

José dos Santos Cruz

**O nascituro dentro da perspectiva científica e
do direito civil**

**UNISAL
SÃO PAULO
2009**

José dos Santos Cruz

**O nascituro dentro da perspectiva científica e
do direito civil**

Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do título de especialista em direito civil e processo civil no Curso de Especialização “lato sensu” do Centro Universitário Salesiano de São Paulo.

**UNISAL
SÃO PAULO
2009**

Comissão Julgadora

Aos promotores e defensores da vida humana apresento
minha comunhão e estima. Saúde, paz e esperança.
“... todos tenham vida plenamente.” (João 10, 10)

Agradeço a Deus pela minha mãe e mães que acolheram com amor uma nova vida em seu ventre e ardorosamente zelaram pelos seus filhos.

“Bendito és o fruto do vosso ventre.” (Lucas 1, 42)

“a vida humana é sagrada: mesmo a partir da sua origem (...). Quem viola as leis da vida, ofende a Divina Majestade, degrada-se a si e ao gênero humano, enfraquece a comunidade de que é membro.”

(Papa João XXIII. Encíclica Papal *Mater et Magistra*, 1961, número 193)

RESUMO

O presente estudo estabelece o debate sobre problemática do início da vida humana relacionada à personalidade jurídica. O direito à vida dos embriões humanos que se encontram na condição de *in vivo* (no ventre materno) e *in vitro* (fertilização artificial em laboratório), a equiparação dos embriões oriundos da fertilização *in vitro* a condição de nascituro e os temores da pesquisa científica em células-tronco embrionárias humanas. Trata da personalidade jurídica do nascituro e seus direitos (filiação, alimentos, sucessão, indenização por danos morais decorrentes dos direitos da personalidade, fixação do dano moral), sendo à vida o direito primaz e fundamental do nascituro decorrente do Estado Democrático de Direito. Nosso escopo é conscientizar da necessidade de amparo da vida humana desde a sua origem (concepção – fecundação), acolhendo-a de forma fraterna, honrosa e o respeito da dignidade do nascituro com reflexos efetivos no direito da sociedade humana.

Palavras Chaves: células-tronco; direito à vida dos embriões humanos; o nascituro e seus direitos.

Sumário

O nascituro dentro da perspectiva científica e do direito civil

Introdução	01
Capítulo I – A vida humana	
1.1 O início e o desenvolvimento da vida humana	02
1.2 As correntes sobre o início da vida humana	04
1.2.1 A visão concepcionista	05
1.2.2 As correntes genético-desenvolvimentistas	06
Capítulo II – O direito à vida dos embriões humanos	
2.1 Das células-tronco	10
2.2 Da reprodução assistida e a fertilização <i>in vitro</i>	11
2.3 O direito à vida dos embriões humanos	13
2.4 Dos dispositivos jurídicos acerca dos embriões humanos	16
2.5 A constitucionalidade do art. 5º, Lei n.º 11.105/2005	23
2.6 A problemática da pesquisa científica em células-tronco embrionárias humanas	26
Capítulo III – Os direitos do nascituro	
3.1 A dignidade da pessoa humana	30
3.2 A pessoa humana e os direitos da personalidade	31
3.3 A problemática da personalidade jurídica do nascituro	34
3.4 O nascituro e seus direitos	40
3.5 Direito do nascituro a alimentos	44
3.6 Direito das sucessões e filiação	45
3.7 Da capacidade processual do nascituro	48
3.8 Noções de dano patrimonial e moral	49
3.8.1 Da personalidade aplicada aos danos morais ao nascituro	50
3.8.2 Da indenização por dano moral ao nascituro.....	52
3.8.3 Da fixação do dano moral	57
Conclusões	60
Referências	64

Introdução

O presente estudo analisa os direitos do nascituro desde a concepção com as modernas técnicas de reprodução assistida, a problemática dos embriões humanos excedentes originários da fertilização *in vitro* e os limites a serem observados na utilização de células-tronco embrionária humanas em pesquisa científica.

A garantia da Constituição Federal da inviolabilidade do direito à vida aplicada ao nascituro e aos embriões humanos excedentes não implantados no útero materno, a preservação da vida humana em todos os sentidos e fases do processo de desenvolvimento.

No primeiro capítulo apresentamos sucintamente o início do processo de desenvolvimento da vida humana e as teorias formuladas no sentido de determinar o início da vida humana dando-se subsídios para posterior análise de suas implicações jurídicas decorrentes.

A seguir trazemos um breve apontamento sobre os valores inerentes ao ser humano que assegurem o respeito ao direito fundamental à vida e tratamos da problemática da pesquisa científica utilizando-se de células-tronco embrionárias humanas, demonstrando os interesses envolventes, a ameaça eugênica, a origem das células-tronco, das técnicas da reprodução assistida, a expectativa de terapia, os riscos passíveis aos seres humanos, os questionamentos éticos, a regulamentação jurídica dos embriões humanos excedentes e a decisão do Supremo Tribunal Federal.

No terceiro capítulo estabelecemos o debate sobre a personalidade jurídica do nascituro como projeção existencial da natureza humana e suas implicações na esfera dos direitos da personalidade, aos alimentos, sucessão, filiação, os danos indenizatórios a pessoa do nascituro com a fixação do *quantum debeat*.

Capítulo I

A vida humana

1.1 O início e desenvolvimento da vida humana

A embriologia trata da problemática da formação e desenvolvimento de embriões humanos que se inicia através da fecundação de células germinativas com uma rápida seqüência de divisões celulares. O desenvolvimento humano se inicia pela fecundação, gerando o zigoto ou ovo, que passará por três fases sucessivamente: mórula, blástula e gástrula.

O que podemos entender por desenvolvimento humano em termos embriológicos?

Trata de um processo de atos contínuos e organizados que se iniciam no momento da fecundação de óvulo por um espermatozóide e seu término com a morte. O desenvolvimento é o fluxo irreversível do processo existencial da vida ao longo do eixo do tempo. É um processo claramente ordenado, tanto na estrutura quanto funcionalmente, progressivamente, culminando na formação de um indivíduo.

A fertilização ocorre quando um espermatozóide se une a um ovócito para formar uma única célula: o zigoto. Trata-se de uma célula totipotente com capacidade para desenvolver completamente um indivíduo. O zigoto, quase invisível a olho nu é apenas um pequenino grão e contém os cromossomas, os genes derivados da mãe e do pai. O zigoto unicelular divide-se muitas vezes e vai se transformando de forma progressiva em um ser humano multicelular, através de divisão, migração, crescimento e diferenciação das células.

O zigoto se divide em clivagens de 2,4,8..16..32.., ao atingir o estágio mórula fica com uma aparência oval e maciça, segue para o estágio blástula, onde ele fica oco, separado em micromeros e macromeros e a parte oca dentro é o blastocele, logo vem o estágio Gástrula, onde a parte dos micromeros vai se

afundado até que forma o hostóporo, que encosta na cavidade dos macromeros, parecendo um copo. A fase de blástula até a gástrula se chama Gastrulação, conforme relata a ciência atual, principalmente, no campo da embriologia.

Os obstetras calculam os estágios e a duração da gestação a partir do último período menstrual. Já os embriologistas preferem calculá-la a partir da ovulação.

Vejamos o processo de reprodução humana nas palavras de Marília Bernardes Marques:¹

O óvulo fecundado inicia seu processo de divisão celular e, pelo menos até o estágio em que atinge oito células, denominado mórula, considera-se que as primeiras células resultantes dessa divisão possuem capacidade para diferenciação total (totipotência) (...) entre cinco e sete dias, segue-se o estágio denominado blastócito, quando o conjunto dessas células precoces ganham a forma de uma bola, com uma cavidade internas. Nesse blastócito, as células se agruparão em uma camada mais externa, de nome trofoblasto. É esse conjunto denominado trofoblasto que dará origem à placenta e aos anexos embrionários. Outras células se agruparão em uma capa que reveste a cavidade interna do blastócito, formando uma espécie de parede interna, com cerca de trinta células-tronco ditas embrionárias. Será a partir dessa camada de células mais interna que se dará o processo comumente denominado organogênese, ou seja, de gênese de vários órgãos que um organismo adulto possui. São, portanto, células dotadas de pluripotência, de capacidade de engendrar as mais de duas centenas de tecidos que compõem o corpo de um embrião humano, menos a placenta e os demais anexos embrionários e fetais, que por isso são ditas pluripotentes e não totipotentes. Essas são as células-tronco embrionárias com as quais muitos almejam realizar pesquisas.

Façamos agora uma simples linha indicativa seqüencial apresentando os estágios de formação e desenvolvimento embrionário:

_____ fertilização (encontro das células germinativas) -

_____ concepção (fusão do ovócito com o espermatozóide – próximo de 12 horas após a fertilização) -

_____ início da subdivisão celular -

_____ aparecimento da mórula e depois da blástula -

¹ Marques, Marília Bernardes. *O que é célula-tronco*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 25-26.

_____ fixação no útero _____ atividade contráctil -
_____ começo do sistema nervoso (por volta de 30 dias) -
_____ córtex cerebral.

1.2 As correntes sobre o início da vida humana

Quanto à tentativa de estabelecer um marco inicial para o começo da vida humana/embrião, com base nas evidências experimentais e utilizando da observação das etapas do desenvolvimento embrionário foram apresentadas diversas correntes ou teorias do início processo vital da vida humana com a finalidade de legitimar os projetos de lei ou estatutos jurídicos acerca do embrião humano e da necessidade de balizar políticas públicas relacionadas às pesquisas científicas no campo da engenharia genética, principalmente, em células-tronco embrionárias humanas.

Em geral, os pensadores apresentam a formulação de duas correntes/teorias básicas para determinar o início do processo vital do ser humano, classificando-as como concepcionista e genético-desenvolvimentista.

Alguns autores referem-se a essas correntes/teorias empregando outras expressões como tese do momento da fecundação, tese das fases sucessivas, visão evolutiva, dentre outras. As teorias partem sempre dos estágios de formação e desenvolvimento embrionário.

Há ainda a corrente filosófica que apresenta o embrião humano como uma pessoa humana apenas em potencial, mas não o é em ato. Deixa de identificar o embrião como uma pessoa humana, todavia não o reduz ao status de mero aglomerado de células. Quanto ao direito aplicado, persiste a questão de saber quando o embrião será considerado uma pessoa em ato (matéria minimamente formada) para as implicações jurídicas ao caso, ou seja, equiparação à qualidade ou condição de nascituro.

1.2.1 A visão concepcionista

É a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, a vida do ser humano começa com fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide, a partir deste momento o embrião passa a gozar da plena condição humana. A teoria concepcionista defende a tese da fusão das duas células germinativas, formam um novo ser humano (zigoto) dotado de um sistema único e distinto dos genitores.

Deveras, o zigoto, embrião humano unicelular, possui uma identidade genética própria e irrepetível, contendo todas as características em potencial de um ser humano adulto (identidade genética – genoma). O ser humano possui o mesmo genoma durante toda a sua existência, desde o zigoto até a morte.

Com base nesta realidade, Jérôme Lejeune², professor de genética, premiado geneticista francês, descobridor das causas da síndrome de Down, mundialmente reconhecido, confirma:

Não quero repetir o óbvio, mas na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos femininos, todos os dados genéticos que definem um novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato. (...)

Se logo no início, justamente depois da concepção, dias antes da implantação, retirássemos uma só célula do pequeno ser individual, ainda com aspecto de amora poderíamos cultivá-la e examinar os seus cromossomos. E se um estudante, olhando-a ao microscópio não pudesse reconhecer o número, a forma e o padrão das bandas desses cromossomos, e não pudesse dizer, sem vacilações, se procede de um chimpanzé ou de um ser humano, seria reprovado. Aceitar o fato de que depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano desde a sua concepção até sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental.

As expressões fertilização e concepção não são sinônimas, representam estágios do processo de geração humana. Fertilização ocorre no momento da

² Lejeune, Jérôme apud Vasconcelos, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 37-38.

penetração do espermatozóide na zona pelúcida do óvulo. Após a penetração, é necessário decorrer o lapso temporal aproximado de 12 horas para ocorrer à fusão germinativa consubstanciando a concepção. Desta verificação surgiu a teoria da singamia (início da vida no momento da fertilização) e a teoria da cariogamia (início da vida no momento da concepção). Entretanto, o curto lapso temporal do fenômeno germinativo e a evidente dificuldade prática para averiguação do momento da fertilização ou da concepção que acabamos por reduzir as expressões como sinônimas.

1.1.2. As correntes genético-desenvolvimentistas

Esta teoria relaciona o início da vida humana com base em uma das etapas seguintes do desenvolvimento embrionário após a concepção. Desse modo, são apresentadas diversas teorias com base nesta linha de pensamento:

a) Teoria da nidacão

A vida humana se inicia com a fixação do ovo no útero da gestante. Argumentam que com base na gestação natural sem a ocorrência da fixação no útero o embrião não teria condição para desenvolvimento. Todavia com os avanços científicos já é possível o êxito da gestação por outros meios. Esta teoria é de vital importância para o diagnóstico de gravidez não sendo, entretanto, razoável a sua aplicação no campo ontológico relativo ao início da vida.

b) Teoria da formação do sistema nervoso

Esta corrente condiciona o início da vida humana com o aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central que ocorre entre o décimo quinto dia e o quadragésimo dia do desenvolvimento embrionário. Deveras, a atividade cerebral começa a ser registrada a partir da oitava semana de desenvolvimento embrionário.

Esta corrente afirma que somente com a verificação de transmissão de impulsos elétricos cerebrais é que se pode afirmar o início especificamente de uma vida em termos de humanidade. Antes disso, reconhece apenas o início da vida animal enquanto a vida humana começaria apenas com a formação dos impulsos cerebrais que dotariam o ser humano de consciência.

Curiosamente, Dráuzio Varella³ adotou esta posição. Vejamos:

A vida se iniciaria com a formação do zigoto ou mesmo antes, mas a condição humana só começaria a ser esboçada ao surgirem os primeiros espasmos da atividade cerebral, lá pela décima segunda semana de gestação, fase em que o embrião pesa menos de 15 gramas. Antes disso, seríamos apenas um grupamento de células não muito diferente dos embriões de aves ou sapos.

Infelizmente, não podemos de forma alguma adotar este entendimento porque estamos diante de uma vida humana, e na prática, o que realmente verificamos, é a tentativa de legitimar a utilização de embriões humanos para atender fins meramente econômicos e políticos. Assim, tenta-se justificar a morte de embriões e fetos com argumentos despidos de fundamentos científicos, tais como: não sabemos quando de fato começa a vida do ser humano ou o embrião humano é apenas um amontoado de células.

Será mesmo que o embrião é apenas um amontoado de células? As células-tronco são meras células comuns?

Na realidade se trata da vida humana em seus primeiros estágios e as células-tronco são magníficas porque dotadas da capacidade de originar um indivíduo completo e em outros tecidos específicos do corpo humano dentre outras utilidades, daí advém o entusiasmo dos estudiosos, o interesse dos entes empresariais e das indústrias farmacêuticas.

Argumentam que o embrião humano não tem cérebro sendo comparável à morte cerebral e o embrião com menos de 14 dias não tem consciência porque não tem tecido neural. Ora, sem procedência tais argumentos, uma vez que a

³ Varella, Dráuzio. "Ilustrada". *Folha de São Paulo*, 25 jan. 2006, p. E12.

morte cerebral é uma situação irreversível - não havendo maneira de recuperar os neurônios mortos, o que não ocorre no presente caso, o embrião dispõe das células pluripotentes para originar o cérebro.

Stella Maris Martínez⁴, demonstrando a fragilidade desta teoria esclarece:

No entanto, encontramos-nos frente a situações conceitualmente diversas, já que não é comparável o caso da morte cerebral, onde se detecta uma suspensão irreversível da função, com a do embrião, onde essa emissão elétrica é a culminação de um processo de formação do sistema nervoso central, desenvolvimento inequivocamente iniciado com o aparecimento do sulco neural.

c) Teoria do pré-embrião

Posiciona esta teoria que até o 14^o dia após a concepção não existe uma pessoa humana, apenas uma célula progenitora dotada da capacidade de gerar um indivíduo. Afirmam que a partir do 14^o dia aparecem os sinais da linha primitiva de organização e estruturação do corpo embrionário, ocorrendo à perda da qualidade de totipotência das células que constituem o embrião e a impossibilidade até o 14^o dia de detecção de gêmeos monozigóticos.

Na verdade, a teoria do pré-embrião legitima e soluciona a problemática da experimentação científica em embriões humanos eliminando os empecilhos decorrentes da manipulação da vida humana, já que os pré-embriões não são mais considerados portadores da condição de seres humanos ou nascituros.

Esta visão muito questionada e debatida pela comunidade científica destina atender as indústrias farmacêuticas de engenharia genética que objetivam a todo custo liberar as pesquisas utilizando-se das células-tronco embrionárias. O chamado de “pré-embrião” passa a ser considerado um bem ou uma coisa na esfera do direito podendo seu proprietário instrumentalizar o embrião na forma que melhor aprouver, resultando em praticas de experimentações para

⁴ Martínez, Stella Maris. *Manipulação genética e Direito Penal*. São Paulo: Ibccrim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998, p. 87.

obtenção de tecidos; transferência nuclear de célula somática; produção comercial de embriões para atender o mercado da engenharia genética; a realização das mais diversas combinações e manipulações genéticas para fins pouco recomendáveis.

Capítulo II

O direito à vida dos embriões humanos

2.1 Das células-tronco

As células-tronco são denominadas ou conhecidas pelos nomes de células-mãe, células estaminais, encontrando-se presente no estágio inicial do desenvolvimento embrionário.

As células-tronco embrionárias são geneticamente manipuláveis e podem ser congeladas e clonadas. Embriões, espermatozoides e óvulos têm possibilidade de permanecerem em estados de vidas latentes durante anos, uma vez devidamente congelados em elevada temperatura negativa. Para sair do estado de crioconservação são aquecidos e depois utilizados em pesquisas normalmente.

De acordo com Marília Bernardes Marques:⁵

(...) as cerca de 75 trilhões de células que constroem um corpo humano derivam das células-tronco e também, à medida que crescemos e envelhecemos, são elas que repõem os tecidos danificados ou enfermos. Graças a essa habilidade, atuam como um verdadeiro sistema reparador do corpo, fazendo a substituição das células ao longo de toda a vida de um organismo.

As células-tronco extraídas dos embriões têm ainda a capacidade de se transformar, dividindo-se, originando outras células idênticas, num processo também conhecido por diferenciação celular, convertendo-se em outros tecidos do corpo, como ossos, nervos, músculos e sangue. Daí advém a importância das células-tronco, principalmente, na aplicação terapêutica para recuperar tecidos danificados. É uma tentativa esperançosa aos doentes no combate das mais diversas doenças.

⁵ Marques, Marília Bernardes. *O que é célula-tronco*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 9.

As células-tronco também podem ser extraídas de outras partes do corpo humano além do embrião (medula óssea, sangue, fígado, placenta, cordão umbilical, dentre outras).

Contudo, não é possível afirmar se tratar plenamente seguro, eficaz e confiável os tratamentos envolvendo o uso de células-tronco embrionárias humanas, principalmente, diante das imprevisíveis implicações decorrentes destas experimentações que podem ocorrer ao longo do tempo nas cobaias humanas e futuras gerações.

2.2. Da reprodução assistida e a fertilização *in vitro*

Há muitos fatores na vida factual que interferem na incapacidade de procriação humana que podem ser de ordem física, orgânica, social, psicológica dentre outras. Tendo o escopo de sanar as dificuldades na geração da prole a medicina desenvolveu modernas técnicas de fecundidade como a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*.

A fertilização *in vitro* (ectogênese) consiste em retirar óvulos (gameta feminino) e espermatozoides (gameta masculino), fecundando-os em laboratório e posteriormente realizando a transferência de embriões humanos selecionados para o aparelho reprodutor feminino com a finalidade de procriação. Daí surge à problemática dos embriões excedentes que não foram transferidos por razões de viabilidade ou devido à impossibilidade de transferir mais de 04 (quatro) embriões sob pena de graves riscos de gravidez.

A inseminação artificial consiste na introdução direta do espermatozoide coletado e selecionado para a cavidade uterina no período de fertilidade da mulher.

Temos fecundação homóloga para fins do direito quando é realizada com gametas dos cônjuges e fecundação heteróloga quando se utiliza gameta de

um doador, conforme analisaremos detalhadamente no estudo sobre direito das sucessões.

Na fecundação *in vitro* todos os processos fisiológicos: maturação folicular, fertilização e desenvolvimento embrionário são obtidos em laboratório (*in vitro*), fora do útero materno. É um processo de manipulação dos óvulos da mulher com vários espermatozóides em um tubo de ensaio para o fim de obter a fecundação e a formação de embriões. A duração desta experimentação *in vitro*, fora do organismo materno, é de aproximadamente de 48 horas. As células germinativas são colocadas no meio de uma cultura especial a 37°C, donde resultará a fecundação e formação embrionária, posteriormente dois a quatro embriões formados serão selecionados (os considerados mais saudáveis e viáveis), dependendo das condições da paciente, e transferidos para a cavidade uterina por meio de cateter. Os embriões excedentes rejeitados são congelados a uma temperatura de aproximadamente -196°C, visando futuras utilizações de procriações ou destinado para fins de pesquisa.⁶

O processo mediante inseminação artificial difere da fertilização *in vitro* porque se processa a fertilização *in vivo*, não há qualquer manipulação externa de óvulo ou embrião, ocorre apenas transferência de gametas masculinos para o aparelho reprodutor feminino.

As implicações são diversas da utilização das técnicas de reprodução assistida, tanto na esfera jurídica, política, econômica e social, tais como: excedentes de embriões, dupla paternidade, paternidade de *post mortem*, sucessão testamentária, filiação, o direito de propriedade dos embriões (pertencem aos pais ou as Clínicas e institutos de pesquisas ou, ainda, ao Estado), os questionamentos de fundo ético, filosófico, religioso e a própria viabilidade do experimento, dentre tantas outras.

⁶ Sobre as etapas do procedimento da fertilização *in vitro* - disponível em: <http://www.projetobeta.com.br/servicos.asp>. Acesso em 23.abr. 2009

O debate não se resume apenas aí. Temos as complicações de natureza de saúde pública. Para ter idéia desta problemática no campo da saúde, mesmo descartando as preocupações jurídicas, sociais, ética e humanística, limitando-se apenas na área da saúde verificamos o aumento considerável dos riscos de complicações durante a gravidez para as mulheres que utilizam alguma técnica de reprodução assistida, principalmente a fertilização *in vitro*, como exemplo de geração de filhos com má formação e de paralisia cerebral. E mais, os filhos decorrentes destas experimentações são manipulados tendo em vista a seleção dos embriões levando em conta apenas o fenótipo do novo indivíduo como sexo, cor de olhos e de pele.

2.3 O direito à vida dos embriões humanos

A inviolabilidade do direito à vida, garantia prevista na Constitucional Federal de 1988, art. 5º, caput (cláusula pétrea), tutela a integralidade existencial da vida humana desde a fecundação, quer seja *in vitro* ou *in vivo*, é o bem jurídico fundamental e essencial desde a concepção, momento da formação da pessoa, com o efeito erga omnes, diante da própria natureza jurídica na acepção tutelar humana, legitimada no direito fundamental e fruto da consciência da humanidade civilizada.

A vida humana é tutelada desde o momento da concepção - fecundação natural ou artificial (CC, art. 2º, Lei n. 11.105/2005, arts. 6º, 11, 24, 22, 24, 25, 27, 948, 950, 1694 a 1710, Leis n. 5.478/68, 8.971/94, 9.278/96, art. 7º e CP, arts. 121 a 128) e estende-se até o seu falecimento, devendo observar as condições dignas de sobrevivência e subsistência por meio do trabalho (CF, art. 7º), prestação de alimentos (CF, arts. 5º, LXVII e 229), amparando o nascituro, criança, adolescente (CF, art. 227), idoso (CF, art. 230) e aos portadores de anomalias físicas ou psíquicas (CF, arts. 203, IV, 227, parágrafo 1º, II).

A vida não é o domínio da livre vontade de qualquer pessoa ou entidade humana e exige que o próprio titular do direito a respeite dignamente. Por força do art. 5º, CF, cláusula pétrea, o direito à vida é intangível contra toda legislação que expressamente ou implicitamente e indiretamente venham aplicar sua violação, inclusive contra ela padece o poder de emenda constitucional. Possui força vinculante e paralisante contra toda norma violadora contra a vida, exceto por meio de revolução ou ato de novo poder originário que promove a criação e instauração de uma nova ordem jurídica.

A vida pela tal dimensão de grandeza e presteza do sentido maior da existência deve ser protegida contra todo ato insano, tais como a manipulação de genes humanos, aborto, discriminação de deficientes, a eugenia negativa, experimentos científicos ou terapias com cobaias humanas que afetem a dignidade humana, a subjugação do ser humano a uma vida degradante com base na marginalização em face da pobreza, desigualdade, injustiça social, violência extrema, dentre tantas outras.

Eis o desafio da humanidade perante o crescente capitalismo selvagem e biotecnológico (lucro a todo custo, acima de tudo e todos, principalmente, vidas humanas): o respeito à vida e a dignidade humana.

A pessoa humana é sujeito do direito e jamais será o objeto (coisa) manipulável do direito.

A vida humana não comporta atribuição de custo financeiro ou cifras monetárias. A pessoa humana não é passível de venda, apropriação, dominação ou manipulação. É sim passível de dignidade e respeito.

O reconhecimento do direito à vida se deve estender desde a concepção, tratando-se de uma garantia fundamental decorrente do Estado Democrático de Direito.

O Estado tem o dever de amparar e salvaguardar a inviolabilidade da vida humana desde a concepção. Não se pode sobrepor nenhum outro interesse ao respeito à vida humana. Tampouco se pode admitir a gravidez de qualquer mulher (seja qual for sua condição) com o escopo de abortamento do embrião ou feto (com intuito de obtenção de células-tronco e outros materiais humanos) para pesquisas científicas, sendo algumas delas portadoras de fins nobres para cura de leucemia, diabetes, outras nem tanto como a utilização da placenta como cosmético para rejuvenescimento e outras tantas pouco aceitáveis por serem verdadeiras aberrações.

Tristemente, temos notícia de um caso narrado de gravidez por inseminação artificial com sêmen do próprio pai, aonde a filha vem abortar, logo em seguida, com intuito de obter células cerebrais do feto para o seu progenitor que padecia de mal de Alzheimer, tratando-se de um gritante homicídio hediondo praticado contra o nascituro.⁷

O embrião ou feto não pode ser tratado como objeto ou coisa, tornando-o meio para alcançar um fim, ferindo a dignidade não só do nascituro, mas da própria sociedade humana, constitui verdadeiro derramamento de sangue da vida humana.

Na vida intra-uterina, até mesmo em caso de fertilização assistida *in vitro*, dever-se-á pautar pelo o mais absoluto respeito pela vida e integridade física do embrião humano.

O nascituro tem o direito à vida plena.

É necessário assegurar e resguardar amplamente o respeito ao ser humano em qualquer estágio de desenvolvimento, garantindo-se a integridade da vida humana, o direito à vida, à intimidade, à honra e todos os direitos intrínsecos à personalidade.

⁷ Cf. Martínez, Stella Maris. Manipulação genética e direito penal. Boletim do IBCCrim, 6:62

A vida humana é o bem sagrado do direito.

O direito à vida apresenta verdadeira ubiquidade, por existir em todos os ramos do direito e muito mais, está acima de qualquer lei ou instituição e poder governamental. O direito à vida prevalece sobre qualquer outro direito por ser o de maior relevância.

2.4 Dos dispositivos jurídicos acerca dos embriões humanos

A regulamentação jurídica acerca dos embriões humanos e a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas é sempre uma questão eminentemente controvertida variando de país para país de acordo com os valores próprios de cada nação.

Na maioria dos países que possuem regulamentação sobre a investigação de tratamentos médicos terapêuticos em pesquisas científicas com base na utilização de células-tronco extraídas dos embriões humanos, inclusive a clonagem terapêutica, é amplamente liberada entres eles estão à Rússia, China, Reino Unido e Japão.

A sua proibição ou restrição parcial encontramos em poucos países como na Itália e na Índia que proíbe apenas a clonagem terapêutica. Na realidade, muitos países não possuem regulamentação alguma sobre o presente tema.

O Estados Unidos veio a proibir apenas a aplicação de verbas do governo federal a qualquer pesquisa envolvendo embriões humanos (a exceção era feita para 19 linhagens de células-tronco derivadas antes da aprovação da lei norte-americana). Contudo, o atual governo, já revogou tal medida, inclusive, com a destinação de dotação orçamentária (financiamento das pesquisas) para este fim.

Passemos agora para análise da situação jurídica no Brasil.

O ordenamento jurídico brasileiro adota **aparentemente** a teoria natalista (todavia, conforme veremos, o nascituro tem personalidade jurídica formal) porque considera o início da personalidade jurídica da pessoa condicionada ao seu nascimento com vida, colocando-se, entretanto, a salvo os direitos de ordem patrimonial do nascituro desde a concepção.

Em verdade o direito brasileiro deveria se pautar pela teoria concepcionista, uma vez que o embrião humano é um indivíduo autônomo e autogerenciador do seu próprio desenvolvimento.

O direito civil brasileiro não contempla a mesma tutela jurídica destinada ao nascituro para os embriões pré-implantatório, ou seja, o embrião concebido *in vitro*. O conceito de nascituro é aplicado para os indivíduos que estejam *in útero*. Na fertilização *in vitro*, realizada em laboratório, há a necessidade de implantação intra-uterina do embrião (*in anima nobile*).

Tendo em vista os avanços científicos já é possível conceber a idéia de um ser humano totalmente extracorporeamente, devendo o direito adaptar-se as futuras inovações e realidades factuais embrionárias, principalmente, no caso de surgimento de uma situação em que a gestação de um novo indivíduo com todas as suas etapas de desenvolvimento, até mesmo fetal, seja totalmente de forma extra-uterina.

Aliás, a ectogênese já desenvolve uma técnica para a gestação integral de seres em laboratório, quer dizer um embrião fora do útero correspondente da sua espécie, que poderá ser totalmente artificial (em laboratório) ou implantado em outra espécie de animal (como chimpanzés para embriões humanos), daí podemos facilmente vislumbrar as implicações e conseqüências do domínio total desta técnica em um futuro próximo pela engenharia genética. **Tais as possibilidades dos avanços da engenharia genética que, dependendo do caso concreto, seria o caso de avocar à equiparação de nascituro para este novo indivíduo.**

Com relação aos embriões humanos concebido *in vitro* que não foram implantados no ventre materno, no direito civil brasileiro atual, não se adéquam a condição de equiparação ao nascituro, tampouco, de pessoa natural.

Cabe aqui apresentar o parecer de Vicente Arruda⁸ rejeitando a proposta do Projeto de Lei n. 6.960/2002, 12 de junho de 2002, de autoria do Deputado Ricardo Fiúza, para incluir a expressão embrião no art. 2º do código Civil:

A introdução do termo embrião, que certamente está contido no conceito nascituro, só pode pretender assegurar o direito ao embrião concebido fora do útero materno. Parece-nos, a bem da prudência, que a matéria deva ser tratada em legislação especial, a ser elaborada com todo o critério, porquanto a matéria envolve inúmeros aspectos técnicos e éticos que refogem ao direito. Colocá-la, desde já, no Código, seria temerário, haja vista as conseqüências jurídicas que daí adviriam, como, por exemplo, as atinentes ao direito sucessório.

Os embriões humanos supranumerários, oriundos das técnicas de fertilização *in vitro*, são atualmente regulamentados com base na Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005. Antes de sua edição, eram regulamentados pela Lei nº 8.974/95.

A Lei nº 8.974/95 vedava expressamente a manipulação genética de células germinais, bem como a intervenção em material genético humano *in vivo* (art. 8º, incisos I e II), aplicando pena de seis a vinte anos de reclusão (art. 13) para o caso de inobservância.

O art. 5º da Lei 11.105/2005 deu nova disposição autorizando a pesquisa científica utilizando-se de células-tronco. Vejamos:

Art. 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:
I – sejam embriões inviáveis; ou

⁸ Arruda, Vicente apud Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, teoria geral do direito civil. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1, p. 194.

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

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

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

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

O art. 15 da Lei nº 9.434/97 regulamenta a tipificação do crime de transplantes:

Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena – reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou auferir qualquer vantagem com a transação.

Com base neste instituto jurídico é permitida a utilização de células-tronco extraídas a partir de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, desde que sejam embriões inviáveis ou estejam congelados há mais de três anos. Para todos os casos, é necessário o consentimento dos genitores e a comercialização do material biológico é crime. Em 29 de maio de 2008 o Supremo Tribunal Federal confirmou que a constitucionalidade da lei em questão, ratificando assim o posicionamento normativo do Brasil.

Deveras, a liberação de pesquisas em embriões humanos resultou severas críticas em face de ser eticamente questionável e os riscos à saúde imprevisíveis decorrentes destes experimentos com materiais genéticos humanos, bem como a forma de sua utilização e fiscalização.

Cabe aqui frisar a imprecisão do termo inviável porque a quem caberá julgar se o embrião é inviável ou não, e ainda, quais os critérios para atribuir a inviabilidade do embrião. Será considerado inviável o embrião portador de anomalias genéticas, de defeitos congênitos ou excluída a possibilidade de sua implantação *in útero*, torna-o inviável visando atender os interesses de institutos e empresas de pesquisas na área da engenharia genética? As

agências reguladoras estão preparadas para efetuar a fiscalização destes experimentos e evitar acometimentos de prováveis aberrações?

Cabe relatar que a Lei de Propriedade Intelectual, Lei nº 9.279/96, artigos 10, inciso IX, e 18, inciso III, proíbe o patenteamento de células e partes do corpo humano e no caso de células-tronco humanas embrionárias a proibição é expressa na Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105/2005, artigo 5º, parágrafo 3º.

Em específico, o artigo 10, inciso IX, veda o patenteamento de material biológico encontrado na natureza, de seres vivos ou de partes do corpo humano, estendendo ao genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural.

A Lei de Biossegurança possui também dispositivo de proteção ao embrião humano - art. 6º, Lei n.º 11.105/2005, proibindo a engenharia genética utilizando-se de embriões humanos considerados viáveis, sob pena de reclusão de um a quatro anos e multa. Vejamos:

Art. 6º Fica proibido:

I – implementação de projeto relativo a OGM sem a manutenção de registro de seu acompanhamento individual;

II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo *in vitro* de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei;

III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano;

IV – clonagem humana;

(...);

VII – a utilização, a comercialização, o registro, o patenteamento e o licenciamento de tecnologias genéticas de restrição do uso.

Neste ponto, a Lei de Biossegurança parece adotar a teoria concepcionista, resguardando o direito tanto de embriões no ventre materno como os de fertilização *in vitro* ainda não implantados no útero humano. Aliás, o art. 1.597, IV, CC, presume concebido na constância do casamento o filho havido, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga, donde se conclui que o Código Civil também neste ponto, contraditório, adota a teoria da concepção para embriões

humanos por inseminação artificial, gozando do benefício da presunção de filiação.

Também, o artigo 24, Lei 11.105/2005, impõe pena de detenção de um a três anos e multa para quem utilizar embrião humano em desacordo com o disposto no art. 5º. No art. 25 estabelece pena de reclusão de um a quatro anos e multa para quem praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião.

Visando regulamentar os dispositivos da Lei de Biossegurança, o Decreto 5.591, de novembro de 2005, veio regulamentar no Capítulo VII, a pesquisa e a terapia com células-tronco embrionárias humanas obtidas por fertilização *in vitro*, artigos 63 a 67, impondo que os embriões inviáveis ou congelados disponíveis, devem ser identificados como tais, conforme o parágrafo 1º do art. 64, sempre com o consentimento dos genitores, vedada a comercialização, sob pena de tipificar-se crime. Cabendo ao Ministério da Saúde promover levantamento e manutenção do cadastro atualizado de embriões humanos obtidos de fertilização *in vitro* que não foram utilizados no respectivo procedimento. Vejamos:

Art. 64. Cabe ao Ministério da Saúde promover levantamento e manter cadastro atualizado de embriões humanos obtidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento.

§ 1º As instituições que exercem atividades que envolvam congelamento e armazenamento de embriões humanos deverão informar, conforme norma específica que estabelecerá prazos, os dados necessários à identificação dos embriões inviáveis produzidos em seus estabelecimentos e dos embriões congelados disponíveis.

§ 2º O Ministério da Saúde expedirá a norma de que trata o § 1º no prazo de trinta dias da publicação deste Decreto.

Art. 65. A Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA estabelecerá normas para procedimentos de coleta, processamento, teste, armazenamento, transporte, controle de qualidade e uso de células-tronco embrionárias humanas para os fins deste Capítulo.

Art. 66. Os genitores que doarem, para fins de pesquisa ou terapia, células-tronco embrionárias humanas obtidas em conformidade com o disposto neste Capítulo, deverão assinar Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, conforme norma específica do Ministério da Saúde.

Art. 67. A utilização, em terapia, de células-tronco embrionárias humanas, observado o art. 63, será realizada em conformidade com as diretrizes do Ministério da Saúde para a avaliação de novas tecnologias.

Protegidos, portanto, muito embora as penas aplicadas sejam mínimas, os direitos da personalidade do embrião humano, estejam o embrião na situação decorrente da fertilização *in vitro* (bastando ser embrião viável) ou da fertilização natural.

A par disso a lei brasileira buscou conciliar todas as ponderações dos diversos grupos da sociedade – cientistas de várias áreas das ciências, representantes da cultura religiosa, das entidades civis e empresariais, portadores de enfermidade, tentando formalizar um entendimento conciliatório, de modo a não constituir entraves às pesquisas terapêuticas com intuito de obter a cura, o bem-estar ou a melhora da qualidade de vida das pessoas.

Inaceitável qualquer injustiça que vem ou venham a serem praticadas pela biotecnociência contra o ser humano simplesmente ao argumento de buscar progresso científico em prol da humanidade, mas com a utilização do sacrifício de vidas humanas e contrariando as exigências ético-jurídicas dos direitos humanos. A consciência e observância desta realidade é o único caminho para atingir à justiça, solidariedade, respeito e dignidade de todos os seres humanos.

2.5 A constitucionalidade do art. 5º, Lei n.º 11.105/2005

O Supremo Tribunal Federal decidiu em 29 de maio de 2008 que as pesquisas com células-tronco embrionárias extraídas dos embriões considerados inviáveis ou congelados há 03 (três) anos não violam o direito à vida, tampouco a dignidade da pessoa humana, julgando improcedente o pedido formulado na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3510) proposta pelo Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles contra o artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permite a utilização de células-tronco extraídas de embriões humanos fertilizados *in vitro* para fins de pesquisa e terapia.

Coube ao Ministro Carlos Ayres Britto a atribuição de relator, em 05 de março de 2008 julgou pela total improcedência do pedido formulado na ação. Apresento em apertada síntese os principais argumentos do pronunciamento do Ministro:

- Argumenta que os embriões humanos congelados não são sujeitos de direitos, protegidos pela Constituição Federal. Enfatiza o espírito de uma sociedade fraternal preconizado pela Constituição Federal, principalmente, ao admitir pesquisas com a utilização das células-tronco embrionárias para o fim de curar doenças.
- Reconheceu que o princípio da dignidade da pessoa humana admite transbordamento alcançando a proteção ao início e continuidade da vida humana.
- Sustentou, entretanto, que o zigoto é a primeira fase do embrião humano e representa uma realidade distinta da pessoa humana porque não tem cérebro formado e, portanto, sem qualquer resquício de vida encefálica e a lei em questão se refere apenas a embriões oriundos da fertilização artificial.
- Argumenta que para haver vida humana seria imprescindível a implantação do embrião no útero materno e os embriões inviáveis não possuem condições para o nascimento com vida.
- Afirmou a existência de fundamento constitucional para os casais utilizarem as técnicas de reprodução assistida visando à constituição de família e a paternidade responsável não imputando aos genitores o dever jurídico para

aproveitar todos os embriões eventualmente formados e geneticamente viáveis.

Já o ministro Carlos Alberto Menezes Direito, apresentou voto divergente, considerando parcialmente procedente o pedido formulado na ação declarando que o dispositivo legal da Lei de Biossegurança permaneceria o mesmo, sem redução, mas impondo diversas restrições, tais como:

- As células-tronco poderiam ser extraídas desde que se utilizasse de uma técnica que não acarretasse a destruição do embrião.
- Os embriões considerados como "inviáveis" seriam interpretados como aqueles que tivessem o seu desenvolvimento interrompido (ausência espontânea de clivagem) por 24 horas. Neste caso, qualquer técnica poderia ser utilizada para extração de suas células.
- O consentimento dos genitores deveria ser plenamente informado, prévio, e expresso dos genitores, por escrito.
- As pesquisas deveriam ser aprovadas e fiscalizadas por um órgão federal, com a participação de especialistas em diversas áreas do conhecimento.

Quanto aos ministros Cezar Peluso e Gilmar Mendes declararam que o artigo 5º da Lei de Biossegurança é constitucional, mas almejavam o acolhimento da tese da fiscalização das pesquisas científicas. Gilmar Mendes ressaltou a necessidade de controle das pesquisas por um Comitê Central de Ética e Pesquisa vinculado ao Ministério da Saúde, argumentando que o Decreto 5.591/2005, que regulamenta a Lei de Biossegurança, não supre essa lacuna porque não apresentou expressamente as atribuições de um legítimo comitê central de ética para controlar as pesquisas com células de embriões humanos. Essa questão foi muito debatida entre os ministros, entretanto não foi acolhida pela Corte.

Por fim, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o embrião humano fertilizado *in vitro* (inviável ou em estado de crioconservação há 03 (três) anos) não alcança o conceito de pessoa humana e tampouco de nascituro, desprovido de personalidade jurídica. Os embriões tidos como inviáveis passam a serem

tratados como "material biológico", equiparados a coisa, entretanto dada a sua natureza de células germinativas humanas e as possíveis implicações de sua utilização em pesquisas, requerem uma proteção legal (como a proibição de sua comercialização) já se encontrando presente no próprio dispositivo do artigo 5º da Lei de Biossegurança. Ainda, segundo a maioria, não é necessário um órgão federal para fiscalizar as "pesquisas". Seria suficiente uma "autofiscalização" exercida pelos comitês de ética das próprias instituições.

O Supremo Tribunal Federal decidiu pela maioria dos votos dos ministros que o artigo 5º da Lei de Biossegurança não merece reparo.

O grande receio de todas as comunidades em pró-vida é que esta decisão venha se tornar em um perigoso precedente para a liberação de pesquisas e de práticas abortivas em nascituros/embriões intra-uterinos, o que não seria nenhuma surpresa.

Embora o STF já tenha superada a presente questão, injusto seria não fazer menção à visão de Ives Gandra da Silva Martins e Lílian Piñero Eça⁹ sobre o tema:

A vida começa, portanto, na concepção, não se justificando que seres humanos sejam, como nos campos de concentração de Hitler, também no Brasil objeto de manipulação embrionária. A lei é manifestamente inconstitucional do ponto de vista jurídico. Do ponto de vista científico, a lei não merece melhor sorte.

Do mesmo modo, não poderíamos deixar de apresentar o entendimento abalizado de Maria Helena Diniz:¹⁰

Com sua revogação pela Lei n. 11.105/2005, passou a ser permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro*, desde que sejam inviáveis ou estejam congelados (...). Tal permissão, no nosso entender, viola o direito à vida e o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, consagrados

⁹ Martins, Ives Granda da Silva; Piñero Eça, Lílian. "Verdade sobre células-tronco embrionárias. Tendências e debates". Folha de São Paulo, 8 jun. 2005.

¹⁰ Diniz, Maria Helena de. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 1º vol., 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 198, grifo nosso.

constitucionalmente. (...) E, além disso, com a fusão dos gametas (masculino e feminino), determinam-se os caracteres do novo ser humano, surgindo então, a pessoa, enquanto sujeito de direito. **Não distinguimos o concebido *in vivo* do obtido *in vitro*.**

Entendo que **os embriões viáveis são vidas humanas e a destinação de finalidade diversa da reprodução humana certamente viola o direito à vida** e temerária a expressão: embrião inviável.

2.6 A problemática da pesquisa científica em células-tronco embrionárias humanas

Um dos grandes problemas da liberação total das pesquisas com células-tronco residem no risco da eugenia. Temos a eugenia negativa que envolve a eliminação de traços genéticos indesejáveis e a eugenia positiva que consiste em uma reprodução seletiva para o fim de aprimoramento das características de um organismo ou espécie – criação de uma raça superior.

A problemática da eugenia é analisada por Stella Maris Martínez¹¹, nestes termos:

A magnitude desses avanços demonstra a possibilidade real de levar a cabo programas de eugenia ativa, nos quais, mediante a manipulação genética, se define o sexo, a cor de olhos, ou a contextura física dos indivíduos por nascer. E mais ainda: não é descartado imaginar a seleção hipotética em determinado momento histórico – e a subsequente produção, mediante clonagem, de seres humanos em série, idênticos ao modelo; ou, ao contrário, supor a criação de seres de baixíssimo nível intelectual, mas dotados de extraordinária força física, aos quais se destine a realização das tarefas mais rudes.

A questão é tão preocupante que a Revista Veja, em 10 de junho de 1987, publicou uma declaração do antropólogo Brunetto Chiarelli¹² afirmando ser

¹¹ Martínez, Stella Maris. *Manipulação genética e Direito Penal*. São Paulo: Ibccrim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998, p.31.

¹² Cf. Vasconcelos, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50.

viável a fertilização em laboratório de um óvulo de macaca chimpanzé por um espermatozóide humano.

A engenharia genética pode criar organismos geneticamente modificados e talvez, brevemente, venha a criar uma quimera com material genético humano (fecundação interespecie – patrimônio genético humano + genoma de outros animais – dando origem a uma nova criatura superdotada). Entende-se por quimera, expressão da mitologia grega, um monstro que possuía cabeça de leão, corpo de cabra, cauda de serpente e cuspiam fogo.

Hannah Arendt¹³ também demonstra preocupação com poder da biotecnologia e do risco de ameaça desse conhecimento à humanidade:

Recentemente, a ciência vem-se esforçando por tornar “artificial” a própria vida, por cortar o último laço que faz do próprio homem um filho da natureza. O mesmo desejo de fugir da prisão terrena manifesta-se na tentativa de criar a vida numa proveta, no desejo de misturar “sob o microscópio, o plasma seminal congelado de pessoas comprovadamente capazes a fim de produzir seres humanos superiores” e “alterar(-lhes), o tamanho, a forma, a função”; e talvez o desejo de fugir à condição humana esteja presente na esperança de prolongar a duração da vida humana para além dos cem anos... Não há razão para duvidar que sejamos capazes de realizar essa troca, tal como não há motivo para duvidar de nossa atual capacidade de destruir toda a vida orgânica na Terra. A questão é apenas se desejamos usar nessa direção nosso conhecimento científico e técnico – e esta questão não pode ser resolvida por meios científicos: é uma questão política de primeira grandeza, e portanto não deve ser decidida por cientistas profissionais nem por políticos profissionais.

A autora reflete o avanço do conhecimento científico para criar, transformar, curar, destruir e exterminar à humanidade e de toda biodiversidade. Adverte-nos do perigo dos poderes titânicos da tecnociência. Vale ressaltar que os poderes do conhecimento não se encontram em mãos dos cientistas, e sim dos dirigentes de grandes empresas e autoridades do Estado, os quais, já demonstraram como utilizam tais conhecimentos ao destruir Hiroshima, Nagasaki, sem ressentimentos e nenhum respeito pela vida humana.

¹³ Arendt, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 10.

De fato, o problema não reside no conhecimento e sim na maneira de utilização dos conhecimentos e os meios pelos quais usamos para absorvê-los. Urge a necessidade de tutelar os embriões humanos de forma a assegurar que não sejam acometidas verdadeiras aberrações aos próprios seres humanos e ao ecossistema.

A biotecnologia domina a técnica de manipulação de organismos vivos. Almejando ilustrar nossa visão sobre o alto grau científico moderno, vejamos a precisão das palavras de Maria Helena Diniz¹⁴ ao definir biotecnologia:

(...) a ciência da engenharia genética que visa ao uso de sistemas e organismos biológicos para aplicações medicinais, científicas, industriais, agrícolas e ambientais. Por meio dela os organismos vivos passaram a ser modificados geneticamente, possibilitando a criação de organismos transgênicos ou geneticamente modificados.

O direito deve absorver os avanços científicos cuja utilização não se caracterize uma afronta à vida e natureza da condição humana. Somente o conhecimento comprovadamente que estar a serviço da humanidade deve ser juridicamente admissível. Necessário, portanto, à imposição de limites aos institutos de pesquisas científicas, reconhecendo-se sempre o respeito à dignidade do ser humano em todas as etapas de sua formação e constituição (antes do nascimento, no nascimento, no crescimento, no amadurecimento e por fim no falecimento).

Sergio Ferraz¹⁵ também reflete este pensamento:

(...) direito à absoluta integridade física ou moral; repulsa a experimentos científicos que rebaixem a dignidade do homem (degradando o ser humano, como ele é compreendido) ou a terapias que o submetam a sofrimentos injustificados. Destinatário da norma: todo ente, vindo à luz ou não. Obrigados à sua observância: não só o Estado, mas toda e qualquer pessoa física ou jurídica.

¹⁴ Diniz, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 450.

¹⁵ Ferraz, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25.

A Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU em 10 de novembro de 1975, artigo 6º dispõe:

Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular relativamente ao respeito à vida privada e a proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual.

As preocupações residem também quanto à clonagem, quer seja humana ou não, a fecundação interespécie, à ectogênese (gestação integral de um embrião fora do útero materno), e suas implicações daí decorrentes.

O assunto é polêmico dando margens para muitas interpretações, visões, indagações, inconformismo, repúdio, e principalmente, a plena aceitação das empresas de punho comercial e farmacêutico que se beneficiam com as descobertas oriundas de pesquisas em células-tronco.

Capítulo IV

Os direitos do nascituro

3.1 A Dignidade da pessoa humana

O termo dignidade é originário do latim: dignitas (designando a atribuição de respeito e apreço). Dignidade representa a noção valorativa do respeito honroso e consciente ao ente, em apreço.

Quanto à dignidade da pessoa humana consiste no supremo respeito ao ser humano quanto às dimensões ao direito à vida de forma compatível ao acesso a liberdade, a família, a fraternidade, a moradia, a saúde, ao lazer e tudo que vem a dignificar a pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é indisponível, irrenunciável e inestimável, não podendo ser objeto de troca ou venda porque a pessoa vale por si mesma, independente de suas riquezas, patrimônio, origem de raça e cor, classe social e capacidade para auferir fontes de utilidades, devendo prevalecer este valor sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico.

O artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil prescreve a dignidade da pessoa humana como uns dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, verdadeiro princípio fundamental do direito. Goza o ser humano da dignidade durante toda a sua vida, desde a concepção no útero materno e até mesmo na fecundação *in vitro*, em virtude do seu caráter sagrado a tutela da dignidade da vida humana se deve pautar por uma interpretação ampliativa e extensiva.

O bem maior do ser humano no mundo jurídico é o direito à vida digna, invocando-se a sua aplicação desde o momento da geração de uma nova vida humana, independente de qualquer nível de formação, seja em estado de absoluta falta de consciência, de semi-consciência ou plenamente consciente.

A vida humana digna não tem preço e não é aceitável qualquer espécie de violação ou objeto de apropriação, todas as coisas podem possuir o seu preço, todavia a pessoa humana possui dignidade.

3.2 Da pessoa natural e os direitos da personalidade

A noção da palavra pessoa, na esfera jurídica, está ligada ao conceito de personalidade (aptidão para exercer direitos e contrair obrigações), oriunda da tradição romana, o termo vem do latim: *persona*, designando a máscara utilizada pelos atores teatrais na Antiguidade para fazer ecoar a voz dos atores. Com o tempo a expressão passou a designar o papel desempenhado pelos atores e, por fim, a representação da própria pessoa humana.

Isso, de certo modo, explica as figuras formais utilizadas pelo direito: comprador, locador, doador, testador, representando os papéis desempenhados pelas pessoas no mundo jurídico.

Desse modo, o termo pessoa passou a significar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas - o centro de direitos e deveres reconhecido pelo direito. Deveras, houve tempo em que indivíduos humanos não eram considerados pessoas, como os escravos e os condenados. Na antiguidade romana a personalidade dependia da existência dos estados de liberdade (*status libertatis*), cidadania (*status civitatis*) e de família (*status familiae*), significa dizer que o indivíduo tinha que ser livre (não escravo), cidadão (não estrangeiro) e chefe de família.

Hoje, no Direito Civil brasileiro atual, a personalidade decorre como projeção existencial da natureza humana, uma vez que a escravidão foi abolida e aos estrangeiros foi reconhecido o gozo dos direitos civis.

São sujeitos do direito quem participa da relação jurídica, sendo titular de direitos e deveres, podendo-se valer, através de uma ação para buscar uma

pretensão ou titularidade jurídica com o conseqüente reconhecimento judicial do seu direito. Podem ser pessoas físicas ou jurídicas. Os animais não são sujeitos, mas objeto de direito, equiparados a coisas.

Pessoa é o humano ou entidade com personalidade, aptidão para assumir a titularidade de direitos e deveres. Ser pessoa é a qualidade para ser sujeito de direitos, não havendo direitos sem o titular. Os direitos se localizam na pessoa.

Na linguagem jurídica, pessoa é o ser humano dotado da personalidade jurídica, capaz de assumir direitos e deveres.

A doutrina apresenta duas concepções: a naturalista (personalidade decorre da condição humana) e a formal (personalidade decorre da atribuição ou investidura do direito pouco importando à condição humana).

Os artigos 11 a 21 do Código Civil brasileiro, Lei nº 10.406/02 dispõem sobre os direitos da personalidade. Os direitos da personalidade são absolutos (por serem oponíveis *erga omnes*), intransmissíveis (a vida, liberdade, honra pertencem apenas ao titular), irrenunciáveis, impenhoráveis, inexpropriáveis, vitalícios (duram por toda a vida) e não podem sofrer limitações voluntárias em seu exercício (art. 11, CC).

O direito da personalidade são todos aqueles inerentes à sua própria pessoa, como a integridade física (vida, alimentos, liberdade, o próprio corpo), a integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria científica, artística, literária), a integridade moral (identidade pessoal, imagem, privacidade, honra, etc.

Quanto à capacidade jurídica, de *capax*, liga-se à noção de quantidade (*quantum*), de medida, de graduação, traduzindo-se como atributo da personalidade. A personalidade e a capacidade não são sinônimas. Capacidade jurídica é a aptidão para o pleno exercício de direitos e obrigações.

A pessoa natural (em termos jurídicos) começa sua existência ao nascer com vida consolidando sua capacidade jurídica (CC, art. 2º). Nascimento é um fato natural ou artificial aonde ocorre à separação do feto do ventre materno. Com a primeira respiração temos o sopro vital da pessoa humana, marcando a consolidação da capacidade jurídica com o nascimento. Ao adquirir a personalidade jurídica material (plena) a partir do nascimento com vida, passa integralmente a ser sujeito de direito e deveres que serão transmitidos aos herdeiros no caso de morte precoce.

O nascituro tem capacidade de direito (de aquisição ou de gozo de direitos), mas não de exercício (capacidade de fato – aptidão para exercer, por si só, os atos da vida civil), devendo ser exercido por seus pais ou, na incapacidade ou impossibilidade deles, caberá ao curador zelar pelos seus interesses, tomando medidas processuais em seu favor, administrando os bens que irão pertencer-lhe, defendendo em seu nome a posse, a salvaguarda de direitos patrimoniais como herança, aceitando doações ou pondo a salvo as suas expectativas de direito. O nascituro ao nascer com vida, seus pais assumem o pátrio poder familiar; no caso de existir curador ao ventre, cessar-se-ão suas funções, terminando a curatela e nomeando, agora, um tutor ao nascido.

O nascimento deve ser devidamente registrado no cartório de registro público civil (Lei n. 6.015/73, arts. 50 e 53; Lei n. 9.053/95; CC, art. 9º, I; CF, art. 5º, LXXVI, a), no prazo de 15 (quinze) dias, no lugar em que tiver ocorrido o parto ou no lugar da residência dos pais, ampliando-se o prazo para até três meses para os lugares distantes (mais de trinta quilômetros) da sede do cartório. A certidão do registro, em regra, comprova o nascimento para fins de direito (CC, art. 9º, I e Lei nº 6.015/73, art. 50). O registro de nascimento é obrigatório e poderá ser declarado por pessoa idônea, caso haja impedimento ou ausência dos pais ou parentes. Também os menores de 21 (vinte e um) e maiores de 18 (dezoito) anos poderão pessoalmente efetuar o registro com isenção de multa (arts. 50, parágrafo 3º e 52, Lei n.º 6.015/73). O registro de nascimento é uma formalidade importante devido sua função probatória. No caso do nascituro nascer morto ou morrer logo após o parto, igualmente fará o seu

assentamento, nos termos dos arts. 33, V e 53, Lei n.º 6.015/73. O registro de nascimento é uma instituição pública para identificação dos cidadãos, visando garantir o exercício de seus direitos.

3.3 A problemática da personalidade jurídica do nascituro

Apresentamos agora o seguinte problema: o nascituro tem personalidade jurídica? Quando se inicia a personalidade humana? Na concepção ou no nascimento?

Vejam os dispositivos do art. 2º, CC:

“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

O presente artigo do Código Civil brasileiro parece negar ao nascituro a personalidade jurídica, entretanto faz a ressalva de garantia da proteção dos direitos de que possa vir a ser titular.

Esse dispositivo legal soluciona aparentemente à questão adotando a corrente natalista ou condicional, entretanto o assunto não é pacífico, tratando-se de questão controversa pelos doutrinadores e diversos sistemas jurídicos contemporâneos.

A corrente natalista afirma que o nascituro tem meras expectativas de direitos, sendo desprovido de personalidade jurídica e de capacidade de direito, a lei protege simplesmente os direitos que o nascituro terá ao nascer com vida, com o primeiro sopro da vida extra-uterina.

Quanto à corrente condicional os direitos do nascituro estão salvaguardados em condição suspensiva como direito eventual (art. 130, CC), subordina sua

eficácia a evento futuro e incerto (nascimento com vida) e condiciona a personalidade com o nascimento com vida.

Ora, ao falar que o nascituro possui expectativas ou salvaguarda de direitos é reconhecer de certo modo a titularidade e em sua decorrência se pode pressupor a personalidade jurídica, independente do nascimento com vida.

Clóvis Beviláqua¹⁶, no seu Projeto elaboração de Código Civil, art. 3º, não incorporada ao artigo 4º do Código de 1916, chegou a reconhecer a personalidade civil do ser humano desde a concepção:

“A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida.”

Aliás, o Código Civil argentino acolheu esse critério no seu art. 70, e da mesma forma outros códigos modernos. Nessa linha, o direito francês também admite a personalidade jurídica do nascituro, desde que nasça vivo e seja viável. Se nascer com vida sua capacidade remontará à concepção.

Agora pasmem: o próprio sistema jurídico brasileiro admite a personalidade jurídica do nascituro se aplicamos uma interpretação extensiva do art. 5º, caput da Constituição da República Federativa do Brasil. Este dispositivo garante “a inviolabilidade do direito à vida”, aos brasileiros e estrangeiros, abrangendo o termo, igualmente, o nascituro.

Como se não bastasse, o próprio Código Civil brasileiro nos artigos 1609, parágrafo único (filho ilegítimo pode ser reconhecido antes do nascimento), 542 (doação feita ao nascituro), 1.779 (nomeação de curador ao nascituro), 1.799, I (chamamento do nascituro na sucessão testamentária), consideram o nascituro como sujeito de relações jurídicas de direitos. Ao atribuir direitos significa afirmar personalidade e o Código Civil brasileiro, então, reconhece

¹⁶ Projecto do Código Civil Brasileiro. Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados. Projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1902, v. 1.

expressamente ao nascituro os direitos e *status* (como o de filho menor impúbere) e não de meras expectativas de direitos. Ora, apenas quem possui personalidade pode ser titular de direitos. Donde, concluímos que o **nascituro tem personalidade jurídica formal** porque **é inegável a sua titularidade jurídica**.

Francisco Amaral¹⁷ analisando magnificamente à questão, conclui:

“O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide.”

Maria Helena Diniz¹⁸ vem abalzar à questão:

O embrião, ou o nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. **Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal**, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, e do direito à indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

Ensina-nos a autora que a personalidade jurídica formal seria relacionada aos direitos da personalidade, enquanto a personalidade jurídica material manteria relação com os direitos patrimoniais.

Para Silmara Juny Chinelato¹⁹ a personalidade não decorre da natalidade, tampouco é condicional, mas advém da concepção:

¹⁷ Amaral, Francisco. *Direito Civil Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 223, grifo nosso.

¹⁸ Diniz, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 127/128, grifo nosso.

¹⁹ Chinelato, Silmara Juny. *O nascituro e a reprodução humana assistida no Código Civil*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coordenador). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: atlas, 2008, p. 206.

Considerando a não-taxatividade do artigo 2º, a previsão expressa de direitos e status ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o Código Civil filia-se à corrente concepcionista que reconhece direitos e *status* desde a concepção, como já ocorria no direito Romano.

Não me parece adotar a corrente natalista, que é prevista apenas na primeira parte do artigo e não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar-se adotar a corrente da personalidade condicional, pois os direitos não patrimoniais, incluindo-se os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida.

Sustenta a autora, inclusive, que o embrião pré-uterino obtido pela fertilização *in vitro* possui igualmente personalidade não havendo diferença em relação ao embrião implantado (nascituro). Argumenta que pode haver diferença na capacidade (*quantum*), mas não na personalidade (*quid*). Esta é mais uma das indagações que surgem em nosso tempo, a ampliação do conceito de nascituro dos atuais limites da acepção da concepção *in vivo* (no ventre materno), estendendo-o para a concepção *in vitro* (fertilização fora do corpo humano e até mesmo para o casos do embrião no estado de crioconservação), sem que se faça qualquer diferença quanto ao *locus* da concepção. Esta preocupação advém, principalmente, dos avanços da biotecnologia com suas implicações.

Silmara Juny Chinelato²⁰ afirma adotar a corrente concepcionista (entretanto seria mais correto dizer que adota a corrente da personalidade jurídica formal porque reconhecem limites na esfera patrimonial):

(...) a personalidade do nascituro não é condicional; apenas certos efeitos de certos direitos dependem do nascituro com vida; notadamente os direitos patrimoniais materiais, como a doação de herança. Nesses casos, o nascimento com vida é elemento do negócio jurídico que diz respeito à sua eficácia total, aperfeiçoando-a.

Há quem sustente, também, a inconstitucionalidade do artigo 2º, CC, uma vez que o direito à vida é uma garantia constitucional e com base na corrente concepcionista o nascituro tem personalidade jurídica desde a concepção possuindo todos os direitos da pessoa natural. Acaso fosse acatada esta

²⁰ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato. Tutela Civil do Nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 169.

posição, teríamos como efeito a proibição do aborto em caso de estupro e o aborto seria equiparado ao homicídio, dentre outras implicações.

Na realidade, sucintamente, temos quatro correntes fundamentais sobre a personalidade jurídica do nascituro:

- a) natalista – o nascituro não tem personalidade jurídica, somente com o nascimento com vida adquire personalidade.
- b) condicional – a personalidade está condicionada ao nascimento com vida, retroagindo-se.
- c) formal – o nascituro tem personalidade, apenas certos aspectos se consolida plenamente com o nascimento com vida.
- d) concepcionista – o nascituro tem personalidade plena desde a concepção.

Na verdade, a personalidade jurídica é decorrente da pessoa humana, sendo um direito de valor supremo porque habilita a pessoa para ser sujeito de relações complexas da sociedade estabelecida, justificando-se a atribuição de personalidade ao nascituro, ainda que no estado potencial.

A questão não é de forma alguma despicienda. Ao contrário é de extrema relevância para o direito civil, contratual, de família e processual. Posto isso, podemos auferir que o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro é de punho político legislativo.

Todavia, a lei civil põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção. Ampla e irrestrita os direitos do nascituro decorrente da garantia constitucional da dignidade humana, colocando a lei civil a salvo todos os direitos da personalidade desde a concepção, condicionando alguns de natureza material com o nascimento com vida.

Neste sentido, Euclides Benedito de Oliveira²¹ ressalva:

²¹ Oliveira, Euclides Benedito de. *Indenização por danos morais ao nascituro*. In: DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senice. *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 161.

(...) seja considerando como pessoa desde a concepção, seja como *spes homini*, pessoa em formação, o certo é que o nascituro tem assegurado todos os direitos fundamentais da personalidade, na sua mais larga aceção.

De fato, não é a personalidade que justifica o amparo e salvaguarda dos direitos do nascituro, e sim, a qualidade de ser humano que envolve o nascituro.

Na perspectiva realista-personalista o nascituro goza da qualidade de possuir a natureza humana e no sentido ontológico mais amplo é uma pessoa humana, não se olvidando, igualmente, o atributo da personalidade desde a concepção. Seria de bom alvitre que o direito recepcionasse a construção ontológica. Devemos considerar o fato de que todos os seres humanos, sem exceção, não foram, originalmente, mais que um pequenino embrião em pleno desenvolvimento.

O nascituro tem personalidade jurídica formal devendo ser incluído no rol das pessoas absolutamente incapazes.

3.4 O nascituro e seus direitos

Tradicionalmente, o nascituro é definido como o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno. A expressão vem do latim: *nasciturus*, participio passado de *nasci*.

Na realidade, **nascituro é a vida humana** concebida que se encontra em fase de desenvolvimento e formação estrutural no aparelho reprodutor feminino. Com seu amadurecimento irá nascer para nova realidade da vida: fora do útero materno.

O Direito romano não conhecia a expressão de nascituro, definia apenas como o homem que está no útero. Inclusive, existem controvérsias se realmente o nascituro não era considerado pessoa, embora se computasse seus direitos desde a concepção, no caso de nascimento com vida.

A lei civil brasileira põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, ou seja, desde a fecundação ocorrida no ventre materno e na fertilização *in vitro*, realizada em laboratório, há a necessidade de implantação intra-uterina do embrião (*in anima nobile*). Inclusive, a viabilidade do desenvolvimento do embrião depende da implantação no útero onde se dará a nidação.

Entretanto, Silmara Juny Chinelato²² apresenta-nos entendimento divergente:

No meu modo de ver, o conceito amplo de “nascituro” – o que há de nascer – pode abarcar tanto o implantado como o embrião pré-implantatório. Como é possível conferir-se herança e doação até à prole eventual – prole não gerada e que talvez nem o seja – pode-se até conferi-las ao embrião pré-implantatório, bastando que seja identificado, o que se dá pela identificação dos doadores de gametas.

Infelizmente, muito embora a autora se esforce o máximo em sua construção jurídica, o direito civil atual não abarca tal entendimento.

²² Chinelato, Silmara Juny. *O nascituro e a reprodução humana assistida no código civil*. Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil/ Giovanni Ettore Nanni, coordenador. Atlas, 2008, p. 205.

Os direitos do nascituro são previstos no Código Civil, arts. 2º, 1.609, parágrafo único, 1.779 e parágrafo único e 1.798; Lei n. 11.105/2005, arts. 6º, III, e 25), garantido-se o direito: à vida (CF, art. 5º), à filiação (CC, arts. 1596 e 1597), à integridade física, a alimentos (RT, 650:220; RJTJSP, 150:90-6), a uma adequada assistência pré-natal, à representação (CC, arts. 542, 1.630, 1.633, 1.779, parágrafo único; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único), a um curador que o represente (CC, arts. 542, 1.779 e parágrafo único, 1.784, 1.798, 1.799, I, e 1.800, parágrafo 3º; CPC, arts. 877 e 878, parágrafo único), à doação (CC, art. 542), a adoção, ao reconhecimento de filiação, a ter legitimidade ativa e passiva, principalmente, nas ações de paternidade, de pensão alimentícia, direito à imagem (pois pode ser obtida por ultra-sonografia e utilizada sem a autorização dos pais) , à honra (pode pleitear indenização se sofrer imputação de bastardia), dentre tantos outros.

O nascituro não pode ser usado para fins lucrativos, sendo insuscetível de constituir objeto de ato negocial (*res extra commercium*), em virtude de sua condição humana.

Diante da amplitude dos direitos concernentes ao nascituro, donde só podemos deduzir que o nascituro tem personalidade jurídica formal.

Quanto aos direitos patrimoniais e obrigacionais encontram-se resguardados até a consolidação da personalidade jurídica material decorrente do seu nascimento com vida. O nascituro poderá receber bens por doação (CC, art. 542), herança (CC, art. 1.798), mas o direito de propriedade somente incorporará em seu patrimônio se nascer com vida, caso que irá transmitir aos seus sucessores se vier a falecer logo em seguida. Caso o nascituro venha a nascer sem vida não terá nenhum direito na esfera patrimonial.

Maria Helena Diniz²³ apresenta-nos o seguinte exemplo:

²³ Diniz, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil*, 1º volume, 23ª ed., São Paulo: Saraiva, 23ª Ed., 2006, p. 199.

(...) suponhamos o caso de um homem que, recentemente casado pelo regime de separação de bens, faleça num desastre, deixando pais vivos e viúva grávida. Se nascer morto, o bebê não adquire personalidade jurídica e, portanto, não recebe nem transmite a herança de seu pai, que ficará com os avós paternos, pois em nosso direito a ordem de vocação hereditária é: descendentes em concorrência com cônjuge sobrevivente, ascendentes em concorrência com consorte, cônjuge sobrevivente, colaterais até o 4º grau (CC, art. 1.829, I a IV) e o Município, Distrito Federal ou União havendo declaração de vacância da herança (CC, art. 1.822). Se nascer vivo, receberá a herança e, se por acaso vier a falecer logo em seguida, a herança passará a sua mãe, provando-se o seu nascimento com vida pela demonstração de presença de ar nos pulmões.

Os arts. 877 e 878 do Código de Processo Civil dispõem sobre a garantia dos direitos do filho nascituro que lhe assistirem, assegurando a gestante o direito de provar o seu estado de gravidez. Caberá a gestante devidamente munida de certidão de óbito da pessoa de quem o feto é sucessor requerer ao órgão judicial que mande examiná-la por médico de sua nomeação para reconhecer o seu estado de gravidez. O exame é dispensado no caso dos herdeiros aceitarem a declaração da gestante. Assim, declarado por sentença o reconhecimento, a gestante será investida na posse dos direitos que couberem ao nascituro.

A proteção jurídica destinada ao nascituro alcança, inclusive, o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade quanto ao nome, imagem e sepultura.

Nestes termos, a I Jornada de Direito Civil do STJ declarou “a proteção que o Código confere ao nascituro alcança o natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.” (Prof. Dr. Carlos A. Gherzi, da Universidade de Buenos Aires. Tese aprovada na Jornada de Direito Civil, STJ, Brasília, 11-13.09.2002).

O inciso XXXVII, art. 5.º da Constituição Federal, reconhece a instituição do júri com competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida, entre os

quais também se inclui o aborto. Assegura, igualmente, licença à gestante (art. 6.º, inciso XVII, a), proteção à maternidade (arts. 201, II, e 203,I).

No direito internacional é expressamente reconhecido o direito à vida do nascituro pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil no dia 25 de setembro de 1992 e ingressou no mundo jurídico interno por meio do Decreto Executivo n.º 678/92. Estabelece expressamente, art. 1º, parágrafo 2º, que “pessoa é todo ser humano” e no Capítulo II, artigos 3º e 4º, reconhece ao nascituro a sua personalidade e o direito à vida:

Artigo 3º - Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica
Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Artigo 4º - Direito à vida

1. 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.

Neste segmento, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990, em seu preâmbulo:

Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento.

A Convenção deseja afirmar os direitos e garantias inerentes aos seres humanos desde o momento da concepção, o respeito incondicional à vida.

O nascituro, em verdade, é uma vida humana. Portanto, nada justifica a violação dos direitos do nascituro, tais como o sexo irresponsável e as condições econômicas desfavoráveis da gestante para legitimar o aborto e a imposição do sacrifício de vidas humanas em seu estágio inicial, as pesquisas científicas e manipulação genética utilizando-se de embriões que já estejam implantados no útero materno; porque o nascituro é um ser sagrado dotado de nossa imagem e semelhança, quer dizer, possuidor do germen de nossa condição humana.

Negar o direito à vida em qualquer estágio de desenvolvimento do nascituro é negar o próprio direito.

3.5 Direito do Nascituro a alimentos

O nascituro tem direito a alimentos como direito próprio. Inclusive, não seria justo que apenas a genitora suportasse todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu genitor reconhecidamente. Os alimentos são prestações devidas a quem não possui condições de prover o seu sustento e a vida de forma compatível com sua condição social, estando fundamentado na relação de parentesco, casamento ou união estável, nos moldes do art. 1.694, CC. O pagamento de alimentos baseia-se na solidariedade, na comunhão fraterna e familiar visando o amparo da pessoa humana e a pacificação social.

Pontes de Miranda²⁴ se manifestou favorável aos alimentos devidos ao nascituro:

Já então pode o curador reclamar alimentos a quem os deva ou a quem, em virtude de responsabilidade (CC, arts. 1.537, II, e 4.º), os tenha de prestar. Se é certo que ainda não gasta em comida, roupa e educação, precisa o embrião de cuidados que têm o seu preço.

O Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível 193.648-1, julgada em 14.09.1994, sendo o Relator o Desembargador Renan Lotufo²⁵, reconheceu o direito do nascituro a alimentos, em ação de investigação de paternidade:

Investigação de paternidade. Nascituro. Legitimidade ativa de parte. Interpretação dos artigos 5.º da Constituição da República, 7.º e 8.º, parágrafo 3.º, da Lei 8.069, de 1990 – Extinção do processo afastada – Recurso provido. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro, uma vez que neste há vida.

²⁴ Miranda, Pontes de. Tratado de direito privado: Parte especial – direito de família – direito parental – direito protectivo. 2. edição. Rio de Janeiro: borsoi, 1954, t. 1, p. 2125-2126.

²⁵ Acórdão publicado em *Lex – Coletânea de Legislação e Jurisprudência*, v. 150, p. 90-95 e RT 703/60-63.

A Schering do Brasil Química e Farmacêutica Ltda foi condenada em várias ações pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, ajuizadas em nome dos filhos nascituros, representados pelas respectivas mães que fizeram uso do medicamento contraceptivo (microvlar – teste) e por falha deste medicamento vieram a contrair gravidez indesejada. Pleiteou alimentos visando à adequada assistência pré-natal. O Tribunal acolheu o pedido. (Apelação Cível 349.128-4/4-00, julgada por votação unânime, em 02 de fevereiro de 2005).

De vital importância para o nascituro é o direito a alimentos porque está diretamente relacionado as condições aptas de vida e integridade física, visando garantir a adequada assistência pré-natal.

3.6 Direito das Sucessões e filiação

São legitimadas para suceder tanto as pessoas nascidas como as concebidas no momento da abertura da sucessão.

A capacidade sucessória do nascituro era reconhecida pelo Código Civil brasileiro desde 1916 (art. 1.718) e atualmente o Código vigente dispõe que na sucessão testamentária são chamados a suceder os filhos, ainda não concebidos (art. 1.799, I, CC), para os casos inseminação *post mortem* (art. 1597, III).

O parágrafo 4.º, art. 1.800, CC, exige que o herdeiro esperado seja concebido, no prazo de 02 (dois) anos, também não faz ressalva entre concepção *in vivo* e *in vitro*. Aliás, aplica-se este dispositivo apenas para o caso de prole eventual (prole futura ainda a ser concebida).

A norma civil não prevê o *locus* da concepção e tampouco que o embrião esteja implantado no aparelho reprodutor feminino, prevê simplesmente a concepção. A regra, portanto, só pode ser para os embriões formados por

reprodução assistida que deverão ser fertilizados e implantados no aparelho reprodutor no prazo de 02 anos após a abertura da sucessão. O herdeiro esperado ao nascer com vida terá todos os seus direitos da sucessão, inclusive, aos frutos e rendimentos a partir da morte do testador.

O embrião pré-implantatório poderá herdar como herdeiro legítimo ou testamentário. Legítimo se a fertilização *in vitro* tiver coincidência com a mãe que gera e a que o gesta, testamentária se a pessoa doadora do gameta for diferente daquela que gesta, como no caso de fertilização heteróloga. Fertilização *in vitro* será homóloga se realizada com o sêmen do marido ou companheiro e heteróloga se com sêmen de doador. Seria melhor denominar a fertilização heteróloga como fertilização por doador.

Aliás, o art. 1597, incisos III, IV e V do Código Civil tratam das repercussões das novas técnicas de reprodução humana assistida:

Art. 1597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

- I – nascidos 180 (cento e oitenta) dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
- II – nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedades conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;
- III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
- IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
- V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

O dispositivo traz presunções de paternidade do nascituro. Tais presunções baseiam-se em fatos conhecidos (notórios) para alcançar por dedução lógica os fatos desconhecidos ou não notórios. O velho brocardo latino *mater semper certa est et pater is este quem nuptiae demonstrant* (a maternidade é sempre certa, a paternidade padece de demonstração – é apenas presumida) perdeu em parte a sua efetividade, diante dos avanços científicos como, por exemplo, do exame de DNA, podendo, hoje, afirmar de forma absoluta a paternidade da criança.

O art. 1.597, I e II, CC presumem a paternidade dos filhos nascidos, diante da ocorrência da convivência conjugal, havendo uma presunção relativa (*iuris tantum*), podendo ser demonstrado o contrário, via exame DNA.

A inseminação *post mortem* (inciso III do art. 1.597) pressupõe o consentimento expresso do marido e a mulher esteja na condição de viúva, para que seja acolhida a imediata presunção de paternidade do marido falecido e uma vez nascido um filho nestas condições, gozará de todos os direitos e prerrogativas da condição de filho. Muito questionada a inseminação *post mortem* porque fere os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, sendo totalmente inaceitável a concepção e geração de um filho aonde o pai já não mais existe. O nascituro e a criança têm direito à paternidade real e não a paternidade ficta ou meramente biológica.

Já o inciso IV do art. 1597, CC prevê a presunção de paternidade no caso de embriões excedentes decorrentes de concepção artificial homóloga (sêmen dos próprios genitores). Entretanto, no caso de haver falência do casamento seria necessária a prévia autorização de ambos os ex-cônjuges, por escrito, para o início dos procedimentos de implantação no aparelho reprodutor desses embriões excedentes.

Quanto ao inciso V do art. 1.597, CC a autorização expressa do marido para realização da fertilização artificial heteróloga (sêmen de doador) é irrevogável e irretratável porque decorre do sistema de proteção da filiação e dos direitos da personalidade, ficando configurada a paternidade absoluta. O doador de sêmen jamais será o pai por meio do simples ato de doar.

A retratabilidade ou revogabilidade da autorização do marido só poderia ser feita antes de ocorrer à implantação do embrião no aparelho reprodutor feminino, a partir desse momento, o nascituro gozará dos seus direitos, principalmente, da filiação.

3.7 Capacidade Processual do Nascituro

A jurisprudência tem reconhecido a capacidade processual ativa do nascituro nas ações de alimentos, de reserva de bens, anulatórias de testamento e doações ao argumento, inclusive, de que possui personalidade desde o momento da concepção, independente do estado ou estágio de formação, com ampla proteção da ordem jurídica estabelecida.

Neste sentido o Tribunal de Justiça de São Paulo reconheceu:

investigação de paternidade – ação proposta em nome do nascituro pela mãe gestante – legitimidade ad causam – Extinção do processo afastada. Representando o nascituro pode a mãe propor ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa de direito.²⁶

Destarte, admitida, em tese, a possibilidade da presença do nascituro no pólo ativo da ação com a ressalva da legitimidade do nascituro para postular o seu direito.

A questão da capacidade processual do nascituro não pode ser postergada para o momento do seu nascimento porque os seus direitos devem ser salvaguardados. O ordenamento jurídico ao reconhecer e garantir a tutela jurídica dos direitos do nascituro atribui, como consequência, uma capacidade processual provisória ao nascituro para o fim de pleitear os seus direitos pelo devido processo legal, capacidade que se tornará plenamente definitiva no momento do seu nascimento com vida.

²⁶ In: TJSP – AP. Cível n. 193.648-1, julgado em 14 de setembro de 1994, Rel. Des. Renan Lotufo – RT 703:60-63.

3.8 Noções de dano patrimonial e moral

Dano é o elemento essencial do direito para pleitear indenização, consistindo na subtração ou diminuição de um bem jurídico de origem patrimonial ou moral. O art. 5º, X da Constituição Federal assegura o direito a indenização pelo dano material ou moral.

O dano material (patrimônio) abrange os casos em que o bem atingido faz parte do patrimônio da vítima, tendo valor econômico definível. O dano material pode ser reparado através de prestação pecuniária. Esta modalidade pode ser dividida em dois grupos: o dano emergente e o lucro cessante.

Há dano emergente quando a diminuição do patrimônio é imediata e completa, causando desfalque e lesão a um bem já determinado. Nestes casos o *quantum debeatur* é de fácil avaliação: corresponde ao valor econômico necessário para reparar os danos causados ao bem protegido.

Já os lucros cessantes correspondem à frustração da expectativa de ganhos futuros, rendimentos ou salários pela vítima. Esta expectativa tem que ser precisa e razoável, não comportando os lucros imaginários ou danos remotos. A mensuração pecuniária do dano depende essencialmente do arbítrio do juiz, uma vez que não há dados empíricos que provem o "dano futuro". A fixação do *quantum*, de modo geral, é feita com a utilização de alguns parâmetros, como o salário da vítima, o faturamento médio da empresa, o período médio da vida, dos valores e do trabalho, que servem para balizar o arbitramento judicial.

O dano moral se baseia nos valores fundamentais da vida humana como a integridade física, saúde, paz, alegria, reputação e a própria vida. Abrange, também, os danos estéticos (lesões corporais, erros médicos), sociais (acusações injustas, difamação, ataques públicos à honra) e todos os direitos da personalidade, incluindo os fundamentais.

A natureza jurídica da indenização do dano moral é compensatória, não podendo ser reparatória porque a dor, o sofrimento e a humilhação provocados por uma deformação corporal, trauma psicológico ou pela perda de um filho são insuscetíveis de avaliação financeira. Trata-se de uma compensação à ofensa injustamente provocada à vítima.

3.8.1 Da personalidade aplicada aos danos morais ao nascituro

É cabível a aplicação de danos morais causados ao nascituro?

Depende. Para que isso ocorra é fundamental a adoção da corrente favorável quanto a personalidade jurídica e, dependendo da opção, diversos entendimentos podem ser obtidos.

Caso adote a corrente natalista o nascituro não poderia receber qualquer indenização, já que não é pessoa nem sujeito de direito. O problema ocorreria no caso, por exemplo, se o nascituro fosse vítima de medicamento ministrado à mãe durante a gravidez, resultando em seqüelas físicas terríveis. O dano moral a ele causado dificilmente seria indenizado, já que à época do *eventus damni* não detinha a titularidade do direito à integridade física. Poderia ser tentada a indenização à mãe, que resultaria numa compensação reflexa e seguramente de menor valor pecuniário. Vale ressaltar, na corrente natalista a indenização à mãe por um filho morto seguramente será maior que pela morte de um feto que jamais teve o *status* de ser humano.

Adotando a teoria da *personalidade jurídica condicional*, a possibilidade de reparação estaria situada no estado de condição suspensiva como direito eventual (art. 130, CC). O direito ao dano moral do nascituro está condicionado, para que exista, deve haver o nascimento com vida, salvaguardando os direitos enquanto perdurarem o processo de viabilidade intra-uterino, em estado, portanto, de condição suspensiva. No caso do

natimorto, aqui também a saída seria uma "reparação reflexa", exigível por seus ascendentes.

Quanto à teoria da personalidade jurídica formal a indenização é totalmente cabível quanto aos direitos da personalidade, apenas alguns direitos de natureza patrimonial estariam na condição suspensiva. Enquanto vivo, ainda que esteja em fase embrionária *in vitro* ou *in vivo*, o nascituro é equiparado à pessoa natural e os danos morais a ele causados são passíveis de plena indenização. Todavia, sendo o nascimento frustrado, o natimorto seria juridicamente inexistente, como se nunca tivesse personalidade jurídica.

Totalmente de forma oposta seria na corrente concepcionista, ao nascituro é atribuída personalidade em sua plenitude, podendo ser indenizado por danos morais, mesmo no caso falecimento, seus ascendentes podem exigir à compensação indenizatória. Nesta última hipótese, considerar-se-ia como se o dano fosse causado ao filho menor impúbere, ampliando as possibilidades de indenização e de forma indireta, do *quantum* indenizatório. Nestes casos, o fundamento legal da responsabilidade, seja de natureza contratual ou extracontratual, seria exatamente o mesmo usado para os já nascidos.

A reparação do dano moral ao nascituro visa a uma compensação e nunca a um ressarcimento, devendo aplicar os mesmos critérios que norteiam a indenização pela morte de filho menor, exceto para os danos de natureza patrimonial que depende do nascimento com vida.

3.8.2 Da indenização por dano moral ao nascituro

A reparação do dano moral na esfera civil representa a proteção contra as violações acometidas aos direitos da personalidade, como o direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, dentre outros. É na personalidade que encontramos os componentes valorativos da pessoa humana merecedores da tutela jurídica cabível ao caso concreto.

Quando o nascituro é usurpado do direito de viver, provocado, como exemplo, por negligências médicas, experiências científicas, atropelamentos ou acidentes de trânsito acometidos, a sua genitora terá, com certeza, direito à indenização, não só pela morte do nascituro como por sua própria lesão de integridade física sofrida (CC, arts. 949 e 950).

O nascituro tem direito aos danos morais suscetível da devida indenização, qualquer lesão que venha a sofrer, como deformações, traumatismos, intoxicações, dentre outras.

Neste sentido, o Superior Tribunal da Justiça decidiu:

Direito Civil. Danos morais. Morte. Atropelamento. Nascituro. Direitos aos danos morais. Recurso parcialmente provido. (...) II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do *quantum*.²⁷

No caso supracitado, foi reconhecido que um filho possui direito a uma indenização pela morte de seu pai ocorrida quando ainda era um nascituro.

Já a Terceira Câmara Civil do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, na Apelação Cível 190.169-3, julgada aos 10 de maio de 1995, v. u., sendo Relator o Juiz Tenisson Fernandes, concedeu indenização por dano moral em decorrência da morte de nascituro:

²⁷ In. STJ – 4ª Turma – Resp. 399.028-SP – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – v.u. – j. em 26.02.2002 – DJU 15.04.2002, p. 232).

Indenização – dano moral. Morte de nascituro. Art. 1.537, II do Código Civil. Fixação.

Em indenização por dano moral decorrente da morte de feto, admissível a aplicação do art. 1.537, II do CC, em analogia aos casos de homicídio praticado contra menor impúbere, considerando-se razoável o critério que estabelece quantum indenizatório em número de salários mínimos, correspondentes aos meses que mediarão entre o evento danoso e a data em que o nascituro completaria vinte e cinco anos de idade.

Entretanto, trata-se ainda de um assunto controvertido, conforme já exposto ao analisar as correntes da personalidade que fundamentam as posições jurídicas.

Existem julgados posicionando contrariamente a indenização de dano moral ao nascituro. Percebe-se a subsistência, ainda, de julgados com tendência do julgador em adotar a teoria natalista, considerando o nascituro desprovido de personalidade com a conseqüente aplicação de questão prejudicial. O exemplo típico é o julgado abaixo transcrito:

Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Seguro obrigatório de veículos automotores – Danos letais – Nascituro. Sumaríssima de reparação de danos letais causados à mulher grávida e a seu feto. Reconhecido que fora o direito ao seguro obrigatório, este reconhecimento não se estende ao nascituro, que não é pessoa nem sujeito de direito.²⁸

Extremamente pesaroso este entendimento porque, simplesmente, rompe com todos os valores mais nobres da humanidade. Ainda que a lei seja contrária ao amparo do nascituro, admitido apenas como hipótese, seria totalmente inconstitucional, contrária ao Estado Democrático de Direito, a pacificação social, e por fim: desumano.

Devemos ressaltar que o concepcionismo ainda está em seu estágio embrionário, penetrando aos poucos e progressivamente. Cada vez mais, vem sendo reconhecido o direito as indenizações cabíveis por danos causados ao nascituro.

²⁸ TACRJ, 1ª C., AC 81004/88, Rel. Juiz Fernando Pinto, 11.10.1988.

Agora se adotássemos a teoria concepcionista equiparando o nascituro a condição de um filho menor provocaríamos outra discussão com base na Súmula 491 do STF, editada antes de 1988, que consolidou uma posição jurisprudencial dominante afirmando que "é indenizável o acidente que causa a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". Assim sendo, não haveria empecilhos legais para a concessão de pensão aos pais, no caso de equiparação do nascituro a condição de filho menor, uma vez que a matéria foi sumulada pelo Pretório Excelso.

A discussão em torno da pensão ao nascituro é tratada nestas duas ementas subseqüentes. A primeira mostra a posição típica da jurisprudência: concessão de pensão pela morte do filho menor, com prazo determinado pelo princípio da razoabilidade.

Indenizável é a morte acidental de menor oriunda de ato ilícito, ainda que não exercesse ele trabalho remunerado, sendo sua família de condição econômica precária, fixando-se a pensão a partir do óbito até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade.²⁹

Neste segundo julgado, o pedido de pensão é julgado improcedente. Ao contrário do que se possa imaginar, não houve uma resposta à discussão criada, tendo sido adotado a idéia de "expectativa de direito" do nascituro.

Responsabilidade civil – Acidente de veículos - Invasão de preferencial - Morte da companheira e nascituro, bem como da avó das menores. Culpa inequívoca do preposto do apelante. Indenizações de ordem material e moral devidas. Legitimidade do companheiro em exigir indenização pela morte de sua companheira, sendo que a renda mensal da vítima-companheira é a constante de sua última indenização. Devida a indenização pela morte do nascituro, a título de dano moral, visto que a morte prematura do feto, em conseqüência do ato ilícito, frustra a possibilidade certa de que a vida humana intra-uterina plenificaria na vida individual. Pensão devida ao feto. Impossibilidade. Há uma expectativa de direito em relação ao nascimento do feto. Personalidade jurídica só inicia-se com o nascimento com vida. Art. 4º do CC. Correta a pensão fixada e destinada ao companheiro e filhas. O limite fixado para a cessação da pensão é de 69 anos, conforme nova orientação jurisprudencial.³⁰

²⁹ TJSP, 2ª C., Ap., Rel. César Peluso, 16.12.1996, RT 617/72.

³⁰ TAPR, 3ª C., AC 106.201-3, Rel. Juiz Eugênio Achille Grandinetti, 01.08.1997.

Esta dicotomia retrata a jurisprudência brasileira, que devagar vai aceitando às posições concepcionistas e ao mesmo tempo está arraigada aos antigos conceitos ultrapassados de personalidade (natalista).

Contudo, em que pese às divergências contrárias, entendo que toda e qualquer ofensa perpetrada ao nascituro que venha atingi-lo em sua intimidade, imagem, gerando perturbações ao seu desenvolvimento embrionário ou fetal e outros incômodos impertinentes que violam os direitos da personalidade jurídica são passíveis de indenizações por danos morais.

O Tribunal do Rio Grande do Sul reconheceu o direito de indenização ao nascituro e o gozo de personalidade jurídica:

Seguro obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento.³¹

A provocação da morte de um filho em gestação, não importa o motivo, certamente abala a alma interior da mulher de forma extremamente angustiante. Atinge-a moralmente em alto grau na escala de valores. Deveras, a brusca interrupção da gravidez constrange, causa profunda dor, angústia, tensão e sofrimento. Assim sendo, a indenização de danos morais é cabível devendo ser compensado ou reparado na melhor medida possível qualquer que seja o mal causado ao nascituro.

A indenização pela morte do nascituro deve ser sustentada como direito do próprio nascituro comportando a transmissibilidade do dano moral aos pais, aplicando-se a tese da personalidade formal do nascituro, independente da indenização cabível aos pais, como direito próprio dos pais. Uma é a indenização cabível ao nascituro, outra e totalmente distinta é a indenização cabível aos pais, uma não supre a outra. Temos dois seres humanos que

³¹ Apelação Civil 70002027910 da 6.^a Câmara, julgado por votação unânime, em 28 de março de 2001

sofrem agressão: a mãe e o nascituro (filho), passíveis de indenizações próprias.

André Gustavo Corrêa de Andrade³² discorre sobre o tema:

(...) ante o reconhecimento legal dos direitos do nascituro, não há como negar a possibilidade de, com o seu nascimento com vida, vir ele a pleitear indenização por deformações ou problemas físicos permanentes, resultantes, por exemplo, de mau acompanhamento médico, falta de exame ou prescrição errada de medicamentos em exame pré-natal. A falta de consciência do problema por parte do infante não exclui essa possibilidade.

Plenamente consolidado o direito do nascituro para pleitear por meio de ação indenizatória dos danos extrapatrimoniais decorrentes das violações sofridas de caráter material, físico e moral.

Precioso fazer novamente ressaltar: o direito à vida de qualquer ser humano deve ser preservado em qualquer estágio de desenvolvimento, sendo à vida o maior bem jurídico do nascituro, não pode sofrer limitações o seu pleno desenvolvimento e nascimento.

³² Andrade, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.

3.8.3 Da fixação do valor do dano moral

O arbitramento dos danos morais no Código Civil é lacunoso, uma vez que não fixou parâmetros de valores. Esta omissão deixou ao livre-arbítrio dos magistrados a fixação dos valores de danos morais.

Entretanto, o art. 53 da Lei n. 5.270/67 estabeleceu algumas diretrizes para fixação dos danos morais decorrentes:

No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtido pelo ofendido.

Carlos Alberto Bittar³³ ao analisar os fundamentos destas diretrizes expostas e com intuito de elucidar as incertezas que pairam tantas dúvidas sobre a fixação dos valores aplicados ao dano moral, agradeceu-nos com o seus ensinamentos, apresentando a noção de que o ressarcimento por danos morais se deve balizar em dois pontos: a) a intensidade do dano sofrido; b) a peculiar situação econômica do agente e seu dolo. Em relação ao último critério esclarece o seguinte:

Recomenda-se, também, em atos ofensivos a aspectos morais, que a fixação do quantum obedeça a critério de sancionamento rigoroso, como meio de desestímulo a novas investidas (como, por exemplo, no âmbito de violações a aspectos da personalidade humana, ou a criações intelectuais, em que o valor da indenização deve ser fixado em níveis que desestimulem a repetição da prática: assim, por exemplo, no uso abusivo de determinada criação - falta de autorização autoral, ou extrapolação contratual - deve a reparação compreender soma que ultrapasse os valores habituais da contratação normal, exatamente como sanção ao ilícito.

³³ Bittar, Carlos Alberto. Responsabilidade Civil - Teoria & Prática. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 77/78.

Assim, a fixação do quantum deverá se pautar de forma a garantir que a indenização signifique verdadeira punição para o ofensor, nos moldes da melhor doutrina, a reparação do dano moral não tem como objetivo apenas compensar o ofendido, mas também punir o ofensor de forma a desestimular a repetição do evento danoso.

Realmente, trata-se de uma aceitação praticamente unânime na doutrina e jurisprudência pátria quanto aos critérios da compensação e da punição para que o réu não reincida na prática do mal causado (desestimular a repetição do evento danoso). O caráter punitivo ou de desestímulo não pode ser exacerbado, através da fixação de valores muito altos, além da capacidade financeira do ofensor.

Contudo, existem posições contrárias, não concordando quanto ao caráter punitivo (ou do desestímulo). Afirmam que a punição do agente não se concilia com o art. 5º, XXXIX, CF/88, cuja dicção não deixa margem a dúvidas ao estabelecer que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Argumenta-se que ao se atribuir ao juiz poderes para aplicar a chamada "compensação punitiva", cria-se pena sem lei prévia cominação legal. Alega-se, também, que às regras da hermenêutica jurídica, não se pode dar aplicação extensiva em matéria de pena, (caráter punitivo ou de desestímulo da indenização).

Ressaltam, ainda, que a Constituição Federal não traz qualquer dispositivo que estabeleça que o causador do dano moral deva ser punido, pois o inciso X do artigo 5º, da CF, que trata da reparação do dano moral, assim dispõe: "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

De fato, o causador do dano moral está obrigado a compensar o dano, de forma satisfatória e desestimuladora, pois assim dispõe a norma constitucional *supramencionada*. Entretanto, não pode ser condenado o causador de dano

moral, além de compensar o dano cometido, a uma punição de pagamento indenizatória de despropositada quantia, simplesmente como forma de punição ou desestímulo à nova prática de tal ato.

Deveras, aplicar-se-á, sim, indenização por danos morais de forma equilibrada e moderada que atenda aos fins sociais, cuja monta não seja supervalorizada acarretando uma verdadeira agressão patrimonial ao ofensor e nem de valores irrisórios que não inflija ao ofensor à consciência do ato danoso, o respeito à vítima, a inibição da ofensa e a tentativa de reparação do dano, ainda que de forma compensatória, tornando totalmente inócua a compensação indenizatória em vista da fixação de valores irrisórios aplicados.

O Superior Tribunal de Justiça visando equacionar a questão fixou os critérios da razoabilidade e proporcionalidade com intuito de orientar os magistrados, em seu *arbitrium boni viri*, possam estabelecer com maior precisão o *quantum debeatur* dos danos decorrentes dos sofrimentos das pessoas, lesionadas em seus direitos da personalidade.

Neste sentido o STJ recomenda:

(...) orientar-se pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. (In: RSTJ 137/486)

Desse modo, os valores fixados devem retratar a extensão dos danos vivenciados pelas vítimas, pautando-se por compensar adequadamente o direito lesado. Considerando a fragilidade do nascituro, o profundo respeito à vida humana, o inalienável direito à saúde, integridade física, é nosso dever garantir em todo momento a inviolabilidade da vida do nascituro e qualquer forma, mesmo sendo mínimas, de desrespeito é merecedor da mais justa e zelosa indenização compensatória.

CONCLUSÕES

A vida humana começa a partir da fecundação, seja pela fertilização *in vitro* ou *in vivo*, é o marco inicial da vida. O ser humano, desde o zigoto até o nascimento, passa por diversas fases do desenvolvimento (ontogenia), estruturando-se, organizando-se e amadurecendo-se com o despertar para uma nova realidade extra-uterina.

Diversas outras teorias foram elaboradas para descaracterizar a vida humana: a teoria do pré-embrião (14 dias), teoria do surgimento dos rudimentos sistema nervoso, teoria da nidadação, com intuito de legitimarem a manipulação dos embriões humanos excedentes pela atividade de pesquisas científicas.

A vida humana deve ser tutelada desde o seu início sendo a inviolabilidade do direito à vida uma garantia decorrente do Estado Democrático de Direito. Daí a necessidade do surgimento de estatutos que amparem, regulem e assegurem a plena garantia do direito à vida em qualquer fase do desenvolvimento da vida humana: da concepção, das crianças, dos adolescentes aos idosos.

A vida humana é o bem sagrado do direito e possui a primazia do direito sobre qualquer outro direito. Devemos lembrar aos defensores do aborto e de destruições de embriões, insistentemente, que são vidas humanas e não coisas ou objetos. A vida humana não é passível de venda, apropriação ou negócio devido ao princípio da dignidade humana e nunca iremos aceitar a destruição de vidas humanas por melhores que sejam as justificativas sociais, econômicas e políticas.

O direito à vida desde a fecundação é um direito fundamental e primaz (art. 5º, *caput*, CF/1998), personalíssimo, essencial, irrenunciável, inviolável, imprescritível, intangível.

A biotecnologia passou a deter os instrumentos científicos para conceber a vida humana em laboratório – fertilização *in vitro* – técnica que realiza a fecundação

artificial trazendo a problemática dos embriões excedentes, os quais foram apropriados pela ciência para manipulação sob o argumento de extração de células-tronco com potencialidade para fins terapêuticos.

A manipulação da vida humana (embriões humanos) pode afetar a dignidade da pessoa humana e constituir afronta ao direito à vida não se justificando o argumento de que se trata apenas de um amontoado de células disformes devendo o direito estabelecer limites e parâmetros para as pesquisas científicas visando evitar o acometimento de verdadeiras aberrações como a criação de quimeras.

As pesquisas científicas com células-tronco embrionárias humanas podem constituir um grande risco a espécie atual humana com a possibilidade de alteração do material genético humano, criação de seres híbridos, a prática da eugenia positiva, dentre outras. Inadmissível qualquer projeto de pesquisa que misture célula-tronco de embrião humano com a de outro animal. O direito deve salvaguardar o patrimônio genético humano com o intuito de preservar o atual *status* de nossa humanidade.

Diante da Lei de Biossegurança nº 11.105/2005, os institutos da indústria farmacêutica e outras entidades afins passam a possuir a responsabilidade de decidir sobre a viabilidade dos embriões humanos e a manipulação de embriões, em pesquisas científicas para fins terapêuticos, considerados inviáveis ou congelados há 03 (três) anos ou mais, sendo que o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias.

O nascituro tem o direito à vida plena. A tutela jurídica do nascituro é diversa para o embrião concebido *in vitro* que possui regulamentação própria, havendo necessidade de implantação do embrião no aparelho reprodutor feminino para adquirir a qualidade de nascituro. Entretanto, com as possibilidades e avanços da engenharia genética atual e futura, dependendo do caso concreto, caberia ao direito avocar à condição de equiparação de nascituro para este indivíduo.

Na medida em que a Constituição Federal consagrou o princípio da dignidade humana e a inviolabilidade da vida humana abriu espaço para a consolidação dos direitos da personalidade também previsto no Código Civil brasileiro, conferindo ampla e irrestrita tutela aos direitos da pessoa humana e, obviamente, ao nascituro.

O nascituro goza de personalidade jurídica formal porque é inegável a sua titularidade jurídica (direito a alimentos, sucessão, filiação, indenização, dentre tantos outros já explanados), sendo o seu reconhecimento de fundo político legislativo. A personalidade do nascituro é decorrente de sua qualidade de ser humano devendo ser incluído no rol das pessoas absolutamente incapazes.

O Código Civil brasileiro tentou disciplinar de forma mais moderna alguns aspectos da reprodução humana, sendo plenamente questionável a inseminação *post mortem*. Estes temas devem ser debatidos em sede de legislação específica, trazendo a baile as diretrizes da Bioética agregada a outras áreas da ciência procurando harmonizar as diversas concepções da sociedade civil.

Toda e qualquer ofensa gerada aos direitos da personalidade e da dignidade humana do nascituro é passível de indenização. A problemática do nascituro quanto à indenização aos danos morais depende da adoção de uma das correntes da personalidade jurídica não havendo pacificação acerca do assunto. Obviamente, a corrente concepcionista está mais adaptada às mudanças dos avanços da ciência biotecnológica, amparando de forma mais apropriada os direitos do nascituro, entretanto não foi ainda plenamente aceita no mundo jurídico.

O dano moral, com o advento da Constituição de 1988, adquiriu maior relevância se consolidando na jurisprudência. Os pedidos de indenização por danos morais cresceram substancialmente, bem como sua extensão ao nascituro. Entretanto, os danos causados aos nascituros acabam sendo

relegados ao segundo plano, esvaziando-se o debate, por vezes, com a mera declaração de que nascituro não possui personalidade jurídica.

O debate está longe de uma solução, seja ela conservadora ou progressista. A visão concepcionista está em estágio embrionário penetrando aos poucos no mundo jurídico. Dado o atual estágio da evolução jurisprudencial, social e científica, parece-nos mais provável a predominância da concepção da personalidade jurídica formal em um futuro próximo e a concepcionista em um futuro mais longínquo, sendo totalmente descartada a teoria natalista. Em relação aos casos de responsabilidade civil, percebemos uma tendência de valorização deste instituto no Brasil, e espero que isto venha a se refletir nos casos que envolvem a problemática do nascituro.

Acredito que deva ser atribuído ao nascituro o mesmo tratamento e proteção jurídica destinada à pessoa natural. É inegável a atribuição de personalidade jurídica plena ao nascituro, pelo menos, no campo ontológico (no campo do Direito Civil brasileiro goza de personalidade jurídica formal) e não diria que se trata de mera filosofia, mas sim de humanidade.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 5ª Ed. Rio Janeiro: Renovar, 2003.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano Moral e Indenização Punitiva*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 57.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p. 10.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Projecto do Código Civil Brasileiro – Trabalhos da Comissão Especial da Câmara dos Deputados*. Projectos primitivo e revisto. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902, v. 1.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil - Teoria & Prática*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p. 77/78.

CARTA ENCÍCLICA DE JOÃO XXIII. *Mater et Magistra*. Editada em 15 de maio de 1961. número 193.

CHAVES, João Freitas de Castro. *Responsabilidade civil por dano causado ao nascituro: possibilidades de reparação no direito brasileiro*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=524>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

CHINELATO, Silmara Juny. *Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões Controvertidas Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007, v. 6. _____ *O nascituro e a reprodução humana assistida no código civil*. Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil/ NANNI, Giovanni Ettore, Coordenador. Atlas, 2008, p. 205

CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade; CONRADO, Marcelo. *O embrião e seus direitos*. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade (Coord.) – Vários Colaboradores. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*, 1. ed. (ano 2006), 2ª tiragem (ano 2007). Curitiba: Juruá, 2007.

CORREIA, Atalá; MOREIRA, Fernando Mil Homens. *A fixação do dano moral e a pena. Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 484, 3 nov. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5891>>. Acesso em: 26 abr. 2009.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. *Embrião humano é coisa? STF não reconhece a dignidade de pessoa a embriões humanos fertilizados "in vitro"*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1829, 4 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11464>>. Acesso em: 18 abr. 2009.

DALVI, Luciano. *O direito à vida e a temática do aborto*. In: ÂNGELO, Renata (Coord.). *Curso avançado de biodireito*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro, teoria geral do direito civil*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, v.1.

_____. *O estado atual do biodireito*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Questão ético-jurídica da pesquisa científica em embriões humanos*. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.) – Vários Colaboradores. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

FARIA, Guilherme Nacif de. *Personalidade: início ao fim*. In: FIUZA, César (Coord.) – Vários Colaboradores. *Curso avançado de direito civil*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

FERRAZ, Sergio. *Manipulações biológicas e princípios constitucionais: uma introdução*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 25.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil: parte geral*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LISBOA, Roberto senise. *Manual de direito civil: teoria geral do direito civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, Marília Bernardes. *O que é célula-tronco*. São Paulo: Brasiliense, 2006, p. 9, 25-26.

MARTÍNEZ, Stella Maris. *Manipulação genética e Direito Penal*. São Paulo: Ibccrim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1998, p. 87.

MARTINS, Ives Granda da Silva; PIÑERO EÇA, Lílian. “Verdade sobre células-tronco embrionárias. Tendências e debates”. Folha de São Paulo, 8 jun. 2005.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Indenização por danos morais ao nascituro*. In: Coordenado por DINIZ, Maria Helena; LISBOA, Roberto Senice (Coordenadores). *O Direito Civil no Século XXI*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 161.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: Parte especial – direito de família – direito parental – direito protectivo*. 2. edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, t. 1, p. 2125-2126.

PROJETOBETA. As etapas do procedimento *in vitro* - Disponível em: <http://www.projetobeta.com.br/servicos.asp>. Acesso em 23.abr. 2009. Medicina Reprodutiva com Responsabilidade Social.

REIS, Clayton. *A dignidade do nascituro*. In: CORRÊA, Elidia Aparecida de Andrade (Coord.) – Vários Colaboradores. *Biodireito e dignidade da pessoa humana*, 1. ed. (ano 2006), 2ª tiragem (ano 2007). Curitiba: Juruá, 2007.

ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SANTIAGO, Robson Luiz. *O Estatuto do embrião frente à racionalidade humana*. In: MEIRELLES, Jussara Maria Leal de (Coord.) – Vários Colaboradores. *Biodireito em discussão*. Curitiba: Juruá, 2007.

TARTUCE, Flávio. *A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões Controvertidas Parte Geral do Código Civil*. São Paulo: Método, 2007, v. 6.

VARELLA, Dráuzio. “Ilustrada”. *Folha de São Paulo*, 25 jan. 2006, p. E12.

VASCONCELOS, Cristiane Beuren. *A proteção jurídica do ser humano in vitro na era da biotecnologia*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os direitos da personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro*. In: ALVIM, Arruda; CÉSAR, Joaquim portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto (Coordenadores). *Aspectos controvertidos no novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. *Artigo: Célula-tronco* - Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/C%C3%A9lula-tronco>. Acesso em: 12 de abril de 2009.

_____. *Artigo: Embriologia* – Disponível em:
<http://pt.wikipedia.org/wiki/Embriologia>. Acesso em: 20 de abril de 2009.