

BIODIREITO

"O acelerado progresso da biotecnologia des-
corta dilemas éticos e jurídicos em que a
proteção da pessoa humana é desafiada de
muitas dimensões e rompe com a ordem natural das coisas, bem como desmistificam os designios sa-
grados 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 filiação quando se consideram as interferências no humano
advindas da inteligência artificial. A biotecnociência 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 biotecnistas 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 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, constatam-se pontuais avanços, como a promulgação da Lei de Biossegurança (Lei nº 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 nome 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 co-pitados.

Trecho de apresentação de Lívia Teixeira Leal e Vitor Almeida

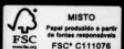
AUTORES

Ana Carolina Brochado Teixeira • Ana Carolina Velmovitsky • Beatriz Capanema Young • Caio Ribeiro Pires • Cássio Monteiro Rodrigues • Diogo Luna Moura • Eduardo Freitas Horacio da Silva • Elisa Costa Cruz • Felipe Zalman Saldanha • Filipe José Medon Afonso • Gabriel Schulman • Giovanna Cardoso Moretto • Heloisa Helena Barboza • Jonathan de Oliveira Almeida • Júlia Costa de Oliveira • Juliane Caroline Pannebecker • Lívia Teixeira Leal • Luiza Lopes Franco Costa • Maici Barboza dos Santos Colombo • Maria Carolina Bichara • Mari de Fátima Freire de Sá • Marina Duque Moura Leite • Paula Moura Francesconi de Lemos Pereira • Thiago Rosa Soares • Vitor Almeida

Siga a **EDITORIA FOCO** para
Dicas, Notícias, Lançamentos e Sorteios



@editorafoco
/editorafoco
@editora_foco



INDICADO PARA
ACADEMÍCOS E
PROFISSIONAIS

BARBOZA • LEAL • ALMEIDA

BIODIREITO

EDITORIA
FOCO

COORDENADORES

HELOISA HELENA **BARBOZA**

LÍVIA TEIXEIRA **LEAL**

VITOR **ALMEIDA**

BIODIREITO

TUTELA JURÍDICA DAS
DIMENSÕES DA VIDA

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

EDITORIA
FOCO

Coordenadores: Heloisa Helena Barboza, Lívia Teixeira Leal e Vitor Almeida

Autores: Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Carolina Velmovitsky, Beatriz Capanema Young, Caio Ribeiro Pires, Cássio Monteiro Rodrigues, Diogo Luna Moreira, Eduardo Freitas Horácio da Silva, Elisa Costa Cruz, Felipe Zaltman Saldanha, Filipe José Medon Alfonso, Gabriel Schulman, Giovanna Cardoso Moretto, Heloisa Helena Barboza, Jonathan de Oliveira Almeida, Júlia Costa de Oliveira, Juliane Caroline Pannebecker, Lívia Teixeira Leal, Luiza Lopes Franco Costa, Maici 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

Editor Acadêmico: Leonardo Pereira**Editora:** Roberta Densa**Assistente Editorial:** Paula Morishita**Revisora Sênior:** Georgia Renata Dias**Capa Criação:** Leonardo Hermano**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, Lívia 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. Velmovitsky, Ana Carolina. III. Young, Beatriz Capanema. IV. Pires, Caio Ribeiro. V. Rodrigues, Cássio Monteiro. VI. Moreira, Diogo Luna. VII. Silva, Eduardo Freitas Horácio da. VIII. Cruz, Elisa Costa. IX. Saldanha, Felipe Zaltman. X. Alfonso, 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, Lívia Teixeira. XVIII. Costa, Luiza Lopes Franco. XIX. Colombo, Maici 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

CDD 344.04197

CDU 34:57

Elaborado por Odílio Hilário Moreira Júnior - CRE-B/9949**Índices para Catálogo Sistêmico:**

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 do uso das questões públicas que, por serem atas oficiais, não são protegidas como Direitos Autorais, na forma do Artigo 8º, IV, da Lei 9.610/1998. Referida concessão 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 II 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. Solicitamos, outrossim, que o leitor faça a gentileza de colaborar com a perfeição 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](mailto: contato@editorafoco.com.br)
www.editorafoco.com.br

APRESENTAÇÃO

O acelerado progresso da biotecnologia desconta 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 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 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 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 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, constatam-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 d'pessoas transgênero no Registro Civil das Pessoas Naturais (RCPN), bem como de diversas Resoluções do Conselho Federal de Medicina que, em perspectiva deontológica, tratar da ortotanásia, das diretrizes antecipadas, da transexualidade e da reprodução assistida.

A presente coletânea é fruto da segura liderança e das provocações sempre pertinente 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 el 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 d'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 do Biodireito no país, com especial destaque para a publicação da obra *A Filiação em Fase 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, internação 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 diretrizes antecipadas de vontade, morte digna e transplante de órgãos.

As autênticas contribuições dos coautores têm uma linha firme de interpretação dos 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 reinovados 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 biotecnológico, como legítima expressão dos anseios humanos, tal 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 dão 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.

Lívia Teixeira Leal

Vitor Almeida

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	III
A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA NO LIMIAR 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 MERCIMENTO 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 VERSUS 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 Lívia 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

- Luiza Lopes Franco Costa 215

TESTAMENTO VITAL REALIZADO POR CRIANÇA

- Ana Carolina Velmovitsky 227

REFLEXÕES ACERCA DA VALIDADE E EFETIVIDADE DAS DIRETIVAS ANTICIPADAS DE VONTADE NO DIREITO BRASILEIRO

- Filipe José Medon Affonso 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?

- Maici 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 (UFRJ). 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 urgem, 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 controvérdias e sensíveis, descontinuando uma profunda transformação no alcance e na extensão da proteção do ser humano concebido no útero e do embrião humano criopreservado.

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 revisitá-los já antigos, mas que são ressignificados 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 camundongo importantes para o desenvolvimento de coração, olhos e pâncreas. Depois, foram introduzidas células-tronco de rato, capazes de gerar esses órgãos". Disponível em: <https://revistagalea.globo.com/Ciencia/noticia/2019/07/cientistas-espanhols-criam-ser-hibrido-de-humano-e-macaco-na-china.html>. Acesso em: 04.10.2019.

2. "Repetições Palindromas Curtas Agrupadas e Regularmente Interespacadas", ou "Crisp" na sigla em inglês. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/11/26/ciencia/1543224768_174686.html. Acesso em: 04.10.2019.

3. Cf., na doutrina de países de cultura romano-germânica, BARRO, Rodolfo Carlos. *Los derechos del nacer en el ordenamiento jurídico argentino*. Buenos Aires: Editorial Ábaco y Rodolfo Depalma, 1997; CATALANO, E. *Del nacimiento al nascituro*. Madrid: I. n. s. l., 1946. Sobre o tema na cultura 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; FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953; ALMEIDA, Silmara Juny Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000; e, SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro: aspectos civis, criminais e do biodireito*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey 2000.

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 obscuridate 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 escoreira compreensão da natureza jurídica do nascituro no direito pátrio. Duas orientações nortearam a doutrina, durante longo período, no tocante à categoria jurídico 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 Bassuma (PT-BA) e Miguel Martini (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 apensados 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, 11103/2018, 11148/2018, 2260/2019, 546/2019, 1006/2019, 1007/2019 e 1009/2019. Em 04.10.2019, o referido projeto de lei aguardava Designação de Relator na Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher.

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

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

personalidade no cenário normativo nacional já evocaria a revisitação do tema. Mas, além disso, o acelerado progresso biotecnológico e biomédico das últimas décadas também descrenta novas situações que envolvem diretamente a 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 (*reclitus*: 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 Cláudia 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 desencadeado 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 pão diante da constatação de sua insuficiência, mormente para fins de proteção dos interesses extrapessoais do concebido no útero feminino.

9. DINIZ, Debora. Entre o sonho, o tratamento e o vazio da lei. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 24.01.2009. p. 5.

10. PANCINO, Cláudia. Como nós éramos. Nascituros e fetos na história: entre imagens e imaginário. *História, Questões e Debates*, n. 47, Curitiba, PR: Editora UFPR, 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 pão, 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 guia 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 inaugurar-a 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 devem 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 impôs 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 abrigados 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 ardutamente 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, Constitutiva 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. FIUZA, 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 reposam na palavra grega *prósopon*, que originalmente servia para designar a máscara que os atores usavam com o objetivo de fazer ressoar às suas vozes. Gustavo Pereira Leite Ribeiro ressalta que “em sua evolução semântica, o termo [pessoal] 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 é, 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 subjetivo de determinada relação jurídica. Os sujeitos da relação jurídica eram, portanto, definidos como “os pontos terminais da linha em que figuramos a relação jurídica; são os suportes desta relação; as pessoas entre as quais ela se estabelece”.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 trilho, 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 coincidiram. 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 (subjetivo) 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 descarta 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 subjetivo das relações jurídicas, como sujeito de direitos subjetivos, frustra a exigência de conduzir a pessoa humana a categoria central do ordenamento jurídico, sobretudo de garantir e efetivar as dimensões do princípio da dignidade da pessoa humana. 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 extraí 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 subjetivas, 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 grego-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 *pessoa* 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 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. *Leviatão ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil* (Colleção “Os pensadores”). Trad. de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1974. p. 101, apud. MAR-

TINS-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. Id. *Ibid.*, 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, enquanto, nem sempre o núcleo do interesse mercedor 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 destacasse 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", inserta no art. 2º do Código Civil pretório, 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 os que a têm".³⁵

A respeito da conformação da noção de personalidade a luz da tábua 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 trilho, se posiciona César Fiúza: "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". FIÚZA, César. Op. cit., p. 87.

33. BARBOZA, Heloisa Helena. Verbe Capacidat. In: CASABONA, Carlos María Romeo (Dir.). *Enciclopedia de Biomedicina y Biotecnica*. Granada: Biblioteca Comaré 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 arrejo 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. TEPEDINO, 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: "[...] 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 ser 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. TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 25-62.

40. Cf. CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*, trad. de Alfonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Parte Geral do Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 35-58; SCHREIBER, Anderson. Os Direitos da Personalidade no Código Civil de 2002. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, 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; Savigny; Thon; Von Tuh; Enneccerus; Zitelmann; Crome; Jellinek; Rava; Simoncelli, dentre outros), que, no seculo passado, refutaram a categoria dos direitos da personalidade. Afirava-se, em sintese 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 solução formulada por Jellinek, para quem a vida, a saúde, a honra, não se enquadram 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". TEPEDINO, Gustavo. Op. cit., p. 25.

42. Por todos, v. MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. *Na 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 o nascimento com vida, o qual é aferido através da primeira troca oxícarbônica 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 da 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 prodiga 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 oxícarbônica 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: alternativas para a eutanásia? In: PEREIRA, Tânia da Silva; MENÉZES, Rachel Alsengart; 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 Assumpção ALVES leciona que: "Não se consideravam pessoas o *monstrum*, o prodígio e o portentum, termos interpretados pelos glosadores como designativos de crianças com forma animalesca, ou deformidades físicas graves, que era fantomaticamente atribuídas a *colitus 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 anencefálico. Considerando a laicidade do Estado brasileiro, o STF decidiu, portanto, que a prática de antecipação terapêutica do parto em caso de gravidez de feto anencefálico 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 asseguram 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 anencefálico é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cesar 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/DE; 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* c/c, passim; PAMPLONA FILHO, Rodolfo; ARAUJO, Ana Thereza Meirelles. *Tutela jurídica do nascituro* c/c 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: Sarávia, 1994; GALIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Sarávia, 2002, v. 1.

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*

possa falar em consensos. Aliás, não só a personalidade formal tem transbordado suas fronteiras conceituais, como igualmente se expande a tese do alcance dos direitos de personalidade aos nascituros.⁴⁸ Conforme se vê, há em curso um movimento expansionista para atribuir a personalidade subjetiva e objetiva aos seres em formação no útero. No entanto, defende-se que a titularidade de situações jurídicas extrapartimonial prescinde da atribuição em abstrato da personalidade jurídica, tendo em vista que a existência de centros de interesses mercedores de tutela por parte do ordenamento civil-constitucional brasileiro permite a concessão da titularidade de direitos extrapartimonial peculiares à fase de formação do nascituro no útero da mulher. O nascituro é, portanto, titular de direitos, ou melhor, titular de situações jurídicas subjetivas, não obstante o ordenamento não lhe tenha atribuído personalidade. Desse modo, conclui-se que o nascituro é titular de situações jurídicas subjetivas, seja de natureza patrimonial, extrapartimonial ou dúplice, ainda que ainda não seja considerado pessoa em termos jurídicos.⁴⁹

5. A ABRANGÊNCIA E O ALCANCE DO CONCEITO DE NASCITURO NO DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Tradicionalmente, o nascituro é caracterizado como o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno.³⁰ Esta delimitação conceitual encontra suas raízes no período republicano de Roma, tendo em vista que desde esta época se utilizava o termo técnico *qui in utero sunt* (aqueles que estão no útero) para se referir ao nascituro.³¹

em morais. Nascituro. Perda do pai. Dano moral. Quantum indenizatório fixado em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Indenização já concedida à esposa da vítima. 1. Considerando o dano moral como a lesão a direito do personalizado, deve-se advertil a caracterização de dano moral em relação ao nascituro, pois, além de seus direitos estarem resguardados (art. 2º, C/C 2002), a luz da teoria concepcionista, é o nascituro sujeito de direito. Precedentes do STJ.¹¹ (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma, AgrRg no REsp 1502970/DF, Rel. Ministro Sidney Beneti, 21/2/2013, 2013, publ. 07 maio 2013). “Apelação civil. Direito do consumidor. Responsabilidade civil. Pretensão indenizatória. Autora que, internada em trabalho de parto, foi vítima de abuso sexual praticado por médico de plantão. Sentença de procedência parcial. Irreparabilidade da lesão e da segunda ré. [...] Responsabilidade objetiva da clínica. Dano moral configurado. Quando a primeira autora, dano *in re ipsa*. No que refere à segunda autora, aplica-se a teoria concepcionista. Necessidade de comprovação do dano. Ausência de impugnação no recurso de apelação da segunda ré. Redução do quantum. No que concerne ao terceiro autor, marido da vítima, vislumbra-se o dano reflexo ou em ricochete. Verba compensatória dos danos que deve cumprir sua função punitivo-pedagógica. Maior valor do valor compensatório relativo ao primeiro e terceiro Autores. [...]” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro. 16º C.C., Apelação n. 0006293-85.2008.8.19.0063, Relator Des. Marco Aurélio Bezerra de Melo, julg. 22.11.2011).

11. Ver o caso de personalidade de pessoa jurídica. *Revista do Advogado* (São Paulo),

48. CHINELLATO, Silvana Jany de Abreu. Direitos da personalidade. In: SANTOS, São Paulo, n. 38, 1992, p. 21-30. E. Bioética e direitos de personalidade do nascituro: *Scientia Juris* (UEL), v. 7/8, 2003, p. 87-104. V, ainda, NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *O nascituro e os direitos da personalidade*. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

49. A respeito da titularidade de direitos pelo nascituro sem atribuição da personalidade, seja consentido remeter a ALMEIDA JUNIOR, Vitor Almeida. Personalidade, titularidade e direitos do nascituro: esboço de uma qualificação. *Revista de Direito Civil*, v. 1, n. 1-45, 2018.

Revista OAB/RJ | Edição Especial – Direito Civil, v. 1, p. 36.

50. S. Viana, Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 1, p. 36.

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

Convém, desde logo, consignar que o direito romano não apresentou uma orientação uniforme quanto à qualificação jurídica do nascituro.³² Conforme lição de André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria, parece “certo não haver no direito romano uma ‘doutrina uniforme sobre a condição do nascituro, problema que não pode ser apresentado em uma única fórmula, numa condensação mágica de textos contraditórios’.”³³ Alguns românticos registraram que no direito romano o nascituro, “antes de dado à luz, é uma parte da mulher ou de suas visceras”,³⁴ e que, portanto, se admitia o início da personalidade apenas no nascimento com vida.³⁵ Neste sentido, José Carlos Moreira Alves ensina que o nascituro “não é [...] ser humano – não preenche ainda o primeiro dos requisitos necessários à existência do homem: o nascimento”.³⁶ Ressalva o mencionado autor, no entanto, que “desde a concepção, já é protegido”, tendo em vista que a partir dos “princípios que foram enunciados pelos jurisconsultos clássicos, surgiu, no direito justinianeu, a regra geral de que o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*)”.³⁷

André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria concluem que “do direito romano post-clássico (sic) veio-nos a orientação considerando o nascituro como nascido, desde que tal ficção lhe fosse favorável”. Porém, o principal legado deixado pelo direito romano foram as dúvidas a respeito do inicio da personalidade civil.⁵⁸ Retornando à questão terminológica, segundo Pierangelo Catalano, “expressões menos frequentes ou mais tardias, como *conceptus*, *liberi nundum nati*, *qui nasci speratur*, encontram, variadamente, reflexos nos Códigos modernos”. O autor registra a título de exemplificação que o *Code Napoléon* e o Código Civil espanhol adotaram a terminologia de concebido, enquanto o Código Civil do Império da Áustria preferiu *ungeborne Kind* (criança ainda não nascida). O citado jurista observou, desse modo, que o uso de conceitos concretos, no plano normativo, “pode corresponder a ‘paridades’ entre *nascituro* e *nascido*”.⁵⁹ No entanto, ressalva-se que a partir das “traduções das obras de Savigny e Windscheid, estudiadas por ilustres românticos italianos, aprofunda a fratura conceitual entre *nascituros* e *nascidos*”, o que o levou a concluir que a “pandectística e a civilística europeias eliminaram conceitualmente a concretude da relação ‘naturalística’ entre *qui in utero est* e *homina*, contribuindo, assim, para a negação, no plano normativo, da paridade ontológica”.⁶⁰

Na experiência nacional, a influência do pensamento de Augusto Teixeira de Freitas no direito civil pôtrio, com a *Consolidação* e o *Esboço*, refletiu no uso da expressão *pessoas por nascer*, o que reforçaria a tese da paridade entre concebidos e nascidos, em razão do jurista considerar os nascituros como pessoas já existentes. A bem da verdade

52. Sobre o nascituro no direito romano, Cf. MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. Op. cit., p. 12-17; e, CATALANO, Pierangelo. Op. cit., p. 632-634.

53. MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. Op. cit., p. 15.

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

55. ESPÍN

334. *Journal of Health Politics, Policy and Law*, 38(2), 2012, 101–123.

56. ALVES, José Carlos Moreira

57. *Id. Ibid.*, p. 102.

58. MONTORO, Ane

59. CATALANO, Pierangelo. Op. cit., p. 632.

60. *Id. ibid.*, p. 634.

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 jurisconsulto 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 considerar-se-ão 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. CAMPILERI, 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 alguém direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter direito. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa”. MIRANDA, Francisco Cavalcantem Pontes de, 1892-1979. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsol, p. 162-163; “A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida só, 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 as pessoas, mas até as 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, dispõe 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* – método de reprodução humana assistida extracorpórea – é utilizada com sucesso desde 1978 quando nasceu o primeiro “bebê de prova” do mundo, Louise Joy Brown, que concretizou a possibilidade da concepção de um ser humano *in vitro*. BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 248.

68. Denominado ainda de excedentários ou supranumerários.

69. VASCONCELOS, Cristiane Beuren. A proteção jurídica do ser humano *in vitro* na era da biotecnologia. São Paulo: Atlas, 2006, especialmente, p. 72 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 constitucionalidade (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 constitucionalidade 3.510, impetrada pelo então Procurador-geral da República, Cláudio 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 as demais fases constitutivas do ser humano. É preciso, no entanto, realmente extremar aqueles que já foram concebidos e se encontram em gestação – os nascituros –

74. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510-DF: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Britto. Julg. em 29 maio 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso 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.

dos embriões que se encontram criopreservados – os *conceptus*, 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 transitóridade 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 do ato ocorrer dentro ou fora do corpo da mulher. Assim, há técnicas intra-

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, após o itinerário ponderativo, neste caso realizado pelo Legislativo e confirmado pelo Judiciário, entende-se que a proteção da saúde e, mesmo, da manutenção do direito à vida das pessoas já nascidas prepondera a partir de uma clivagem constitucional frente à proteção do embrião humano. No entanto, a própria Constituição em seu art. 199, § 4º, proíbe a comercialização de embriões humanos e a legislação ordinária tipifica, inclusive, 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 coisificação do embrião humano.

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

corpóreas, em que a fertilização ocorre no interior do corpo da mulher, compreendendo as hipóteses de inseminação artificial (AI), que consistem na introdução do sêmen no aparelho reprodutivo feminino. E, há também, as extracorpóreas, nas quais a fertilização do óvulo se dá em laboratório, fora do corpo da mulher, caso da fertilização in vitro (FIV). Nos casos das técnicas extracorpóreas em que fertilização do óvulo ocorre em laboratório para posterior implantação no útero feminino.

Cabe observar que a concepção é um termo que tem conceito médico,⁸¹ nascituro não. São termos que não se confundem, pois todo nascituro (o que está para nascar) foi concebido, mas nem todo concebido é um nascituro (caso dos embriões congelados). O problema está em entender como nascituros os embriões já concebidos, mas que não se encontram em gestação (e que poderão nunca ser gestados) e atribuir-lhes a mesma situação dos que estão na fase gestacional.

Ainda que concepção seja um termo oriundo da literatura médica, deve-se investigar qual o significado que o legislador civil utilizou. Os termos "concepção" e "concebidos" surgem ao longo da codificação atual em cinco dispositivos, a saber: (i) no art. 2º se asseguram os direitos do nascituro desde a concepção; (ii) a presunção criada para os filhos havidos na constância do casamento e frutos das técnicas de reprodução assistida, nos termos do art. 1.597, inciso III, IV e V; (iii) a prova da impotência à época da concepção ilide a presunção de paternidade, conforme previsto no art. 1.599; e, por fim, (iv) na ordem de vocação hereditária geral, imposta no art. 1.798, e (v) na testamentária, estabelecida no art. 1.799, inciso I, além da substituição fideicomissária, conforme reza o art. 1.952, todos do Código Civil vigente.

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

A referência ao ente ainda não concebido remonta à figura da prole eventual, admitida pelo Código Civil de 1916 no artigo 1.718. À luz da codificação anterior, a prole eventual seria beneficiada da sucessão testamentária, desde que seus futuros pais fossem vivos no momento da abertura da herança. De acordo com Orlando Gomes, os “nascituros não concebidos”, como ele prefere denominar, “têm capacidade sucessória, se filhos forem

de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão ou se instituídos por substituição fideicomissária, hipótese em que não se exige o laço de parentesco”.⁸² Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama, o inciso I do art. 1.799 do Código Civil vigente “repete, com redação aperfeiçoada, a regra da parte final do revogado art. 1.718, CC de 1916”.⁸³ Assim, à luz da codificação vigente, admite-se que “a título excepcional, [...] na sucessão testamentária haja vocação hereditária da parte eventual de determinada pessoa existente na época do falecimento do testador”.⁸⁴

Doutrina contemporânea critica a insistência da doutrina em utilizar a expressão "prole eventual", "em boa hora abandonada pelo Código Civil", preferindo adotar a dicção "filiação eventual". Sustenta que a mudança é salutar, na medida em que soterra as "infundáveis discussões, pois se questionava se 'prole eventual' contemplava ulteriores descendentes, como netos ou bisnetos da pessoa indicada no testamento".⁸⁵ A redação aperfeiçoada não deixa mais dúvida de que somente poderão ser nomeados como herdeiros testamentários os filhos não concebidos da pessoa indicada pelo testador.

A doutrina aponta, contudo, que, por força do princípio constitucional da plena igualdade entre os filhos, o vínculo de filiação entre a pessoa indicada no testamento e o herdeiro contemplado pode ter qualquer origem. Ou seja, a expressão "filhos ainda não concebidos" (art. 1.799, inciso I) contempla, além da filiação consanguínea: "(a) o filho resultado da reprodução assistida heteróloga (CC 1.597 V); (b) o que detém a posse do estatuto de filho; e (c) o filho cuja adoção ocorrer depois da morte do adotante (CC 1.628)".⁶⁶ Desse modo, a capacidade sucessória testamentária na filiação eventual pode abranger aqueles embriões pré-implantatórios, desde que sejam implantados no útero da mulher para gestação e nasçam com vida no período de dois anos, conforme determina o § 4º do art. 1.800.

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

O Código Civil de 1916 não dispôs sobre a capacidade para suceder na sucessão legítima do nascituro, embora doutrina e jurisprudência lhe estendessem este direito.⁸⁷

quato de Oliveira (Coord.), *Bioética, biodireito e o Código Civil*. Belo horizonte: Del Rey, 2004; e *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização "in vitro"*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

81. Sobre a literatura médica: "É muita grande o interesse no desenvolvimento humano antes do nascimento, grande parte pela própria curiosidade sobre os primórdios da nossa formação e também pelo desejo de melhorar a vida. Os intrincados processos pelos quais um bebé se desenvolve a partir de uma única célula são minuciosos [...]. O desenvolvimento humano é um processo contínuo que se inicia quando um óvulo (óvulo) de uma fêmea é fertilizado por um espermatozoide de um macho". Esclarece-se, ainda, que "[...] é difícil determinar exatamente quando a fertilização (concepção) ocorre, porque o processo não pode ser observado em 'vivo (no interior de 'corpo vivo')'. É consensual, no entanto, que o 'zígoto é o inicio de um novo ser humano (ou seja, um embrião)", sendo definido como "a 'célula resultante' da união do óvulo ao espermatozoide durante a fertilização". MOORE, Keith L.; PERSAUD, T. V. N.; TORCHIA, Mark G. *Embriologia clínica*. 7. ed. Trad. de Adriana Brulino do Nascimento. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 1-3.

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

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

84. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Op. cit., p. 44.

85. DIAS, Maria Berenice. *Manual das sucessões*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 337.

87. *Id. ibid.*, p. 339.

87. Na verdade, o Código Civil de 1910 previa somente a capacidade para adquirir por testamento. O artigo 1.711 dispunha: "Podem adquirir por testamento as pessoas existentes ao tempo da morte do testador, que não forem por este Código declaradas incapazes". No dispositivo subsequente, o legislador pretendeu esclarecer quem eram os absolutamente incapazes de adquirir por testamento ("Art. 1.718. São absolutamente incapazes de adquirir por testamento os indivíduos não concebidos até a morte do testador, salvo se a disposição deste se referir a prole).

Em relação à capacidade sucessória para adquirir por testamento, o Código preteriu tratou o assunto de maneira assimétrica 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, art. e § 5º, ambos da Constituição Federal).⁸⁸

A questão da reprodução assistida *post mortem* gera infundáveis 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 afronta 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

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 neste 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 postuma em analogia ao art. 1800, § 4º, pois “esta limitação não tem qualquer justificativa”. Afirma que a “tentativa de emprestar 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 demonstrar profundamente restritiva e prejudicial ao filho posteriormente gerado, por outro lado, propicia grande inseurança 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 Judicários 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,

eventual de pessoas por ele designadas e existentes ao abrigo da sua existência". 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 só de dever 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. rev. e vi., p. 174).

8. GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Op. cit.*, p. 43.

9. Rose Melo Vencelau Mertele entende que "acolher a possibilidade de uma pessoa ser concebida sem pai, é frustrá-la do convívio familiar e, principalmente, afrontar sua dignidade. A criança tem direito a biparentalidade", refutando 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. Desse modo, se a hipótese do legislador estimular certas situações, daquela em que se protege uma situação em que venha ocorrer, como na concretização da família monoparental" (*O perigo da filiação*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 56).

10. MELLO, Ana Paula. *Op. cit.* Gilmar Mendes ressalta que "é fundamental garantir o direito de família".

90. Neste sentido, v. CHINELATO, Silmara Juny. *Comentários ao Código Civil: parte especial*. São Paulo: Vol. 18 (arts. 1.591 a 1.710). AZEVEDO, Antônio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Sarávia, 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.

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

^{91.} DIAS, Maria Benedita. Op. cit., p. 122 e 124.
 Na verdade, a regio 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 'técnicas 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 coeundi), quer para procriar (impotência generandi), acaba se esvaziando" em razão da alta probabilidade de certeza do vínculo genético afiançado pelo exame de DNA. É claro que o fenômeno da "sacralização" do DNA deve ser afastado, 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 de 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

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 Congresso Brasileiro de Direito de 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 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.

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 mercedores de tutela cuja titularidade é imputada aos nascituros mantêm-se nas situações de gestação de substituição, mesmo em face da gestante substituta, que passa a ter que, eventualmente, se sujeitar aos direitos extrapartimoniais do nascituro prevalecentes 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 biotecnologia se tornou possível que outra mulher geste no lugar daquela que planejou e deseja se tornar mãe. É, portanto, o estado gravídico – e não a determinação da maternidade – que caracteriza a existência de um nascituro. Em termos jurídicos, é com a concepção do nascituro – nos casos de reprodução natural – que se inicia a gestação, cujo termo inicial as ciências médicas reputam ser a nidação¹⁰⁰ 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 substituta, mãe gestacional, mãe substituta.

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 restrinida pela Resolução CFM 2.168/2017. Além de vedar o caráter comercial ou lucrativo, a Resolução restringe ate o quarto grau de parentesco as doadoras temporárias de útero. Não se olvida que a matéria gera profunda controvérsia no que tange à atribuição da maternidade, desafiando o brocardo romano *mater semper certa est*. No entanto, tal discussão logo des estreitos objetivos deste trabalho. Sobre o assunto, seja permitido remeter à Guilherme Calmon Nogueira de Gama. *A nova filiação – O Biotribo e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, passim, e, Belmiro Pedro Welter. *Identidade 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. Gestação por outrem e determinação da paternidade: "mãe de aluguel". *Anais do I Congresso Brasileiro de Biotribo*. Porto Alegre, out., 2000, p. 144-153.

100. Regista Silmara J. A. Chinelato e Almeida que a "gravidez começa com a nidação (isto é, quando oovo se implanta no endométrio, revestimento interno do útero)" (Op. cit., p. 11). Insta consignar que o inicio da gestação é, logo, a concepção do nascituro no útero feminino é definido pelas ciências biomédicas, restando ao Direito acompanhar a evolução científica para definir o momento em que ocorre a concepção – fato que inicia a proteção ao nascituro no direito brasileiro.

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 controvérsia 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 “fracassa toda tentativa de alcançar uma descrição ideologicamente neutra e, portanto, sem prejuízos, [...] 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 biotecnologia se tornou possível que outra mulher (gestante substituta) geste no lugar daquela que planejou e deseja se tornar mãe. É, portanto, o estatuto 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, influí 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 infinitáveis, 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 e 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 eugenismo, 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 Jannini, 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 44.

102. Segundo José Alves Moreira Alves, “[...] para o direito romano, ausência de forma humana, tenho que é correta a tese que sustente, no já longinquio ano de 960, 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, a carregando 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).