

A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro*

Flávio Tartuce**

A RUBENS LIMONGI FRANÇA,

Jurista Notável.

Sumário: 1. A importância do tema. 2. O conceito de nascituro. 3. A teoria natalista. 4. A teoria da personalidade condicional. 5. A teoria concepcionista. 6. Nossa posição e questões práticas envolvendo a proteção dos direitos do nascituro. 7. Referências bibliográficas.

A importância do tema

A proteção da pessoa humana é o tema do momento do Direito Civil Brasileiro e, por isso, não nos cansamos de pregar a prevalência de um Direito Civil amparado na proteção da pessoa, distanciado de uma visão anterior, que era essencialmente patrimonialista.¹ Aqui, essa *visão personalista* ganha relevo no estudo das questões atinentes ao nascituro.

* Artigo publicado originalmente na obra *Questões Controvertidas no novo Código Civil. Volume 6*, coordenada por Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves (São Paulo: Método, 2007). O trabalho foi exposto como palestra por ocasião do *Congresso Jurídico em Homenagem aos 80 Anos do Professor Rubens Limongi França* realizado na Universidade de São Paulo, entre os dias 5 e 6 de outubro de 2007.

** Mestre em Direito Civil Comparado e Especialista em Direito Contratual pela PUC/SP. Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Coordenador e professor dos cursos de pós-graduação da Escola Paulista de Direito (EPD – São Paulo). Professor convidado em outros cursos de pós-graduação *lato sensu*. Professor convidado da Escola Superior da Advocacia da OAB/SP e da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Advogado em São Paulo.

1 Por todos aqueles que pregam a prevalência da personalização, da reconstrução do sistema segundo o valor da pessoa humana, citamos Pietro Perlingeri, para quem “Não é suficiente, portanto, insistir na afirmação da importância dos ‘interesses da personalidade no direito privado’; é preciso predispor-se a reconstruir o Direito Civil não com uma redução ou um aumento de tutela das situações patrimoniais, mas com uma tutela qualitativamente diversa. Desse modo, evitar-se-ia comprimir o livre e digno desenvolvimento da pessoa mediante esquemas inadequados e superados; permitir-se-ia o funcionamento de um sistema econômico misto, privado e público, inclinado a produzir modernamente e a distribuir com mais justiça. O pluralismo econômico assume papel de garantia do pluralismo também político e do respeito à dignidade humana. O Direito Civil reapropria-se, por alguns aspectos e em renovadas formas, da sua originária vocação de *ius civile*, destinado a exercer a tutela dos direitos ‘civis’ em uma nova síntese – cuja consciência normativa tem importância histórica (arts. 13-57 e 1-12 Const.) – entre as relações civis e aquelas econômicas e sociais” (*Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 34).

Por óbvio que, para a análise da pessoa humana e das conseqüências advindas da sua proteção máxima, estampada no Texto Maior (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988),² é preciso saber o momento a partir do qual a pessoa encontra-se amparada pelo manto da proteção legal.

As discussões a respeito do nascituro, da sua concepção como pessoa humana e da proteção de seus direitos não é nova no Direito Brasileiro. Entre nós, é obrigatória a leitura da brilhante obra da Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Silmara Juny Chinelato, que serviu como referência para o presente artigo.³

A contribuição do presente trabalho é justamente a de defender a *tese concepcionista*, ou seja, de que o nascituro é pessoa humana, gozando de ampla proteção legal. Acredita esse autor que o momento é de reflexão profunda e, quem sabe, de virar as páginas bibliográficas que defendem as outras teses relativas ao nascituro, e que não lhe atribuem personalidade jurídica, o que, para um *Direito Civil Personalizado*, é algo inadmissível. Também, pelo surgimento da *quarta geração ou dimensão de direitos*, aqueles relacionados com a proteção do patrimônio genético da pessoa humana, acreditamos que as teses que negam personalidade ao nascituro estão totalmente ultrapassadas.

Mesmo com a conclusão pela *teoria concepcionista*, não deixaremos de analisar as outras teorias, apontando os seus principais defensores no Brasil. Superadas essas teses, e para amparar nossa posição, abordaremos as questões práticas atinentes à consagração de direitos ao nascituro: a possibilidade de ele pleitear danos morais, os danos morais advindos da sua morte, a sua legitimidade para o ingresso da ação de investigação da paternidade, os alimentos do nascituro, a possibilidade de ele ser adotado e de ser-lhe nomeado um curador. Como o trabalho é essencialmente personalista, deixaremos de tratar de questões patrimoniais relativas ao nascituro. Quanto às questões sucessórias, essas são objeto de trabalho, escrito em co-autoria com José Fernando Simão.⁴

2 O art. 1º, inc. III, da Constituição Federal de 1988 consagra como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a proteção da dignidade da pessoa humana. Trata-se daquilo que é denominado como *macroprincípio*, ou *superprincípio*, ou *princípio dos princípios*. A importância do princípio da dignidade humana para o Direito Civil Brasileiro na atualidade é muito bem exposta por Maria Celina Bodin de Moraes em seu artigo intitulado “O princípio da dignidade humana” (In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006).

3 CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1999. Há que se ressaltar que a doutrinadora também é responsável pela formação jurídica e pelas conclusões a que chegou este autor.

4 TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Método, 2007, v. 6.

Como se sabe, as discussões envolvendo os direitos sucessórios do nascituro e do embrião são das mais controvertidas, merecendo, portanto, uma pesquisa própria. Sem prejuízo disso, as conclusões deste trabalho não deixam de influir também nas questões patrimoniais relacionadas com o nascituro.

Em suma, o propósito do artigo é trazer conclusões que visualizam horizontes de valorização da pessoa humana na proteção dos direitos do nascituro, belo destino para onde caminha o nosso Direito Privado.

2. O conceito de nascituro.

De Plácido e Silva ensina que a expressão *nascituro* deriva do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, designando aquele que há de nascer. Em suas palavras, nascituro “designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intra-uterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dêle, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”.⁵ Em seu *Dicionário jurídico*, Maria Helena Diniz conceitua o nascituro como sendo “Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo”.⁶ O nascituro é justamente *aquele que foi concebido e ainda não nasceu*.⁷

O Código Civil de 2002 trata do nascituro em seu art. 2º, cuja redação é muito próxima do art. 4º da codificação anterior, sendo interessante transcrever ambos os dispositivos para uma análise aprofundada, basilar para as nossas conclusões:

Art. 2º do Código Civil de 2002.	Art. 4º do Código Civil de 1916.
A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.	A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Ambos os dispositivos trazem como conteúdo a *personalidade*, que é a soma de aptidões ou caracteres da pessoa. Com todo o respeito ao posicionamento em contrário, deve-se entender que a personalidade não se confunde com a capacida-

5 DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III, p. 1051.

6 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3, p. 378.

7 Para o nosso conceito, foram preciosos os ensinamentos de Rubens Limongi França, para quem o nascituro “é aquele que há de ou deve nascer. Distingue-se da prole eventual, também protegida pelo direito (CC, art. 1.718, *in fine*), e a diferença específica, à face da ciência jurídica, está no fato de ser o nascituro o ente já concebido. Assim, para os jurisperitos, nascituro é a pessoa que está por nascer, já concebido no ventre materno” (*Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 48).

de de direito, prevista no art. 1º do atual Código Civil, que vem a ser a condição que a pessoa tem de ser sujeito de direitos e deveres, na ordem privada.⁸

Pois bem, como se pode perceber, a confrontação dos dispositivos transcritos no quadro traz a conclusão de que, na essência, são idênticos, com a pequena observação de que o Código Civil de 1916 utilizava a expressão “homem”, enquanto que o Código Civil de 2002 prefere “pessoa”. Isso, para uma melhor adaptação ao que consta da própria Constituição, que no seu art. 1º, inc. III, utiliza a última. Também, a expressão “pessoa” é conquista do movimento feminista, que sempre pregou a denominação na flexão universal, não mais se utilizando o termo “homem”, no masculino.

Mas ambos os dispositivos transcritos apresentam o problema da utilização das expressões “nascimento” e “concepção”, não tomando uma posição concreta quanto à personalidade do nascituro.⁹ Por isso é que, supostamente, a dúvida quanto à posição da codificação persiste entre nós.

Uma outra indagação que surge do art. 2º do atual Código é se ele engloba ou não o embrião, o que divide grandes estudiosas do tema no Brasil.

Maria Helena Diniz responde negativamente, conceituando o embrião como sendo o produto da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, tendo vida extra-uterina.¹⁰ Justamente por isso, a Professora da PUC/SP elaborou proposta legislativa que inspira o PL n. 6.960/2002, de autoria original do saudoso Deputado Ricardo Fiúza, e pela qual o art. 2º da atual codificação ficaria com a seguinte redação: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro”. Ressalte-se que o referido projeto legislativo foi reproposto recentemente pelo Deputado Léo Alcântara, recebendo o número 276/2007.

8 Prevê o art. 1º da atual codificação privada que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

9 Por isso é que tem total razão o jurista mineiro César Fiúza quando escreve que “o legislador parece um tanto pleonástico (...). Perdeu o legislador a oportunidade histórica de pôr fim à controvérsia entre natalistas e concepcionistas. Os natalistas entendem que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Os concepcionistas defendem a tese de que a personalidade começa a partir da concepção. Qual seria a posição do Código Civil? Os natalistas propugnam por sua tese; afinal, esta seria a intenção literal do legislador, ao afirmar que a personalidade civil começa com o nascimento com vida. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos a salvo. Direitos só detêm as pessoas, sendo assim, por interpretação lógica, o texto legal estaria adotando a tese concepcionista. O Código de 1916 já era dúbio. Faltou coragem ao legislador de 2002” (FIÚZA, César. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004, p. 24).

10 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I, p. 192.

Na mesma esteira, a Professora Heloísa Helena Barboza, em palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional, na cidade do Rio de Janeiro, em setembro de 2006, deixou claro o seu entendimento de que a figura do nascituro não se confunde com o embrião, merecendo ambos um tratamento diferenciado, principalmente no tocante aos direitos sucessórios de ambos.¹¹

Mas essa respeitável corrente doutrinária e mesmo a proposta legislativa estão longe de ser unânimes.

O próprio Ricardo Fiuza demonstrava que havia fortes críticas à proposição, assinadas, entre outros, por Miguel Reale e por Silmara Juny Chinelato. Para a última doutrinadora, a expressão *nascituro* também engloba o embrião.¹² Vale dizer, aliás, que a Professora da USP mudou de entendimento, pois antes, nos idos de 1983, também defendia que o embrião não se confundia com o nascituro, o que demonstra que realmente a questão é controvertida, a deixar dúvidas até na mente do mais sábio aplicador do Direito. A mudança de entendimento da professora da USP se deu diante dos notáveis avanços das técnicas de reprodução assistida, trazendo a nova realidade de tratamento jurídico do embrião pré-implantatório.¹³

11 BARBOZA, Heloísa Helena. Aspectos controversos do direito das sucessões: considerações à luz da Constituição da República. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro “Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional”, sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006.

12 FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 32.

13 Essa mudança de entendimento pode ser percebida pela leitura da obra específica da Professora Silmara Chinelato: “Assim sendo, na expressão ‘já concebido no ventre materno’, que consta do conceito de nascituro de R. Limongi França, dever-se-ia subentender ‘gravidez’. Não se consideraria ‘concepção’, no sentido estrito, como sinônimo do ato de fecundação, isto é, união do espermatozóide com o óvulo para formar um zigoto, primeira célula humana, mas o de gravidez (binômio ‘ovo-mãe’ ou ‘embrião-mãe’). Em 1983, pareceu-me adequada e cautelosa essa reflexão provisória – restritiva do conceito de pessoa/nascituro, ao ser já implantado – diante de inovação tecnológica de tão graves conseqüências, não só para o Direito como para a Bioética. Passados dezesseis anos, ao longo dos quais enriquecemos nossas pesquisas com inúmeras obras, bem como por meio de lições hauridas nos diversos congressos nacionais e internacionais dos quais participamos, pensamos não ser a melhor tese a que faz coincidir a personalidade com a implantação do ovo ou do embrião *in anima nobile*, quando se inicia a gravidez, a qual garante a sobrevivência do ovo. Garantir a viabilidade de desenvolvimento não significa negar a natureza ontológica e biológica do ser humano. As novas técnicas de reprodução, amplamente utilizadas em diversos países, inclusive no Brasil, trazem mais uma realidade para a preocupação dos juristas. Trata-se da tutela civil – e penal, a ser definida expressamente pela legislação, tendo em vista o princípio basilar *Nullum crimen, nulla poena sine lege* – do embrião pré-implantatório, impropriamente denominado pré-embrião, enquanto ainda *in vitro* ou criopreservado” (CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 12).

Também compartilhando do último posicionamento, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka sustenta que

“o conceito tradicional de *nascituro* – ser concebido e ainda não nascido – ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação). Tal ampliação se deu exatamente por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano, de modo que *nascituro*, agora, permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o *locus* da concepção.”¹⁴

Estamos filiados a essa última corrente, ou seja, entendemos que a expressão *nascituro*, constante do art. 2º do Código Civil, deve ser lida em sentido amplo, e incluir também o embrião, inclusive aquele que se encontra crioconservado, entendimento que será basilar para amparar a nossa tese, como se verá ao final.

Por oportuno, é importante dizer que o Deputado Vicente Arruda, então nomeado como relator para analisar o antigo PL n. 6.960/2002 na Comissão de Constituição e Justiça e de Redação na Câmara dos Deputados, vetou a proposta de alteração do art. 2º do atual Código Civil.¹⁵

Superado esse ponto, é interessante aqui demonstrar as três principais correntes quanto à personalidade jurídica do nascituro, já que o art. 2º do Código Civil não toma um posicionamento firme quanto à questão, utilizando tanto as expressões “nascimento” quanto “concepção”. Estudaremos então, pela ordem, a *teoria natalista*, a *teoria da personalidade condicional* e a *teoria concepcionista*.

14 E conclui Giselda Hironaka, confirmando o entendimento de Silmara Chinelato, a quem dedica a sua exposição naquele Congresso Internacional: “O conceito de nascituro abarca, portanto, o conceito de embrião, sendo desastroso a separação jurídica ou legislada dos termos, pois que pode trazer mais confusão do que solução, pela interpretação (errada) de que sejam diferentes casos. Embrião, afinal, é singularmente um dos estágios de evolução do ovo, que se fará nascituro. Ainda que não implantado, o embrião está concebido e, desde que identificado com os doadores de gametas, a ele será possível conferir herança, assim como ao nascituro, eis que o art. 1.798 do Código Civil admite estarem legitimados a suceder não apenas as pessoas nascidas, mas também aquelas concebidas ao tempo da abertura da sucessão” (As inovações biológicas e o direito das sucessões. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro. *Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*, sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006).

15 Foram as razões do veto: “A introdução do termo embrião, que certamente está contido no conceito de 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 consequências jurídicas que daí adviriam, como, por exemplo, as atinentes ao direito sucessório. Pela rejeição” (Disponível em: www.flaviotartuce.adv.br. Sessão Legislação. Acesso em: 31 out. 2006).

3. A teoria natalista

A *teoria natalista* prevalecia entre os autores modernos do Direito Civil Brasileiro, para quem o nascituro não poderia ser considerado pessoa, pois o Código Civil exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos.

Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podemos citar Sílvio Rodrigues,¹⁶ Caio Mário da Silva Pereira¹⁷ e San Tiago Dantas.¹⁸ Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa.¹⁹ Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa, e ponto final.

O grande problema da *teoria natalista* é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa? A resposta acaba sendo positiva a partir da primeira constatação de que haveria apenas expectativa de direitos.

Além disso, a *teoria natalista* está totalmente distante do surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e da proteção dos direitos do embrião. Também está distante de uma proteção ampla de direitos da personalidade, tendência do Direito Civil pós-moderno.

Do ponto de vista prático, a *teoria natalista* nega ao nascituro mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. Com essa negativa, a *teoria natalista* esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

4. A teoria da personalidade condicional

A *teoria da personalidade condicional* é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão

16 RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 36.

17 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 216.

18 DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945). Rio de Janeiro: Rio, 3. tiragem, p. 170.

19 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. I, p. 161.

sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais.²⁰ Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil.²¹

Como entusiastas desse posicionamento citamos Washington de Barros Monteiro,²² Miguel Maria de Serpa Lopes²³ e Clóvis Bevilacqua.²⁴ Na doutrina atual, Arnaldo Rizzardo também parece seguir esse entendimento.²⁵

O grande problema dessa corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro.²⁶ Vale ressaltar, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento também acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos.

Na verdade, com todo o respeito ao posicionamento em contrário, consideramos que a *teoria da personalidade condicional* é essencialmente natalista, pois também parte da premissa de que a personalidade tem início com o nascimento com vida. Por isso, em uma realidade que prega a personalização do direito civil, uma tese essencialmente patrimonialista não pode prevalecer.

5. A teoria concepcionista

A *teoria concepcionista* é aquela que sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei. Esse é o entendimento defendido

20 Cf. CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 155.

21 CC, art. 130. "Ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo".

22 BARROS MONTEIRO, Washington. *Curso de direito civil*. Parte geral. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 64.

23 SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros, 1962, v. I, p. 263.

24 BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 1977, 3. tiragem, p. 178. O autor é claro ao dizer que o Código Civil de 1916 adotou a teoria da personalidade condicional.

25 RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 142. Essa nossa conclusão se dá porque Rizzardo cita o entendimento de Serpa Lopes, concordando com este.

26 A crítica também é formulada por Silmara Chinelato (*Tutela civil do nascituro*, cit., p. 158).

por Silmara Juny Chinelato,²⁷ Pontes de Miranda,²⁸ Rubens Limongi França,²⁹ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka,³⁰ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho,³¹ Roberto Senise Lisboa,³² Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald,³³ Francisco Amaral,³⁴ Guilherme Calmon Nogueira da Gama,³⁵ Antonio Junqueira de Azevedo,³⁶ Gustavo Rene Nicolau,³⁷ Renan Lotufo³⁸ e Maria Helena Diniz.³⁹

A maioria dos autores citados aponta que a origem da teoria está no Esboço de Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, pela previsão constante do art.

27 CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 161.

28 PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, t. I, 1974, p. 166.

29 “A despeito de contar (ainda) com minoria entre os autores, a doutrina racional é aquela que admite a condição de pessoa a partir da concepção” (LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 49).

30 HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. As inovações biológicas e o direito das sucessões. Palestra proferida no I Congresso Internacional de Direito Civil-Constitucional da Cidade do Rio de Janeiro “Interpretação do Direito Civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional”, sob a coordenação científica do Professor Gustavo Tepedino (UERJ), em 23 de setembro de 2006.

31 GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 94.

32 SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1, p. 295.

33 Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald ensinam que “Sem dúvida, a partir da concepção há proteção à personalidade. Com efeito, o valor da pessoa humana, que reveste todo o ordenamento jurídico, é estendido a todos os seres humanos, sejam nascidos ou estando em desenvolvimento no útero materno. Perceber essa assertiva significa, plano principal, respeitar o ser humano em sua plenitude” (*Direito civil*. Teoria geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 185).

34 Para Francisco Amaral, não se pode negar ao nascituro a titularidade jurídica, pois “O nascimento não é condição para que a personalidade exista, mas para que se consolide” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*. Introdução. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 257).

35 Em comentários ao art. 2º do atual Código Civil, ensina o professor da UERJ que “Referida proteção, não obstante a doutrina mais tradicional a exemplifique como casos concernentes a valores patrimoniais em jogo, pode e deve ser estendida às situações existenciais que envolvem o nascituro, entendido como o embrião implantado no ventre materno, é abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa humana por se tratar de ente dotado de vida e capaz de ser amado” (NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13).

36 AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Volume nº 9. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.

37 NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil*. Parte geral. Série Leituras Jurídicas. São Paulo: Atlas, 2005, p. 29.

38 Renan Lotufo demonstra entusiasmo pela tese, diante das novas técnicas de reprodução assistida (*Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 13).

39 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 10.

1º da sua Consolidação das Leis Civis, pelo qual “As pessoas considerão-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento”.⁴⁰ Assim, ao considerar como nascidas as pessoas concebidas, o *Esboço de Teixeira de Freitas* atribui direitos ao nascituro. Como é notório, esse *Esboço* inspirou o Código Civil Argentino, que adota a *teoria concepcionista*.

Para todos esses autores, o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção. Quanto à Professora Maria Helena Diniz, há que se fazer um aparte, pois alguns autores a colocam como seguidora da *tese natalista*, o que não é verdade. A renomada doutrinadora, em construção interessante, classifica a personalidade jurídica em formal e material. A *personalidade jurídica formal* seria aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção; enquanto que a *personalidade jurídica material* manteria relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida.⁴¹ Mais à frente, a jurista diz que a razão está com a *teoria concepcionista*, filiando-se, portanto, a essa corrente.⁴²

Também no Direito Comparado não tem sido diferente o posicionamento de alguns juristas. Na Itália, Pierangelo Catalano é adepto da doutrina concepcionista, defendendo a equiparação do nascituro às pessoas nascidas.⁴³ Entre os autores portugueses, esse também parece ser o posicionamento de José de Oliveira Ascensão, ao reconhecer até mesmo direitos sucessórios ao nascituro.⁴⁴ No Direito Espanhol, Luis Díez-Picazo e Antonio Gullón demonstram toda uma preocupação de proteção dos direitos do concepturo, principalmente pela proteção da sua vida.⁴⁵

O que se percebe pela pesquisa que formulamos é que, entre nós e atualmente, prevalece a *teoria concepcionista* e não a mais a *teoria natalista*. Além dos argumentos doutrinários, várias questões práticas trazidas a lume reforçarão a tese de que, realmente, o nascituro deve ser dito como pessoa humana, dotado de proteção quanto aos seus direitos da personalidade. Demonstraremos a seguir as razões pelas quais filiamo-nos também a esse entendimento.

40 TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003.

41 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 8.

42 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 10.

43 CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origin e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990.

44 ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*. Teoria Geral. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 50.

45 DíEZ-PICAZO, Luis; Gullón, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003, v. 1, p. 217.

6. Nossa posição e questões práticas envolvendo a proteção dos direitos do nascituro

Um dos grandes méritos da atual codificação privada refere-se à previsão de proteção dos direitos da personalidade, constante entre os seus arts. 11 a 22. Esses direitos podem ser conceituados como sendo aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade, sendo os principais o direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade. Quanto à proteção da vida do nascituro, a corrente concepcionista é reconhecida como regra pelo Direito Penal, que tipifica como crime o aborto.⁴⁶

Por óbvio, a proteção constante da atual codificação não esgota a matéria, não se podendo afastar a proteção de outros direitos, principalmente dos direitos fundamentais, constante da Constituição Federal de 1988 nos seus dispositivos iniciais (arts. 1º a 5º). Por isso é que é correto afirmar que, quanto aos direitos da personalidade, o Código Civil atual adota um sistema aberto, que não afasta a proteção de outros direitos assegurados constitucionalmente.⁴⁷ Em conclusão, temos em vigor uma verdadeira *cláusula geral de tutela da pessoa humana*, que ampara uma proteção ampla e integral, como afirma Gustavo Tepedino.⁴⁸

46 Tipifica como crime o art. 124 do Código Penal “provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos”. Em complemento, tipifica o art. 125 do Código Penal: “Provocar Aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos”. Mais ainda (art. 126 do CP): “Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência”. Também é interessante citar o art. 127 do Código Penal, pelo qual “As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte”. O art. 128 do Código Penal autoriza o *aborto necessário*, prevendo que “Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. Quanto à autorização do aborto necessário, entendemos que o próprio legislador fez uma ponderação, preferindo proteger a dignidade da mãe. Por isso, não há que se falar que a autorização do aborto necessário constitui uma negação da *teoria concepcionista*. Ademais, essa autorização não é regra, mas exceção.

47 Nesse sentido, foi aprovado enunciado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, realizada entre os dias 25 a 27 de outubro de 2006, com o seguinte teor: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação” (Enunciado n. 274). O enunciado aprovado reúne propostas dos juristas Mário Luiz Delgado e Maria Celina Bodin de Moraes.

48 TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 23-58.

Essa proteção ampla dos direitos da personalidade também inclui o nascituro, que, pelo sistema atual, tem direitos reconhecidos e assegurados pela lei, e não mais mera expectativa de direitos, como antes se afirmava.⁴⁹ Eis aqui o argumento principal para dizer que o nosso sistema adotou a *teoria concepcionista*, pois não se pode negar ao nascituro esses direitos fundamentais e tidos como *de personalidade*. Assim, o nascituro tem direito à vida, à integridade físico-psíquica, à honra, à imagem, ao nome e à intimidade.⁵⁰

Sem prejuízo disso, pode-se dizer que a própria Constituição Federal protege os direitos do nascituro ao prever, em seu art. 225, a proteção do *Bem Ambiental*, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando a sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações.⁵¹ Justamente diante da proteção dos direitos das futuras gerações, o que engloba as pessoas concebidas e não nascidas, denota-se hoje a existência de direitos *transgeracionais* ou *intergeracionais*, consagradores do *princípio da equidade intergeracional*.⁵²

Outro argumento para dizer que o nascituro, cujo conceito engloba o embrião, é pessoa humana refere-se à previsão da Lei de Biossegurança, Lei

49 Tem total razão Silmara Chinelato quando afirma que “o nascituro tem direitos desde a concepção, e não expectativa de direitos” (CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 175).

50 Nesse sentido, prevê o Enunciado n. 1 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na *I Jornada de Direito Civil*, que “A proteção que o Código defere ao nascituro alcança também o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”. Como se percebe, o enunciado reconhece direitos ao nascituro e também ao natimorto, essencialmente direitos da personalidade.

51 PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

52 Quanto à proteção das futuras gerações, particularmente no tocante à responsabilização civil por danos ambientais, ensina Lucas Abreu Barroso: “Cumprir lembrar que agora a obrigação de indenizar deve também encarar um novel desafio, o de satisfazer as expectativas das futuras gerações, haja vista a inserção do princípio da equidade intergeracional no texto da Constituição (art. 225, *caput*), ainda que isso importe ‘algumas novidades no esquema de instrumentos jurídicos’ – contudo, sem relegar os postulados da juridicidade estatal. Resulta, então, que as relações jurídicas obrigacionais, tradicionalmente pensadas ao redor do consentimento (acordo de vontades), devem cambiar seu enfoque para o interesse protegido. Somente assim será possível garantir às futuras gerações os direitos que desde logo lhes são assegurados, dentro de um critério de igualdade com os atuais participantes das obrigações civis. Todavia, realizar tal princípio consubstancia uma árdua tarefa, que ensejará permanente esforço e dedicação por parte dos estudiosos e operadores do direito de todos os tempos. O balanceamento desejável entre os interesses a proteger de hoje e do porvir ‘não é fácil de ser encontrado, exigindo considerações de ordem ética, científica e econômica das gerações atuais e uma avaliação prospectiva das necessidades futuras, nem sempre possíveis de serem conhecidas e medidas no presente’. No entanto, as dificuldades que se nos apresentam não podem constituir óbice para o atendimento ao ditame contido no princípio em comento, posto não haver primazia da presente geração no cotejo com as futuras gerações, sendo impreterível tornar efetiva – paralelamente com a solidariedade social – a solidariedade intergeracional”. [BARROSO, Lucas Abreu. *Novas fronteiras da obrigação de indenizar*. In: DELGADO, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 5, p. 365]. Essa preocupação que as presentes gerações devem ter quanto às futuras, sem dúvida alguma, é confirmação da *teoria concepcionista*.

nº 11.105, de 2005. O art. 5º desse diploma legal permite, 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, mas desde que atendida uma séria de exigências. O que se percebe é que essa utilização não traduz regra, mas exceção, justamente porque se deve proteger a integridade física do embrião.

De início essa utilização somente é possível nos casos de embriões inviáveis, que não podem mais ser utilizados para reprodução. Além dessa situação, também é possível a utilização das células embrionárias no caso de embriões congelados há três anos ou mais, na data da publicação da lei, ou já congelados na data da publicação da norma, depois de completarem três anos, contados a partir da data de congelamento. Para todos os casos, há necessidade de consentimento dos genitores do embrião (art. 5º, § 1º, da Lei nº 11.105/2005). Não obstante tudo isso, é vedada a comercialização do material biológico, implicando a sua prática crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434/1997.⁵³

Ora, parece-nos que o que faz o dispositivo é proteger a integridade e também a vida do embrião, cujo conceito, como exposto, confunde-se com o de nascituro, no tocante à proteção dos direitos da personalidade. Isso porque as suas células embrionárias somente podem ser utilizadas nos casos de inviabilidade para a reprodução, ou após um período de três anos. Na opinião deste autor, a lei está prevendo essa utilização em casos em que se presume a morte do embrião, ou seja, a impossibilidade de sua utilização para fins reprodutivos. Como a regra é a sua não-utilização, foi adotada a *teoria concepcionista*, reconhecendo-se que o nascituro é uma pessoa humana.

De qualquer forma, como reconheceu o Supremo Tribunal Federal em maio de 2008, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade da norma. Primeiro, porque a utilização de células-tronco embrionárias somente é possível em casos excepcionais. Segundo, porque a lei presumiu a morte do embrião nas situações descritas. Terceiro, porque há necessidade de autorização dos genitores para o uso de tais células. Quarto, pois os interesses coletivos à evolução científica devem prevalecer em casos tais.⁵⁴

Superados esses argumentos dos entendimentos doutrinários expostos, entendemos ser perfeita a construção de Maria Helena Diniz, para quem o nascituro tem *personalidade jurídica formal* – relacionada com os direitos da

53 “Art. 15. 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 aufere qualquer vantagem com a transação.”

54 Julgamento do Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 3.510/DF, proposta pela Procuradoria Geral da República. O julgamento foi encerrado em 29 de maio de 2008, concluindo aquele Tribunal, por maioria de votos, pela constitucionalidade da norma.

personalidade; mas não *personalidade jurídica material* – relacionada com os direitos patrimoniais, o que somente é adquirido com o nascimento com vida.⁵⁵ Justamente porque o nascituro somente adquire direitos patrimoniais com o seu nascimento com vida é que se pode dizer que a doação a nascituro, prevista no art. 542 do atual Código Civil, é forma de doação condicional, ou seja, cuja eficácia depende de um evento futuro e incerto, que no caso é o nascimento com vida daquele que foi concebido.⁵⁶

Partindo para uma análise prática, de confirmação da *teoria concepcionista*, pode-se dizer, inicialmente, que o nascituro tem direito à reparação por danos morais suportados. Como se sabe, os danos morais podem ser conceituados como sendo aqueles que atingem os direitos da personalidade e, no caso da pessoa humana, a sua dignidade. Como se reconhecem direitos da personalidade ao nascituro, é possível a lesão a esses direitos, concluindo-se pela possibilidade de o nascituro pleitear a correspondente indenização por danos imateriais. Assim já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado, cuja ementa merece transcrição destacada:

“DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II – O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III – Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional” (STJ, REsp n. 399.028/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 26.02.2002, DJ 15.04.2002, p. 232).

55 DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*, cit., p. 8. É pertinente salientar que essa definição de Maria Helena Diniz não é pacífica na doutrina nacional. Diz Francisco Amaral que “Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa” (AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*, cit., p. 254). Também comunga desse último entendimento Silmara Juny Chinelato (*Tutela civil do nascituro*, cit.).

56 Prevê o art. 542 do CC em vigor que “A doação a nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Parece-nos que a aceitação pelo representante está no plano da validade desse contrato, enquanto que o nascimento com vida, no plano da eficácia, sendo este nascimento uma condição suspensiva para o negócio, do ponto de vista patrimonial.

No caso transcrito, entendeu-se que um filho teria direito a uma indenização pela morte de seu pai, por um fato ocorrido quando sequer tinha nascido, ou seja, quando era um nascituro. Por óbvio, parece-nos que o julgado adota a *teoria concepcionista*, pois, se o nascituro não tivesse direitos, não poderia requerer indenização por um fato ocorrido quando não os tinha. O próprio julgado faz referência à doutrina de Yussef Said Cahali, pela qual o nascituro tem direito à indenização por danos morais.⁵⁷

Em outro julgado interessante, o mesmo Superior Tribunal de Justiça considerou que o nascituro é pessoa e também atribuiu indenização por danos morais ao seu genitor em decorrência da sua morte. No caso em questão, a responsabilidade civil atingiu o Estado, diante de um acidente de trânsito causado por seu agente, sendo a indenização por danos morais fixada em 300 salários mínimos, pela morte do nascituro e de sua genitora.⁵⁸ Do julgado extrai-se que

57 CAHALI, Yussef Said. *Danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT, p. 162.

58 “RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – COLISÃO DE VIATURA POLICIAL – MORTE DA GENITORA PARTURIENTE E DO NASCITURO – AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS – PETIÇÃO INICIAL – PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL NO VALOR DE TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS POR AMBOS OS ÓBITOS – SENTENÇA QUE ARBITROU A INDENIZAÇÃO NO VALOR DE TREZENTOS SALÁRIOS MÍNIMOS PELA MORTE DA GENITORA E TRINTA SALÁRIOS MÍNIMOS PELA MORTE DO NASCITURO – VALORES CONFIRMADOS PELO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO – ALEGADA OFENSA AO ARTIGO 460 DO CPC – OCORRÊNCIA – SENTENÇA ULTRA PETITA – REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA AO QUANTUM REQUERIDO PELAS AUTORAS – ALEGADA OFENSA AO DISPOSTO NOS ARTS. 20, § 4º E 70, INCISO III, DO CPC, 1.524 DO CÓDIGO CIVIL E 38 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADA. Decidiu a egrégia Corte de origem deveriam ser confirmados os termos da sentença que condenou o Poder Público estadual ao pagamento de indenização para as autoras no valor de ‘300 (trezentos) salários mínimos para cada uma, pela morte da mãe e 30 (trinta) salários mínimos pela do nascituro, ambas a título de dano moral, constituindo o valor líquido e único de R\$ 79.200,00 (setenta e nove mil e duzentos reais), incidindo juros de mora, desde esta data, na base de meio por cento ao mês e atualização monetária, ambas até a efetiva liquidação’. Essa conclusão, data venia, não se mostra compatível com o pedido formulado na petição da ação indenizatória, que prevê, de forma expressa, unicamente a condenação do Estado ao pagamento de ‘indenização pelas duas mortes, a título de dano moral (Sum. STJ, Verbete n. 37, REsp n. 5.768, relator Min. Barros Monteiro), de 300 (trezentos) salários mínimos, para cada uma das autoras, a serem pagos de uma só vez’ (p. 10/11 – grifos não originais). Deve-se primar pela obediência ao princípio da correlação ou da congruência existente entre o pedido formulado e a decisão da lide (art. 460 do CPC), já que o próprio autor impôs os limites em que pretendia fosse atendida a sua pretensão. É de bom conselho, destarte, em nome da celeridade e economia processuais, a redução da verba indenizatória para 300 salários mínimos para cada uma das autoras da ação, a título de indenização por ambos os óbitos. No tocante à alegada ofensa ao disposto nos arts. 20, § 4º e 70, inciso III, do CPC, 1.524 do Código Civil e 38 do Código de Trânsito Brasileiro, impõe-se o não conhecimento do recurso ante a ausência de prequestionamento (Súmulas n. 282 e 356/STF). Divergência jurisprudencial não demonstrada” (Superior Tribunal de Justiça, ACÓRDÃO: REsp n. 472276/SP (200201405330), 504655 RECURSO ESPECIAL, DATA DA DECISÃO: 26.06.2003, ORGÃO JULGADOR: – SEGUNDA TURMA, RELATOR: MINISTRO FRANCIULLI NETTO, FONTE: *DJ* 22.09.2003, p. 299).

tanto o nascituro quanto a sua mãe receberam o mesmo tratamento, já que a indenização fixada foi pela morte de ambos.

Outra questão de grande interesse do ponto de vista prático refere-se ao reconhecimento da paternidade do nascituro. De início, quanto ao tema, vale dizer que o Código Civil de 2002 continua trazendo as presunções de paternidade, no seu polêmico art. 1.597.⁵⁹ As presunções são deduções lógicas feitas pela lei ou pelo aplicador do Direito, que parte de algo conhecido para chegar a algo desconhecido. O fato conhecido é a existência de casamento ou união estável.⁶⁰ O fato desconhecido é a paternidade do marido ou companheiro, que no caso é presumida.

O dispositivo está amparado na velha máxima latina *mater semper certa est et pater is est quem nuptiae demonstrant*, que pode ser resumida da seguinte forma: *a maternidade é sempre certeza, a paternidade é presunção*. Ao trazer a presunção de paternidade, seja absoluta ou relativa, o dispositivo, de forma indireta, acaba reconhecendo o direito à paternidade a favor do nascituro. Isso, mesmo com a certeza de que o comando legal perdeu parte de sua efetividade prática, diante da busca da verdade biológica pelo exame de DNA.

O inc. I do art. 1.597 do CC prevê que se presume a paternidade dos filhos nascidos 180 dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal. Como se vê, a presunção leva em conta o início do casamento, havendo uma presunção relativa (*iuris tantum*), que admite prova em contrário, via exame de DNA.

Outra presunção relativa de paternidade consta do inc. II, quanto aos filhos nascidos nos 300 dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal por morte, separação judicial, nulidade ou anulação do casamento.

O inc. III do art. 1.597 do CC prevê que haverá presunção de paternidade dos filhos havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo quando falecido o marido. Vale dizer que a fecundação homóloga é aquela efetuada com o material genético dos próprios cônjuges.

59 “Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I – nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II – nascidos nos trezentos dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV – havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V – havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido”.

60 Seguimos a corrente doutrinária que prega a possibilidade de aplicação do art. 1.597 do CC também à união estável, caso de Maria Helena Diniz (*O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 479) e Rodrigo da Cunha Pereira (*Código Civil anotado*, cit., p. 1129).

O inc. IV também prevê a presunção de paternidade quanto aos filhos havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes também de concepção artificial homóloga. Tais embriões são aqueles decorrentes da manipulação genética, mas que não foram introduzidos no ventre materno, estando armazenados em entidades especializadas, em clínicas de reprodução assistida.⁶¹ A fecundação, em casos tais, ocorre *in vitro*, na proveta, por meio da técnica ZIFT, ou seja, a fecundação ocorre fora do corpo da mulher.⁶²

Por fim, o inc. V traz a presunção de paternidade dos filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, técnica de reprodução assistida em que se utiliza material genético de terceiro, desde que haja prévia autorização do marido. A situação é do marido que autoriza a mulher a fazer uma inseminação artificial em banco de sêmen, com material genético que não lhe pertence. Para que exista a presunção de paternidade, há necessidade dessa prévia autorização, caso contrário a presunção não existe.

Quando das Jornadas de Direito Civil, realizadas pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), alguns enunciados foram aprovados visando resolver alguns problemas de Bioética e Biodireito decorrentes do novel dispositivo. Alguns desses enunciados acabam trazendo como conteúdo a *teoria concepcionista*.

O primeiro deles é o Enunciado n. 107, da I Jornada de Direito Civil, pelo qual

“finda a sociedade conjugal, na forma do art. 1.571, a regra do inc. IV somente poderá ser aplicada se houver autorização prévia, por escrito, dos ex-cônjuges, para a utilização dos embriões excedentários, só podendo ser revogada até o início do procedimento de implantação desses embriões.”

Assim, no caso do marido ou companheiro que dá a autorização para a inseminação heteróloga e depois pretende revogá-la, deve ser aplicada a vedação do comportamento contraditório, a máxima *venire contra factum proprium non potest*, que é relacionada com a boa-fé objetiva.⁶³ Para impossibilitar essa revogação, também podem ser invocados os princípios do melhor interesse da

61 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI, p. 51.

62 Cf. DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2004, p. 2.

63 Sobre o tema, recomendamos a leitura da monografia de Rose Venceslau, defendida na UERJ, intitulada *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

criança (*best interest of child*) e da proteção integral constante do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990). No caso em questão, a proteção é dos direitos do nascituro, pois a criança ainda não nasceu.

Já pelo Enunciado n. 127 do CJF, também da I Jornada de Direito Civil, há proposta de alterar o inc. III do art. 1.597 para constar apenas “*havidos por fecundação artificial homóloga*”, retirando-se a menção ao falecimento do marido. Foram as justificativas da proposta de alteração legal: “*Para observar os princípios da paternidade responsável e dignidade da pessoa humana, porque não é aceitável o nascimento de uma criança já sem pai*”. A proposta encontra-se muito bem fundamentada nos princípios que protegem a criança. De forma indireta, há a tutela dos direitos do nascituro, o que confirma a *teoria concepcionista*.

No que tange ao reconhecimento de nascituro como filho de forma voluntária, vale dizer que o próprio Código Civil o possibilita, ao prever que o reconhecimento pode preceder ao nascimento ou ser posterior ao falecimento (art. 1.609, parágrafo único, do CC). Ora, ao prever a possibilidade de reconhecimento do filho não nascido, esse dispositivo também consagra direitos ao nascituro, que, para os concepcionistas, deve ser considerado pessoa. Por óbvio, somente é possível reconhecer a paternidade de uma pessoa, não de uma coisa.

Ainda no tocante ao reconhecimento de paternidade do nascituro, debate interessante envolve a legitimidade do nascituro para a propositura de ação de investigação de paternidade.⁶⁴

Fazendo pesquisa na jurisprudência recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, encontramos julgado pelo qual somente o nascituro teria a legitimidade para promover a ação investigatória, devidamente representado pela mãe.⁶⁵ Por óbvio, concordamos com o julgado, pois a ação investigatória é personalíssima e o nascituro deve ser considerado pessoa. Mas, para um outro entendimento, a ação deve ser proposta pela mãe, sendo substituído o pólo ativo da ação após o nascimento da criança.⁶⁶ Esse último julgado acaba adotando a corrente natalista,

64 A discussão não é nova no Direito Civil Brasileiro, sendo também exposta pela Professora Silmara J. Chinelato (*Tutela civil do nascituro*, cit., p. 291).

65 “Investigação de paternidade – Alimentos – Nascituro – Ação proposta pela gestante, em nome próprio, contra o suposto pai – Ilegitimidade de parte reconhecida – Ação personalíssima – Artigos 3º e 6º do CPC – Sentença mantida – Recurso desprovido” (Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 340.115-4/0 – Avaré – 5ª Câmara de Direito Privado – Relator: Silvério Ribeiro – 10.11.2004 – v.u.).

66 “Investigação de paternidade – Nascituro – Possibilidade científica e jurídica – Extinção dos autos em primeira instância por falta de interesse – Descabimento – Possibilidade conferida pela lei processual à mãe para ser investida na posse dos direitos cabentes ao nascituro e a proteção legal da dignidade deste último, tudo aliado à ampla garantia constitucional da proteção à vida – Inclusão do nascituro no pólo ativo, pois já deve ter nascido – Apelo provido” (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação Cível n. 349.128-4/4 – Itaporanga – 5ª Câmara de Direito Privado – Relator: Dimas Carneiro – 02.02.2005 – v.u.).

ao prever que a ação, inicialmente, deve ser proposta pela mãe. Com ele, portanto, não concordamos.

No que concerne aos alimentos do nascituro, a doutrina brasileira tem-se posicionamento no sentido de sua possibilidade.⁶⁷ Os alimentos são prestações devidas a quem não pode provê-las pelo próprio trabalho, estando fundamentados em relação de parentesco, casamento ou união estável, nos termos do art. 1.694 do atual CC.⁶⁸ O pagamento dos alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. Ao se reconhecer o pagamento de alimentos ao nascituro, temos a consagração da sua dignidade, o que é um caminho sem volta. Dessa forma, não temos dúvida de que o nascituro tem direito a esses alimentos, o que também é confirmação da *teoria concepcionista*.

Outra questão polêmica refere-se à adoção por nascituro. Silmara Juny Chinelato entende pela possibilidade dessa adoção, como forma de tutela dos direitos de quarta geração da pessoa humana.⁶⁹ De fato, se o nascituro é pessoa, tendo direitos da personalidade (personalidade jurídica formal), não há que se afastar a possibilidade de sua adoção. Lembramos que é possível o reconhecimento do nascituro como filho, conforme prevê especificamente o art. 1.609, parágrafo único, do CC. Se for possível reconhecê-lo como filho, por que não seria possível adotá-lo? Entendemos que há um contra-senso nesse entendimento que nega a possibilidade de adoção. Aliás, há quem entenda que a adoção não é possível, pois há necessidade de consentimento da mãe, após o nascimento da criança.⁷⁰

67 CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*, cit., p. 243; DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 457; STOLZE GAGLIANO, Pablo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*, cit., p. 94. Segundo os autores baianos por último citados, “o nascituro tem direito a alimentos, por não ser justo que a genitora suporte todos os encargos da gestação sem a colaboração econômica do seu companheiro reconhecido. Tal matéria, embora não seja objeto ainda de legislação expressa, pode ser reconhecida judicialmente em função da necessidade de proteção do feto para seu regular desenvolvimento”.

68 “Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada. § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.”

69 CHINELATO, Silmara Juny. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para e alterar o caput do artigo 1.621 do novo Código Civil. In: DELGADO, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. 1, p. 355.

70 Esse é o entendimento de Maria Berenice Dias, citando a doutrina especializada de Paulo Luiz Netto Lôbo, Maria Claudia C. Brauner e Maria Regina Fay de Azambuja (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*, cit., p. 440).

De qualquer forma, esse último entendimento está balizado em uma análise específica da inviabilidade da medida, o que, contudo, não significa o amparo na doutrina natalista.

Como o devido respeito, não concordamos com o entendimento, ainda majoritário, de que a adoção a nascituro não seria possível, por supostamente não haver norma autorizadora para tanto. Ora, a norma autorizadora para a adoção de nascituro é o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.157/1990), conforme sustenta a própria Professora Silmara Chinelato, no artigo citado.

De lege ferenda, a Professora Silmara Chinelato fez proposta de alteração do atual art. 1.621, do CC, por intermédio do Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, de autoria do saudoso Deputado Ricardo Fiúza, com a inclusão da possibilidade de adoção de nascituro.⁷¹ Com a alteração do dispositivo, o *caput* passaria a prever que “A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais do nascituro ou do incapaz, e da concordância deste, se contar mais de 12 (doze) anos”. Por óbvio, concordamos com a proposta legislativa, o que significa a confirmação da *teoria concepcionista*.⁷²

Por fim, o Código Civil de 2002 introduziu, como forma de curatela especial, a curatela do nascituro. Prevê o art. 1.779, *caput*, do CC que “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar”. Eventualmente, se a mulher estiver interdita, seu curador será também o do nascituro (art. 1.779, parágrafo único, do CC). Esse reconhecimento da possibilidade de nomeação de um curador para o nascituro também acaba amparando a *teoria concepcionista*, ou seja, de que o nascituro é pessoa humana.

Na verdade, ao admitir a curatela do nascituro, o Código Civil dá a ele o tratamento como absolutamente incapaz, enquadrado na hipótese do inc. I do art. 3º (menor de 16 anos). Em outras palavras, nascituro é tratado como menor,

71 É a atual redação do art. 1.621 do CC: “A adoção depende de consentimento dos pais ou dos representantes legais, de quem se deseja adotar, e da concordância deste, se contar mais de 12 anos. § 1º O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar. § 2º O consentimento previsto no *caput* é revogável até a publicação da sentença constitutiva da adoção.

72 Transcreve Ricardo Fiúza o parecer da Professora Silmara Chinelato que inspirou o projeto de lei (FIÚZA, Ricardo. O Código civil e as propostas de aperfeiçoamento, cit., p. 249). Nesse parecer, a Professora da USP diz expressamente que o nascituro seria uma criança, sendo possível a sua adoção pelo que consta da Convenção sobre os Direitos da Criança, tratado internacional ratificado pelo Brasil, e do próprio Estatuto da Criança e do Adolescente. Para fundamentar o seu parecer, cita doutrina nacional e estrangeira que entende pela possibilidade dessa adoção, caso de Francesco Durante, Maria Rita Saule, Sérgio Gischkow Pereira, Maria Alice Zaratini Soares Lotufo e Arthur Marques das Silva Filho. Concordamos com essa afirmação e, assim, o nascituro é uma criança merecendo a proteção integral constante do Estatuto da Criança e do Adolescente.

a ser representando pelo seu curador, que irá administrar, a título de exemplo, eventuais interesses patrimoniais futuros do mesmo. Somente pessoas humanas podem estar sujeitas a curatela.

Por tudo o que foi exposto no presente trabalho, percebe-se que há uma página a ser virada na bibliografia do Direito Civil Brasileiro, aquela que afirma que o nascituro não é pessoa humana, tendo apenas expectativa de direitos. Não temos dúvida em afirmar que o nascituro é pessoa, tendo direitos amparados pela lei. Se o art. 2º do Código Civil em vigor deixa dúvidas, a interpretação sistemática do sistema não pode afastar o reconhecimento desses direitos. Por isso, podemos reafirmar que prevalece entre nós a *teoria concepcionista*.

Referências bibliográficas

- AMARAL, Francisco. *Direito civil. Introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil. Teoria Geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. In *Revista Trimestral de Direito Civil*. Volume nº 9. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 3.
- BARROS MONTEIRO, Washington de. *Curso de direito civil. Parte Geral*. Atualizado por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BARROSO, Lucas Abreu. Novas fronteiras da obrigação de indenizar. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2006, v. 5.
- BEVILAQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, 3. tiragem, 1977.
- CAHALI, Yussef Said. *Danos morais*. 2. ed. São Paulo: RT.
- CATALANO, Pierangelo. *Diritto e persone: studi su origin e attualità del sistema romano*. Torino: Giappichelli, 1990.
- CHINELATO, Silmara Juny. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. Adoção de nascituro e a quarta era dos direitos: razões para e alterar o caput do artigo 1.621 do novo Código Civil. In: Delgado, Mário Luiz; Alves, Jones Figueiredo (Coord.). *Questões controvertidas no novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2003, v. 1.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Rio de Janeiro: Rio, 3. Tiragem, 1977.
- DELGADO, Mário Luiz; Alves, Jones Figueirêdo. *Código Civil anotado*. São Paulo: Método, 2004.

- DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. III.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; Gullón, Antonio. *Sistema de derecho civil*. 11. ed. Madrid: Tecnos, 2003, v. 1.
- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.
- _____. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 3.
- _____. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil*. Teoria Geral. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- FÍUZA, César. *Código Civil anotado*. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). Porto Alegre: Síntese, 2004.
- FIUZA, Ricardo. *O novo Código Civil e as propostas de aperfeiçoamento*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; Pamplona Filho, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.
- LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Código Civil comentado*. In: Azevedo, Álvaro Villaça (Coord.). São Paulo: Atlas, 2003, v. XVI.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NICOLAU, Gustavo Rene. *Direito civil*. Parte geral. Série Leituras Jurídicas. São Paulo: Atlas, 2005.
- NOGUEIRA DA GAMA, Guilherme Calmon. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2006, p. 13.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Atualizado por Maria Celina Bodin de Moraes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- PERLINGERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Introdução ao direito civil constitucional. Tradução de Maria Cristina De Cicco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- PIVA, Rui Carvalho. *Bem ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Parte Geral. 4. ed. São Paulo: RT, t. I, 1974.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 33. ed. São Paul: Saraiva, 2003, v. 1.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte geral do Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SENISE LISBOA, Roberto. *Manual de direito civil*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, v. 1.

SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. *Direito civil*. Direito das sucessões. São Paulo: Método, 2007, v. 6.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENCESLAU, Rose. *O elo perdido da filiação: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.