das razões que aumentam a aceitação da racionalidade (e não da autoridade) da decisão. (BRASIL, 2012) (Grifo nosso)

Nesta esteira de raciocínio, firmou seu entendimento sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia do seguinte modo:

Se, por um lado, a intervenção do Estado viola a saúde, a integridade, a dignidade e a liberdade da gestante, a omissão deixa de proteger um fenômeno biológico sobre o qual há dúvida a respeito da aplicabilidade concreta do princípio defensivo reivindicado. A força argumentativa dentro da situação concreta indica que, no caso da anencefalia, vale a

postura protetiva do Estado por meio da não intervenção em detrimento do dever de defesa que só se realiza com a ação punitiva. (...)

obrigar a mulher a prosseguir na gravidez fere, como bem pontuado da tribuna, seu direito à liberdade reprodutiva, à falta de interesse social concreto na tutela de vida sem condições biológicas mínimas de desenvolvimento. Proteger a mulher, em hipótese tal de inviabilidade de vida extrauterina para o feto, é garantir concretamente a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental. Os ônus de ordem física, psicológica e social gerados pela obrigatoriedade de manutenção da gravidez de feto anencéfalo e seus consectários não podem ser minimizados, e são mesmo insuscetíveis de compartilhamento pela mulher. (...)

Enfim, seja do ponto de vista epistemológico, seja por meio de análise histórica, seja a partir da hermenêutica jurídica, e forte ainda nos direitos reprodutivos da mulher, todos os caminhos levam ao reconhecimento da autonomia da gestante para a escolha, em caso de comprovada anencefalia, entre manter a gestação ou interrompê-la. A postura contrária não se mostra, data venia, sustentável em qualquer dessas perspectivas, o que enseja a procedência da presente ação de descumprimento de preceito fundamental para dar interpretação conforme aos artigos 124 e 126 do Código Penal, excluindo, por incompatível com a Lei Maior, a interpretação que enquadra a interrupção da gravidez, ou antecipação terapêutica do parto, em caso de comprovada anencefalia, como crime de aborto. (BRASIL, 2012)

Em relação à questão de anencefalia ou de feto natimorto, a Comissão de Biodireito e Bioética da OAB/RJ ressaltou, no parecer emitido sobre o projeto de lei do Estatuto do Nascituro, que tal proposta legislativa, com fundamento em seu art. 10, poderia vir a legitimar a garantia do direito à morte digna do nascituro, de forma a obrigar a mulher a levar a gestação até o fim, haja vista o reconhecimento da condição humana do nascituro desde a concepção, dotado de plena proteção jurídica (art. 3º do projeto de lei), sem observar os direitos da gestante; o que seria um retrocesso frente às conquistas referente ao tema recentemente adquiridas pelas mulheres.

Colocando em pauta questões relacionadas ao desenvolvimento do nascituro, como o aborto, cumpre-se esclarecer que no decorrer do presente trabalho foram analisados os direitos inerentes ao nascituro, e agora o que se

pretende não é negá-los, mas fazer uma análise quando em confronto com demais direitos, igualmente essenciais e dignos de proteção – ponderando-se, conforme o ensinado pela Ministra Rosa Weber, as razões de decidir, os argumentos pertinentes. Nesse sentido, Jorge Reis Novais, pontua o que segue:

Qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentes das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exijam. (NOVAIS, 2003, p. 569)

Talvez, sob a perspectiva da autonomia feminina em matéria de sexualidade e reprodução, seja uma alternativa mais simples negar quaisquer direitos ao nascituro. No presente trabalho, são reconhecidos e estudados tais direitos, sendo impossível, neste momento, ignorar todas as garantias analisadas e previstas no ordenamento pátrio. Assim, esta pesquisa não pretende, ao abarcar os direitos da mulher, negar os direitos do nascituro, pelo contrário, busca colocá-los inseridos no contexto da sociedade hodierna, e nos confrontos de direitos, que sempre existirão, sem que se pretenda excluir ou hierarquizar qualquer ser humano, seja ele completo ou em desenvolvimento.

Da análise do projeto de lei do Estatuto do Nascituro, observa-se que este se mostra, em vários aspectos, inadequado à política social dos dias de hoje, não atendendo às necessidades postas em meio às mudanças constantes em nossa sociedade. Márcio Martins Moreira destaca que “o estado deve se amoldar aos avanços da ciência e reconhecer as necessidades de seus jurisdicionados na exata medida em que a sociedade é transformada pelo avanço tecnológico para melhor distribuir a justiça tão esperada” (MOREIRA, 2003, p. 48).

Ainda, a proposta legislativa se revela dotada de grande inconstitucionalidade, tendo em vista que visualiza os direitos do ser humano em desenvolvimento isoladamente, sem observar os direitos das demais pessoas que compõe o universo jurídico em que o nascituro está inserido, sobretudo a gestante.

A criação de uma legislação que venha a tutelar os direitos relacionados ao nascituro é de extrema necessidade e importância, entretanto deve-se ter em mente

o contexto social em que o nascituro se encontra, para que não haja uma desconformidade entre a lei posta e a realidade, entre o Direito e as demandas da sociedade.

5. CONCLUSÃO

Observa-se, da análise dos direitos do nascituro desde o Direito Romano, sua proteção jurídica, independente de ser classificado como pessoa jurídica ou não. O nascituro é uma entidade própria, distinta da gestante, e, enquanto ser humano, deve ser devidamente tutelado.

Tem-se, como característica no estudo do Direito, a constante busca pela classificação de seus elementos, de modo que, no que tange o nascituro, discute-se se o mesmo pode ser inserido no conceito de pessoa e de sujeito de direito. Entretanto, imperioso ressaltar que o debate sobre em que categoria o nascituro se enquadra não pode ser óbice para o reconhecimento de seus direitos. Não podemos ter conceitos cristalizados, que, entendidos de forma absoluta, em vez de contribuir para a análise do Direito torne-o defasado, ante a impossibilidade de adequar a nova realidade a critérios tradicionais.

Os direitos do nascituro são decorrentes da sua natureza humana, sendo pré-existentes à lei que os reconheça. Atribuir ao Estado o poder de classificar o nascituro como ser humano seria admitir que posteriormente pudesse dizer o contrário.

Em relação ao início da personalidade civil, no direito brasileiro predominam três escolas doutrinárias, das quais derivam a Teoria Natalista, a Teoria da Personalidade Condicional e a Teoria Concepcionista, estudadas no presente trabalho.

Em que pese a divergência doutrinária a respeito, vislumbra-se, como uníssono nos tribunais brasileiros, a tendência de reconhecer os direitos do nascituro e protegê-los, qualquer que seja a escola doutrinária adotada.

Assim, dos estudos realizados, observa-se a ampliação do Direito Civil-constitucional, de modo a buscar a proteção ao nascituro, resguardando, dentre outros, os direitos da personalidade, à reparação civil, a alimentos, ao reconhecimento de paternidade, à representação, à doação, à curatela, à adoção e os direitos sucessórios.

Em meio à obscuridade da lei atualmente vigente, há um esforço interpretativo para salvaguardar os direitos pré-natais do ser humano; de modo que a inexistência de lei específica gera grande divergência em relação ao tema.

O Substitutivo ao Projeto de Lei nº 478/2007, conhecido como Estatuto do Nascituro, trouxe em seu bojo dispositivos que, com enfoque nos direitos do nascituro, acabaram por ignorar os direitos dos demais indivíduos, mormente da gestante. Desta forma, a proposta legislativa revelou-se inconstitucional e incompatível com contexto social em que o nascituro está inserido.

Assim, se faz imperiosa a criação de legislação específica para a tutela dos direitos do nascituro, mas que o observe perante os demais indivíduos; legislação esta que deve buscar um equilíbrio, sem se posicionar pró ou contra o ser humano em desenvolvimento, pois não deve ser travada uma luta de interesses entre o ser humano nascido e o ser humano por nascer, sim unir esforços para que o ordenamento jurídico se aproxime cada vez mais da realidade ante as transformações constantes na sociedade e tutele de forma efetiva todos os indivíduos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Proteção jurídica do embrião humano**. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (coord.). *Biotecnologia e suas implicações jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código Civil**. São Paulo: Atlas, 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Alimentos no Código Civil: aspectos atuais e controvertidos com enfoque na jurisprudência**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Comissão de Bioética e Biodireito da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção do Estado do Rio de Janeiro. (CBB/OABRJ). Do parecer acerca (da inconstitucionalidade) do Projeto de Lei do 478/2007, do seu substitutivo e dos seus apensos. Parecer de 27 de janeiro de 2011. Presidente: Maíra Fernandes. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/141632471/Parecer-Estatuto-do-Nascituro-Comissao-de-Bioetica-e-Biodireito-da-OAB-RJ-2011>>. Acesso em: 12/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADI 3.510, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 29-5-2008, Plenário, DJE de 28-5-2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20/%203510>>. Acesso em: 12/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADPF: 54 DF, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 09/04/2012, Data de Publicação: DJe-071. Divulg. 11/04/2012, public. 12/04/2012. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>.

Acesso em: 12/11/2013.

CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **Dos Alimentos**. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Sujeitos da Sucessão**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CAPELO DE SOUSA. Rabindranath Valentino Aleixo. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Da destinação dos embriões excedentários**. In: CONPEDI. (Org.). XVI Congresso Nacional - Belo Horizonte. 1ed. Belo Horizonte: Fundação Boiteux, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CHINELATO, Silmara Juny A. **Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVEZ, Jones Figueiredo (coord.). Questões Controvertidas no Novo Código Civil. vol. 6. São Paulo: Editora Método, 2007.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara Juny A. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Bioética e Direitos da Personalidade do Nascituro. **Revista Scientista Iuris**, Londrina, ano 2003/2004, v. 7/8, p.87-104.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. vol. 1. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2006.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. vol. 1. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNANDES, Francisco; LUFT, Celso Pedro; GUIMARÃES, F. Marques. **Dicionário Brasileiro Globo**. 52. ed. São Paulo: Globo, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Minidicionário da língua portuguesa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Manual de Direito Civil**. vol. 1. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo: 2000.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 18 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das sucessões**. Vol. 20. São Paulo: Saraiva, 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Direito Civil Aplicado: Direito das Sucessões**. Vol. 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O Direito do Embrião Humano: Mito ou Realidade?. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, a. 29, n. 29, 1996, p. 121-146.

LEITE, Rita de Cássia Curvo. **Os direitos da personalidade**. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. Biodireito: ciência da vida, os novos desafios. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MAIA, Paulo Carneiro. **Nascituro**. In: FRANÇA, Rubens Limongi. Enciclopédia Saraiva do Direito. v. 54. São Paulo: Saraiva, 1980.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1995, tomo IX, p. 354.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil; parte geral**. 8 ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1971.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Dano à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MOREIRA, Márcio Martins. **A Teoria Personalíssima do Nascituro**. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. **Teoria Geral do Direito Civil**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. **Indenização por danos morais ao nascituro**. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senise (coord.). **O Direito Civil no Século XXI**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3 ed, rev. amp. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POLETTI, Ronaldo. **Elementos do Direito Romano Público e Privado**. 1. ed. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

REIS, Clayton. **A dignidade do nascituro**. In: CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade (coord.). **Biodireito e dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2010.

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

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SOUSA, Rabindranath V. Aleixo de. **O direito geral de personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

_____. O Embrião Humano: sua personalidade e a embrioterapia. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, n. 46, 2004, p. 151-180.

TARTUCE, Flávio. **A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro**. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVEZ, Jones Figueiredo (coord.). **Questões Controvertidas no Novo Código Civil**. vol. 6. São Paulo: Editora Método, 2007.

TELLES, Inocência Galvão. **Direito das Obrigações**. Coimbra Editora, 6ª edição.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

URIBURU, O. A.; VARELA, A. R.; BADENI, G.; ZUBIZARRETA, E.; RAY, C. A.; LENNON, L. J.; ESCALADA, F. V. **El Derecho a Nacer**. Buenos Aires: Artes Graficas Candil S.R.L., 1993

ANEXO

Substitutivo ao Projeto de Lei nº 478/2007