

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

ILTON GARCIA DA COSTA

JOSÉ SEBASTIÃO DE OLIVEIRA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

CLÁUDIA MARA DE ALMEIDA RABELO VIEGAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito de família e das sucessões I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: José Sebastião de Oliveira; Cláudia Mara A. Rabelo Viegas; Ilton Garcia da Costa; Valéria Silva Galdino Cardin – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-653-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES I

Apresentação

A bela cidade de Salvador – BA, em uma aconchegante tarde de inverno ensolarada, sediou o XXVII Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), entre os dias 13 a 15 de junho de 2018, ocasião em que foram apresentados ótimos trabalhos científicos de vários temas inéditos, o que demonstra a realização de uma investigação científica sólida na seara jurídica.

Nessa perspectiva, foram contemplados, sob a ótica do Direito das Famílias e Sucessões, temas referentes aos processos de adoção e tráfico infantil; crime de abandono; reprodução humana assistida; direitos da personalidade do idoso; abandono afetivo; guarda compartilhada; uniões poliafetivas; direitos do nascituro; multiparentalidade e outros temas de suma relevância não só para a comunidade científica, mas também para toda a sociedade de um modo geral.

Assim, a obra foi dividida em 27 capítulos, os quais buscarão proporcionar ao leitor uma visão mais moderna e humanizada acerca do direito de família, demonstrando as diversas transformações e modificações de comportamentos sofridos ao longo dos anos, sempre levando em consideração o princípio da dignidade humana.

Ressalte-se que o CONPEDI supera a cada ano os demais eventos da área jurídica, pois além de permitir discussões de elevado nível acadêmico entre graduandos, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, possibilita a apresentação dos resultados das pesquisas realizadas a nível de pós-graduação, de pôsteres que demonstram também o que tem sido realizado a nível de investigação científica nas academias, possibilitando assim uma intensa troca de experiências.

Deseja-se uma excelente leitura, e que o aproveitamento seja máximo das ideias propostas pelos diversos escritores deste livro, os quais buscam, na diversidade temática, subsídios para a construção da igualdade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Salvador, 15 de Junho de 2018.

Profa. Dra. Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas – PUC/Minas

Prof. Dr. José Sebastião de Oliveira – UNICESUMAR

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin – UEM / UNICESUMAR

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa – UENP

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DA TUTELA DOS DIREITOS DO NASCITURO E A CONTROVERTIDA QUESTÃO
DO INÍCIO DA SUA PERSONALIDADE – ASPECTOS MATERIAIS E
PROCESSUAIS**

**OF THE PROTECTION OF THE RIGHTS OF THE NASCITURO AND THE
CONTROVERSY QUESTION OF THE INITIATION OF ITS PERSONALITY -
MATERIAL AND PROCEDURAL ASPECTS**

**Luiz Guilherme Pinheiro de Lacerda ¹
José Sebastião de Oliveira**

Resumo

O presente estudo aborda a tutela dos direitos do nascituro, buscando enfrentar as discussões existentes sobre o início de sua personalidade e sua representação. Não obstante a expressa previsão do Código Civil que o início dá-se com o nascimento com vida, um estudo concatenado do ordenamento jurídico pátrio revela contradições quanto ao início da personalidade do nascituro. O método utilizado será o bibliográfico exploratório, pautado em trabalhos científicos e doutrinários com abordagem dedutiva sobre a matéria, buscando esclarecer, dentre as diversas teorias, a que melhor se amolda e responde a problemática em questão.

Palavras-chave: Nascituro, Personalidade, Direitos, Teorias, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

The present study deals with the protection of the rights of the unborn child, seeking to face the existing discussions about the beginning of their personality and their representation. Notwithstanding the express provision of the Civil Code that begins with the birth with life, a concatenated study of the legal order reveals contradictions regarding the beginning of the personality of the unborn child. The method used will be the exploratory bibliography, based on scientific and doctrinal works with a deductive approach on the subject, seeking to clarify, among the different theories, which best fits and answers the problematic in question.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Unborn child, Personality, Rights, Theories, Jurisprudence

¹ Advogado, Professor Universitário; Especialista em Formação Docente para o Ensino Superior; aluno especial do Programa de Mestrado em Direito da UFMS.

INTRODUÇÃO

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio reconhece a personalidade da pessoa humana a partir do seu nascimento com vida. Entretanto, ao analisar a questão do nascituro em outros ramos do direito, verifica-se a efetiva tutela de direitos, como por exemplo, na questão registral do natimorto, na proteção da vida pela tipificação do crime de aborto, nos alimentos gravídicos, no direito de suceder, nas novas formas de reprodução assistida que são estudadas pelo Biodireito, e até mesmo no direito de imagem.

Eis então a justificativa do presente artigo: demonstrar que, mesmo a despeito da previsão da legislação civil, o nascituro goza dos direitos que levam ao embate doutrinário acerca do início de sua personalidade. A relevância é de caráter ímpar, já que proteção do nascituro é de suma importância para a formação do ser humano.

Na busca de explicar e reconhecer os direitos da personalidade do nascituro, a presente pesquisa, manejada através da pesquisa bibliográfica exploratória, vai expor as teorias que ilustram a divergência acerca do assunto, buscando ao final, compilar os direitos que o ordenamento jurídico pátrio confere ao nascituro.

Como objetivo geral, tem-se por escopo verificar as vertentes de aplicação dos direitos do nascituro nos mais diversos ramos do direito e com isto analisar as escusas de intangibilidade pela aplicação do artigo 2º do CC/2002. Ao passo que especificamente se almeja atingir o descortino das teorias natalista e concepcionista, além de aferir a tutela dos direitos.

O trabalho encontra-se dividido em duas partes: uma acerca das teorias que buscam explicar sob pontos de vista diversos o início da personalidade e, em um momento posterior, discorrer acerca dos direitos especificamente destinados a proteger a futura pessoa do nascituro.

Sem procurar esgotar o tema ou dar-lhe novos contornos, a presente pesquisa buscará amparo nos trabalhos científicos e ao fim, conferir uma visão geral acerca da temática, propondo-se, oportunamente, uma revisitação do tema no direito material e processual.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A EVOLUÇÃO DA NATUREZA JURÍDICA DO NASCITURO

Ao reverso da concepção filosófica, que reconhece o ser humano a partir de sua racionalidade, dotado de ação através da vontade, o direito considera pessoa a partir de sua aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, perante a ordem jurídica. É pois, a pessoa, o

cerne do direito na regulamentação das relações, diferindo-se do mundo das coisas, o objeto do direito.

O ordenamento jurídico pátrio reconhece essa aptidão para ser sujeito de direitos e obrigações, a partir do nascimento com vida, a despeito do que dispõe o artigo 2º do CC/2002.¹ Ou seja: nasceu, respirou, tem vida, é pessoa e, portanto, passa a ser sujeito de direitos e deveres. Talvez seja esta a leitura mais simplista acerca do início da personalidade, que nas precisas lições de Adriano de Cupis²:

A personalidade, ou capacidade jurídica, é geralmente definida como sendo uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Não se identifica nem com os direitos nem com as obrigações, e nem é mais do que a essência de uma simples qualidade jurídica.

Sobre o tema, ensina Sérgio Abdalla Semião³:

Assim, a personalidade jurídica, tecnicamente, é a qualidade da pessoa como sujeito de direitos, ou seja, é a aptidão de ser sujeito de direitos e obrigações. O estado de pessoa tem início com o nascimento, encerrando-se com a morte. A personalidade, pois, existe no interregno entre esses dois momentos.

Assemelha-se, portanto, ao que era regulamentado no direito romano, uma vez que a existência humana somente é confirmada para o Direito após a comprovação da vida extrauterina, sendo o exercício da respiração uma forma de comprovação de vida, baseando-se, portanto, na regra de Paula: *nasciturus pro jam nato habetur si de ejus commodo agitur*. Mas enquanto aguardava-se o nascimento, era possível nomear um curador para cuidar dos interesses do nascituro (*curator ventris*). Importa lembrar que no Direito Romano para ser considerado pessoa, além do nascimento com vida, deveria guardar normalidade com o aspecto humano, caso contrário, seria considerado monstro ou prodígio.⁴

Com efeito, antes do nascimento, deparamo-nos com um frágil ser, a desenvolver-se no ventre materno, ao qual o direito nominou por nascituro ou concepto, termo de origem latina que significa “*aquele que está por nascer*”, conforme explana Silvio de Salvo Venosa⁵:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de prole eventual. Essa situação nos remete à

¹ CC - Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002 Institui o Código Civil . Art. 2. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

² CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 1.ed. Campinas:Romana, 2004, p. 19

³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 24.

⁴ PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **A pessoa natural no contexto da família e a proteção dos seus direitos de personalidade no direito romano: aspectos de direito material e processual**. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/2132/1419>. Acesso em 02 fev. 2018.

⁵ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil/ parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 153

noção de direito eventual, sendo este um direito de mera situação de potencialidade, de formação.

Ou seja, é o ser concebido mas ainda não nascido. E a partir daí inicia-se uma pertinente discussão: se o direito não reconhece personalidade ao nascituro, como compreender a ampla proteção que lhe é conferida em todo o ordenamento jurídico (direito à vida, à integridade física, alimentos, sucessão dentre outros que serão abordados no presente trabalho)?

Trata-se de assunto cuja construção teórica recebe influência do cristianismo (que impetrou a ideia da dignidade do homem); da Escola de Direito Natural (firmando a noção de direitos naturais); e dos filósofos e pensadores do iluminismo que valorizaram o ser em detrimento ao Estado. A discussão ganha corpo na medida em que a jurisprudência e a legislação avançam na conferência de direitos ao nascituro. A definição do marco do início da personalidade civil do homem é, portanto, assunto controverso entre juristas e legislações desde o Direito Romano, sendo certo que são três as principais teorias que explicam o assunto, conforme leciona William Artur Pussi⁶:

Entretanto, estas vastas posições, respeitadas as particularidades apontadas pelos mais variados autores, podem ser divididas e escalonadas em três posições ou correntes básicas, quais sejam: a **Teoria Natalista**, a **Teoria da Personalidade Condicional** e a **Teoria Concepcionalista**.

Destarte, as escolas doutrinárias que antes eram bipartidas⁷, e por muito tempo assim estudou-se a questão do nascituro, hodiernamente, são tripartidas: natalista, concepcionalista e da personalidade condicional.

Em que pese o Código Civil Brasileiro não adotar a tese concepcionalista para o início da personalidade, ela é defendida por alguns doutrinadores, embora minoritários, partindo de uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico pátrio, conforme leciona Milson Paulin⁸:

A título de confrontação com as demais teorias (natalista e condicionalista), aduzem seus partidários no sentido de que a primeira não encontraria solo fértil, por incompatibilidade lógica com o próprio sistema jurídico (sob o enfoque hermenêutico, a corrente não se sustentaria em interpretação sistemática com o próprio Ordenamento, que em inúmeras situações garante o nascituro de direitos – impingir direitos é afirmar personalidade - , máxime o direito à vida e à dignidade da pessoa humana); afirmam, ademais, também ser incoerente a segunda teoria, que reconhece a

⁶ PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do nascituro**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008, p. 81

⁷ Era, por exemplo, o entendimento esposado por Sérgio Abdalla Semião: “*A doutrina bipartiu-se. Uma, a natalista, atribui a personalidade apenas ao ente que nasceu vivo, e outra, a concepcionalista, bate-se pelo princípio de que o nascituro é sujeito de direitos e, assim, tem personalidade jurídica.*”

⁸ PAULIN, Milson. **Nascituro – aspectos registrares e notariais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 30

consolidação de direitos patrimoniais ao nascituro (doação – art. 542, do CC/2002; herança – art. 1.799, do CC/2002) em face do nascimento com vida, ou sob condição resolutiva com a natimoriência, pelo simples fato de que os direitos não patrimoniais, incluídos os direitos da personalidade, não estão atrelados ao nascimento com vida e, antes disso, a eles visam.

É importante destacar, que neste posicionamento, “*considera-se nascituro desde a concepção in vivo ou in vitro*”⁹. Apega-se ainda, a corrente concepcionista, na tipificação do crime de aborto, tutelado no artigo 124 do CPB¹⁰, Título referente ao “Crime Contra as Pessoas”, de forma que ao se proteger a vida, não está mais a se falar em mera expectativa de vida.¹¹

Os estudos concepcionistas apresentam-se ainda, sob outra vertente, nominada pela doutrina como concepcionista condicional ou teoria da personalidade condicional, que consoante ensina Milson Paulin¹²:

Defensores da corrente da personalidade condicional pugnam no sentido de que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva, vale dizer: quando do nascimento, o ente adquiriria personalidade jurídica material, com a consequente aquisição de direitos patrimoniais e obrigacionais, que estavam em estado potencial. De aduzir, nessa perspectiva, que o próprio Código Civil, em seu artigo 130, permite ao titular de *direito eventual*, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, o exercício de atos destinados a conservá-lo.

Ou seja, há o reconhecimento da personalidade desde a concepção, mas subordinada e vinculada à condição do nascimento com vida, de forma que durante a gestação, o nascituro tem a proteção da lei, que lhe garante certos direitos personalíssimos e patrimoniais sujeitos a uma condição suspensiva. É o posicionamento defendido pelos civilistas tradicionais Washington de Barros Monteiro, Arnold Wald e Miguel Maria de Serpa Lopes.

A *teoria natalista*, adotada pelo nosso CC/2002 e a mais aceita entre os doutrinadores, considera que o nascituro tenha meras expectativas de direitos, já que sua personalidade está condicionada ao nascimento com vida. É o que explica Sérgio Abdalla Semião¹³:

Para a escola natalista, então, o nascituro não tem vida independente, é parte das vísceras maternas. Argumentam que, inclusive, na fase gravídica, a mãe e o filho nascituro chegam a manter um órgão comum a ambos, que é a

⁹ ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 297.

¹⁰ CP - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940 Art. 124- Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

¹¹ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 36

¹² PAULIN, Milson. **Nascituro – aspectos registraes e notariaes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, pags. 30-31

¹³ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 42

placenta. Pode-se dizer que a placenta é um órgão misto, pois, é formada em parte por tecido do *infans conceptus* e em parte por tecido materno. Nela os vasos sanguíneos do nascituro e da gestante ficam muito próximos, permitindo a entrada de alimentos e oxigênio para ele e a saída de ureia e de gás carbônico para a mãe.

Ao suscitar a questão dos direitos conferidos ao nascituro, ponto nodal dessa discussão, explica o autor:

Sustentam os natalistas que caso os direitos do nascituro não fossem taxativos, como entendem os concepcionistas, nenhuma razão existiria para que o Código Civil declinasse, um por um, os seus direitos. Fosse ele pessoa, todos os direitos subjetivos lhe seriam conferidos automaticamente, sem necessidade da lei decliná-los um a um. Dessa forma, essa seria a verdadeira interpretação sistemática que deve ser dada ao Código Civil Brasileiro.¹⁴

Especificamente quanto à tutela do direito à vida, através da tipificação do crime de aborto, arremata:

Outrossim, segundo a doutrina natalista, a proteção que o Direito Penal dá ao nascituro não é enquanto pessoa já nascida, não obstante o crime de aborto esteja situado entre os crimes contra a pessoa. É que ao preferir o denominado aborto terapêutico, em detrimento à vida do nascituro – em caso de risco de vida da gestante – e o aborto sentimental ou humanitário – no caso de gravidez resultante de estupro – o sistema jurídico declara, expressamente, a desigualdade entre os direitos do nascituro e os direitos da pessoa nascida. Essa desigualdade, que a lei penal firma entre os direitos da pessoa nascida e os do nascituro, fica mais evidente quando se comparam as penas conferidas ao homicídio com as penas conferidas ao aborto. A pena do crime de homicídio é significativamente superior a quaisquer das penas das espécies do crime de aborto, na generalidade dos sistemas jurídicos mundiais.¹⁵

Tal teoria é considerada pela doutrina não apenas a mais coerente com as determinações insertas no art. 2º do CC/2002, mas também, a que mais coaduna com as novas questões advindas do avanço da ciência e da medicina, e estudadas pela Bioética. Figuram entre os seus adeptos os civilistas Roberto de Ruggiero, Caio Mário da Silva Pereira, Sílvio Rodrigues, Sílvio de Salvo Venosa, João Luiz Alves, Paulo Carneiro Maia, San Tiago Dantas, Carvalho Santos, Sady Cabral Gusmão, Eduardo Espínola, Sérgio Abdalla Semião e Luiz Guilherme Loureiro.¹⁶

Impende registrar, que se a criança nascer morta não adquire a personalidade jurídica, sendo este um natimorto, expedindo-se a respectiva certidão, nos termos registrais. Porém se ao nascer e por um momento respirar, não importa ter este falecido em seguida, o

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ *Idem*. p. 44

¹⁶ PAULIN, Milson. **Nascituro – aspectos registraes e notariaes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014, p. 31

indivíduo adquiriu a personalidade. Terá estas duas certidões uma de nascimento e uma de óbito. Carlos Roberto Gonçalves¹⁷ ensina que:

Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia hidrostática de Galeno. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do copo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiraram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.

Destarte, a par dos fundamentos teóricos que embasam a questão controvertida do início da personalidade, passa-se ao estudo dos direitos que o ordenamento jurídico pátrio confere ao nascituro.

2. DOS DIREITOS

2.1. Do direito à vida e à integridade física do nascituro

Nos moldes do art. 5º da Constituição Federal de 1988, é assegurado de forma igualitária e sem distinção de qualquer natureza, o direito à vida. Estende-se tal direito ao nascituro, conforme enfatizou Alexandre de Moraes¹⁸: *“A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina”*

A proteção do direito à vida e à integridade física do nascituro representam a garantia de uma gestação saudável e harmoniosa, cabendo ao Estado garantir à mãe o direito de atendimento pré e perinatal, para que o nascimento e as condições de existência atendam à dignidade da pessoa humana, conforme previsão contida nos arts 7º e 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Além disso, encontra respaldo também no Direito Penal, com a tipificação do crime de aborto, contidos no artigo 124 a 126 do Código Penal. Como se prescreve no art. 124, *in verbis*: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena-detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.” É importante lembrar as causas permissivas de aborto: para salvar a

2.2. Direito à doação

O nascituro poderá ser beneficiário de doação. Entretanto, como a mesma efetiva-se tão somente por meio de escritura pública ou instrumento particular (art. 541 do CC/2002), tal direito deverá ter aquiescência dos pais e fica condicionada ao nascimento com vida, nos

¹⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro/ parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 78

¹⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 66

moldes do artigo 542 do Código Civil, in verbis: “*A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.*”

Trata-se então, de uma mera expectativa de direito, pois para ser concretizada a doação de bem imóvel, a Lei de Registros Públicos em seu art. 176, § 1º, inciso IV, exige nome, domicílio, nacionalidade do indivíduo a receber a doação, ou seja, tem que ser detentor da personalidade civil.

Portanto, a doação ao nascituro poderá ser efetivada desde que seus pais a aceitem, tendo em contrato, a condição de que a doação irá se perfazer ao nascituro se ele nascer com vida. Enquanto o nascimento não ocorrer, os pais do nascituro ficarão como eventuais cuidadores do direito a ser concretizado. Vale ressaltar que o contrato não irá ser cumprido enquanto estiver o sujeito em condição de nascituro. Como afirma Sérgio Abdalla Semião: “*O adquirente, enquanto não transcreve seu título, não pode validamente dispor de imóvel e, conseqüentemente, não pode sequer reivindicá-lo.*”¹⁹

Também a doação de bem móvel, como supõe o art. 675 do Código Civil, só ocorrerá com a tradição, ou seja, com a entrega da coisa. Não existindo o nascituro fisicamente, não pode ele receber o bem. Há uma impossibilidade de o nascituro receber a doação do bem móvel, pelos motivos já esclarecidos acima. Como não está nascido, não pode estar na posse. Serão os pais do nascituro responsáveis a possuir a coisa doada. Resguardando para que ele nasça com vida. Se o indivíduo nascer morto, a condição de doação não será efetivada, é como se ela não tivesse existido, de forma que: “*A aceitação pelos pais fora, apenas, condicional, em atenção à existência esperada.*”²⁰

É importante consignar que assiste ao nascituro o direito à doação, entretanto, deve se observar como requisito para que a doação de efetive, o nascimento com vida, pois não possuindo personalidade, não há como se transferir o bem imóvel, e não há como se realizar a tradição de bem móvel.

2.3. O direito de adquirir bens por testamento

Em conformidade com art. 1.798 do CC/2002, pode o nascituro receber bens por meio de testamento. Trata-se da capacidade sucessória reconhecida pelo ordenamento jurídico, sendo o seu nascimento um requisito para a aquisição de todos os outros direitos pertinentes aos já nascidos. Historicamente, essa capacidade sucessória já existia: “*Desde o*

¹⁹ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 92

²⁰ Ibidem, p. 93

Direito Romano, porém, já se concebe que seja beneficiada em testamento pessoa ainda não nascida, mas já concebida quando da abertura da sucessão.”²¹

Destarte, ele é herdeiro, mas a transmissão fica condicionada ao nascimento com vida, nos termos do art. 1.800, § 3º do Código Civil, conforme explica Maria Helena Diniz²²:

O nascituro poderá receber bens por doação (CC, art. 542) ou por herança (CC, art. 1.798), mas o direito de propriedade somente incorporará ao seu patrimônio se nascer com vida, mesmo que faleça logo em seguida [...] Enquanto estiver na vida intrauterina seus pais ou o curador ao ventre serão meros guardiães ou depositários desses bens doados ou herdados, bem como de seus frutos e produtos [...]

Observa-se que o direito sucessório do nascituro é condicional, ou seja, só se efetiva se nascer com vida, de forma que não haverá a aquisição do direito se o nascituro nascer morto. Não tem os pais do nascituro a administração do bem herdado, como no caso dos filhos já nascidos. Necessita-se, pois, do nascimento com vida, para a efetivação da sucessão.

2.4. A curatela do nascituro

A curatela será determinada ao nascituro, nos casos de falecimento do pai, e se a mulher não puder exercer o poder familiar. Conforme leciona Silvio de Salvo Venosa²³: *“Duas condições são necessárias para possibilitar a curatela do nascituro: falecimento do pai ou perda do poder familiar se estiver à mulher grávida e não se encontrar esta em condições de exercer o pátrio poder.”*

Tem o curador do nascituro a responsabilidade de zelar pelos seus interesses, justifica-se quando ele tem, herança, ou doação a receber. Ao nascer com vida, extingue-se a curatela, assim não tendo a mãe o poder familiar, será nomeado ao nascido um tutor. O curador do nascituro, é considerado um representante, para que seja garantido o seu patrimônio, ou seja, os interesses do nascituro. A defesa que faz o curador do nascituro, é de expectativa dos direitos, que se tornarão verdadeiros ao nascer com vida. Como afirma Sergio Abdalla Semião²⁴: *“Nesse entendimento o curador só tem legitimidade para defender e proteger aquelas expectativas de direito, expressamente declinadas em lei, a favor do nascituro.”*

Cabe ao curador então, praticar atos em prol ao nascituro temporariamente, como seria cabível aos pais. Fica exposto, que a curatela do nascituro, é feita no sentido de

²¹ Ibidem, p. 94

²² Diniz, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 166.

²³ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 446

²⁴ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 90

preservação de seus direitos, como a doação e herança. Nos casos em que o pai do nascituro faleceu, e que sua genitora, por algum motivo, não tenha o poder familiar.

2.5. O reconhecimento de paternidade de filho nascituro

É o que dispõe o art. 1.609, parágrafo único do CC/2002: “*O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.*”

Cabe dizer, que é esta também a previsão do art. 26, § único do Estatuto da Criança e do Adolescente, de forma que o pai, por questões de cautela, tem o direito de reconhecer o filho que ainda está por nascer. Entende-se que o direito é primeiro do pai, por tal motivo este direito não é assegurado diretamente ao nascituro.

Impende registrar, que em conformidade com o art. 26, parágrafo único do Estatuto da Criança e do Adolescente, este reconhecimento só poderá se efetivar por meio de escritura pública ou testamento, de modo que o outro meio dito pela lei é reconhecimento no termo de nascimento. É o que explica Sérgio Abdalla Semião²⁵:

(...) a permissão do reconhecimento antecipado da prole tem como fundamento: o temor do pai de morrer antes de nascer o seu filho, ou de achar-se por outro qualquer motivo impedido de fazê-lo após o nascimento; e a incerteza da mãe escapar do próprio parto; sobrevivendo-lhe o filho; a declaração de gravidez equivale ao reconhecimento do filho, uma vez que seja feita mediante escritura pública ou testamento.

Portanto, não obstante o direito ser direcionado ao pai, é certo que está também por resguardar direito do nascituro.

2.6. Direito à alimentos gravídicos

A Lei n. 11.804, foi sancionada em 05 de novembro de 2008, e traz no bojo do seu art. 1º: “*Esta Lei disciplina o direito de alimentos da mulher gestante e a forma como será exercido.*” Trata-se o dever de alimentos, de um auxílio material prestado por uma pessoa à outra, para garantir suas necessidades essenciais, com o escopo de resguardar a dignidade da pessoa humana, conforme elucida a Dra. Cleide Aparecida Rodrigues Fermentão

Vislumbra-se que os alimentos gravídicos inequivocamente mostram-se como verdadeiro marco evolutivo no contexto familiarista, eis que possibilitou a concretização do protecionismo necessário ao nascituro, o que se coaduna com a dignidade da pessoa humana. Todavia, os alimentos não

²⁵ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito.** 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 75

podem se restringir à noção simplista de mero sustento do corpo físico, mas devem acompanhar as necessidades de seu tempo e, hoje, mais do que nunca, o homem necessita de alimentos para a sua alma, por meio do exercício mútuo e constante do amor ou, ao menos, do afeto (...) A oportunidade de se ter uma vida digna, por meio dos alimentos desde a concepção, é uma das formas mais eficazes de se albergar referido princípio fundamental da Lei Maior pátria, mormente em se considerando que esses alimentos provenham do afeto de outro ser vivo, que visualiza naquele rebento um pouco de Deus em sua vida.²⁶

O direito a prestação de alimentos está prescrito no art. 1.694 do Código Civil, porém, tal artigo faz a ressalva em seu § 1º, que o prestador de alimentos deverá fazer este de forma compatível com suas condições econômicas, e também perante a necessidade do alimentando. Deve haver um equilíbrio para que ambas as partes tenham suas necessidades atendidas.

Com efeito, é a prestação gravídica o direito que a gestante tem de requerer a prestação de alimentos do suposto pai. Tal direito é inerente a gestante, porém o benefício cabe ao nascituro. A prestação econômica, tem a finalidade de prover uma gestação mais tranquila a mãe, no que se reflete na saúde do feto. Garantindo um acompanhamento médico, psicológico, medicamentos, dentre outras despesas que acompanha a gestação.

Conforme afirma o art. 2º da Lei n. 11.804/2008, após o nascimento com vida o alimento gravídico, será convertido em pensão alimentícia. O juiz deverá se convencer dos indícios que o futuro prestador do alimento é o suposto pai. Cabe a gestante provar a paternidade do suposto pai. Após o convencimento do juiz, ele fixará a prestação de alimentos gravídicos, este perdurará até o nascimento da criança, como prescreve o artigo 6º da citada lei.

Enfim, o objetivo desta lei é dar suporte a gestação, de forma que a preocupação do legislador foi com a proteção do nascituro, sendo que a sua natureza jurídica tem caráter do direito de família, pertinente a prestação alimentícia. A genitora sem a possibilidade de prover seu sustento poderá requerer tal direito, pois como já dito, sem esta prestação, o desenvolvimento fetal poderá ficar comprometido.

O espírito da lei é de protecionismo à mãe e à futura criança. Os alimentos gravídicos podem ser considerados como as despesas adicionais que têm início na concepção e se finda no parto. A lei de alimentos gravídicos não afirma que basta a mãe entrar com a ação que terá ela o direito, conforme consta no art. 6º da referida lei: “*Convencido da existência de indícios*

²⁶ FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. SIMÕES, Fernanda Martins. **dos alimentos gravídicos e a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Alimentos%20grav%C3%ADdicos%2015_02_2012.pdf. Acesso em 02 fev. 2018.

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.”

Deverão se comprovar os indícios da paternidade, com prova testemunhal, documental, fotos, conforme segue jurisprudência:

Alimentos gravídicos - Indícios suficientes da paternidade - Arbitramento compatível com o disposto no art. 2º., da Lei 11804/2008 (15% dos vencimentos líquidos).” (Agravo de instrumento Nº 994.09.290371-9, TJ São Paulo, relator Enio Santarelli Zuliane, 13 de janeiro de 2010.) Cita o relator neste acórdão: “É preferível correr o risco de responsabilizar o sujeito que prova, no futuro, não ser o pai (ainda que com sacrifício de valores diante da irrepetibilidade), a manter o nascituro desprotegido por falhas probatórias verificadas na instrução do pedido.

A legitimidade para o pleito de alimentos gravídicos é da gestante. Como se pode verificar no art. 1º da Lei 11.804/ 2008. Porém deve-se ficar atento ao que escreve o § único do art. 6º da referida lei: “Parágrafo único. “*Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.*”

Verifica-se aí, uma inversão da titularidade do direito, pois, após o nascimento com vida, o direito é inerente à criança. Antes que ocorra o nascimento, ou seja, na fase de nascituro, este direito pertence à mãe. Neste caso, a legitimidade é da gestante. Esta lei tem o caráter protecionista. O direito à vida do nascituro, ficaria comprometido se as necessidades básicas para um bom desenvolvimento do feto não fossem supridas. Cabe a gestante se resguardar nesta lei, para que todas as despesas da gravidez sejam atendidas, para a proteção da saúde do nascituro durante toda a gestação.

2.7. Direito à imagem e à honra e a possibilidade de responsabilização de atos praticados contra o nascituro

Além dos principais direitos da personalidade, entende-se que o nascituro ainda possui o direito à imagem e o direito à honra. O direito à imagem refere-se à reprodução física da pessoa, inteira ou parcialmente, através de fotos, vídeos, pinturas. No caso do nascituro, a ultrassonografia permite a sua reprodução, necessitando, então, de uma permissão do titular da imagem de seu representante legal: o pai, a mãe ou, se for o caso, o curador.

Para conceder esses direitos ao nascituro, deve-se lembrar que os direitos da personalidade não começam com o nascimento e terminam com a morte. Mas, têm princípio na concepção, prolongando-se após a morte, sendo exercido, então, pelos seus familiares. Como aponta o Projeto de Código Civil, no art. 12, parágrafo único: “*Em se tratando de*

morto, terá legitimidade para requerê-la o cônjuge sobrevivente ou qualquer parente em linha reta, ou na colateral, até o quarto grau”.

Além da típica questão do pai que se nega a reconhecer a filiação, a jurisprudência tem apresentado novos casos de aplicação do direito à honra ao nascituro, oportunidade em que se traz à baila caso repercussão na mídia, por envolver uma cantora Wanessa Camargo e o apresentador Rafinha Bastos, em que o magistrado reconheceu a legitimidade ativa do nascituro e condenou o ofensor ao pagamento de indenização por danos morais²⁷, decisão mantida pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recurso.

Verifica-se, portanto, que a constitucionalização do direito civil, e o resguardo da dignidade da pessoa humana garante no ordenamento jurídico pátrio a reparação do dano moral sofrido pelo nascituro, como forma de proteção integral da vida humana em todos os seus diversos aspectos e estágios de existência.

Ainda sob a perspectiva da proteção do nascituro em relação e a possibilidade de indenização por danos morais e materiais, tem-se o caso da prática de alienação parental e os transtornos emocionais que afetam gestação. Qualquer ação que coloque em risco o desenvolvimento sadio e harmonioso do nascituro é um dano pré natal, e pode causar diversas complicações: contrações uterinas prematuras, abortos espontâneos, partos prematuros e nascimento da criança abaixo do peso, dependendo das condições físicas e emocionais da mãe.²⁸

Dessa forma, as agressões físicas e morais praticadas pelo genitor no período de gestação, afetam diretamente o nascituro e pode, portanto, ser objeto de responsabilização. É preciso, apenas, demonstrar o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade civil: a ação ou omissão que viola direito, ligada, pelo nexo causal, ao dano à integridade física ou psíquica do nascituro. Só não haverá que se falar, por ausência de previsão legal, em responsabilidade objetiva. A investigação da culpa em sentido lato é fundamental. Mister

²⁷ (...)O magistrado, julgando antecipadamente o feito, após afastar a ilegitimidade ativa do nascituro, deu procedência ao pedido a fim de condenar o réu ao pagamento de indenização por dano moral em dez salários mínimos para cada um dos autores, com juros de mora desde a data do fato, correção monetária a partir da publicação, custas e honorários de sucumbência fixados em 15% sobre o valor do débito final.(..)

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - COMENTÁRIO REALIZADO POR APRESENTADOR DE PROGRAMA TELEVISIVO, EM RAZÃO DE ENTREVISTA CONCEDIDA POR CANTORA EM MOMENTO ANTECEDENTE - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE AFIRMARAM A OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO ANTE A AGRESSIVIDADE DAS PALAVRAS UTILIZADAS E, COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DETERMINARAM A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO RÉU PELOS DANOS MORAIS SUPOSTOS PELOS AUTORES, APLICANDO VERBA INDENIZATÓRIA NO MONTANTE DE R\$ 150.000,00 (CENTO E CINQUENTA MIL REAIS). (STJ, Resp. 1.487.089 - SP 2014/0199523-6. Rel. Min. Marco Buzzi, DJe: 28/10/2015)

²⁸BERTI, Silvia Mendes . **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. v. 5 p. 141-142.

identificar no fato concreto qual foi a ação ou omissão negligente ou imprudente que violou direito do nascituro, demonstrando sua ligação com o dano, bem como a inexistência das excludentes clássicas de responsabilidade civil, como o estado de necessidade, a força maior e a culpa exclusiva de terceiro.²⁹

3. O Nascituro; a Biogenética e o Biodireito

3.1 Questões da Biogenética em Relação ao Nascituro

Junto com a ocorrência da primeira fertilização *in vitro* com sucesso, em 1978, iniciaram os questionamentos éticos em relação ao “bebê de proveta”. Desde então, a biogenética não parou de evoluir e coube ao Direito (tentar) acompanhar essa evolução, em um intenso debate que envolve tecnologia, limitações legais e direito natural, de forma que criar uma legislação totalmente eficaz, neste caso, mostra-se um permanente desafio.

O que mais inquieta os estudiosos é a proteção dos direitos fundamentais da pessoa, principalmente quando se relaciona à eugenia, em que a preocupação por um constante aperfeiçoamento da raça humana, muitas vezes, ultrapassa as questões ético-morais. Por outro lado, essa ânsia pela Ciência ajuda a desenvolver a medicina e a engenharia genética.

Essas evoluções tecnológicas da medicina, principalmente referentes à procriação humana, perturbam e, algumas vezes, entram em conflito com crenças e valores da sociedade.

Hoje, “problemas” relacionados à Biotecnologia interessam também às legislações em geral, como a inseminação artificial, a fecundação *in vitro*, a implantação e o congelamento de embriões, a doação/venda de gametas, etc. Muitos já pedem a intervenção dos legisladores e juízes para um maior controle de um assunto cada vez mais relacionado ao Direito.

Na fertilização *in vitro*, a fusão dos gametas feminino e masculino ocorre extracorporeamente, sendo feita em um tubo de proveta em laboratório. Daí o termo “bebê de proveta”. Já na inseminação artificial, o sêmen é introduzido artificialmente dentro do corpo da mulher. A fecundação é intracorpórea, ou seja, não se retira o óvulo para que ocorra a fecundação.³⁰ Quando a inseminação é derivada do sêmen do esposo ou do companheiro da

²⁹DELGADO, Mario Luiz. **Lei brasileira permite responsabilizar os pais por danos causados ao nascituro** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-05/processo-familiar-lei-permite-responsabilizar-pais-danos-causados-nascituro>. Acesso em 02 fev de 2018.

³⁰ FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá. 2009, p.43

mulher é chamada de homóloga, e quando ela é derivada de sêmen de uma pessoa desconhecida à relação conjugal, denomina-se heteróloga.³¹

Diante disso, surgem vários questionamentos. A fertilização *in vitro post mortem*, isto é, feita com esperma de um homem falecido, e o nascimento de uma criança após 300 dias do fim da sociedade conjugal (pela morte do marido) não entraria em conflito com o Código Civil, art. 1.597, inciso II? A jurisprudência pátria já enfrentou a questão e uma liminar expedida pelo juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba autorizou a reprodução póstuma.³²

Vê-se, portanto, que a evolução da biotecnologia, da engenharia genética e da Medicina interessa ao “mundo jurídico”. Não se pode estagnar essas Ciências. Pelo contrário, deve-se elaborar uma legislação consistente que consiga acompanhar e avaliar juridicamente as evoluções das pesquisas médicas.

3.2 A Destruição do Embrião Congelado.

A destruição de embriões é um assunto que envolve não só a medicina, mas também o Direito e até a religião, no que se refere à moral.³³ Há de se concordar, no entanto, com Semião. Com as experiências científicas, não há como deixar de descartar alguns embriões. Caso contrário, paralisar-se-ia o progresso da Ciência.

Cabe, então, ao Estado criar uma legislação específica referente à destruição do (pré) embrião. Porém, enquanto isso não acontece, ficou a cargo do Conselho Federal de Medicina a responsabilidade de impor normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida.

A reprodução assistida, que têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação, e encontra-se regulamentada na Resolução CFM nº 2121/2015³⁴, publicada em 24 de setembro no Diário Oficial da União.

³¹ MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 59.

³² “Decisão do juiz da 13ª Vara Cível de Curitiba (PR) concedeu liminar autorizando a professora Katia Lernerier, 38, a tentar engravidar com sêmen congelado do marido, que morreu em fevereiro deste ano, de câncer de pele (melanoma). É a primeira decisão judicial brasileira sobre reprodução póstuma, segundo advogados e desembargadores”. In FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011. Anais eletrônicos. Disponível em: www.ibdfam.org.br/anais.. Acesso em: 5 abr. 2018.

³³ Conforme Maria Auxiliadora Minahim, todavia, “assustam (...) a frieza e o descompromisso de certas intervenções médicas, as fazendas de embriões, as ‘adoções’ de embriões excedentários e o destino dos que não conseguiram um útero disponível e são descartados.” In MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.

³⁴ http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2015/2121_2015.pdf

Cientes do número total de embriões gerados em laboratório, os pacientes decidem quantos serão transferidos *a fresco*, sendo que os demais deverão ser criopreservados (congelados em temperatura muito baixa).

Com relação ao destino dos embriões criopreservados, caberão aos pacientes decidirem expressamente e por escrito, se doarão ou descartarão, após 5(cinco) anos, não sendo obrigatória sua utilização em pesquisas de célula-tronco. Importa destacar, que não há qualquer norma em relação ao procedimento efetivo de descarte dos embriões, em nosso país.

Assim, torna-se necessário, que o Estado se comprometa a sancionar e a legislar o comportamento dos cientistas, pois, além das questões médicas éticas, os valores morais e sociais também são relevantes a respeito desse assunto.

O problema referente ao embrião que está congelado em nitrogênio líquido está no fato de não se saber quanto tempo ele pode permanecer em vida congelado sem que haja deformações futuras, se chegar a ser utilizados, visando à procriação.

Na Europa, principalmente na França, o Estado já vem fiscalizando essas práticas científicas com embriões. Desde 1988, com a criação da Comissão Nacional de Medicina e de Biologia da Reprodução, o Ministério da Saúde (francês) recebe pareceres e informações sobre a evolução da situação nacional.

Para finalizar este tópico, é válido citar que segundo dados da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), somente em 2011, foram congelados 26.283 embriões. Desses, 80% foram abandonados pelos pacientes. Para congelar um embrião, o custo inicial é de cerca de R\$ 2.000, e a manutenção mensal é de R\$ 80,00. de acordo com João Pedro Junqueira, médico da Clínica Pró-Criar, em Belo Horizonte.³⁵

3.3 – A Comercialização de Embriões.

O Direito Brasileiro não possui uma legislação eficaz em relação à destruição de embriões. Quanto a sua comercialização, no entanto, o ordenamento jurídico se manifesta de maneira mais clara.

A Constituição Federal, em seu art. 199, parágrafo 4o, estabelece: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização” .

³⁵ <http://www.otempo.com.br/capa/brasil/conselho-federal-de-medicina-autoriza-descarte-de-embri%C3%B5es-1.641343>

Apesar de não estar explícito, é inquestionável o fato de que o sêmen e o óvulo constituem substâncias humanas. O embrião que contém um ser humano em formação deverá ser muito mais considerado e reconhecido no Direito Brasileiro do que uma simples parte de um tecido ou órgão.

Há, entretanto, um consenso no que se refere à elaboração de uma legislação específica, pois como enfatiza Mônica Scarparo³⁶: *“Poderá resultar na utilização de embriões para fins comerciais, seja na cosmetologia, seja na elaboração de armas biológicas, sendo ainda possível aventar-se a hipótese de clonagem, para a fabricação de robôs (...)”*

Sobre as implicações éticas e as possibilidades de utilização da manipulação genética para fins alheios aos permitidos nos diplomas legais existentes, posiciona-se Maria Helena Diniz.³⁷

Conseqüentemente, não se poderia permitir qualquer procedimento dirigido à seleção da raça ou à escolha ou mudança de sexo ou de caracteres somáticos (Código de Ética Médica, arts. 15, §2º, III, e 99; Resolução CFM n. 2.013/2013, Seção I, n. 4) e muito menos à criação de seres humanos geneticamente modificados (Código de Ética Médica, art. 15, §2º, I) ou idênticos, por meio de partenogênese, clonagem (Lei n. 11.105/2005, art. 6º, IV) ou fissão gemelar. Proibida está a transferência ao útero de embrião geneticamente manipulado, salvo se a manipulação se deu para implementação de uma terapia destinada a solucionar, corrigir ou diminuir os efeitos de uma enfermidade congênita ou hereditária, como, por exemplo, a distrofia muscular de Duchenne ou a hemofilia, que só é sofrida por pessoa do sexo masculino. Nem se poderia admitir, ante o art. 1º, III, da Constituição Federal, o uso “terapêutico” de células embrionárias humanas a partir da destruição de embriões, reduzindo-os ao status de coisa, como pretende o art. 5º da Lei n. 11.105/2005. Só se pode aceitar a terapia celular por autotransplante em células-tronco adultas para tratamento do próprio paciente ou por transplante de células-tronco do cordão umbilical no tratamento de doença degenerativa, sem destruir embriões humanos.”

Em síntese, o princípio a ser adotado para dirimir estas questões seria o da prioridade da pessoa humana sobre os interesses da ciência, pelo simples fato de que esta, a ciência, só tem sentido na medida em que está a serviço da humanidade. Em consequência, deverá encontrar formas de desenvolver as atividades de pesquisa que preservem os valores inerentes ao embrião humano, porque é vida e merece ser respeitado”.³⁸

Nem mesmo a doação poderá possuir caráter lucrativo ou comercial (Resolução do CFM 2121/2015, inciso IV). Foi mostrado, portanto, que, através da Resolução de 2015 e da

³⁶ SCARPARO, Monica Sartori. **Fertilização assistida**: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 6-7.

³⁷ Diniz, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

³⁸ SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 183/184.

Constituição Federal, não é lícito a comercialização de embrião, mesmo que ainda não haja uma legislação própria para se tratar de um assunto tão relevante.

4. Da tramitação do Projeto de Lei n. 478/2007 – Estatuto do Nascituro

Em tramitação no Senado o Projeto de Lei n. 478/2007, propõe a criação do Estatuto do Nascituro, que entre outras providências, engloba no conceito de nascituro a concepção *in vitro*, enfrentando por vez o avanço da ciência frente ao Direito.

Ainda merece destaque no referido projeto, na área cível, a atribuição de expectativa de direitos da personalidade ao nascituro; a atribuição ao Estado do desenvolvimento de políticas públicas em favor da mãe, do nascituro e com disposições especiais, ao nascituro cuja concepção tenha decorrido de estupro; muda-se as disposições acerca da doação, que valerá com o aceite do representante legal; mudam-se também, as regras pertinentes à capacidade sucessória e garante-se explicitamente a reparação civil em caso de danos materiais ou morais sofrido pelo nascituro.

Na seara penal, pune ao aborto culposo; o congelamento, manipulação ou utilização de nascituro em material de experimentação; e cria ainda, tipos penais para ofensas à honra no nascituro, bem como, a indução ao crime de aborto.

Como se vê, as disposições são polêmicas e ainda serão objeto de audiência pública, conforme fora aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça, no dia 08 de setembro de 2015. Espera-se, que o poder legislativo atente de fato à necessidade de regulamentação das lacunas existentes no ordenamento jurídico pátrio quanto ao nascituro.

Enquanto o poder legislativo não assentar as divergências entre teorias e direitos, a aplicação da lei atrela-se aos valores constitucionais, pois é fato que o Direito, enquanto sistema de normas encontra-se sujeito à constante construção.

As mudanças na seara privada – entendida como o ambiente onde se desenvolvem as relações submetidas ao regime jurídico de direito privado, e não somente entre particulares – processam-se em velocidade como não antes se viu, notadamente em razão da ampliação dos meios de informação, comunicação, transporte e ciência, como é o caso da manipulação genética.

Atentando-se para essa velocidade de transformações, os idealizadores do Código Civil de 2002 estruturaram nossa principal lei civil com novel regime principiológico voltado para ética, socialidade e operabilidade, com o uso da técnica das “cláusulas gerais”, que permitem a aplicação do Direito em conformidade com realidade desenhada pelo tempo.

Como observa o Prof. Flávio Tartuce:

Na exposição de motivos da atual codificação privada, Miguel Reale demonstra quais foram as diretrizes básicas seguidas pela comissão revisora do Código Civil de 2002, a saber: (...)

b) Alteração principiológica do Direito Privado, em relação aos ditames básicos que constavam na codificação anterior, buscando a nova codificação valorizar a eticidade, a socialidade e a operabilidade, que serão abordadas oportunamente.(...)

g) Valorizar um sistema baseado em cláusulas gerais, que dão certa margem de interpretação ao julgador. Essa pode ser tida como a principal diferença de filosofia entre o Código Civil de 2002 e seu antecessor³⁹.

Ao se referir ao princípio da socialidade, o citado professor civilista sintetiza a mudança de paradigma da codificação anterior na seguinte frase: “*Assim, a palavra “eu” é substituída por ‘nós’*”. Tal Expressão sinaliza a harmonia que deve imperar nas relações humanas, sobretudo pela solidariedade e fraternidade que regem nossa vida em sociedade – corolário dos objetivos da República Federativa do Brasil instituídos no art. 3.º de nossa Lei Fundamental.

Como próprio de sua natureza normativa, o referido princípio incide nos institutos do direito civil, ora com mais, ora com menos densidade, principalmente quando aliado à ideia de dignificação da pessoa humana.

Isso porque, concomitante à inspiração filosófica acima descrita, o direito civil, como todos os demais ramos do Direito, sofreu forte influência do progressivo reconhecimento da força normativa da Constituição (Konrad Hesse), passando a ser lido pelo filtro constitucional, em especial, pelas lentes dos princípios – elemento integrador da norma jurídica e traço característico dos direitos e garantias fundamentais (Robert Alexy).

Com efeito, é correto dizer que o Código Civil está assentado em linha filosófica de autorreferência e sujeito à conformação de seus institutos aos ditames da Constituição Federal, de forma que além da aplicação dos direitos conferidos ao nascituro, a orientação jurisprudencial deve ser voltada para valores constitucionais, visando à garantia do pleno desenvolvimento do ser humano desde a vida intrauterina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pessoa e personalidade são temas amplamente discutidos, porquanto são requisitos de reconhecimento de direitos e obrigações. No particular aspecto do nascituro, tem se debruçado os estudiosos do direito para chegar a um entendimento acerca do reconhecimento (ou não) de personalidade ao ser ainda em formação no ventre materno.

³⁹TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único I. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 47-48.

A matéria transcende a questão meramente jurídica, e busca no cristianismo, na biologia e no direito natural explicações acerca do marco da vida humana, para que, via de consequência, identifique-se o início da personalidade para a pessoa humana.

Não bastassem as implicações existentes, o avanço da medicina e da ciência com as técnicas de reprodução assistida tornou o assunto ainda mais complexo, pois o embrião implantado deve ter sua tutela nivelada ao do nascituro. Insere-se, portanto, nessa discussão, a tutela de direitos ao ser embrionário resultante da manipulação genética, cujo estudo das questões éticas e jurídicas ficam a cargo do Biodireito e da Bioética, ramos já não tão recentes do direito.

Quanto às teorias doutrinárias, é fato que o CC/2002 adotou a teoria natalista, mas ao mesmo tempo fala do resguardo dos direitos desde a concepção, e uma simples análise da questão frente ao ordenamento jurídico revela uma gama de direitos conferidos ao nascituro. Parece ser este o ponto nodal da discussão, pois para a corrente concepcionista conferir direitos é afirmar a personalidade.

Ao analisar os direitos que são dedicados ao nascituro, novas minúcias surgem no embate, se o direito seria dele ou da mãe. O que vale enfatizar, contudo, é que o ordenamento jurídico pátrio reconhece e protege a vida humana concebida e não nascida: tutela-se a vida, a dignidade, a imagem, a honra, o patrimônio e todas as demais situações que lhe garantam um desenvolvimento sadio e harmonioso.

Sem o risco de incidir em exagero, verifica-se que o Direito das Famílias é um dos seguimentos do direito positivo brasileiro que mais evoluiu após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, máxime pelos influxos do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana nos institutos jurídicos da família. Destarte, tais direitos que se encontram esparsos na legislação infraconstitucional, guardam coerência ao sistema normativo, uma vez que emanam de valores maiores consubstanciados na CF/88: o direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Resultam, portanto, do fenômeno conhecido como constitucionalização do direito, garantindo o pleno desenvolvimento do ser humano em qualquer fase de sua vida.

Espera-se o Projeto de Lei n. 478/2007, tenha continuidade na sua tramitação e que o Poder Legislativo responda aos anseios, regulamentando as lacunas e atentando-se à necessidade de acompanhar as novidades advindas com a medicina e a ciência no que pertine às técnicas de reprodução assistida, e até lá, que a jurisprudência supra as lacunas existentes com amparo nos valores que emanam da CF/88, especialmente, quanto ao respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.
- BERTI, Silvia Mendes . **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. 1.ed. Campinas: Romana, 2004.
- DELGADO, Mario Luiz. Lei brasileira permite responsabilizar os pais por danos causados ao nascituro. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-05/processo-familiar-lei-permite-responsabilizar-pais-danos-causados-nascituro>. Acesso em 02 fev de 2018.
- Diniz, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- FERMENTÃO, Cleide Aparecida Gomes Rodrigues. SIMÕES, Fernanda Martins. **dos alimentos gravídicos e a dignidade da pessoa humana**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/img/artigos/Alimentos%20grav%C3%ADdicos%2015_02_2012.pdf. Acesso em 02 fev. 2018.
- FERRAZ, Ana Claudia Brandão de Barros Correia. **Reprodução humana assistida e suas consequências nas relações de família**. Curitiba: Juruá. 2009.
- FISCHER, Karla Ferreira de Camargo. Inseminação artificial post mortem e seus reflexos no Direito Sucessório. In: VII CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA, 2011. Anais eletrônicos. Disponível em www.ibdfam.org.br/anais. Acesso em: 5 abr. 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro/ parte geral**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MADALENO, Rolf Hanssen. **Novos horizontes no direito de família**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito penal e biotecnologia**. São Paulo: RT, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2004
- PAULIN, Milson. **Nascituro – aspectos registraes e notariaes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014
- PINTO, Eduardo Vera-Cruz. **A pessoa natural no contexto da familia e a proteção dos seus direitos de personalidade no direito romano: aspectos de direito material e processual**. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/viewFile/2132/1419>. Acesso em 02 fev. 2018.
- PUSSE, William Artur. **Personalidade Jurídica do nascituro**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008.
- SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro – aspectos cíveis, criminaes e do biodireito**. 2ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único I**. 6. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil/ parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito das sucessões**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.