

BIODIREITO

forma constante e inquietante. As intervenções biomédicas e biotecnológicas desnudam o ser humano em múltiplas dimensões e rompem com a ordem natural das coisas, bem como desmistificam os designios sagrados e permitem, em certa medida, o controle dos rumos da vida. O nascer, o desenvolver-se e o morrer foram profundamente modificados e permitem um gerenciamento da vida como nunca antes foi possível, o qual se potencializa e transpõe os limites da ficção quando se consideram as interferências no humano advindas da inteligência artificial. A biotecnocência permite decidir quando e como nascer, modificações e aperfeiçoamentos corporais, mudança de sexo, adiamento da morte, a decisão a respeito do fim da própria vida e, quem sabe, controle ou alteração da mente humana.

Muitos dos temas já são objeto de estudo há algumas décadas por parte de bioeticistas e, posteriormente, de juristas que se debruçam sobre área que já não é nem mais nascente, mas que enfrenta temas que ainda não foram objeto de leis específicas e nem é disciplina obrigatória em diversas faculdades de direitos. Nem por isso, o chamado Biodireito, designação dada ao campo do Direito que se dedica ao estudo sistemático dos e feitos da biotecnologia no mundo jurídico, teve sua importância reconhecida, a despeito das várias obras publicadas, e dos múltiplos eventos realizados sobre a temática. Mesmo diante do cenário de escassez legislativa existente, constata-se pontuais avanços, como com a promulgação da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), a edição do Provimento nº 63 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, e do Provimento nº 73, que dispõe sobre a averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), bem como de diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, em perspectiva deontológica, tratam da ortotanásia, das diretrizes antecipadas, da transexualidade e da reprodução assistida.

A presente coletânea é fruto da segura liderança e das provocações sempre pertinentes da professora Heloisa Helena Barboza, ora coordenadora, na disciplina optativa de Biodireito e Valores Constitucionais, da linha de Direito Civil, na área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais, do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e de grupos de pesquisa por ela capacitados.

Tratado de apresentação de Livia Teixeira Leal e Vitor Almeida

AUTORES

Ana Carolina Brochado Teixeira • Ana Carolina Velmovsky • Beatriz Capanema Young • Caio Ribeiro Pires • Cassio Monteiro Rodrigues • Diego Luna Moureira • Eduardo Freitas Horácio da Silva • Elisa Costa Cruz • Felipe Zaltman Saldanha • Filipe José Medon Affonso • Gabriel Schulman • Giovanna Cardoso Moretto • Heloisa Helena Barboza • Jonathan de Oliveira Almeida • Júlia Costa de Oliveira • Juliane Caroline Pannebecker • Livia Teixeira Leal • Luiza Lopes Franco Costa • Maici Barboza dos Santos Colombo • Maria Carolina Bichara • Mariela de Fátima Freire de Sá • Marina Duque Moura Leite • Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira • Thiago Rosa Soares • Vitor Almeida

INDICADO PARA
ACADÊMICOS E
PROFISSIONAIS



9 786555 151268



Siga a EDITORA FOCO para
Dicas, Notícias, Lançamentos e Sorteios



BARBOZA • LEAL • ALMEIDA

BIODIREITO

2021

COORDENADORES

HELOISA HELENA **BARBOZA**

LIVIA TEIXEIRA **LEAL**

VITOR **ALMEIDA**

BIODIREITO

TUTELA JURÍDICA DAS
DIMENSÕES DA VIDA

REPRODUÇÃO ASSISTIDA • PESQUISA EM
SERES HUMANOS • TRANSEXUALIDADE
INTERNAÇÃO FORÇADA • TESTAMENTO
VITAL • EUTANÁSIA • GÊNERO

EDITORA
FOCO

Coordenadores: Heloisa Helena Barboza, Livia Teixeira Leal e Vitor Almeida
Autores: Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Carolina Velmovsky, Beatriz Capanema Young, Caio Ribeiro Pires, Cássio Monteiro Rodrigues, Diogo Luna Moureira, Eduardo Freitas Horácio da Silva, Elisa Costa Cruz, Felipe Zaltman Saldanha, Filipe José Medon Afonso, Gabriel Schulman, Giovanna Cardoso Moretto, Heloisa Helena Barboza, Jonathan de Oliveira Almeida, Júlia Costa de Oliveira, Juliane Caroline Pannebecker, Livia Teixeira Leal, Luiz Lopes Franco Costa, Maíci Barboza dos Santos Colombo, Maria Carolina Bichara, Maria de Fátima Freire de Sá, Marina Duque Moura Leite, Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira,

Thiago Rosa Soares e Vitor Almeida
Diretor Acadêmico: Leonardo Pereira

Editora: Roberta Densa

Assistente Editorial: Paula Morishita

Revisora Sênior: Georgina Renata Dias

Capa Criação: Leonardo Hernano

Diagramação: Ladislau Lima e Aparecida Lima

Impressão miolo e capa: FORMA CERTA

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

B615 Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida / Ana Carolina Brochado Teixeira...[et al.] ; coordenado por Heloisa Helena Barboza, Livia Teixeira Leal, Vitor Almeida. - Indaiatuba, SP : Editora Foco, 2021.
 360 p. ; 17cm x 24cm.

Inclui índice e bibliografia.

ISBN: 978-65-5515-126-8

1. Direito. 2. Medicina. 3. Biodireito. I. Teixeira, Ana Carolina Brochado. II. Velmovsky, Ana Carolina. III. Young, Beatriz Capanema. IV. Pires, Caio Ribeiro. V. Rodrigues, Cássio Monteiro. VI. Moureira, Diogo Luna. VII. Silva, Eduardo Freitas Horácio da. VIII. Cruz, Elisa Costa. IX. Saldanha, Felipe Zaltman. X. Afonso, Filipe José Medon. XI. Schulman, Gabriel. XII. Moretto, Giovanna Cardoso. XIII. Barboza, Heloisa Helena. XIV. Almeida, Jonathan de Oliveira. XV. Oliveira, Júlia Costa de. XVI. Pannebecker, Juliane Caroline. XVII. Leal, Livia Teixeira. XVIII. Costa, Luiz Lopes Franco. XIX. Colombo, Maíci Barboza dos Santos. XX. Bichara, Maria Carolina. XXI. Sá, Maria de Fátima Freire de. XXII. Leite, Marina Duque Moura. XXIII. Pereira, Paula Moura Francesconi de Lemos. XXIV. Soares, Thiago Rosa. XXV. Almeida, Vitor. XXVI. Título.

2021-2062

CCD 344.04197

CDU 34:57

Elaborado por Odílio Hilário Moreira Junior - CRB-8/9949

Índices para Catálogo Sistemático:

1. Biodireito 344.04197 2. Biodireito 34:57

DIREITOS AUTORAIS: É proibida a reprodução parcial ou total desta publicação, por qualquer forma ou meio, sem a prévia autorização da Editora FOCO, com exceção das questões de concursos públicos que, por serem atos oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na violação do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Reiterada vedação se estende às características gráficas da obra e sua edição. A punição para a violação dos Direitos Autorais é crime previsto no Artigo 184 do Código Penal e as sanções civis às violações dos Direitos Autorais estão previstas nos Artigos 101 a 110 da Lei 9.610/1998. Os comentários das questões são de responsabilidade dos autores.

NOTAS DA EDITORA:

Atualizações e erratas: A presente obra é vendida como está, atualizada até a data do seu fechamento, informação que consta na página 10 do livro. Havendo a publicação de legislação de suma relevância, a editora, de forma discricionária, se empenhará em disponibilizar atualização futura.
Erratas: A editora se compromete a disponibilizar no site www.editorafoco.com.br, na seção Atualizações, eventuais erratas por razões de erros técnicos ou de conteúdo. Solicitações, extremamente, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perificação da obra, comunicando eventual erro encontrado por meio de mensagem para contato@editorafoco.com.br. O acesso será disponibilizado durante a vigência da edição da obra.

Impresso no Brasil (09.2020) – Data de Fechamento (09.2020)

2021

Todos os direitos reservados à
 Editora Foco Jurídico Ltda.

Rua Nove de Julho, 1779 – Vila Areal
 CEP 13333-070 – Indaiatuba – SP

E-mail: contato@editorafoco.com.br
www.editorafoco.com.br

APRESENTAÇÃO

O acelerado progresso da biotecnologia descortina dilemas éticos e jurídicos em que a proteção da pessoa humana é desafiada de forma constante e inquietante. As intervenções biomédicas e biotecnológicas desnudam o ser humano em múltiplas dimensões, rompem com a ordem natural das coisas, bem como desmistificam os desígnios sagrados e permitem, em certa medida, o controle dos rumos da vida. O *nascer*, o *desenvolver-se* e o *morrer* foram profundamente modificados e permitem um gerenciamento da vida: como nunca antes foi possível, o qual se potencializa e transpõe os limites da ficção quando se consideram as interferências no humano advindas da inteligência artificial. A biotecnociência permite decidir quando e como nascer, modificações e aperfeiçoamento corporais, mudança de sexo, adiamento da morte, a decisão a respeito do fim da própria vida e, quem sabe, controle ou alteração da mente humana.

Muitos dos temas já são objeto de estudo há algumas décadas por parte de bioeticistas e, posteriormente, de juristas que se debruçam sobre área que já não é nem mais nascente mas que enfrenta temas que ainda não foram objeto de leis específicas e nem é disciplinada obrigatoriamente em diversas faculdades de direitos. Nem por isso, o chamado Biodireito, designação dada ao campo do Direito que se dedica ao estudo sistemático dos efeitos da biotecnologia no mundo jurídico, teve sua importância reconhecida, a despeito das várias obras publicadas, e dos múltiplos eventos realizados sobre a temática. Mesmo diante do cenário de escassez legislativa existente, constata-se pontuais avanços, como com a promulgação da Lei de Biossegurança (Lei 11.105/2005), a edição do Provimento n. 63 do Conselho Nacional de Justiça, que trata do registro de nascimento e emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida, e do Provimento n. 73, que dispõe sobre averbação da alteração do prenome e do gênero nos assentos de nascimento e casamento de pessoa transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), bem como de diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, em perspectiva deontológica, tratam da ortotanásia, das diretivas antecipadas, da transexualidade e da reprodução assistida.

A presente coletânea é fruto da segura liderança e das provocações sempre pertinentes da professora Heloisa Helena Barboza, ora coordenadora, na disciplina optativa de Biodireito e Valores Constitucionais, da linha de Direito Civil, na área de concentração Pensamento Jurídico e Relações Sociais, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e de grupos de pesquisa por ela capitaneados. Assim, diversos alunos, ex-alunos, orientandos e ex-orientandos, hoje já mestres e doutores, academicamente provocados pela Professora Heloisa Helena Barboza, se debruçaram sobre temas sensíveis e ainda polêmicos a respeito dos efeitos da biotecnologia nas diferentes etapas da vida humana. Importante frisar que, desde inícios dos anos de 1990, a professora Heloisa Helena Barboza é precursora nos estudos de Biodireito no país, com especial destaque para a publicação da obra *A Filiação em Fato da Inseminação Artificial e da Fertilização in vitro*, em 1993, pioneira em tal temática.

bem como de diversos outros artigos e coletâneas sobre o assunto, dentre os quais se destacam a *Insuficiência dos Conceitos Jurídicos*, publicado em obra coletiva, de 2001, por ela coordenada em parceria com o professor Vicente Barreto – Temas de Bioética e Biodireito – e *Princípios da Bioética e do Biodireito*, publicado, em 2000, na Revista Bioética.

A presente obra foi dividida em três partes, buscando um olhar sobre a vida humana em sua plenitude, a partir de cada dimensão da existência do sujeito. A primeira direciona-se a temas relacionados ao *início da vida*, como reprodução assistida, proteção do nascituro e violência obstétrica. A segunda se debruça sobre o *desenvolvimento da vida* e examina os reflexos jurídicos das intervenções sobre o corpo humano ao longo da vida, englobando estudos sobre ensaios clínicos, pesquisas científicas em seres humanos, interação forçada, privacidade e sigilo em atendimento de saúde de pacientes adolescentes, transexualidade. A terceira tem por objeto as questões atinentes ao *fim da vida*, abrangendo diretivas antecipadas de vontade, morte digna e transplante de órgãos.

As autênticas contribuições dos coautores têm uma linha firme de interpretação das normas existentes e encaminhamento das soluções possíveis no marco da legalidade constitucional e de proteção intransigente da dignidade da pessoa humana. Sob tais premissas, os textos aqui reunidos refletem os diálogos, o compartilhamento das bibliotecas pessoais (virtuais ou não), as trocas de ideias e as reflexões individuais. O leitor tem em mãos uma obra coletiva no seu sentido mais genuíno, “feito e costurado a diversas mãos”. A bem da verdade, os intrincados problemas do Biodireito revelam, em essência, dilemas da vida renovados pela revolução biotecnológica. Reforça-se a necessidade de hoje (e sempre) colocar o ser humano como alvo de toda proteção jurídica, como fim primordial do Direito. É certo também que muitos dos avanços biotecnológicos, por seu alto custo, não são acessíveis à parcela significativa da população, fato que agrava certas vulnerabilidades, quando não torna vulneráveis determinadas pessoas. A concretização de “sonhos” por meio do progresso biotecnocientífico, como legítima expressão dos anseios humanos, tais como o acesso ao projeto parental, à cirurgia de transgenitalização, e de modo geral a remédios e técnicas que possibilitem melhor qualidade de vida, pode, por outro lado, desnudar sua face perversa, ao ensejar a mercantilização da pessoa humana, com especial risco às populações vulneráveis.

O *Biodireito: tutela jurídica das dimensões da vida*, obra que ora se apresenta ao público, nasce de um contínuo desconforto de diversos pesquisadores, sob segura liderança da Professora Heloisa Helena Barboza, sobre a invasão da biomedicina e biotecnologia em todas as dimensões da vida. Embora essa crescente interferência no ser humano seja muitas vezes benéfica, nem sempre se dá sem riscos e de modo igual para todos. A insuficiência dos institutos jurídicos diante desse quadro, que há tempos é sinalizada, somente poderá ser atenuada com esforços coletivos de reflexão e pesquisa – comprometida e séria – que poderão indicar os possíveis rumos de proteção da pessoa humana na era da biopolítica, a partir do respeito à dignidade humana e da afirmação axiológica da fraternidade universal.

Livia Teixeira Leal

Vitor Almeida

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	III
A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NO LIMAR DO SÉCULO XXI: O FLORES-CER DA BIOPOLÍTICA	
Heloisa Helena Barboza	IX
PARTE I	
INÍCIO DA VIDA	
OS CONTRATOS NAS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA	
Beatriz Capanema Young	3
NOTAS SOBRE A REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA NO BRASIL: A RESOLUÇÃO 2.168/2017 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O MERECIMENTO DE TUTELA DO ANONIMATO DO DOADOR DE GAMETAS	
Cássio Monteiro Rodrigues	19
O ALCANCE DA PROTEÇÃO DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO EM FACE DA REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA	
Vitor Almeida	37
VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E A EXIGÊNCIA DEMOCRÁTICA DA HUMANIZAÇÃO DO PARTO	
Ana Carolina Brochado Teixeira, Diogo Luna Moureira e Maria de Fátima Freire de Sá	63
PARTE II	
DESENVOLVIMENTO DA VIDA	
A BIOÉTICA E AS PESQUISAS CIENTÍFICAS EM SERES HUMANOS	
Maria Carolina Bichara	79
PRIVACIDADE E SIGILO EM ATENDIMENTO DE SAÚDE: ENTRE O DIREITO DE ADOLESCENTES E O DEVER PROFISSIONAL	
Elisa Costa Cruz	87

ENSAIOS CLÍNICOS E VULNERABILIDADE: O CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO DE CRIANÇAS, ADOLESCENTES E DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL	
Thiago Rosa Soares.....	99
O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NOS ENSAIOS CLÍNICOS NO ORDENAMENTO LUSO-BRASILEIRO	
Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira	113
A PLURALIDADE DE CORPOS <i>VERSUS</i> O MODELO BINÁRIO DE REGISTRO: REFLEXÃO SOBRE O REGISTRO CIVIL DE INTERSEXUAIS	
Felipe Zaltman Saldanha e Marina Duque Moura Leite	139
TRATAMENTO JURÍDICO DA TRANSEXUALIDADE NA INFÂNCIA E NA ADOLESCÊNCIA	
Eduardo Freitas Horácio da Silva e Livia Teixeira Leal.....	155
DIREITO AO ESQUECIMENTO E A TRANSEXUALIDADE: COMO PROTEGER UMA PRIVACIDADE FLUÍDA NO REINO DAS LIBERDADES?	
Júlia Costa de Oliveira.....	171
OS CORPOS, OS CRITÉRIOS PARA AS INTERNAÇÕES FORÇADAS – E A FALTA DELES. MEDIDAS DE SEGURANÇA E INCAPACIDADE CIVIL	
Gabriel Schulman e Giovanna Cardoso Moretto.....	199

PARTE III FIM DA VIDA

A NATUREZA JURÍDICA DO TESTAMENTO VITAL	
Luíza Lopes Franco Costa	215
TESTAMENTO VITAL REALIZADO POR CRIANÇA	
Ana Carolina Velmovitsky.....	227
REFLEXÕES ACERCA DA VALIDADE E EFETIVIDADE DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO	
Filipe José Medon Afonso	241
ENTRE A VIDA E A MORTE, A DIGNIDADE: UMA PROPOSTA PARA A JURIDICIZAÇÃO DA MORALIDADE DA EUTANÁSIA	
Jonathan de Oliveira Almeida.....	263

O EXTREMO DO "EXTREMO DA VIDA": A POSSIBILIDADE DE EUTANÁSIA NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS LIMITES	
Caio Ribeiro Pires.....	281
TRATAMENTO JURÍDICO DA ORTOTANÁSIA NO BRASIL	
Juliane Caroline Pannebecker	299
TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS: A QUEM CABE DECIDIR O DESTINO DO CORPO HUMANO PARA DEPOIS DA MORTE?	
Maíci Barboza dos Santos Colombo	317

que há atualmente com relação ao tema, a justificar sua regulamentação o quanto antes, de modo a impedir entendimentos dissonantes à axiologia do ordenamento e decisões relegadas ao mero subjetivismo de análise casuística pelo Judiciário.

Necessário, então, que haja a promulgação de lei específica para regular juridicamente a atividade da reprodução assistida em sua integralidade e complexidade, inclusive no tocante às situações em que o anonimato do doador de gametas poderá ser quebrado em prol da construção da identidade e personalidade da pessoa gerada por meio das técnicas de reprodução assistida.

O ALCANCE DA PROTEÇÃO DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO EM FACE DA REVOLUÇÃO BIOTECNOLÓGICA

Vitor Almeida

Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto de Direito Civil da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ). Professor dos cursos de especialização do CEPED-UERJ, PUC-Rio e EMERJ. Vice-diretor do Instituto Brasileiro de Biodireito e Bioética (IBIOS). Pós-doutorando em Direito Civil pela UERJ. Advogado.

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

Rubem Alves

Sumário: 1. Considerações iniciais: admiráveis novos tempos *in utero*. 2. A qualificação jurídica do nascituro no direito brasileiro. 3. Pessoa e personalidade no direito civil contemporâneo. 4. O tratamento do nascituro no cenário normativo nacional. 5. A abrangência e o alcance do conceito de nascituro no direito civil contemporâneo. 6. Considerações finais: o futuro da condição humana.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS: ADMIRÁVEIS NOVOS TEMPOS *IN UTERO*

As inovações oriundas do desenvolvimento acelerado das ciências biotecnológicas e biomédicas, principalmente a partir da segunda metade do século XX, marcaram profundamente as relações sociais, sobretudo as familiares, e pressionaram a ciência do Direito a repensar e reformular institutos que se encontravam sedimentados no "mundo natural", restando, assim, ao campo jurídico tentar acompanhar esse progresso de modo a proporcionar segurança nessas relações emergentes. Dentre as diversas inovações provocadas pelos avanços científicos, as técnicas de reprodução humana assistida suscitaram importantes e intrigantes reflexões, e que ainda urge, em grande medida, por soluções por parte do Direito. Notadamente, com a fertilização *in vitro* (FIV), técnica extracorpórea que permitiu a criação de embriões humanos em laboratório, ou seja, fora do corpo da mulher, as questões se tornaram ainda mais controversas e sensíveis, descortinando uma profunda transformação no alcance e na extensão da proteção do ser humano concebido no útero e do embrião humano crioconservado.

A ciência continua a romper com a ordem natural das coisas e a dessacralizar a natureza. Em 2018, foi noticiado que cientistas espanhóis conseguiram criar, na China, um ser híbrido de humano e macaco. De acordo com o relato divulgado, "os estudiosos modificaram embriões de macaco e injetaram células humanas capazes de gerar qualquer

tipo de tecido". Criaram, desse modo, uma quimera científica, nome dado à combinação de pelo menos dois conjuntos de DNA. "Na mitologia grega, quimeras são criaturas com cabeça de leão, corpo de cabra e rabo de serpente. No caso do experimento, o resultado foi uma quimera de macaco, mas ela não chegou a nascer, pois os pesquisadores interromperam a gestação".¹

Igualmente surpreendente foi a notícia de que um cientista chinês teria criado os primeiros bebês geneticamente modificados, também em 2018. Segundo afirmações do próprio cientista, teria sido utilizada a técnica de edição de genes conhecida como CRISPR² para modificar um gene e tornar as gêmeas resistentes contra o vírus que causa a AIDS.³ Após a divulgação de tal experimento, a Organização Mundial de Saúde (OMS) defendeu a proibição das técnicas de alteração genética em embriões humanos.

De fato, tais revelações no campo da ciência em matéria de reprodução humana provocam angustiantes dilemas éticos sobre os limites do progresso científico, sobretudo quando a própria natureza humana é colocada no centro do debate. Se, por um lado, tais experimentos podem beneficiar o nascimento de bebês saudáveis, a exemplo da modificação genética, ou a criação de "fábricas" de órgãos para transplante, como nos casos das quimeras, por outro, é inquestionável as possibilidades desconhecidas com essas técnicas e os conflitos éticos. Não obstante, enquanto o mundo jurídico ainda se encontra à margem de tais debates, é indispensável repensar e revisitar temas já antigos, mas que são resignificados e alvejados pela revolução biotecnológica. Desse modo, o presente trabalho objetiva analisar a qualificação jurídica do nascituro no direito civil brasileiro, bem como a abrangência e o alcance de seu conceito a partir do desenvolvimento da biotecnologia. Um tema que parece antigo, mas que é catapultado ao cerne das discussões sempre que novas descobertas científicas são reveladas e que coloca no centro das atenções o próprio conceito de pessoa e o sentido do Direito.

2. A QUALIFICAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO NO DIREITO BRASILEIRO

Não é de hoje que juristas consagrados se debruçam sobre a qualificação jurídica do nascituro no direito alienígena⁴ e brasileiro.⁵ Diversas são as teorias que procuram

1. Os cientistas "já tinham criado, em 2017, embriões de quimeras de camundongos com ratos. Na ocasião foi usada a técnica CRISPR para desativar genes de embriões de camundongos importantes para o desenvolvimento de coração, olhos e pâncreas. Depois, foram introduzidas células-tronco de rato, capazes de gerar esses órgãos". Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com/Ciencia/noticia/2019/07/cientistas-espanhois-criam-ser-hibrido-de-humano-e-macaco-na-china.html>. Acesso em: 04.10.2019.

2. "Repetições Palindrômicas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespaçadas", ou "Crispr" na sigla em inglês. Disponível em: https://brasil.eprints.com/brasil/2018/11/26/ciencia/1343224768_174686.html. Acesso em: 04.10.2019.

3. Cf., na doutrina de países de cultura romano-germânica, BARRA, Rodolfo Carlos. *Los derechos del por nacer en el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, 1997; CATALANO, Pie. *Los nascituros entre el derecho romano e el derecho latino-americano*. Revista de Direito Civil, n. 45, ano 7, rango. Os nascituros entre o direito romano e o direito latino-americano. *La condición jurídica del "nasciturus" en el derecho español*. Madrid: [s.n.], 1946. Sobre o tema no sistema anglo-saxão, v. WELLMAN, Carl. *The concept of fetal rights*. Law and Philosophy, 21. Kluwer Academic Publishers, 2002. p. 65-93.

5. Ver, por todos, MONTORO, André Franco; FÁRIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953; ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo:

explicar e fundamentar a proteção jurídica destinada aos concebidos no útero materno. Na experiência legislativa brasileira, desde os esforços empreendidos à época da elaboração e sistematização da primeira codificação civil nacional promulgada em 1916 até ao atual estágio de tramitação do chamado estatuto do nascituro,⁶ não se pode dizer que nossa legislação tenha expressamente adotado uma definição sobre a extensão e os limites da proteção do nascituro. O reflexo desta obscuridade legal é sentido na doutrina e jurisprudência, as quais ainda não se definiram em relação à orientação mais adequada diante do ordenamento jurídico brasileiro.

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

A questão da personalidade tornou-se central para a escoreita compreensão da natureza jurídica do nascituro no direito pátrio. Duas orientações nortearam a doutrina, durante longo período, no tocante à categoria jurídica do nascituro, conforme expuseram André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria: "a primeira, concede personalidade ao nascituro desde a concepção, condicionando-lhe os direitos ao ulterior nascimento com vida", enquanto "outra, admite personalidade apenas a partir do nascimento com vida, resguardando, porém, eventuais 'direitos' do nascituro, ou de modo mais correto, resguardando as 'expectativas de direito' do nascituro".⁷

Nessa linha, se infere que o momento de atribuição da personalidade civil era o parâmetro definidor da natureza jurídica do nascituro, se considerado detentor de personalidade, ou seja, pessoa, ou se tido como uma figura híbrida que, embora não fosse uma pessoa, teria assegurado suas "expectativas de direitos". Mas, de todo modo, salientava a doutrina que em ambas as teorias "resguarda-se o interesse do que há de nascer, bem como subordina-se o exercício de qualquer direito à condição do nascimento com vida", o que denota "tratar-se de uma discussão estéril", muito embora, "sejam numerosas suas repercussões sob o aspecto prático".⁸

Em que pese o tema suscite indagações há séculos, não restam dúvidas que a atualidade do tema se impõe de maneira pujante. Dentre os diversos motivos, pode-se dizer que em razão da reelaboração das bases conceituais em torno das noções de pessoa e

Saraiva, 2000; e, SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos civis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

6. O denominado "Estatuto do Nascituro" foi proposto pelos deputados federais Luiz Bassama (PT-BA) e Miguel Marini (PHS-MG), sob o número 478, em 19 de março de 2007, visa alterar o Decreto-Lei 2.848, de 1940 e a Lei 8.072, de 1990. Atualmente, encontram-se arquivados ao projeto de Lei n. 478/2007, as seguintes proposições legislativas: 489/2007, 3.748/2008, 1.763/2007, 1.085/2011, 8116/2014, 788/2019, 4149/2019, 11105/2018, 11148/2018, 2260/2019, 546/2019, 1006/2019, 1007/2019 e 1009/2019. Em 04.10.2019, o referido projeto de lei aguarda Designação de Relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher.

7. MONTORO, André Franco; FÁRIA, Anacleto de Oliveira. Op. cit., p. 7.

8. MONTORO, André Franco; FÁRIA, Anacleto de Oliveira. Op. cit., p. 7.

personalidade no cenário normativo nacional já evocaria a revisitação do tema. Mas, além disso, o acelerado progresso biotecnocientífico e biomédico das últimas décadas também descortina novas situações que envolvem diretamente à proteção do nascituro, que vão desde as técnicas de reprodução humana assistida, que possibilitaram a concepção do embrião humano em laboratório, passando pelas novas formas de intervenção médico-cirúrgicas *in utero* até a realização de exames diagnósticos ainda durante a fase gestacional. Incluem-se, ainda, as recentes possibilidades de modificação genética e a criação de seres humanos híbridos (*rectius*: quimeras humanas).

O estudo da qualificação jurídica do nascituro também não pode se distanciar do contexto social que cerca o "imaginário sobre a vida pré-natal", tendo em vista o papel da reprodução humana numa sociedade ainda marcada por fortes traços matrimoniais e religiosos, onde a perpetuação da espécie é ainda concebida como uma imposição social. Nesta esteira, escreveu Debora Diniz: "ter filhos biologicamente vinculados é mais do que um desejo de exercer a maternidade ou paternidade, pois significa a vinculação a um ideal de reprodução social pela função da família e da filiação, inserindo os indivíduos em uma ordem de parentesco".⁹

Os mistérios que cercavam a formação do ser humano no útero materno foram paulatinamente desvendados por meio dos avanços da medicina. De acordo com Claudia Pancino, "a partir do século XVI, nos textos médicos, sobretudo nos de obstetrícia, encontram-se sequências de imagens que representam o nascituro".¹⁰ Essas representações, se examinadas em ordem cronológica sob luzes atuais, permitem entrever "a passagem de uma ideia 'afetiva' da formação da vida no ventre materno para uma imagem científica e 'verossímil': mais ainda, delas emerge a construção da imagem social do feto como produto histórico e cultural".¹¹

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

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

9. DINIZ, Debora. Entre o sonho, o tratamento e o vácuo da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24.01.2009, p. 3.

10. PANCINO, Claudia. Como nós éramos. Nascituros e fetos na história: entre imagens e imaginário. *Histórias, Questões e Debates*, n. 47, Curitiba, PR: Editora UFRP, 2007, p. 16.

11. *Id. ibid.*, p. 16.

3. PESSOA E PERSONALIDADE NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Os conceitos de pessoa e personalidade são centrais para a dogmática jurídica e atravessam o ordenamento civil-constitucional brasileiro em toda sua extensão. As últimas décadas foram especialmente importantes para o enaltecimento destes institutos no direito pátrio, principalmente após a consagração, na Constituição de 1988, da dignidade da pessoa humana como princípio fundante da república e vetor axiológico nuclear. A preocupação com a tutela integral da pessoa humana, após duas Grandes Guerras Mundiais e os horrores do holocausto nazista, se tornou cada vez mais crescente nas ordens jurídicas ocidentais, que passaram a contemplar e assegurar os direitos humanos fundamentais nas Constituições nacionais e reconhecer e proteger os direitos da personalidade em seus Códigos Civis.¹²

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

Assim, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada no ordenamento jurídico nacional como "princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas".¹³ A mudança paradigmática operada pela Constituição da República de 1988 elevou a pessoa humana à categoria central do ordenamento jurídico brasileiro. Esta centralidade se impõe na medida em que a dignidade da pessoa humana confere unidade axiológica a todo o sistema normativo, exigindo uma releitura de todas as normas infraconstitucionais à luz dos valores maiores albergados na Carta Magna.

Conceituar a pessoa humana no atual contexto de reconstrução da categoria do ser no direito civil contemporâneo não é uma tarefa simples, principalmente a partir do intrínseco valor da dignidade reconhecido a todas as pessoas humanas. Desse modo, pode-se afirmar que um dos consensos a respeito do conceito de pessoa advém da "posição privilegiada na experiência jurídica ocidental, resultado de longa elaboração histórica, influenciada por diversas concepções filosóficas, assim, como pela rica aventura semântica de seu suporte vocabular".¹⁴ Em outras palavras, já se disse que o "conceito jurídico de pessoa humana não nos foi concedido, mas arduamente construído".¹⁵

12. Cf. SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 1-9.

13. FACHIN, Luiz Edson. Fundamentos, Limites e Transmissibilidade - Anotações para uma Leitura Crítica, Construtiva e de Índole Constitucional da Disciplina dos Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro. *Revista da EMERJ*, v. 8, n. 31, 2005, p. 58.

14. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *Personalidade e Capacidade do Ser Humano a partir do Novo Código Civil*. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). *Manual de Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 177.

15. FLUZA, Cesar. *Teoria filosófico-dogmática dos sujeitos de direito sem personalidade*. *Revista dos Tribunais*, ano 100, v. 914, São Paulo: Ed. RT, dez., 2011, p. 76-77.

A etimologia do vocábulo *pessoa* deriva do substantivo latino *persona*,¹⁶ cujas raízes repousam na palavra grega *prósopon*, que originalmente servia para designar a máscara que os atores usavam com o objetivo de fazer ressoar as suas vozes. Gustavo Pereira Leite Ribeiro ressalta que “em sua evolução semântica, o termo [pessoa] passou a denominar o personagem representado e, a seguir, estendeu o seu sentido para indicar o ser humano”.¹⁷

Judith Martins-Costa registra que “a expressão ‘sujeito de direito’ é uma invenção moderna e o termo ‘indivíduo’ não tinha o sentido que tem para nós”.¹⁸ Imputa-se a Thomas Hobbes a formação da concepção de pessoa como indivíduo, em meados do século XVII. Segundo o filósofo, “uma pessoa é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro”.¹⁹ A pessoa era vista como representação, confundindo-se com o papel social desempenhado. Nesta senda, infere-se que o discurso jurídico tradicional reduzia a pessoa natural à categoria de sujeito de direitos (subjettivos), conquanto fosse aquele detentor de personalidade e, portanto, capaz de titularizar direitos e obrigações na órbita civil, polarizando, desse modo, os extremos da relação jurídica. Assim, “pessoa é o sujeito de direito em plenitude, capaz de adquirir e transmitir direitos e deveres jurídicos”.²⁰

Sob essa ótica, costuma-se definir os sujeitos de direitos como um dos elementos da relação jurídica.²¹ Conforme Manuel A. Rodrigues de Andrade, os elementos, mesmo “sendo estranhos à estrutura interna da relação jurídica, todavia são necessários para que a relação tenha existência”.²² Nesta linha, emergiu a paridade entre pessoa e sujeito de direitos, e este era qualificado como elemento subjettivo de determinada relação jurídica. Os sujeitos da relação jurídica eram, portanto, definidos como “os pontos terminais da linha em que figuramos a relação jurídica; são os suportes desta relação; as pessoas entre as quais ela se estabelece”.²³

Segundo Francisco Amaral, o termo pessoa “tem um significado vulgar e outro jurídico”.²⁴ Em sentido comum, “pessoa é o ser humano, mas tal sentido não serve ao

Direito, que tem vocabulário específico”, enquanto na linguagem jurídica “pessoa é o ser com personalidade jurídica, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. [...] Pessoa é o ser humano como sujeito de direitos”.²⁵

Nesse trilhão, opõem-se duas concepções a respeito da noção de pessoa após longa evolução semântica do termo. Para os naturalistas, “todos os indivíduos têm personalidade, considerada inerente à condição humana como atributo essencial do ser humano, dotado de vontade, liberdade e razão”.²⁶ Por outro lado, a concepção formal, “própria da ciência jurídica positivista, a personalidade é atribuição ou investidura do direito. Pessoa e ser humano não coincidiriam. Pessoa não seria o ser humano dotado de razão, mas simplesmente o sujeito de direito criado pelo direito objetivo”.²⁷

Esta perspectiva estruturante e formalista da noção de pessoa como sujeito de direito (subjettivo) e de mero elemento da relação jurídica, dotado, portanto, de personalidade jurídica, acaba por se demonstrar como reducionista e artificial, uma vez que funciona como “máquina de exclusão de seres humanos”²⁸ e obscura da complexidade da realidade social a ponto de obscurecer as dimensões da pessoa humana. De fato, na medida em que buscava contemplar num conceito único a categoria da pessoa no universo jurídico, ampliando-se para abarcar as pessoas coletivas (jurídicas), olvidou-se que no epicentro do Direito se encontra a pessoa humana, um ser complexo e dotado de múltiplos atributos que a qualificam e a dignificam.

Reduzir a pessoa humana a mero elemento subjettivo das relações jurídicas, como sujeito de direitos subjettivos, frustra a exigência de conduzir a pessoa humana a categoria central do ordenamento jurídico, sobretudo de garantir e efetivar as dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana. Neste passo, Rose Melo Vencelau Meireles esclarece que a “pessoa é em si, não apenas tem para si titularidades. O ser alcança patamar central nos valores constitucionais. Consequentemente, as categorias do ser não podem permanecer marginalizadas, como outrora”.²⁹

Paulo Lôbo assevera que pessoa é “atributo conferido pelo direito, ou seja, não é conceito que se extrai da natureza. É, portanto, conceito cultural e histórico, que o direito traz para seu âmbito”.³⁰ Na legalidade constitucional, a pessoa humana é mais do que mero titular de situações jurídicas subjettivas, mas é, ao mesmo tempo, alvo de todo arcabouço protetivo dos atributos essenciais à sua dignidade, voltados à tutela e promoção do livre desenvolvimento da personalidade em sentido objetivo. A pessoa humana se torna, portanto, em categoria central e valor nuclear do ordenamento jurídico. É forçoso reconhecer que o atual conceito de sujeito de direito é mais amplo do que o de pessoa. Desse modo, “há sujeitos de direito que não são pessoas físicas ou jurídicas”.³¹ Sujeitos

16. Diogo Luna Moreira leciona que “originariamente, a palavra pessoa se referia às máscaras utilizadas pelos atores greco-romanos, através das quais podiam ampliar as suas vozes (*per-sonare*) e expressar os sentimentos de personagens retratados. Ligado a esta ideia de máscara (*prósopon*), o termo *persona* passou a ser utilizado também para identificar um status social do indivíduo humano” (MOUREIRA, Diogo Luna. *Pessoas e autonomia privada: dimensões reflexivas da racionalidade e dimensões operacionais da pessoa a partir da teoria do direito privado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. XVII).

17. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. Op. cit., p. 177.

18. MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação). Tese de livre docência em direito civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003. p. 22.

19. HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* (Coleção “Os pensadores”). Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 101, apud, MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, personalidade, dignidade* (ensaio de uma qualificação) cit., p. 23.

20. LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96.

21. Segundo Manuel A. Rodrigues de Andrade, costumam-se enumerar como elementos da relação jurídica: “os sujeitos, o objecto, o facto jurídico e a garantia” (ANDRADE, Manuel A. Rodrigues de. *Teoria Geral da Relação Jurídica*. v. I. sujeitos e objecto, reimp., Coimbra: Almedina, 1997. p. 19).

22. Id. *ibid.*, p. 19.

23. Id. *ibid.*, p. 19.

24. AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 252.

25. Id. *ibid.*, p. 252.

26. Id. *ibid.*, p. 253.

27. AMARAL, Francisco. *Direito civil*, cit., p. 253.

28. MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 73.

29. MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 16.

30. LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96.

31. Id. *ibid.*, p. 99.

de direito seriam, portanto, "todos os seres e entes dotados de capacidade para adquirir ou exercer titularidades de direitos e responder por deveres jurídicos".³²

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

Em que pese tal entendimento, pode-se afirmar que um dos atributos que confere a condição de pessoa nos termos hoje codificados é a personalidade jurídica. A dimensão normativa da pessoa humana implica a aptidão para titularizar direitos e deveres na ordem jurídica. De todo modo, sem desconsiderar as demais, ser pessoa é, antes de tudo, mas não só, ser sujeito de direito, mas concretamente considerado em suas relações com os demais.

Atualmente, a partir do nascimento com vida, todo ser humano, enquanto tal, tem personalidade jurídica. Heloisa Helena Barboza ressalta que "este reconhecimento é uma notável conquista do direito moderno, o que não ocorreu em outras épocas".³³ A igualdade entre os gêneros impõe a preferência pelo uso do "termo pessoa para indicar o homem como ator do mundo jurídico",³⁴ o que foi, em feliz hora, absorvido pela legislação civil que alterou a expressão "todo homem é capaz de direitos e deveres na ordem civil", insere no art. 2º do Código Civil pretérito, para a atual referência a pessoa no art. 1º do Código vigente. Conforme a mencionada autora a "personalidade em sentido jurídico é a aptidão reconhecida pela lei para tornar-se sujeito de direitos e deveres; como pressuposto da concreta titularidade das relações, a personalidade corresponde à capacidade jurídica", assim, compreende que a "personalidade é a qualidade inerente ao ser humano que o torna titular de direitos e deveres, sendo pessoa o que a têm".³⁵

A respeito da conformação da noção de personalidade à luz da tabua axiológica constitucional, Heloisa Helena Barboza entende que "a personalidade é uma qualidade, própria da condição humana, de pertencer à comunidade jurídica. Trata-se de uma exigência da dignidade humana que se impõe ao direito".³⁶

32. Id. *ibid.*, p. 96. Neste mesmo trilhão, se posiciona César Fiuza: "Pessoa é uma coisa, sujeito de direitos é outra. Sujeito de direitos é o titular de direitos e deveres na ordem jurídica. [...] Assim, toda pessoa é essencialmente um sujeito de direitos, mas o sujeito de direitos não é essencialmente pessoa". FIUZA, César. Op. cit., p. 87.

33. BARBOZA, Heloisa Helena. Verbetes Capacidade. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (Dir.). *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Granada: Biblioteca Comare de Ciencia Jurídica, 2011. t. 1, a-h, p. 324 (tradução livre).

34. Id. *ibid.*, p. 324 (tradução livre).

35. Id. *ibid.*, p. 324 (tradução livre).

36. Id. *ibid.*, p. 235 (tradução livre).

A rigor, a personalidade vista sob uma perspectiva estrutural sempre foi tomada em sua acepção subjetiva, indicando a titularidade das relações jurídicas.³⁷ No entanto, ao arripio dos defensores da teoria negativista, a doutrina foi se sensibilizando a ponto de admitir que a personalidade também pode significar o "conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento".³⁸

A personalidade passa a conceber, ao menos, duplo sentido. Sob o perfil subjetivo, identifica-se com a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, enquanto sob o aspecto formal se revela "como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico", que configuram os direitos da personalidade.³⁹

Os chamados direitos da personalidade,⁴⁰ após pedregoso trajeto afirmativo no campo doutrinário,⁴¹ foi finalmente objeto de preocupação sistemática do legislador no Código Civil de 2002, reservando-lhe um capítulo específico, que não restou imune às mais duras críticas. Ainda assim, a doutrina civil-constitucional tem se dedicado a promover uma releitura mais adequada destes dispositivos à luz da legalidade constitucional, de modo a efetivar e concretizar a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana. Sob a perspectiva da metodologia civil-constitucional, tem-se que as situações jurídicas existenciais são proeminentes sobre as patrimoniais,⁴² o que justifica a relevância dos direitos da personalidade em nosso ordenamento.

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

37. TEPEPINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 29.

38. Id. *ibid.*, p. 29. San Tiago Dantas já lecionava que o termo personalidade poder ser tomado em duas acepções: "1. a palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em *direitos da personalidade*, não estamos identificando aí a personalidade como a capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificadas como a personalidade". DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, p. 192.

39. TEPEPINO, Gustavo. Op. cit., p. 25-62.

40. Cf. CUPES, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, trad. de Afonso Celso Furtado Rezende, Campinas: Romana, 2004; DONEIDI, Danilo. Os Direitos da Personalidade no novo Código Civil. In: TEPEPINO, Gustavo. *Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 35-58; SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEPINO, Gustavo. *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, v. 2, p. 231-264.

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

42. Por todos, v. MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: *Medida da Pessoa Humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 121-148.

4. O TRATAMENTO DO NASCITURO NO CENÁRIO NORMATIVO NACIONAL

No Brasil, o legislador infraconstitucional optou por adotar como instante para a atribuição da personalidade do nascimento com vida, o qual é aferido através da primeira troca oxaribônica com o ambiente.⁴³ Manteve o Código Civil de 2002 o mesmo critério adotado pelo Código Civil de 1916, sem adicionar outros requisitos condicionantes como preferiram ordenamentos alienígenas.⁴⁴ Talvez fruto da centenária discussão acerca da extensão da personalidade aos nascituros, o Código Civil atual, na linha do anterior, expressamente previu a salvaguarda dos direitos do nascituro desde a concepção.

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

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

No plano internacional, a Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos e incorporada no ordenamento brasileiro através do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, dispõe em seu art. 4º, que trata do direito à vida, mais especificamente no item 1, que: "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente". O documento internacional revela, neste ponto, a preocupação com a proteção do nascituro, especificamente, com a salvaguarda da vida intrauterina.

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

44. Os romanos, por exemplo, exigiam, além do nascimento e da vida extrauterina, a forma humana do recém-nascido. Alexandre Ferreira Assunção ALVES leciona que: "Não se consideravam pessoas o *monstrum*, o *prodigium* e o *portentum*, termos interpretados pelos glosadores como designativos de crianças com forma animal, ou deformidades físicas graves, que era fantasiosamente atribuídas a *coltus cum bestia*" (O elemento subjetivo da relação jurídica: Pessoa física, pessoa jurídica e entes não-personificados. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 5, jan./mar., 2001, p. 27).

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

Embora os casos de aborto permitidos na legislação penal sejam bastante restritos, o Supremo Tribunal Federal admitiu no julgamento da ADPF 54 a possibilidade de interrupção da gestação quando se tratar de feto anencefalo. Considerando a laicidade do Estado brasileiro, o STF decidiu, portanto, que a prática de antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefalo não configura crime de aborto tipificado pelo Código Penal,⁴⁵ buscando sobretudo resguardar os direitos fundamentais da gestante, dentre eles a integridade psicofísica e a liberdade sexual e reprodutiva, preservando, assim, a dignidade da gestante. A decisão da Corte demonstra que o direito à vida do nascituro não é absoluto, podendo ser afastado, em alguns casos, em razão dos direitos fundamentais da gestante, ainda que sem previsão expressa de excludente de ilicitude no Código Penal.

Em que pese tal decisão, observa-se que os direitos assegurados ao nascituro em documentos internacionais, no Código Civil e em leis esparsas reforçam a tutela do direito à vida, seja de maneira expressa como o fez o Pacto de São José da Costa Rica, seja indiretamente através, por exemplo, do reconhecimento do direito aos alimentos gravídicos, como regulamentado na Lei 11.804/2008. Tal constatação tem levado a doutrina a menosprezar cada vez mais a tese da mera expectativa de direitos, em prol de outras construções teóricas que assegurem com maior efetividade os direitos reconhecidos ao nascituro, sobretudo aqueles de caráter extrapatrimonial.

Observa-se, desse modo, que a defesa da extensão da personalidade jurídica aos nascituros tem crescido na doutrina⁴⁶ e jurisprudência nacionais,⁴⁷ ainda que não se

45. "O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencefalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012". BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Tribunal Pleno, ADPF n. 54/DF. Relatoria: Min. Marco Aurélio, julg. 12.04.2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 12.06.2012.

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

47. Cf. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. O nascituro perante os Tribunais. A recente decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo. *Evolução e tendências. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, v. 20, 2007, p. 222-232. V. na jurisprudência: "Agravio regimental. Agravio em recurso especial. Ação de indenização. Danos materiais

a Consolidação das Leis Civis no seu art. 1º reconhecia aos seres em desenvolvimento no útero materno a condição de pessoas nascidas, assegurando-lhes, no entanto, seus direitos sucessórios no momento do nascimento.⁶¹ O jurista esclarece que a parte geral de sua consolidação começa "pelo homem em sua vida preparatória – nasciturus, *venter, qui in utero est*".⁶²

No monumental Esboço, Augusto Teixeira de Freitas continua considerando os nascituros como pessoas, mais precisamente como "pessoas por nascer". Nos termos do art. 53 de seu Esboço: "São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno". Esclarece o juriconsulto do império que as "pessoas por nascer existem, porque, suposto que não sejam ainda nascidas, vivem já no ventre materno – *in utero sunt*".⁶³ Em sua linha de raciocínio, embora as pessoas por nascer ainda não se enquadrem como pessoas visíveis, elas não podem ser consideradas como pessoas futuras, visto que estas "não são ainda pessoas, não existem".⁶⁴ O Esboço dispõe em seu art. 16 que "todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas", razão pela qual disciplina a representação das pessoas por nascer quando lhes competir a aquisição de bens a título de herança ou doação (arts. 54 a 61). A partir dos enunciados presentes no Esboço, a doutrina costuma apontar duas conclusões que revelam o pensamento de Augusto Teixeira de Freitas. A primeira consiste na assertiva de que "os direitos são integrados ao patrimônio, à titularidade do nascituro"; enquanto, a segunda revela que "são direitos e não meras expectativas que são adquiridos" pelos nascituros.⁶⁵

O Código Civil de 1916 foi promulgado com a modificação do projeto de Clóvis Beviláqua, que em seu art. 3º dispunha originalmente que "a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida". Não obstante, a redação do art. 4º do Código Civil anterior restou com o seguinte teor: "a personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Com a edição do Código de 1916 nesses termos, preponderou a chamada teoria natalista.⁶⁶

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

62. *Ibidem*.

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

64. *Id. Ibid.*, p. 37.

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

66. "No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito (nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deviria ter sido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa". MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. 1892-1979. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsini, p. 162-163; "A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida são, pois, elementos essenciais para que se inicie a personalidade. [...] Antes do nascimento a posição do nascituro não é, de modo algum, a de um titular de direitos subjetivos; é uma situação de mera proteção jurídica, proteção que as normas dão, não exclusivamente às pessoas, mas até às coisas inanimadas". DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago, 1911-1964. *Programa de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 133-134.

Em tempos hodiernos, observa-se, no entanto, que a própria definição clássica doutrinária de nascituro se encontra em crise. Com as inovações biotecnológicas, especialmente, a fertilização *in vitro*,⁶⁷ viabilizou-se a fertilização extracorpórea dos gametas masculino e feminino, da qual se origina o chamado embrião humano pré-implantatório.⁶⁸ A partir daí, alguns autores têm se posicionado favoravelmente ao alargamento do conceito de nascituro, de modo a abranger os referidos embriões, também chamados embriões excedentários no conceito jurídico de nascituro, havendo, inclusive, os defensores da personalidade destes.⁶⁹

Nesta linha, Silmara Juny de Abreu Chinellato pontua que "nascituro é aquele que está por nascer, já concebido", defendendo um "conceito mais amplo de nascituro – o que há de nascer", a partir do qual é possível contemplar tanto o implantado (nascituro) como o embrião pré-implantatório. Chega, inclusive, a utilizar a expressão "nascituro pré-implantatório"⁷⁰ para se referir aos embriões humanos criopreservados. Cristiane Beuren Vasconcelos aduz que a crise a respeito do conceito de nascituro é "meramente aparente", uma vez que "se a vida humana merece proteção desde a concepção, o termo deve ser compreendido dentro de seu significado atual, ou seja, já abarcando a hipótese de ocorrência *in vitro*". Desse modo, entende como "desnecessária [...] a adoção de uma nova terminologia jurídica".⁷¹

Não há dúvidas de que uma das questões mais tormentosas que integram o temário do Biodireito e da Bioética diz respeito à proteção jurídica e ética⁷² direcionada aos embriões humanos criados em laboratórios, mas que não foram implantados no útero. A questão da destinação destes embriões vem sendo profundamente discutida em âmbito nacional e internacional.⁷³

Na experiência legislativa brasileira, após longo dissenso parlamentar acerca da matéria, o art. 5º, incisos e parágrafos, da Lei 11.105, de 24 de março de 2005 – Lei de Biossegurança, dispôs sobre a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos via fertilização *in vitro* e não aproveitadas no procedimento médico. O legislador permitiu a utilização de embriões humanos ou que sejam considerados inviáveis ou estejam congelados há três anos ou mais na data da publicação da Lei de biossegurança ou depois de completarem três anos, contados a partir da data de

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

68. Denominado ainda de excedentários ou supernumerários.

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

70. ALMEIDA, Silmara Juny Chinellato e. *Op. cit.*, p. 13-15.

71. VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *Op. cit.*, p. 73.

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

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

congelamento, se já congelados na data de publicação desta Lei. Além das exigências previstas nos incisos I e II do art. 5º, é imprescindível, ainda, o consentimento dos genitores para a utilização de embriões para fins de pesquisa e terapia, conforme determina o § 1º.

O mencionado dispositivo foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADIn 3.510), na qual os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram, por maioria, ser compatível com os preceitos constitucionais.⁷⁴ Considerando que as dimensões do objeto do julgamento extrapolavam os estreitos limites da ciência jurídica, com o propósito de ampliar e permitir a participação da sociedade civil no sentido de oferecer subsídios científicos suficientes aos ministros da Corte Constitucional, foi realizada a primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal, ocorrida em 20 de abril de 2007, para o espinhoso julgamento da ação direta de inconstitucionalidade 3.510, impetrada pelo então Procurador-geral da República, Claudio Fonteles, e que impugnava o artigo 5º da Lei 11.105/2005.

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

Pedro Pais de Vasconcelos ressalta a importância de fixar a terminologia relativa ao nascituro, a fim de se evitar possíveis equívocos. Ele defende que “há que distinguir, a este propósito, a situação de quem ainda não nasceu mas já foi concebido, e a expectativa de alguém vir a ser gerado”.⁷⁵ Com base na tradição do próprio Direito, deve-se reservar “a designação nascituro para aqueles que já foram concebidos e têm vida no seio da mãe, mas ainda não nasceram”, sob a justificativa de que a condição do ente por nascer é uma situação transitória e limitada no tempo.⁷⁶ Nesta linha, convém distinguir os nascituros dos *conceptus*,⁷⁷ tendo em vista que estes “não existem, são simples esperanças ou expectativas”. O que na verdade existe é a possibilidade de um dia vir a ser gerado.⁷⁸

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

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

Estas, contudo, não são características de que gozam os embriões não implantados no útero de mulher para gestação, na medida em que seu estado de crioconservação pode ser por tempo indefinido e, portanto, seu nascimento é totalmente incerto, e em muitos casos talvez jamais ocorra. Diversamente, o desenvolvimento do nascituro, isto é, do embrião implantado e em gestação, tem termo previsto, e somente pode ser interrompido nos casos de aborto espontâneo ou nas hipóteses em que legalmente pode ser provocado no Brasil. O que convém frisar é que o processo gestacional é um contínuo que culmina no nascimento do ser em gestação que somente é interrompido por força de causas naturais ou pela intervenção humana, enquanto o embrião humano congelado precisa da manipulação humana para sair do estado de dormência e ser implantado no útero da mulher, na tentativa de se iniciar a gravidez, o que nem sempre se verifica.⁷⁹

Isto demonstra que a equiparação entre nascituros e embriões congelados não implantados no útero deve ser evitada, tendo em vista que se trata de fases diferenciadas do desenvolvimento da vida humana que cabe ao Direito tutelar de forma específica. Há, contudo, um momento comum nos dois casos que suscita grande debate quanto aos efeitos jurídicos: o momento da concepção, entendida como a fertilização do óvulo pelo espermatozoide, a partir da qual se inicia o processo de divisão celular para constituição de um novo ser humano, que passará por várias fases e se estenderá por nove meses até seu nascimento. Tradicionalmente, do ponto de vista natural, a concepção ocorria dentro do ventre materno e em decorrência do contato sexual. Atualmente, as técnicas reprodutivas artificiais permitem a desvinculação entre o ato sexual e a procriação, na medida em que possibilita a geração de um novo ser humano sem a manutenção de uma relação sexual e, principalmente que a concepção ocorra em laboratório.

A literatura jurídica costuma classificar as modalidades da reprodução assistida⁸⁰ em função de o ato ocorrer dentro ou fora do corpo da mulher. Assim, há técnicas intra-

74. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Brito. Julg. em 29 maio 2008. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611731]. Acesso em: 06.04.2013.

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

76. *Id. ibid.*, p. 72-73.

77. Conceptus seriam os embriões ainda não implantados no útero da mulher, ou seja, os embriões crioconservados em laboratórios.

78. VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Op. cit.*, p. 72-73.

79. O embrião humano forjado em laboratório e ainda não implantado no útero feminino para gestação merece uma proteção própria e condizente com o estado de potencialidade e viabilidade que se encontra. À luz do ordenamento jurídico pátrio, é possível a utilização destes para fins de pesquisa ou terapia, mas desde que observados as exigências constantes no art. 5º da Lei n. 11.105, que permite essa destinação com a finalidade de atender a tutela da saúde daqueles que precisam dos avanços da medicina para o desenvolvimento de novas tecnologias e tratamentos para a cura de doenças graves e mesmo para a criação de órgãos para transplante. Assim, o itinerário ponderativo, neste caso realizado pelo Legislativo e confirmado pelo Judiciário, entendeu-se que a proteção da saúde e, mesmo, da manutenção do direito à vida das pessoas já nascidas prepondera a partir de uma clivagem constitucional frente à proteção do embrião humano. No entanto, a própria Constituição em seu art. 1º, 199, § 4º, proíbe a comercialização de embriões humanos e a legislação ordinária tipifica, inclusive, esta conduta como crime, nos termos do art. 15 da Lei 9.434/1997. Assim, nosso ordenamento considera que a qualidade ou a potencialidade de vir a ser pessoa justifica a vedação à comercialização, sob pena de cristificação do embrião humano.

80. Sobre assunto, recomenda-se a leitura de Heloisa Helena Barboza. *Direito à procriação e às técnicas de reprodução assistida*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira et al. *Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Forense, 2004; *Reprodução Assistida e o novo Código Civil*. In: SA, Maria de Fátima Freire; NAVES, Bruno Tor-

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

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

deve-se considerar, de acordo com o sistema introduzido pelo novo CC, que o embrião não implantado não pode ser considerado no bojo do art. 1.798, CC, porquanto no sistema jurídico brasileiro é vedada a possibilidade da reprodução assistida *post mortem*, diante dos princípios da dignidade da (futura) pessoa humana, da igualdade dos filhos em direitos e deveres e, principalmente, do melhor interesse da criança (arts. 226, § 7º, e 227, *caput*, e § 5º, ambos da Constituição Federal).⁸⁸

A questão da reprodução assistida *post mortem* gera infindáveis debates no direito brasileiro resultante principalmente do art. 1.597, inc. III do Código Civil, que cuida da hipótese de presunção de paternidade nos casos de reprodução assistida homóloga, mesmo que falecido o pai. Parte da doutrina se posiciona de maneira desfavorável à aceitação do uso das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, sob a justificativa de a futura criança vir a nascer sem a figura do pai e isso afrontar o direito à biparentalidade e o princípio da paternidade responsável, e, por via de consequência, a própria dignidade do filho a porvir.⁸⁹ Por outro lado, com o reconhecimento da família monoparental em sede constitucional no art. 226, § 4º, outros autores entendem ser possível a constituição da monoparentalidade através do recurso à reprodução artificial *post mortem*.⁹⁰ Nessa linha, a Resolução 2168/2017 do CFM estabelece no item VIII que é "permitida a reprodução

eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrir-se a sucessão"). Sobre tal imprecisão, Clóvis Beviláqua lecionava: "Distingue o código entre incapacidade absoluta e incapacidade relativa. Absoluta é a da pessoa que ainda não está concebida ao tempo da morte por testador. A incapacidade absoluta resulta não como deverá ser, da falta de personalidade, mas da não existência. O embrião (sic) não tem personalidade, mas pode (sic) adquirir por testamento. Manifesta-se aqui a inconsequência do sistema (sic), que recusa personalidade ao nascituro. Embora absoluta, a incapacidade não concebida admite (sic) uma exceção (sic) a favor da prole futura" (*Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, 3. ed. 1935, v. VI, p. 174).

88. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 43.

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

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

assistida *post-mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente". Apesar da ausência de lei específica sobre o assunto, parece em conformidade com os valores constitucionais, especialmente a autonomia reprodutiva e o livre planejamento familiar, a admissão da reprodução assistida *post mortem* no direito pátrio.

No que tange à tutela sucessória, Maria Berenice Dias defende que não é possível excluir herdeiro por ter sido concebido através das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, independentemente da modalidade – se homóloga ou heteróloga, mas nesta ressalva a indispensabilidade da autorização –, por força do princípio constitucional da igualdade assegurada à filiação, conforme reza o art. 227, § 6º. A autora critica aqueles que defendem o prazo de dois anos para a concepção póstuma em analogia ao art. 1800, § 4º, pois "esta limitação não tem qualquer justificativa". Afirma que a "tentativa de empregar segurança aos demais sucessores não deve prevalecer sobre o direito hereditário do filho que veio a nascer, ainda que depois de alguns anos".⁹¹

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

Assim, se observa a tendência em abranger os embriões produzidos via fertilização *in vitro* no rol das pessoas já concebidas para fins de vocação hereditária,⁹² ampliando-se a noção de concepção, que nestes casos não precisa ocorrer no útero, ou melhor, ter iniciado a gravidez. Contudo, deve-se observar o prazo prescricional de dez anos para pleitear a herança, de acordo com o art. 205 do Código Civil.

No campo do direito de filiação, de acordo com o art. 1.597, incisos III, IV e V,⁹³ presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos havidos por técnicas de reprodução assistida homóloga mesmo que falecido o marido (III) ou, a qualquer tempo,

91. DIAS, Maria Berenice. Op. cit., p. 122 e 124.

92. Na verdade, a regra do 1.798 diz respeito à legitimação e não à vocação propriamente dita, que é o chamamento dos herdeiros. Desse modo, cabe frisar que os embriões congelados somente serão chamados a suceder se vierem a ser implantados e nascerem com vida.

93. Com o objetivo de reparar os equívocos cometidos pelo legislador ordinário ao utilizar as expressões relativas ao conjunto das técnicas de reprodução assistida, foi aprovado o enunciado n. 105, da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "Art. 1.597: as expressões 'fecundação artificial', 'concepção artificial' e 'inseminação artificial' constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como 'técnica de reprodução assistida'".

quando se tratar de embriões excedentários (IV), bem como os havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que haja prévia autorização do marido (V). Sabe-se que em qualquer dessas hipóteses há possibilidade de a mulher engravidar após a morte do marido, quer seja pela utilização de seu sêmen, quer pela implantação de embrião congelado, sendo que se exige a autorização do falecido para os casos de reprodução assistida heteróloga. Dessa maneira, percebe-se que a expressão "concebidos" neste artigo também abrange os embriões criados através das técnicas de reprodução assistida e ainda não implantados no útero para iniciar-se a gestação.

Por fim, o Código Civil faz referência, ainda, ao termo "concepção" quando reza que "a prova da impotência do cônjuge para gerar, à época da concepção, ilide a presunção da paternidade" (art. 1.599). Doutrina contemporânea sustenta que este dispositivo "não dispõe de qualquer razão de ser", eis que "modernas técnicas afastam cada vez mais a infertilidade e, no mundo pós-moderno, é descabido falar em impotência". Além do mais, ressalta que "toda a discussão travada sobre a alegação – ou até mesmo a prova – da impotência, quer para a manutenção de relações sexuais (impotência *cocundi*), quer para procriar (impotência *generandi*), acaba se esvaziando" em razão da alta probabilidade de certeza do vínculo genético afluado pelo exame de DNA. É claro que o fenômeno da "sacralização" do DNA deve ser afastado, tendo em conta que nem sempre a comprovação científica do liame consanguíneo deve preponderar em face da paternidade socioafetiva. Afinal, já se afirmou que a "paternidade em si mesma não é um fato da natureza, mas um fato cultural".⁹⁴ o que reclama a desconstrução do discurso da preponderância genética sobre a socioafetiva em sede de filiação, que após avanços importantes foi posta em xeque pela confiabilidade e alto grau de certeza dos testes de DNA.⁹⁵

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

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

reprodução assistida, não se pode dizer que este ser em formação não goza da proteção como se fosse gerado no próprio útero de quem planejou o projeto parental. A gestação desenvolvida por mulher que não será a mãe da criança denomina-se "gestação de substituição",⁹⁶ popularmente conhecida como "barriga de aluguel".⁹⁷

Ao que nos interessa, convém expor que a gestação em útero de doadora temporária não retira a qualidade de nascituro, nem muito menos toda a proteção jurídica que o ordenamento lhe assegura. Os centros de interesses merecedores de tutela cuja titularidade é imputada aos nascituros mantêm-se nas situações de gestação de substituição, mesmo em face da gestante substituída, que passa a ter que, eventualmente, se sujeitar aos direitos extrapatrimoniais do nascituro prevalentes na análise do caso concreto.⁹⁸

A distinção necessária entre maternidade e gestação é necessária, visto que, sobretudo após a técnica da gestação de substituição, os termos não possuem mais o mesmo significado. Segundo Jussara Maria Leal de Meirelles, "maternidade é maternidade, já determinada; já gestação é o estado físico gestacional. Portanto, quando falamos em gestação e substituição, tem uma razão de ser, porque estamos nos referindo à gestação, ainda não estamos determinando quem é a mãe".⁹⁹

Diante do exposto, é possível dizer que o conceito de nascituro alcança todo o ser humano cuja formação se encontra em fase intrauterina, independentemente de a gestação ocorrer ou não no útero materno, pois com o desenvolvimento da biotecnológica se tornou possível que outra mulher gestasse no lugar daquela que planejou e deseja se tornar mãe. É, portanto, o estado gravídico – e não a determinação da maternidade – que caracteriza a existência de um nascituro. Em termos jurídicos, é com a concepção do nascituro – nos casos de reprodução natural – que se inicia a gestação, cujo termo inicial às ciências médicas reputam ser a nidadaçã¹⁰⁰ do embrião no útero feminino. Nos casos de reprodução assistida o início da gestação se dá com a implantação do embrião no útero. O conceito de nascituro abrange, portanto, todo ser humano já concebido ou implantado no útero, que se encontra em gestação.

96. Existem diversas expressões para designar esta situação, como, por exemplo: gestante substituída, mãe gestacional, mãe substituída.

97. O Código Civil não cogitou da gestação de substituição, não reservando nenhum dispositivo para tratar da matéria. Ante o silêncio da Lei Civil, os projetos de lei apresentados para regulamentar a matéria apresentam profunda divergência, ora permitindo, ora vedando esta técnica. Atualmente, a prática da gestação de substituição é fortemente restringida pela Resolução CFM 2.168/2017. Além de vedar o caráter comercial ou lucrativo, a Resolução restringe até o quarto grau de parentesco as doadoras temporárias de útero. Não se olvidava que a matéria gera profunda controvérsia no que tange à atribuição da maternidade, desafiando o *buscardo romano mater semper certa est*. No entanto, tal discussão foge dos estreitos objetivos deste trabalho. Sobre o assunto, veja permitido remeter a Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *A nova filiação – O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, passim; e, Belmino Pedro Welter. *Igualdade entre as filiações biológica e socioafetiva*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 236-242.

98. Como, por exemplo, o uso de medicamento para a saúde do nascituro.

99. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. Gestação por outrem e determinação da paternidade: "mãe de aluguel". *Anais do I Congresso Brasileiro de Biodireito*, Porto Alegre, out., 2000, p. 144-153.

100. Registra Silmaraj A. J. Chinelato e Almeida que a "gravidez começa com a nidadaçã (isto é, quando o ovo se implanta no endométrio, revestimento interno do útero)" (Op. cit., p. 111). Inicia constatar que o início da gestação é, logo, a concepção do nascituro no útero feminino é definido pelas técnicas biomédicas, resistindo ao Direito acompanhar a evolução científica para definir o momento em que ocorre a concepção – fato que inicia a proteção ao nascituro no direito brasileiro.

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

95. Cabe lembrar o que o Supremo Tribunal Federal ao se pronunciar sobre o tema da multiparentalidade e a prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, por maioria e nos termos do voto do Relator, fixou a tese n. 622 nos seguintes termos: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro do público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". Desse modo, não há hierarquia entre paternidade biológica e socioafetiva, que, a depender do caso concreto, podem ser concomitantes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS: O FUTURO DA CONDIÇÃO HUMANA

A questão do nascituro e seu tratamento do ponto de vista moral e jurídico é um tema há muito tempo debatido. A controversia que envolve o *status* da vida pré-natal parece tão profundamente indefinida, que Jürgen Habermas, em sua obra "O futuro da Natureza Humana", escreveu que "Tracasa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejuílgamentos, [...] que seja aceitável para todos os cidadãos de uma sociedade secular".¹⁰¹ Essa afirmação expõe com clareza a dificuldade para se chegar a consensos em um assunto tão controvertido e do perigo de se examinar essa questão a partir de concepções neutras e distantes do progresso biotecnológico.

O direito civil contemporâneo ainda não chegou a um consenso sobre temas de outra discutidos. Ampliar o conceito de nascituro não soluciona novas demandas como as reclamadas pelos embriões humanos crioconservados. Pelo contrário, utilizar conceitos já consolidados e estatuto jurídico já longamente construído não permite uma proteção condizente com a fase da vida humana na qual o embrião se encontra e que requer, portanto, tutela específica. Por isso, defende-se a delimitação do conceito de nascituro como todo o ser humano cuja formação e desenvolvimento se encontra em fase intrauterina, independentemente de a gestação ocorrer ou não no útero da mulher que será juridicamente mãe, pois com o desenvolvimento da biotecnológica se tornou possível que outra mulher (gestante substituta) gese no lugar daquela que planejou e desaja se tornar mãe. É, portanto, o estado gravídico – e não a determinação da maternidade – que caracteriza a existência de um nascituro.

Por outro lado, indispensável compreender que as técnicas de modificação genética e a possibilidade de criação de híbridos humanos impactam o alcance e a abrangência do conceito legal de nascituro, o que, por conseguinte, influi na sua tutela. Mais do que isso, tais interferências na natureza humana ainda na fase embrionária repercutem de forma central não só na tutela do ser humano em formação no útero, mas sobretudo da própria pessoa já nascida. Tais experimentos colocam conceitos estruturais do Direito como Pessoa, Personalidade e Nascituro em profunda transformação. Ao manipular a natureza humana são infundáveis, sucessivas e desconhecidas as consequências possíveis. Se confirmada a possibilidade de "quimeras", parece que o requisito da forma humana do recém-nascido exigido no direito romano não será algo tão mirabolante ou fruto de milenares crenças populares.¹⁰²

Com efeito, os riscos incertos e desconhecidos aos seres humanos em razão da edição genética ou outras interferências científicas colocam o problema da instrumentalização da vida humana, mais uma vez, no epicentro das discussões e permitem novas formas de eugenia, o que devem ser de todo evitados em prol da plena proteção da pessoa humana e do próprio futuro da sua natureza e existência.

101. HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Jamini. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 44.

102. Segundo José Alves Moreira Alves, "[...] para o direito romano, ausência de forma humana, temho que é correta a tese que sustentei, no já longínquo ano de 1960, no sentido de que essa ausência ocorria não só – o que, como demonstrado, a crença popular admitia – quando o recém-nascido apresentasse configuração, no todo ou em parte, de animal, mas também – o que por vezes acontece na realidade – quando apresentasse ele deformidade notável, acarretando por força mesmo do vício, incompatibilidade com vida duradoura" (Uma vez mais sobre a forma humana no direito romano. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 25, n. 35, p. 135-141, jul./dez., 2009, p. 140).