

UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E POLÍTICAS - CCJP

ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - ECJ

RAFAEL FRIAS CABRAL DE MORAES REIS

**A TUTELA DO DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO CIVIL-
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA AQUISIÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA POR PARTE DO NASCITURO E O
RECONHECIMENTO DO CONCEITO DE HUMANIDADE CONCEDIDO
AO EMBRIÃO FERTILIZADO *IN VITRO***

RIO DE JANEIRO/RJ

2014

RAFAEL FRIAS CABRAL DE MORAES REIS

**A TUTELA DO DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO CIVIL-
CONSTITUCIONAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE DA AQUISIÇÃO DA
PERSONALIDADE JURÍDICA POR PARTE DO NASCITURO E O
RECONHECIMENTO DO CONCEITO DE HUMANIDADE CONCEDIDO
AO EMBRIÃO FERTILIZADO *IN VITRO***

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO
APRESENTADO À ESCOLA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESTADO DO RIO
DE JANEIRO (UNIRIO) COMO REQUISITO
PARCIAL À OBTENÇÃO DO GRAU DE BACHAREL
EM DIREITO.

PROFESSOR ORIENTADOR: DANIEL QUEIROZ

RIO DE JANEIRO/RJ

2014

*À JOANNA, CLARA, OU COMO QUEIRA CHAMAR,
POR TODO AMOR, POR TODA PACIÊNCIA QUE TEM COMIGO,
POR TODO O ENSINAMENTO DE **VIDA** QUE ME FAZ **DAR SENTIDO** ÀS COISAS.*

AGRADECIMENTOS

À Consciência Superior que tudo rege, que em todos habita e que a todos ama. A ela que, amando, não deixa de educar, de repreender, de fortalecer. A ela que, como já tive oportunidade de pontuar outrora, colocou todos os que abaixo virão, não coincidentemente, no mesmo barco. Que possamos senti-la, diariamente, em nós – pulsando, incansavelmente.

Aos meus pais, pelo, antes de mais nada, presente jubiloso e radiante da vida. Obrigado por me receberem. Sou muito grato por isso.

À minha mãe Silvia e minha avó Enedina, às duas em especial, pelo carinho e suporte nesses cinco anos de faculdade. Obrigado por terem vivido comigo, uma a uma, cada vitória acadêmica. Obrigado pela compreensão, pelo estímulo. Obrigado por tantas renúncias. O esforço de vocês também se encontra nessas páginas e, ao meu sentir, ele já pode ser transmutado para a consciência de dever cumprido. Amo vocês.

À Alexandra, amor de sempre, para sempre. A alegria de te ter aqui é indizível. O agradecimento, contudo, fica em nome das distâncias suportadas, do companheirismo diário, dos sorrisos no domingo. Obrigado por me ensinar tanto, por me apoiar tanto, por me dar a chance de dizer ‘te amo’ todas as noites. Seria tudo muito diferente sem você aqui.

Aos amigos-irmãos, queridos do CEJA-Barra, família da alma, que tanto me auxiliam, nesta busca eterna e desafiadora de nos autoconhecermos, indo, no meu caso, para além do Direito, a caminho da Justiça: Cris Niero, Caroline Estefano, Caio Leal, Lucas Mariel, Giulia Ferreira, Larissa Ofugi, Zé Berardinelli, Tatiana Reimol, Luiz Fernando Felix, Vinicius Neves, Maria Paola Maffizzoli, Arthur Muricy, Fernanda Barqueta, Carlos Henrique de Assis, Pietro Pietrobon, Lucylla Ofugi e Nelson Tavares, a todos vocês, *Fratellos e Sorellas di mio core*, obrigado de verdade! Vocês vivem em mim.

A esses presentes personificados que a UNIRIO me concedeu: Camila Fonseca, Luiz Eduardo Solis, Pedro Aizenberg, Fabricio Dunga, Carla Guerra, Luisa Mello e João Moreno. Obrigado por me darem a prova de que, malgrado a máxima de que *advogado é raça ruim*, ainda há esperança. Até aqui, o caminho foi pesado. E vocês, que o conhecem tanto quanto eu, ajudaram-me a colori-lo com a seriedade das horas certas, com as risadas dos tempos livres e com muitas (muitas!) histórias dignas de se olhar para trás e pensar ‘é, valeu mesmo à pena’. Que seja só o primeiro passo.

Aos amados que a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro me ofereceu: Dr. Luís Felipe Sampaio, Francinny Delfino, Mariana Saavedra, Bárbara Oliveira, Andressa Sá, Vera Costta, Rodrigo Calzavara, Pamela Campos, Konrad Guttler, Luiza Costa, Mayara Nascimento, Luiz Felipe Belmont, Caio Sundin, Elizabeth Pereira, Pollyanna Santana, Rachel Buissa, Leila Azevedo e Rosane Torres. Obrigado, queridos. Os ensinamentos e as reflexões que angariei, ao lado de vocês, vendo o Direito se mexer bem ali, foram muito gostosos. Não há “Bonde da Fazenda” como o nosso. Nossas penhoras respeitavam a dignidade da pessoa humana. Sabíamos fazer valer o 188 do CPC e o 25 da LEF. Sinceramente, vocês me dão saudade de lidar com o PRODERJ. Positividades!

Ao meu orientador, Daniel Queiroz, por ser o paradigma de jurista, o exemplo de operador do Direito, o mestre, dentre todos os docentes que por mim passaram, no qual me espelho. Obrigado pelo caminho das pedras, amigo. Você é, de fato, O Professor. Nossas conversas no *campus*, meus telefonemas desesperados, seus conselhos certos e divertidos – absolutamente nada será esquecido. Em verdade, mais que tudo, o “365 a 1” não será esquecido.

A todos, enfim, que direta ou indiretamente, ajudaram-me e fizeram parte desta etapa que, agora, se encerra, do fundo do meu coração, o meu mais sincero obrigado. Sejamos amor.

*SÃO SÓ DOIS LADOS
DA MESMA VIAGEM
O TREM QUE CHEGA
É O MESMO TREM
DA PARTIDA...*

*A HORA DO ENCONTRO
É, TAMBÉM, DESPEDIDA
A PLATAFORMA DESSA ESTAÇÃO
É A VIDA DESSE MEU LUGAR
É A VIDA DESSE MEU LUGAR
É A VIDA...*

MILTON NASCIMENTO.

RESUMO

A tutela do direito à vida é um desafio para o ordenamento jurídico pátrio contemporâneo, precisando ser investigada pela ótica convergente entre a seara do público e do privado.

Parte-se de uma análise da constitucionalização do direito, estudando-o com base no sistema de cláusulas abertas, nos princípios norteadores do Código Civil, no fenômeno do neoconstitucionalismo e na centralidade ocupada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, objetivando, com isso, demonstrar a proximidade entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais.

Ao depois, adentra-se no estudo da titularidade dos direitos personalíssimos, discutindo-se o momento de aquisição da personalidade jurídica e a relação entre o conceito de pessoa e de nascituro, tendo, como suporte, a doutrina e jurisprudência.

Por fim, analisa-se se embrião fertilizado *in vitro* detém personalidade jurídica, relacionando-se, nesse caso, com o nascituro e com a pessoa; ou se detém humanidade, atributo pelo qual se tutelaria o seu direito à vida digna, admitindo-se por base o julgado do Supremo Tribunal Federal, a respeito da Lei de Biossegurança.

Palavras-chave: Direito Civil, Constitucional, Embrião, Nascituro, Pessoa, Personalidade, Humanidade.

ABSTRACT

The protection of the right to life is a contemporary challenge of the legal system, which needs to be investigated under the convergent approach between public and private's area.

It begins with the analysis of the law's constitutionalisation, studying it based on an open clauses system, on the civil code's guiding principles, on the new constitutional law's phenomenon and on the centrality occupied by the human's dignity principle, with the objective of demonstrating the proximity between the personality and fundamental's rights.

After that, it takes a deeper look into the study of the protection of the personality's rights, discussing the moment of legal personality's acquisition and the relation between the concept of person and unborn child, considering the doctrine and precedent's support.

Finally, it analyses if the *in vitro* fertilized embryo acquires legal personality, related, in this case, with the unborn and the person; or if acquires humanity, which attribute is protected by the right of a dignified life, admitting as a baseline the Supreme Court's judgment regarding the biosafety law.

Key words: Civil Law, Constitutional, Embryo, Unborn Child, Person, Personality, Humanity

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
CAPÍTULO I: O PANORAMA CIVIL-CONSTITUCIONAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO.....	11
I.1 <u>UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....</u>	11
I.2 <u>O CÓDIGO CIVIL: SISTEMA DE CLÁUSULAS ABERTAS E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES.....</u>	16
I.3 <u>A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....</u>	20
I.4 <u>DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: FACES DE UMA MESMA MOEDA.....</u>	26
CAPÍTULO II: O NASCITURO E A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	37
II.1 <u>NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITOS DA PERSONALIDADE, PESSOA E PERSONALIDADE.....</u>	37
II.2 <u>O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O TRATAMENTO DADO AO NASCITURO..</u>	40
II.2.1 <u>TEORIA NATALISTA.....</u>	41
II.2.2 <u>TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL.....</u>	42
II.2.3 <u>TEORIA CONCEPCIONISTA.....</u>	44
II.3 <u>A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO ENTRES OS DIREITOS DO NASCITURO E OS DIREITOS DA GESTANTE.....</u>	51
CAPÍTULO III: O EMBRIÃO IN VITRO E A AQUISIÇÃO DA HUMANIDADE.....	57
III.1 <u>NOÇÕES PRELIMINARES DE BIODIREITO E BIOÉTICA.....</u>	58
III.2 <u>O TRATAMENTO JURÍDICO DADO AO EMBRIÃO IN VITRO.....</u>	59
III.3 <u>UM ESTUDO DE CASO: A ADIN 3.510 E A HUMANIDADE JURÍDICA DO EMBRIÃO FERTILIZADO IN VITRO.....</u>	64
CONCLUSÃO.....	74
BIBLIOGRAFIA.....	76

INTRODUÇÃO

Mente quem sustenta ser a liberdade o maior bem jurídico do ser humano. Não há liberdade sem vida e a presente monografia, em alguma medida, busca discorrer sobre a tutela do direito à vida no ordenamento jurídico contemporâneo, partindo de uma premissa civil-constitucional. O tema foi, nesse sentido, escolhido, na medida em que permeia temas atuais e com desdobramentos práticos para o desenvolvimento da sociedade brasileira, como as questões da Bioética, do Biodireito, inspirando-se, inclusive, em um recente julgado de grande repercussão no país, qual seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, em que se discutiu a manipulação de embriões fertilizados *in vitro* dos quais se obtém células-tronco embrionárias.

Certamente, este é um tema magnífico, repleto de pormenores, que rendeu (e ainda rende) debates acalorados no seio social, sobretudo entre, de um lado, os que defendem as pesquisas com embriões humanos - tudo em nome dos avanços da Biomedicina, a qual concederia novos tratamentos para doenças, hoje, incuráveis; de outro, os que repelem este tipo de investigação científica, seja por motivos de ordem religiosa, seja por discordarem do fato de se ter, como matéria-prima dos trabalhos, um ser vivo da espécie humana, já concebido, e que, por força da extração das células-tronco, indiscutivelmente, morreria. Afinal, quando começa a vida? Quando um indivíduo com vida passa a ser sujeito de direitos?

Esta última indagação é um questionamento, aliás, igualmente concernente ao nascituro, ser humano já concebido, mas não nascido, uma vez que ainda em gestação no útero materno. Dada a obscuridade do Código Civil de 2002, em seu art. 2º, a doutrina brasileira restou dividida entre natalistas, condicionalistas e concepcionistas – todos eles divergentes entre si, quanto à figura do nascituro ser sujeito de direitos, ostentando personalidade e igualando-se ao indivíduo-pessoa, sendo este aquele que já nasceu com vida. A pergunta que resulta é: A quem o ordenamento posto afiança a tutela do direito à vida? Ao ser humano-embrião? Ao ser humano-nascituro? Ao ser humano-pessoa? Aos três?

Para responder a essas questões, o estudo monográfico terá de permear a reflexão sobre o momento em que a vida surge. E mais: se o instante em que, biologicamente, ela brota coincide com o momento em que, juridicamente, a vida passa a ser resguardada. Nessa lógica, é imperiosa uma metodologia que atente para a análise doutrinária e jurisprudencial, partindo-se da constitucionalização do direito. É necessário se que entenda as razões pelas quais nosso Texto Constitucional passou a ser um diploma que, tutelando a vida humana, abriga não só

normas-regras, senão também normas-princípio, sendo capaz de irradiar suas axiologias para todas as searas jurídicas. Faz-se cogente, nesse sentido, a abordagem do neoconstitucionalismo, do princípio da dignidade da pessoa humana, do sistema de cláusulas abertas no *Códex* privado, com seus princípios norteadores. Tudo para que se enxergue, com a chegada de valores no ordenamento pátrio, a convergência entre o público e o privado, o constitucional e o infraconstitucional, e, notadamente, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais – sendo a vida o maior desses direitos.

Finalmente, é crucial que se assimile, quem são os sujeitos do direito à vida, razão pela qual o debruçar acurado sobre os conceitos de “pessoa”, “nascituro”, “embrião *in vitro*”, “personalidade jurídica” e “humanidade” é medida que se impõe. Não se pretende, por óbvio, exaurir o tema, uma vez que a literatura, até mesmo do direito comparado, é, felizmente, profícua quanto à temática já referida. Contudo, um primeiro passo tem de ser dado. E é este o desafio que constitui o presente trabalho monográfico.

CAPÍTULO I

I. O PANORAMA CIVIL-CONSTITUCIONAL DO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTEMPORÂNEO

Tudo começa, com as vênias do pleonasma, pelo começo.

Daí porque, discorrer sobre constitucionalização do Direito Civil e a chegada de novos valores para o núcleo do direito privado é uma tarefa que se inicia com o fenômeno mesmo da codificação no Brasil, inspirada na Lei Napoleônica de 1804, e na experiência Alemã, com o *BGB*, de 1900. Tal ponto de partida faz-se necessário, dada a importância de se exporem os valores a partir dos quais os códigos clássicos germinaram, para que, então, se faça o cotejo com a *nova moral*, vinda do Direito Público, residente na codificação civil contemporânea. O objetivo, neste capítulo propedêutico da monografia, é buscar compreender o processo de recodificação no Brasil, de acordo com as alterações ocorridas no sistema de leis e atos normativos como um todo.

I.1 UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A feitura de um código visa à unificação de uma matéria jurídica a ser (ou já) legislada, capaz de formar um texto orgânico e exauriente em seus próprios termos. O primeiro e mais relevante código, na área privatística, ou seja, na esfera das relações entre particulares, foi o Napoleônico (1804), no período posterior à Revolução Francesa. Nesse diapasão, dados os séculos de exploração burguesa por parte da recém-derrubada monarquia absoluta, o intento legislativo era de manter afastada as searas do público e do privado, já que assim ocorria desde o Direito Romano. A ideia, então, era criar uma série de direitos que salvaguardassem os indivíduos das arbitrariedades do Estado, razão pela qual o Diploma Legal supra calcou-se na liberdade individual, na igualdade formal e na *garantia absoluta* do direito de propriedade. Era, por assim dizer, um reino no qual a *autonomia da vontade* imperava.

Foi sob a inspiração desse *Codex*, que nossa antiga Lei Civil de 1916 – inicialmente projetada por Teixeira de Freitas e, depois, por Clóvis Beviláqua¹ – se assentava. É evidente, portanto, que a dicotomia romana entre o público e o privado foi, pela codificação, herdada,

¹ Augusto Teixeira de Freitas, morto em 1883, organizou, convidado pelo Governo Federal em 1859, um

merecendo-se destacar que, pela influência do liberalismo exacerbado dos séculos XVIII e XIX, sentia-se um cunho eminentemente individualista em seus dispositivos.

Dentro desse contexto, os códigos souberam se adaptar ao sistema jurídico uno, fechado e hierarquizado de Kelsen², o qual foi considerado o paradigma de sistema ideal, sobretudo desde 1934 (ano de lançamento da sua obra *Teoria Pura do Direito*). Na visão do autor, o conjunto de normas ganhava completude na figura de uma pirâmide, em cujo ápice se posicionava a Norma Fundamental/Constituição e, logo abaixo, os Códigos e as leis ordinárias. Tentou-se organizar o estudo da ciência jurídica com os métodos das demais ciências, de modo que a meta era permitir ao jurista uma análise – de forma objetiva – do sistema posto de leis e de atos normativos em vigor. Nesse espeque, o *fundamento de validade* da norma jurídica era somente balizado pela correta posição que essa possuía dentro da hierarquia piramidal, sem se atentar para o conteúdo moral e substancial que carregava, daí se dizer que o sistema jurídico era estratificado.

Ocorre que, muito embora, as codificações e as leis ordinárias da esfera privatística, em obediência à hierarquia normativa, tirassem seu *fundamento de validade* do Texto Maior, o público e o privado ainda permaneciam dicotômicos. O Código Civil em nada se calcava na Constituição. Assim ocorria, pois essa última era vista pela sociedade como uma Carta meramente Política, a qual não se propunha a reger as relações entre entes privados, servindo de referência, apenas, para os liames jurídicos entre o cidadão e o Estado. O Código Civil de 1916 que era tomado, a bem da verdade, como uma *Constituição do Direito Privado*, já que o Texto Magno não desfrutava de força normativa por si só, precisando, para a sua concretização, da intermediação do legislador.

É bem verdade que, ao longo do século XX, com o advento do Estado social, a doutrina civilista começava a superar o individualismo excessivo, de sorte que, o Estado, embrionariamente, passava a interferir na relação entre particulares, por força das chamadas *normas de ordem pública*. Sobre essa fase de dirigismo contratual, é **ORLANDO GOMES**³ quem leciona:

A característica do Direito Privado é a predominância das normas dispositivas, de maneira que a grande maioria delas, principalmente no terreno das obrigações, só incide se a convenção das partes não dispuser de modo diverso. No entanto, passou a existir, dentro do Direito Civil, certas regras que, mesmo se destinando a reger relações privadas, não entram na esfera de livre disponibilidade dos sujeitos das relações jurídicas civis. São as normas cogentes, cujo conteúdo é considerado **de ordem pública**.

² KELSSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

³ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Com a evolução do moderno Estado Social de Direito, nota-se um grande incremento desse tipo de normas, por meio das quais **se realiza a intervenção estatal** no domínio econômico, praticando o *dirigismo contratual*, tal como se dá, por exemplo, com a legislação bancária, com o inquilinato, com o estatuto da terra, com os loteamentos e incorporações.

Note-se que, até o presente momento, o que parece ocorrer é um início de *publicização* do direito privado, mas não (ainda) de *constitucionalização* deste. De todo modo, pode-se afirmar, pelo histórico da codificação brasileira, que **(i)** a chegada do Estado Social, aqui representado pela Era Vargas e **(ii)** o marco da Segunda Grande Guerra⁴ exigiram uma revisão eficaz e célere do código de 1916, uma vez que já não se conseguia conduzir as relações jurídicas a contento. Os *valores* em que se fundava o código já se enfraqueciam.

Somente em 1967, entretanto, foi nomeada uma comissão de estudiosos do Direito, sob a tutela de Miguel Reale, para que relatassem, cada um, uma parte do novo código⁵. Em 1984, foi publicado no Diário do Congresso Nacional a redação do mesmo, sob o título ‘Projeto de Lei nº 634-B/75’. Evidentemente, com a promulgação da Carta Cidadã, em 1988, inúmeras emendas foram feitas, para que se adaptasse o referido diploma à nova ordem constitucional.

É este o ponto a ser enfrentado neste trabalho monográfico. O importante para o presente estudo é visualizar a relação que o referido diploma resguarda com o Texto Maior da República, na concretização de novos valores – de lá migrados. Assim: procura-se estudar de que maneira o novo *Codex* deixa de entender o sujeito de direitos como aquele que só acumula bens jurídicos *patrimoniais*, para também concebê-lo como aquele que busca a tutela de bens jurídicos *existenciais*. A esse fenômeno deu-se o nome de recodificação. Sobre o tema, pontue-se **MARIO LUIZ DELGADO**⁶:

O processo de recodificação (em 2002) não se compraz com o conceito oitocentista, que via, **no código**, o *centro de gravidade* do direito privado, **completo, total** e globalizante. No cenário jurídico da pós-modernidade, hipercomplexo, caracterizado pela **multiplicidade das fontes normativas**, não haveria espaço para um código de pretensões globalizantes. Por isso é que a recodificação, tanto no Brasil, como em outros países, produziu novos códigos que, por meio de **cláusulas gerais** e conceitos jurídicos indeterminados, confessam a sua **‘incompletude’**. Não há mais códigos globais, exaurientes.

⁴ Tema que será mais adiante tratado, em comparação com a chegada do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo. Aponte-se, porém, desde já v. MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵ A comissão congregava os seguintes juristas: Jose Carlos Moreira Alves (Parte Geral - RJ), Agostinho Alvim (Direito das Obrigações - SP), Sylvio Marcondes (Direito Empresarial - SP), Ebert Chamoun (Direito das Coisas - RJ), Clóvis do Couto e Silva (Direito de Família - RS) e Torquato Castro (Direito das Sucessões - PE).

⁶ DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

Não é por outra razão que, a partir da recodificação e da publicização do direito, o próprio sistema jurídico se transmudou. Aquela ótica kelseniana, alicerçada na pirâmide normativa una, completa e estratificada, em que os Códigos propunham-se a **exaurir os temas** do cotidiano humano, foi ultrapassada pela intensa produção legiferante em que os ordenamentos jurídicos se encontram. Atualmente, o que se vê é a criação de um novo modelo legislativo⁷, mais aberto e interdisciplinar, em que os códigos perdem a sua centralidade, cedendo lugar aos diversos microssistemas legais⁸ – todos lidos à luz da Constituição. A codificação que se propunha a unificar toda a temática civilista não é hoje senão uma simples parcela do Direito Civil.

Assim, a compreensão de um sistema dinâmico, aberto e, ainda assim, orgânico é a característica fundamental da ordem normativa vigente. Hoje, é possível, num *diálogo constante de fontes normativas*, escapar da lógica kelseniana piramidal, para se aplicarem – simultaneamente – leis especiais, normas codificadas e preceitos de magnitude constitucional, sejam eles regras, sejam eles princípios⁹.

É por isto que se sustenta que a Era dos Códigos, surgida desde o séc. XVIII, perdeu o protagonismo nos sistemas jurídicos, uma vez que, atualmente, a prática legislativa **não busca exaurir** os temas cotidianos em codificações fechadas e estanques. Prefere-se a criação de microssistemas de normas, que dialoguem entre si, seja um diálogo, puramente, de normas infraconstitucionais, seja um diálogo de normas infraconstitucionais com o Texto Magno.

Até o presente momento, portanto, pôde-se constatar que a mudança de parâmetro do Código Civil não foi meramente procedimental, isto é, na *forma* de criar Direito. Eram, antes de mais nada, os valores que permeavam as legislações ordinárias (dentre elas o Código Civil) – tais como, a busca incessante do crédito, o individualismo e o egoísmo jurídico – que caíam por terra. E a mudança valorativa, frise-se, não era decorrência da mera *publicização*, mas da própria *constitucionalização* do Direito. A tutela da pessoa humana passava a ser entendida de

⁷ Para análise mais aguçada do *big bang* legislativo contemporâneo, v. TARTUCE, Flavio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁸ v. Cristiano Chaves: “Como vislumbrava a genialidade de Orlando Gomes, após o século das codificações, o século XX reconhecera uma especialização necessária dos ramos da ciência jurídica, como o Direito do Trabalho, o Direito do Consumidor, o Direito da Criança e do Adolescente. É a especialização jurídica, criando *microssistemas* (alguns deles já caracterizados como verdadeiros *sistemas jurídicos*) para atender melhor à determinadas situações” in FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

⁹ v. Claudia Lima Marques, Antonio Herman Benjamin e Bruno Miragem que, com *Diálogo das Fontes*, sustentam ser possível “a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há a aplicação conjunta das normas, ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente. Uma solução flexível, aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação” in MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno; **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

acordo com as suas necessidades *existenciais* (e não mais, somente, *patrimoniais*), sendo feita uma releitura do Direito Civil, sob o panorama da Constituição. Neste sentido, não é outra a conclusão de **GUSTAVO TEPEDINO**¹⁰, *in verbis*:

O código civil perde, assim, definitivamente o seu papel de Constituição do direito privado. Os **textos constitucionais**, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas, antes, reservados, exclusivamente, ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do direito privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional.

Por outro lado, o próprio direito civil, **através da legislação extracodificada**, desloca sua preocupação central, que já **não se volta tanto para o indivíduo**, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela decorrentes.

Assim, não é forçoso concluir que, desde meados do século XX, por força **(i)** da intensa legislação extracodificada¹¹ e **(ii)** da alteração no sistema jurídico de leis, em que a pirâmide kelseniana fechada e hierarquizada deu lugar a um diálogo de fontes normativas, o outrora indivíduo-sujeito de direitos, *abstratamente* considerado nas codificações clássicas, deu lugar ao indivíduo-pessoa humana, tutelado nas suas relações jurídicas mais *concretas* e diferenciadas. Desta forma, a aproximação entre a seara do público e do privado fez com que se assegurassem os princípios constitucionais erigidos na Lei Maior da República, dentre os quais se destacam o da solidariedade social (art. 3º, III da CRFB/1988) e o da igualdade substancial (art. 3º, IV da CRFB/1988).

Este é, feita a digressão histórica, o movimento de constitucionalização que permite infirmar os novos tempos em que se encontram, não só o Direito Civil, mas todas as searas da epistemologia jurídica, de modo que os princípios norteadores dos códigos contemporâneos (ainda que, registre-se, o *big bang* legislativo não mais nos permita afirmar que os códigos sejam protagonistas normativos) relacionam-se com os valores que permeiam o Texto Magno da República, notadamente com os princípios do Direito Público.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. v. tb. TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. **A parte geral do novo Código Civil. Estudos no perspectiva civil-constitucional**, 2ª ed. Re. Rio de Janeiro: Renovar 2003

¹¹ v. a clássica doutrina de GOMES, Orlando. **A caminho dos microssistemas**. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

I.2 O CÓDIGO CIVIL: SISTEMA DE CLÁUSULAS ABERTAS E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

Realizada a contextualização histórica, passa-se ao estudo da constitucionalização por uma prisma mais vertical, em que se busca analisar, separadamente, esse fenômeno pelo recorte do Código Civil e pelo recorte da Constituição. Nesta seção, portanto, serão pinçados os institutos privatísticos, em razão dos quais se pode afirmar que o Direito Civil se encontra constitucionalizado.

Reale, à época da redação do projeto do código vigente, posicionou-se no sentido de somente inserir, no Diploma Civil, matéria já consolidada pela jurisprudência, delegando-se ao legislador dos microssistemas (extra codificação, portanto), as questões ainda controversas ou doutrinariamente complexas. Em tais oportunidades, os relatores de cada parte do código poderiam inserir as chamadas *cláusulas abertas*, a serem preenchidas pelo julgador, mediante técnica de interpretação¹².

A professora gaúcha **JUDITH MARTINS-COSTA**¹³, a propósito, tem doutrina no sentido de reputar as cláusulas gerais do Código Civil como “janelas abertas”, deixadas pelo legislador, para o preenchimento casuístico, não só pelo juiz, mas pelo estudioso e, antes de mais nada, pelo aplicador do Direito:

Nas cláusulas gerais, a formulação da hipótese legal é procedida mediante o emprego de conceitos cujos termos tem significado **intencionalmente vago e aberto**, os chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’. Por vezes, o seu enunciado, ao invés de traçar, puntualmente, a hipótese e as consequências, é desenhado como uma vaga moldura, **permitindo**, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a **incorporação de princípios e máximas de conduta** originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção desses princípios diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.

¹² A hermenêutica seria a via pela qual o órgão jurisdicional buscaria sanar as desigualdades materiais, considerando o contexto real do jurisdicionados. Ai sim a *sentença* – extravasamento de *sentir* do magistrado – estaria habilitada a, como norma do caso concreto, “*dar a cada um o que é seu*”. v. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao estudo do Direito**. 2ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

v. tb., no mesmo sentido, a lição sobre o papel do juiz no ato de interpretação, sob a pena do eminente ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau: “A norma jurídica é produzida para ser aplicada a um caso concreto. Essa aplicação se dá mediante a formulação de uma decisão judicial, uma sentença, que expressa a norma de uma decisão. Aí a distinção entre as normas jurídicas e a *norma de decisão*. Esta é definitiva a partir daquela. Todos os operadores do direito interpretam, mas apenas uma certa categoria deles realiza, plenamente, o processo de interpretação, até o seu ponto culminante, que se encontra no momento da definição da *norma de decisão*. Este, que está autorizado a ir além interpretação, tão somente considerada como produção das normas jurídicas, para dela extrair a *norma de decisão* do caso, é aquele que Kelsen chama de interprete autêntico, *o juiz*”. GRAU, Eros Roberto. *Interpretação*. in BARRETO, Vicente (org.). **Dicionário de filosofia do Direito**. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. **Direito civil e Constituição: relações do projeto com a Constituição. Comentários sobre o Projeto de Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

Ora, o que se busca aqui concluir é que o sistema de *cláusulas legais abertas*¹⁴ converge com a noção mesma de constitucionalização, uma vez que **serve de janela para a entrada de valores e axiologias da própria Carta Política, no âmbito das relações privadas**, isto é, mesmo nos liames jurídicos formalizados somente entre particulares¹⁵. Cite-se, como exemplo dessas cláusulas: a “boa-fé objetiva”, os “bons costumes” a “função social do contrato”, a “função social da propriedade”, a “comunhão plena de vida no casamento” e - atenção - a “tutela à pessoa humana nos direitos da personalidade”.

Assim, os direitos da personalidade – incluindo o direito à vida, tema desta monografia – são entendidos, doutrinariamente¹⁶, como cláusulas gerais de tutela da pessoa humana. Aí, portanto, começa-se a tornar palpável a ficta separação hodierna entre o público e o privado, na medida em que, por exemplo, os direitos da personalidade, pela natureza mesma de *cláusula aberta* que detém, podem ser analisados, não só pelo *Superior Tribunal de Justiça* (corte máxima, quanto às questões infraconstitucionais), senão também pelo próprio *Supremo Tribunal Federal* (corte máxima, no que tange aos temas constitucionais).

Mas não é só: a constitucionalização também é comprovada pela chegada de novos princípios mestres do *Codex* – princípios esses que carregam valores distintos daqueles presentes no diploma legal de 1916. E, muito embora o projeto do Código atual tenha se iniciado em 1972, a entrada do mesmo em vigor deu-se, apenas, nos anos 2000, **sendo, pois, indiscutível que essa principiologia foi, necessariamente, durante a tramitação do Código no Congresso Nacional, relida, tendo em vista a promulgação do Texto Maior em 1988**. Isto fica claro quando nos debruçamos sobre os princípios norteadores do texto legal de 2002, quais sejam, a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*.

A *eticidade* aponta para o distanciamento do tecnicismo clássico e institucional da experiência de 1916 (herança vinda do Direito Romano) buscando, ao invés do mero formalismo, a valorização da ética defendida pela virada kantiana¹⁷, que entende o homem

¹⁴ v. Nelson Rosendal, que também assevera: “As cláusulas gerais são normas intencionalmente editadas de *forma aberta pelo legislador*. Possuem conteúdo vago e impreciso, com multiplicidade semântica. A amplitude das cláusulas gerais permite que os valores sedimentados na sociedade possam penetrar no Direito Privado. (...) A sua adoção como normas emblemáticas em todos os setores do código é uma clara demonstração de afirmação de outras formas de manifestação do direito, para além da fonte legislativa. O Direito, então, pode se exteriorizar-se da fonte jurisdicional e da fonte dos costumes, por exemplo” in FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

¹⁵ Em sessão à frente será discutida a premente noção, na contemporaneidade jurídica, dos direitos fundamentais em sua dimensão horizontal (indivíduo-indivíduo), e não somente vertical (indivíduo-Estado). Registre-se, desde já, a ilustre doutrina, sobre o tema in SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e as relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁶ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

¹⁷ A expressão se deve à influência do pensamento de Kant e às duas formulações do *imperativo categórico*, proposições éticas superadoras do utilitarismo: **a)** uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse

como “um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante, refletindo-se em um estado de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer nas não negociais”¹⁸. Daí a exigência, por parte do juiz, em visualizar, nas relações negociais, a probidade e a boa-fé objetiva dos contratantes, seja na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual. Enfim, é o *Direito como uma técnica a serviço de uma ética*¹⁹.

No que toca à *socialidade*, tem-se que tal princípio sinaliza para o rompimento com o individualismo e a obsessão pelo possuir bens da codificação anterior, de modo que os institutos da atual legislação seriam dotados de uma peculiar e constitucional *função social*. Explico-me: a propriedade privada, por exemplo, não se destinaria, tão somente, aos sujeitos de direito umbilicalmente a ela conectados, mas também, e em alguma medida, a todo o organismo social, razão pela qual o exercício do direito de propriedade não deve gerar danos ao ambiente natural, cultural ou artístico do sítio urbano. Tal entendimento legal é consagrado pelo Texto Maior, em diversos dispositivos, dentre eles, o art. 5º XXII, XXIII e 170, III²⁰.

Por fim, a *operabilidade* gravita no conceito de simplicidade, em ordem a construir um Código, no qual todos os cidadãos o operassem com destreza, não encontrando entraves, por exemplo, de ordem linguística capazes de desestimular o indivíduo na busca de seu direito subjetivo. Tal entendimento converge com o direito fundamental constitucional do acesso à justiça, insculpido no art. 5º, XXXV da Carta da República²¹, de sorte que tal princípio ratifica, como já dito, o diálogo entre a esfera do público e do privado.

Nota-se, destarte, que todo o engendramento codificante civilista de 2002 busca o caminhar, *pari passu*, com o paradigma constitucional, a começar pelo sistema de cláusulas abertas, passando pela própria principiologia que norteou as hipóteses normativas do Código.

se transformar em uma lei universal; **b)** cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a utilização de metas coletivas e individuais. Sobre o tema, v. KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012; Ademais, consultar também TORRES, Ricardo Lobo, **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005: “De uns trinta anos pra cá, assiste-se o retorno aos valores como caminho para a separação do positivismo. A partir do que se convencionou chamar de *virada kantiana*, isto é a volta à influencia da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre *ética e direito*, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no *imperativo categórico*. O livro *A Theory Of Justice* de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias”.

¹⁸ DELGADO, José. **A ética e a boa-fé no Código Civil**. in DELGADO, Mario Luiz e ALVEZ, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

²⁰ **Art. 5º, inc. XXII** - é garantido o direito de propriedade;

Art. 5º, inc. XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: **III** - função social da propriedade.

²¹ **Art. 5º, inc. XXXV** - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Isso porque o direito civil *constitucionalizado*²² ganha, a partir de 1988, ano da promulgação da Carta Cidadã, uma forte carga solidarista, não egoísta e despatrimonializante, concedendo-se mais atenção à pessoa, como sujeito de direitos, – o SER – do que ao crédito e à propriedade – o TER.

É nesse sentido, aliás, que **GUILHERME CALMON**²³, exatamente à respeito da aquisição dos direitos da personalidade, tema sobre o qual versa esta monografia, posiciona sua doutrina, na ideia de que se faz mister considerar a *funcionalização* das situações patrimoniais em favor das existenciais, *ipsis litteris*:

A própria noção de personalidade civil tem sofrido releitura doutrinária, da qual despontou uma dualidade de concepções. Se, por um lado, persiste o conceito técnico de pessoa, constante no art. 1º, CC/2002, enquanto sujeito de direitos e obrigações, surge um outro, entendido como “vulgar”, que busca um valor ético intrínseco ao ser humano. (...) Pela primeira acepção, o indivíduo só seria concebido como pessoa, para fins de relevância jurídica, quando desempenhasse um papel em situações nas quais o ordenamento reconhecesse e o tutelasse, como nos exemplos do contratante e do proprietário. O resultado dessa postura foi o enaltecimento dos interesses individuais relativos ao patrimônio, em detrimento dos propriamente existenciais: o **ter**, entendido como titularidade contratual e patrimonial, subrepujava o **ser**. Sendo assim, é evidente que um tal conceito **jamais satisfaria aos atuais parâmetros constitucionais**, que tem na dignidade da pessoa humana, seu eixo maior, tendo de ser imperioso compreender a personalidade como um valor ético associado à pessoa humana.

Por todo o aqui exposto, tem-se que **(i)** considerando a existência de *cláusulas abertas* no ordenamento vigente e **(ii)** considerando a principiologia do Código Civil, especialmente no que tange à *eticidade, operabilidade e socialidade*, tudo lido à luz do Texto Maior da República, passasse-se a entender, com certa facilidade, a **descodificação** do Direito Civil, com o surgimento de leis específicas (disciplinadoras de matérias não codificadas) e a **recodificação** do Direito Civil, com a aproximação entre o *Codex* vigente e os valores constitucionais²⁴.

²² E não se entenda *direito civil constitucionalizado* como novo ramo do direito, mas sim como “uma *variação hermenêutica*, uma mudança de atitude no ato de interpretar a Lei Civil em confronto com a *Lex Mater*” in SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

²³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

²⁴ Doutrinadora baiana chega a afirmar que “o *juiz das relações privadas é o juiz da Constituição; não a Constituição em sentido formal e sim uma visão substancial de Constituição*” v. MODESTO, Paloma Santana. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas** in Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado. Salvador: Faculdades Jorge Amado, nº 1, 2002.

I.3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL: NEOCONSTITUCIONALISMO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ocorre que não basta entender-se o panorama civil-constitucional focando, somente, a doutrina e a legislação privatística, de sorte que é preciso que se discorra também sobre os institutos do Direito Público, a corroborar a noção de constitucionalização. Na presente seção, o objetivo é entender como o Texto Maior passou a ter força verdadeira, galgando à posição efetiva de *paradigma legislativo* capaz de influenciar todas as áreas do direito, em especial o Direito Civil. Assim, o debruçar inicial é sobre o neoconstitucionalismo.

Hoje, a centralidade da Constituição é incontestada. Ocorre que nem sempre foi assim. Quando do *constitucionalismo moderno*²⁵, a *Lex Mater*, ainda que, formalmente, se encontrasse no núcleo das fontes normativas, não era dotada de força substancial, expansiva e valorativa. É dizer: os Diplomas Magnos, em pleno *positivismo jurídico*²⁶, serviam, simplesmente, como um texto escrito para (i) organizar a Administração Pública e (ii) limitar, formalmente, o poder do Estado, com o elenco de direitos e garantias do cidadão. Não se irradiavam os valores constitucionais para as demais áreas jurídicas. Não havia, a bem da verdade, uma aproximação entre valores e o ordenamento em vigor. Vivia-se, desta forma, um *Estado Legislativo de Direito*²⁷, em que a Carta Maior relegava para os Códigos, inclusive o Civil, a tarefa de disciplinar as relações cotidianas. Daí nasce, na experiência brasileira, um costumeiro desprezo às potencialidades da norma constitucional como fonte viva de regramento.

Nesse contexto, o neoconstitucionalismo surge, após a Segunda Guerra Mundial, exatamente com o fito de direcionar a Constituição para o centro do sistema jurídico, dotando-a, agora, de força normativa não só formal, mas também substancial, capaz de pulsar, para

²⁵ Entenda-se o constitucionalismo moderno como aquele forjado no final do século XVIII, a partir dos paradigmas iluministas, em ordem a buscar uma limitação do poder absoluto das monarquias. Tal constitucionalismo, entretanto, assentou-se no *monopólio estatal* da produção jurídica e no *princípio da legalidade*. É a lei quem está no centro do ordenamento, e não a Constituição propriamente dita. v. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro des Estado de derecho**. in CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

²⁶ Positivismo Jurídico é a filosofia embasadora do constitucionalismo moderno, o qual, na busca da objetividade científica, equiparou o Direito à *lei*, afastando-o da filosofia e das discussões que envolvessem a legitimidade democrática e a justiça real, dominando o pensamento jurídico até a primeira metade do séc. XX. Sua decadência é fortemente associada à derrota do fascismo italiano e do nazismo alemão, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Sobre o tema, v. BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**, in Revista de Direito Administrativo 240, 2005.

²⁷ A lei era vista como expressão da vontade geral do povo (na formulação de Rousseau) de modo que o legislador, o qual passava a limitar o poder absoluto dos reis, era tido como infalível e sua atuação insuscetível de controle. Daí porque, o Judiciário e os tribunais passavam, acima de tudo, a desempenhar uma função técnica de mera aplicação, e não de produção, do direito. É, neste sentido, que não se considerava válida uma norma jurídica por ser *justa*, mas simplesmente por *haver sido "posta"* pela autoridade dotada de competência. v. FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro des Estado de derecho**. in CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

todas as searas do Direito, uma intensa e renascente carga valorativa, germinada e gestada no conceito de *dignidade*²⁸. Assim, passou-se a florescer um novo paradigma, qual seja, o *Estado Constitucional de Direito*, em que se opera a subordinação efetiva da legalidade à Constituição, da infraconstitucionalidade ao constitucional.

Não é outro o entendimento, aliás, de **DIRLEY DA CUNHA JUNIOR**²⁹, *in verbis*:

Se no passado, as Constituições de limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, as Constituições do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita em seu texto de **valores** (especialmente associados à promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais), **opções políticas gerais** (como a redução das desigualdades sociais) e **opções políticas específicas** (como a obrigação de o Estado prestar serviço na área de saúde).

O neoconstitucionalismo, portanto – a partir da **eficácia expansiva** dos valores constitucionais que se **irradiam** por todo o sistema jurídico, condicionando a interpretação e aplicação do direito infraconstitucional à realização e concretização dos programas necessários a garantir as condições de existência mínima e digna das pessoas – deu início, na Europa, com a Constituição da Alemanha de 1949 e, no Brasil, com a Constituição de 1988, ao fenômeno da **constitucionalização do direito**.

Frise-se, porém, que a superação do *Estado Legislativo de Direito* e a sólida chegada a *Estado Constitucional de Direito* muito se deve à filosofia do *pós-positivismo*, que legitima e fundamenta, inclusive, este último tipo de Estado. Na doutrina de **LUÍS ROBERTO BARROSO**³⁰, tem-se que “ao final da Segunda Grande Guerra, a **ética** e os **valores** começam a retornar ao Direito, inicialmente sob a forma de um ensaio de regresso ao Direito Natural, depois na roupagem mais sofisticada do pós-positivismo”. E a partir deste marco filosófico, o autor prossegue:

O chamado **retorno aos valores** apresenta como marco a percepção de que o formalismo da teoria positivista constituía um modelo insuficiente para a construção de uma ordem jurídica aceitável, que não se presta mais ao fornecimento de uma roupagem legal a regimes bárbaros.

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir **além da legalidade estrita**, mas não despreza o direito posto; procura empreender

²⁸ O tema será comentado, com mais detalhe, na sequência, mas registre-se, desde já, os ilustres doutrinadores brasileiros que se debruçaram sobre o tema: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; SILVA, José Afonso da. **Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia** in Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998; BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, livro este, originado com a defesa de sua primorosa dissertação de mestrado, defendida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro;

²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

³⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

uma **leitura moral da Constituição e das leis**, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria de direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana.

Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o **Direito** e a **ética**.

Nesse diapasão, fica mais fácil afirmar que o novo Direito Constitucional, entendido unanimemente pela doutrina como neoconstitucionalismo, **é produto** desse reencontro entre a Filosofia do Direito e a Ciência Jurídica.

Dito em outras palavras, o *Estado Constitucional de Direito*, banhado na filosofia *pós-positivista*, posicionou, verdadeiramente, a Constituição no núcleo do ordenamento posto, de maneira a irradiar valores para todo o sistema de leis e de atos normativos. A Constituição passava a ser, realmente, considerada. Aliás, é como se os valores morais compartilhados pela sociedade migrassem (valendo-se do papel instrumental do Direito) do plano da ética para o plano jurídico e se materializassem, no texto constitucional, sob a forma de *princípios*. Por conta disso, passou-se a visualizar o Diploma Maior, não só como um conjunto de regras frias, mas como um corpo orgânico de *regras e princípios* – o que fez nascer o novo direito constitucional, o neoconstitucionalismo.

Nessa lógica, é decisivo que se reconheça, para o entendimento vertical do tema estudado nesta monografia, a *força normativa dos princípios*³¹. Vive-se um momento em que as normas jurídicas não são, só e formalmente, aquelas *regras* postas no Texto Constitucional, senão também os *princípios* postos e pressupostos da Carta Política³². Ou seja: pode-se afirmar, com tranquilidade, que, hoje, *princípios* também são normas jurídicas, razão pela qual se passará a discorrer sobre o princípio que teve papel determinante na constitucionalização do direito, qual seja, a “dignidade da pessoa humana” – norma constitucional, positivada, textualmente, no art. 1º, inc. III da CRFB/1988.

³¹ Sobre o tema, tem-se que, no atual panorama constitucional, princípios não apenas encerram uma função integradora de lacunas legais, mas são, em verdade, normas jurídicas que expressam as decisões políticas fundamentais do Estado, os valores a serem observados pelos cidadãos e os fins públicos a serem realizados. Como uma rápida e preliminar distinção entre **regras** e **princípios**, mas já reconhecendo a normatividade destes últimos, cite-se Ana Paula de Barcellos: “Ora, se as regras respondem pela *segurança* e os princípios pela *justiça*, conclui-se que, quanto mais regras houver no sistema, mais seguro, isto é, mais previsível, mais estável ele será; porém, mais dificilmente ele será capaz de adaptar-se a situações novas. Por outro lado, quanto mais princípios existirem, maior será o grau de flexibilidade e sua capacidade de acomodar e solucionar situações imprevistas. No mesmo passo, porém, também crescerão a insegurança, em decorrência da imprevisibilidade das soluções aventadas, e a falta de uniformidade de tais soluções, com prejuízos evidentes para a isonomia. *in* BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³² Autores de vanguarda neste debate foram: John Rawls, *A theory of justice*, 1980; Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, 1977; e Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1977

Se a Constituição é, a partir da ótica neoconstitucionalista, um polo propulsor de valores para todo ordenamento, a dignidade da pessoa humana é o vórtice motriz. Se a Carta da República é o centro normativo do sistema, a dignidade da pessoa humana é o epicentro. Em verdade, é **DANIEL SARMENTO**³³ quem, cirurgicamente, a define como “o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

A dignidade da pessoa humana, concretizada no ordenamento sob a forma de princípio, já era, para a Filosofia, o que estabelecido no *imperativo categórico* de Kant, em que **(i)** uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse se transformar em uma lei universal; **(ii)** cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização das metas de outrem. É como dito: a moral filosófica sai do plano da ética e se transmuda para o direito com uma nova roupagem – com a roupagem de princípio. É o próprio **KANT**³⁴ quem assim afirma:

No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um **preço**, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então ela tem **dignidade**. (...) Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer um ser racional um fim em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins.

A ideologia kantiana, neste sentido, fez florescer uma proposição ética que deixa estéril a noção de *utilitarismo*, **superando** a perspectiva de que os homens, que não são coisas (vez que não possuem preço), possam ser utilizados como instrumento de satisfação dos interesses de outrem. Os homens, assim, comportam dignidade³⁵. Aliás, o que formula Kant, no âmbito filosófico, é em verdade, o que já se encontrava no mandamento, de ordem religiosa, em fazer ao outro o que gostaria que lhe fizessem, ou seja, em respeitar o próximo.

De todo modo, o deslocamento do princípio supra, vindo das esferas filosófica e religiosa, para a seara do Direito, exigiu um processo complexo e de intensa posituação por

³³ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação à metafísica dos costumes**. Lisboa: Edições 70, 2004.

³⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. in Revista Interesse Público, n. 4, 1999; MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**, in SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

parte dos Estados-Nação, em que, por diversas oportunidades, passavam a transformar tal valor em uma norma jurídica legislada³⁶.

Nessa lógica argumentativa, as Constituições do mundo contemporâneo vêm fazendo com que o princípio da dignidade da pessoa humana seja sorvido pelos indivíduos como um conjunto de valores civilizatórios, que já se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, com vistas à superação da discriminação, da violência, da intolerância e da exclusão social. Nele, se identifica um *espaço de integridade* a ser assegurado a todas as pessoas, nacionais ou estrangeiras, pela sua só existência no mundo da vida. No seu âmbito, incluir-se-ia a proteção ao *mínimo existencial*³⁷, sintagma que denota um aglomerado de bens jurídicos destinados a um patamar de subsistência dos cidadãos. *Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não haveria dignidade*³⁸.

Em outras palavras: de conceito filosófico que é, em sua fonte e em sua concepção moral, a princípio jurídico que passou a ser tomado, a dignidade da pessoa humana tornou-se uma forma nova de o Direito considerar o homem e o que dele, com ele e por ele se pode fazer numa sociedade política. Por força da juridicização daquele conceito, o próprio Direito foi repensado, reelaborado, razão pela qual a dignidade da pessoa humana, para alguns, muito embora seja entendida como norma jurídica, sequer é considerada como princípio.

Sobre essa questão, Humberto Ávila³⁹, com arrimo nas ideias de Karl Larenz, Ronald Dworkin e Robert Alexy, dentre outros, distingue as normas jurídicas não em duas, mas em três modalidades: as regras, os princípios e os postulados. As primeiras correspondem, concretamente, a comandos que determinam, mediante a descrição da conduta a ser cumprida,

³⁶ Refiro-me aos documentos internacionais, lavrados a partir da Segunda Grande Guerra, como a Declaração dos Direitos Humanos (1948) – que se inicia com as seguintes constatações: “*Considerando* que o **reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana** e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; *Considerando* que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros, que ultrajaram a consciência da Humanidade, e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta aspiração do Homem (...)” – e às Constituições estrangeiras, tais como, a italiana (1947), a alemã (1949), a portuguesa (1976) e a espanhola (1978). Em nossa Carta Cidadã, vem, em 1988, insculpida como fundamento da República, no art. 1º, inc. III.

³⁷ Sobre o tema, faz-se remissão à nota prévia da tese de doutorado de Luiz Edson Fachin, 2001, intitulada **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**, *in verbis*: “A presente tese defende a existência de uma garantia patrimonial mínima inerente a toda pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável à uma vida digna, do qual, em hipótese alguma, pode ser despossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores”.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo direito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Tal doutrinador, sobre o mínimo existencial, ainda discorre: “O elenco de prestações que compõe o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: *renda mínima, saúde básica e educação fundamental*. Há, ainda um elemento instrumental, que é o *acesso à justiça*, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”.

³⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

obrigações, permissões ou proibições⁴⁰. Já as segundas estabelecem, com um pouco mais de abstração, condutas que visam à promoção de um fim, de estados ideais a serem buscados⁴¹. Nota-se, pois, que as regras são normas predominantemente descritivas, e os princípios são normas predominantemente finalísticas. Os postulados, por sua vez, consubstanciam verdadeiras **metanormas**, isto é, normas que estabelecem a maneira pela qual as outras normas devem ser aplicadas.

A partir dessa classificação, é possível definir-se a dignidade da pessoa humana como um postulado normativo, ou seja, uma metanorma, que confere significado aos demais direitos, espraiando para todo o ordenamento o valor de que nenhum ser humano, pelo simples fato de existir, possa ver ofendido seu direito ao mínimo existencial. Contudo, a doutrina não é uníssona quando se fala em *postulado* da dignidade da pessoa humana. Mesmo quem assim não compreende⁴², não deixa de afirmar, porém, que, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio, é, sem dúvidas, o *princípio dos princípios*.

Por conta do todo exposto, pode-se, até aqui, enumerar as seguintes conclusões: em *primeiro lugar*, o neoconstitucionalismo – albergado na filosofia pós-positivista – representa o renascimento do diálogo entre os valores morais e o plano jurídico, concretizando a saída do Estado Legislativo de Direito – fulcrado na filosofia positivista – para a chegada do Estado Constitucional de Direito. Em *segundo lugar*, dentro do novo direito constitucional, é necessário que se reconheça a força normativa, não mais, só de regras, mas também dos princípios⁴³, sendo a dignidade da pessoa humana o princípio-norte de todo o sistema de leis

⁴⁰ Leia-se *regras* do seguinte modo: “Regras são normas que só podem ser cumpridas, ou não. Se uma regra é válida, então, deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais, nem menos. Portanto, as regras contêm **determinações** no âmbito do que é fática e juridicamente possível. (...) Um conflito entre regras só pode ser solucionado introduzindo uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou declarando inválida, ao menos, uma das regras” in ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. Relembre-se, por oportuno, os critérios tradicionais de Bobbio para a superação de conflitos entre regras: o *hierárquico* (lei superior prevalece sobre lei inferior), o *cronológico* (lei posterior revoga lei anterior) e o da *especialidade* (lei especial prevalece sobre lei geral).

⁴¹ Entenda-se *princípios* no seguinte sentido: “Já os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são **mandados de otimização**, caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas das possibilidades reais de poder, se não também das possibilidades jurídicas. O âmbito de possibilidades jurídicas é determinada pelos princípios e regras opostos” in ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

⁴² SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. BARROSO, Luís Roberto. **Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo** in Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, 1993.

⁴³ Os princípios eram tomados como fonte subsidiária do direito, nos termos do art. 4º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, hoje chamada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Neste sentido, os princípios não eram entendidos como normas jurídicas, mas como fonte de integração das leis para o caso de lacuna no ordenamento. Atualmente, porém, possuem força normativa, influenciando a leitura e aplicação de outras normas jurídicas, servindo de janela para a entrada de valores morais no ordenamento vigente.

vigentes no mundo. E, em *terceiro lugar*, tem-se que, com a força motriz da dignidade da pessoa humana (por alguns entendida como princípio, por outros como postulado) e com a posição central ocupada, contemporaneamente, pelos Textos Constitucionais, é possível constatar que os valores *magnos* são irradiados e espreados para todas as outras partes do direito – o que inclui o Direito Civil.

Desta forma, conclui-se a presente seção, sob a chancela de **BARROSO**⁴⁴, no sentido de que o público e o privado vêm convergindo, vêm se aproximando, dando, ao novo Direito Constitucional, o novo corpo que merece:

A verdade, no entanto, é que a preocupação com o cumprimento da Constituição, com a realização prática dos comandos nela contidos, enfim, com a sua efetividade, incorporou-se, de modo natural à prática jurídica brasileira somente no pós-1988. A Constituição, antes desprezada e agora liberta da tutela indevida do regime militar, **adquiriu força normativa** e foi **alçada**, ainda que tardiamente, **ao centro do sistema jurídico**, fundamento e filtro de toda a legislação infraconstitucional. Sua supremacia, antes, apenas formal, entrou na vida do país e das instituições.

I.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: FACES DE UMA MESMA MOEDA

Pode-se dizer que muito do caminho trilhado neste primeiro capítulo, em que se buscou asseverar, por diferentes recortes, a constitucionalização do direito civil, foi para que se construísse bases sólidas na análise da presente seção. Agora, já enxergada a aproximação entre o constitucional e o cível, nosso objetivo é a verticalização no paralelo entre os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, compreendendo-os como faces de uma mesma moeda, como lados de um só prisma.

Pouco se buscou, doutrinariamente, cotejar a natureza jurídica dos direitos fundamentais, genuinamente *públicos* (vez que fulcrados no próprio Texto Magno), em face da natureza jurídica dos direitos da personalidade (positivados, estes últimos, na legislação civil infraconstitucional) de essência *privada*. E assim o era, exatamente pela clivagem dual vinda do Direito Romano.

Nada obstante, essas esferas do público e do privado não mais se encontram espaçadas (muito ao inverso), daí porque, o que parece ocorrer é que, quando da separação rígida entre essas searas, os bens jurídicos como *vida, igualdade e liberdade* eram enxergados, pelas lentes do direito público, como direito fundamental e, pelas lentes do direito privado, como direito da

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

personalidade. De todo modo, em sua essência, os direitos, desde aquela época, já eram os mesmos.

Contudo, faz-se necessária uma abordagem sistemática e gradual da questão. A respeito dos direitos fundamentais, tem-se que estes, por definição, são os direitos estampados na Constituição, que *materializam* o princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁵. Diz-se que possuem natureza jurídica de norma pública, uma vez que nascida do próprio Texto Magno, tendo o fito de tutelar os direitos e garantias do cidadão, desde o constitucionalismo moderno, em face do Estado. A título de exemplo, cite-se os direitos à vida, liberdade e igualdade dos indivíduos, tão ultrajados pela monarquia absoluta de outrora. Ora, tais direitos, hoje, dão concretude às exigências do mínimo existencial, de sorte que, sem esses direitos, ainda que se sobreviva, tal sobrevivência é destituída de dignidade. É por essa razão que *direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana* são conceitos fortemente conectados.

Atualmente, entretanto, a diferença de nomenclatura a ser dada a um direito é de menor importância. Como prova disso, os magistrados já entendem pela possibilidade dos direitos fundamentais (de natureza constitucional) irradiarem seus efeitos para a esfera cível, sem que seja preciso aguardar que o legislador privado (infraconstitucional) destrinche aquele direito, sob o nome de direito da personalidade. Fato é que a jurisprudência só deu esse passo, porquanto já considera que, malgrado detenham nomenclaturas distintas, os direitos fundamentais e os direitos da personalidade, em boa parte das vezes, são, em essência, os mesmos direitos.

Destarte, até aqui, pelo fato de **(i)** o *princípio dos princípios* constituir o vórtice motriz do ordenamento jurídico como um todo, e **(ii)** os direitos da personalidade e os direitos fundamentais serem, a mais das vezes, germinalmente, o mesmo direito, podemos observar que estes últimos – inicialmente legislados como uma salvaguarda do indivíduo, unicamente, **em face do Estado** (eficácia vertical) –, passaram, também, a serem aplicados **em face de particulares** (eficácia horizontal). Sobre o tema, CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA⁴⁶ assevera:

Na hermenêutica do novo Código Civil, destacam-se, hoje, os princípios constitucionais e os **direitos fundamentais, os quais se impõem às relações**

⁴⁵ v. Dirley da Cunha Junior, que assim aponta: “(...) materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que *explicitam* e *concretizam* essa dignidade, e nisso residiria, a sua *fundamentalidade material*. Vale dizer, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam. O critério da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar para a construção de um conceito material de direitos fundamentais” in CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2011; ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para os direitos fundamentais** in Revista Trimestral de Direito Público, nº 16, 1996;

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do Direito Privado.

Cumprido reconhecer que, na atualidade, os princípios constitucionais se sobrepõem à posição anteriormente ocupada pelos princípios gerais de direito. Diante da **primazia** da Constituição Federal, **os direitos fundamentais passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas.**

E não poderia ser de outra forma, tendo em vista que, na circunstância de uma sociedade desigual, a opressão dos direitos do cidadão pode vir não apenas do *Estado*, senão também de uma infinita possibilidade de *instituições privadas*, presentes em esferas como o mercado, a família e a sociedade civil⁴⁷. É impensável, por exemplo, que, aniquilando-se a *liberdade de imprensa*, um time de futebol X impeça certo jornalista, que pretende exercer seu ofício, de adentrar no estádio do clube, porque o profissional torce para o time Y. Igualmente ilógico que, ferindo de morte a *liberdade religiosa*, um locador W recuse-se a firmar um contrato de locação, pelo fato de, no dia da assinatura, ter descoberto que o pretendente locatário Z é muçulmano. Vê-se, pois, que o próprio homem também oprime os direitos fundamentais de seus iguais.

Assim, as normas de proteção dos indivíduos, insculpidas no Texto Maior, as quais sempre foram apontadas em face do Estado, atualmente, tem sua dimensão alargada, para também se dirigirem aos particulares. É, em razão disso, que três teorias surgiram sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, quais sejam, teoria *negativa*, teoria da eficácia *indireta ou meditada* e teoria da *eficácia direta ou imediata*⁴⁸. A última, por todo o exposto, vem se adequando mais à realidade brasileira, tendo prevalecido na doutrina e jurisprudência nacionais⁴⁹.

⁴⁷ A respeito do tema, o doutrinador Ingo Sarlet entende que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata, que se justifica nos termos do art. 5º, §1º da CRFB/1988, *in SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁴⁸ Em linhas gerais, para a *teoria negativa*, os direitos fundamentais nunca se aplicariam aos particulares, vez que se funda na intangibilidade da autonomia privada e no pleno exercício da livre iniciativa. No que tange à *teoria da aplicabilidade indireta ou mediata*, defende-se a extensão dos direitos fundamentais para as relações somente entre indivíduos, só que mediante a atuação do legislador infraconstitucional, que teria o dever, ele sim, de conformar as relações entre os entes privados, preenchendo o sistema de cláusulas abertas. Por fim, quanto à *teoria da aplicabilidade direta ou imediata*, tem-se que, independentemente de prévia autorização legislativa, os direitos fundamentais se aplicariam em sua dimensão horizontal, mediante a ponderação entre os princípios constitucionais, de um lado, da autonomia da vontade e, de outro, o direito fundamental em jogo.

⁴⁹ *A título de doutrina v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com louvor: SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. *A título de jurisprudência*, ainda que se analise outro recurso extraordinário mais a frente, cite-se, desde já, o RE nº 161.243/DF, em que o STF considerou inconstitucional a política trabalhista de uma empresa aérea que fazia distinções no tratamento entre seus empregados estrangeiros e nacionais, ofendendo-se, nitidamente, o direito fundamental à igualdade.

De todo modo, o que se pretende asseverar é que em toda relação jurídica firmada entre particulares (e o Direito Civil, por óbvio, aqui se encaixa), devem estar salvaguardados os direitos fundamentais da pessoa humana. Outro exemplo: a incidência de multa, prevista no art. 1.337 do CC/2002, ao condômino desordeiro e antissocial, o qual descumprir com os deveres de urbanidade e fulmina a paz coletiva do condomínio *deve ser precedida do devido processo legal* (art. 5º, LV da CRFB/1988). Demais disso, a exclusão, por força do art. 57 do CC/2002, de uma pessoa física associada, por exemplo, a um clube náutico, pelo fato de aquela ter praticado condutas prejudiciais e desonrosas à associação *deve ser precedida de ampla defesa e contraditório* (art. 5º, LV da CRFB/1988)⁵⁰. Ou seja: os direitos que eram usados em face do Estado também passam a ser clamados em face do particular.

Ratificando tal entendimento, o Supremo Tribunal Federal (que sempre consignou a nítida *eficácia vertical* dos direitos fundamentais) já teve a chance, em sede do Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, de também asseverar, sob a relatoria do Min. Gilmar Mendes, a plena *eficácia horizontal* de tais direitos. É o que se infere pela simples leitura da ementa do acórdão, *ipsis litteris*:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO.

I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, **mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado**. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente **não apenas os poderes públicos**, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.

II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o **respeito aos direitos fundamentais de seus associados**. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as **restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa**

⁵⁰ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores – UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. **A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido,** o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).

IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

É este o entendimento jurisprudencial da Corte Constitucional⁵¹.

Não se desconhece o fato de que a incidência direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas faz com que se mitigue o *princípio da autonomia da vontade* e o da *livre iniciativa*, os quais, no Código passado, de 1916, sempre norteavam a interpretação e a aplicação do Direito Civil como um todo. Entretanto, faz-se imperioso infirmar que, atualmente, **(i)** considerado o panorama filosófico pós-positivista e **(ii)** considerada a plena legitimidade do Estado Constitucional de Direito, sobretudo no que tange ao posicionamento de centralidade do Texto Magno, a autonomia privada, com toda certeza, não pode implicar a violação dos direitos e garantias fundamentais, concretizadores da própria dignidade da pessoa humana⁵².

⁵¹ Registre-se o seguinte fragmento do voto do Min. Gilmar Mendes: “Um meio de irradiação dos direitos fundamentais para as relações privadas seriam as cláusulas gerais (*Generalklausel*) que serviriam de ‘porta de entrada’ (*Einbruchstelle*) dos Direitos Fundamentais, no âmbito do Direito Privado”. Tal entendimento confirma nossa argumentação de que o sistema de cláusulas abertas no código civil deixado pelo legislador é uma forma de preenchimento, por parte do aplicador, dos valores e princípios positivados no Texto Maior. As cláusulas abertas, neste sentido, robustecem o *diálogo de fontes normativas* e a convicção de convergência entre o público e o privado, entre a constituição e as demais searas do direito.

⁵² No que tange ao tema, Daniel Sarmento aponta que, na presente fase do neoconstitucionalismo, o cidadão “não é súdito do Estado, mas partícipe da formação da vontade coletiva e titular de uma esfera de direitos invioláveis, quais sejam os direitos fundamentais. O cidadão é sujeito e não objeto da História. Só que isto requer um Estado que respeite, profundamente, os interesses legítimos de seus cidadãos” v. SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional” *in* SARMENTO, Daniel

E claro: essa horizontalização dos direitos fundamentais, como se pôde observar, é, no Brasil, um movimento eminentemente jurisprudencial, em que a autoridade judicial, deparando-se com litígios de natureza cível, soluciona a questão pelo viés constitucional. Pergunta-se, porém: o bem jurídico *igualdade* não é tanto um direito fundamental quanto um direito da personalidade? Sim, e é, dentre outros motivos, por força disto, que o Supremo (que é uma corte constitucional) sem precisar usar a nomenclatura *direito da personalidade* dá cabo a um litígio cível, estendendo os efeitos dos direitos fundamentais à esfera privada infraconstitucional. Ora, o direito à igualdade, germinalmente considerado, é o mesmo, seja ele entendido como fundamental, seja ele entendido como da personalidade. O importante era que o Supremo saneasse a lide, afastando a separação rígida do Direito Romano entre público e privado, ou seja, adequando-se aos tempos de constitucionalização dos direitos.

Nessa lógica jurídica, pode-se, agora, partir para a análise dos direitos da personalidade, de sorte que, estes, historicamente, não remontam ao *constitucionalismo moderno*, como os direitos fundamentais, mas sim ao contexto posterior à Segunda Guerra Mundial⁵³. Aliás, não há como negar, em sua definição mais simples, que os direitos da personalidade são aqueles que, invariavelmente, estejam ligados à *pessoa humana*⁵⁴, ainda que seja com suas emanções e prolongamentos, pois representam os direitos mais íntimos e fundamentais do ser humano⁵⁵. A

(org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵³ A doutrina majoritária, encabeçada por Maria Helena Diniz, Gilberto Haddad Jabur, Carlos Alberto Bittar, dentre outros, aponta que os direitos da personalidade remontam ao direito natural, existindo, antes e independentemente do direito positivo, já que inerentes ao próprio homem. Entretanto, olhando por um recorte puramente histórico, sustentam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald: “Naturalmente, os códigos civis, como um todo, não faziam menção aos direitos da personalidade. O Código Civil francês (*Code de France*), o alemão (*BGB*) e o italiano eram silentes, não possuindo qualquer referência até porque a categoria não era tutelada. Com o pós-guerra, os Códigos foram paulatinamente reformados, vindo a sua grande maioria, na atualidade, a proteger, expressa e amplamente, os direitos da personalidade. Importante colaboração veio do direito alemão, preocupado, após os lamentáveis episódios ali ocorridos, atentatórios contra a humanidade, em afirmar a relevância na proteção da pessoa humana e de sua dignidade.” *in* FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012:

⁵⁴ A problemática doutrinária sobre quando se adquire a personalidade e, por consequência, quando um indivíduo, tornando-se pessoa, titulariza os direitos da personalidade será encarada em capítulo próprio. No entanto, frise-se, desde já, que nem sempre estes direitos poderão ser definidos como aqueles que se ligam à ideia de pessoa, tendo em vista a discussão doutrinária sobre a possibilidade de outros sujeitos de direito – que não a pessoa humana – titularizarem um direito da personalidade. Adiante-se a doutrina de CHINELLATO, Silmara Juny. **A tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2001; _____. **Código Civil interpretado**. 2ª ed. São Paulo: Manole, 2009; DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Morais Editora, 1961; DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁵ Muito embora o Código Civil de 2002, em seu art. 52, também relacione os direitos da personalidade às pessoas jurídicas, tal dispositivo ainda desperta grandes discussões doutrinárias, justamente porque tais direitos se conformariam, apenas, à essência da pessoa humana, não sendo possível que pessoa jurídica, por exemplo, tivesse danos à sua honra ou à sua intimidade, não cabendo, pois, ressarcimento em danos morais no caso de violação desses ditos direitos (não incidência da súmula 227 do STJ). De todo modo, registre-se que a presente monografia delimita sua abordagem, somente, no que concerne à pessoa física ou natural.

título de exemplo, cite-se os positivados entre os artigos 11 a 21 do CC/2002, tais como o direito à vida, ao corpo, ao nome, à imagem e à honra.

Os direitos da personalidade têm por objeto o modo de ser do indivíduo e o que busca proteger são, exatamente, os atributos específicos da *personalidade*, sendo esta uma *qualidade* do ente considerado *pessoa*. Nessa especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a concepção até a sua morte. Trata-se de uma noção fluida, em constante aprimoramento, e que, antes do processo de constitucionalização, encontrava-se engessada no patamar infraconstitucional, isto é, adstrita ao *Codex* civilista em vigor. Ocorre que, assim como os direitos fundamentais, os direitos da personalidade, no panorama de neoconstitucionalismo, passaram a ter por fito a **efetivação** da dignidade da pessoa humana.

Não é outro o alerta de **LUÍS ROBERTO BARROSO**⁵⁶ no sentido de que “a doutrina civilista **extrai** do *princípio da dignidade da pessoa humana* os denominados *direitos da personalidade*, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado”. É dizer: muito embora os direitos da personalidade componham, legislativamente, a seara privatística, têm todos eles, hoje, base constitucional.

Relembre-se, nesse diapasão, que, da dignidade da pessoa humana, vórtice-moral do sistema de direitos fundamentais, os aplicadores do Direito se preocupam em extrair a concretização de um *mínimo existencial* aos indivíduos. Ora, partindo da premissa de Barroso, pode-se afirmar que o *princípio dos princípios* é considerado, tanto o núcleo duro dos direitos fundamentais, quanto o dos direitos da personalidade. Logo, estes últimos não poderiam deixar de prescrever a também concretização de um mínimo existencial⁵⁷. Sobre o tema, afirma **GUILHERME CALMON**⁵⁸:

É neste contexto, e em especial no pós-guerra, que se passou a identificar os **direitos da personalidade** como meio de **tutela de um mínimo essencial**, a salvaguarda de um espaço privado que proporcionasse condições ao pleno desenvolvimento da pessoa. Como observa Cifuentes, antes as novas condições de progresso, a técnica, o refinamento das ideias sobre a condição humana e social da pessoa, ressurgiu a valorização das doutrinas jurídicas que pugnam pelo resguardo da dignidade, o império pessoal e a vida interior e privada.

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

⁵⁷ Cristiano Chaves também entende no mesmo sentido: “os direitos da personalidade são estudados sob a ótica do direito privado, considerados como a **garantia mínima da pessoa humana**, para as suas atividades internas e para as suas projeções ou exteriorizações sociais. (...) Enquanto os direitos da personalidade são percebidos pela ótica privatista, afirmando a tutela da pessoa humana, as liberdades públicas (leia-se direitos fundamentais individuais) descortinadas na esfera pública, correspondem a imposições para assegurar aqueles direitos” in FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁵⁸ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006;

É por esta razão que, numa concepção civil-constitucional, **GUSTAVO TEPEDINO**⁵⁹, alicerçado em **PIETRO PERLINGIERI**, defende a existência de uma *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*. São suas as palavras:

Com efeito, a escolha da **dignidade da pessoa humana** como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do §2º do art. 5º, no sentido de não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira **cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana**”.

E ele não é o único doutrinador neste sentido⁶⁰, de modo que, na *IV Jornada de Direito Civil/2006*, organizada, pelo Conselho da Justiça Federal, no STJ, foi aprovado o Enunciado Doutrinário nº 274, cuja primeira parte da ementa prevê que “os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva⁶¹ 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 razão disso, a doutrina civil-neoconstitucionalista, **(i)** por força mesma da aproximação entre a esfera do público e do privado e **(ii)** por força da dignidade da pessoa humana, ser tomada como elo irradiador entre essas duas esferas, vem estudando os direitos

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. **A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁶⁰ Guilherme Calmon também afirma: “Busca-se uma tutela integrada da pessoa humana, o que foi possível através da visualização da personalidade não como um direito, mas como um valor, a saber, o valor central do ordenamento **inerente à ideia de dignidade da pessoa humana**. Dessa maneira, passou-se a considerar a personalidade como situada na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Deve-se romper com a ótica tipificadora e interpretar tais preceitos como expressão da **cláusula geral de tutela da personalidade** que, na legislação brasileira, encontra-se consubstanciada na Constituição Federal nos seus arts. 1º, III, 3º, III e 5º, §2º” *in* GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006;

Maria Celina Bodin de Moraes assim aponta: “Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está na presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma **cláusula geral de tutela da pessoa humana**. Por outro lado, tampouco há que se falar apenas em direitos (subjettivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza somente através de direitos subjettivos, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direitos potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado – enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante” *in* MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁶¹ Registre-se que o referido enunciado dispõe ser o rol dos direitos da personalidade, previstos entre o art. 11 e 21 do CC/2002, meramente exemplificativo (*números apertus*). Afirmamos não poder ser de outra forma, já que até o mesmo rol constante da Constituição não é taxativo, integrando sempre um novo direito colocado em favor da pessoa humana. Como exemplo da não taxatividade do rol, frise-se, o direito ao esquecimento, o qual *não consta de nenhuma norma jurídica*, mas já reconhecido pelo STJ, em sede de Recurso Especial nº 1.334.097/RJ, julgado pela Quarta Turma, em junho de 2013. Importante notar que tal conclusão não afasta a necessidade da ponderação de tal direito – como direito da personalidade – com outros direitos da personalidade, de valor fundamental.

fundamentais e os da personalidade como lados de um mesmo prisma⁶². É como se os primeiros fossem diretrizes gerais, garantias de todo o povo de se verem salvaguardados das arbitrariedades estatais, enquanto que os segundos seriam fruto da captação desses valores, só que regulados dentro da disciplina civilista. É **FLÁVIO TARTUCE**⁶³ quem leciona:

Os direitos da personalidade são de tal forma importantes, não só para os indivíduos, como também para o Estado Constitucional de Direito, que devem ser tutelados tanto pelo **Direito Público**, quanto pelo **Direito Privado**, em complementação, em constante diálogo dentro da ideia de visão unitária do sistema jurídico.

A esse propósito, aponte-se que alguns direitos da personalidade, *quando analisados sob o aspecto do relacionamento com o Estado* e constantes no ordenamento positivo, recebem o nome de **liberdades públicas**, sendo, contudo, **os mesmos direitos** do ponto de vista de sua tipificação, **mas examinados em planos distintos**. Os primeiros estão no relacionamento de uma pessoa diante de outra, isto é, nas relações privadas (direitos da personalidade); e os últimos perante o Estado (liberdades públicas), acrescidos de outros direitos econômicos, sociais e políticos.

O Título II da Constituição de 1988, sob a denominação “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, traça as prerrogativas para garantir uma convivência digna, com liberdade e com igualdade para todas as pessoas, sem distinção de raça, credo ou origem. Tais garantias são genéricas, mas são também **fundamentais** ao ser humano e sem elas a pessoa humana não pode atingir sua plenitude e, por vezes, sequer pode sobreviver.

Tais preceitos garantem, ainda, que os direitos ali elencados não só estão formalmente reconhecidos, mas também serão concreta e materialmente efetivados. Essa efetivação, no caso do indivíduo sujeito de direitos com relação a determinados bens (propriedade e créditos), é feita pelo reconhecimento da existência dos direitos da **personalidade**.

GUILHERME CALMON⁶⁴, em sua obra, também assevera:

Os direitos da personalidade, ao integrarem os direitos do homem, acabam por englobar todas as suas características, desenvolvendo-se no âmbito da vida pessoa ou na vida social.

Dessa forma, afirma-se que os **direitos de homem e os direitos da personalidade são os mesmos**, porém **vistos sob o prisma de diferentes relações**. Os primeiros possuem como objeto as relações de direito público, constituindo os direitos físicos em relação à sua essencialidade material (direito à vida, às partes do corpo, à liberdade, o direito de ação, entre outros). Já os direitos da personalidade abrangem os aspectos intelectual e moral da

⁶² Rubens Limonge França demonstra esse prisma, entendendo que, por muito tempo, os sistemas jurídicos só cuidavam dos direitos da personalidade sob o ponto de vista do direito público, “servindo para mostrar a importância desses direitos, pois muitos deles integram as Declarações que servem como garantias do cidadão contra as arbitrariedades do Estado” in FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. Assim, o doutrinador consigna que vários direitos da personalidade já eram entendidos como direitos fundamentais, usados pelos indivíduos em face do Estado.

⁶³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral**, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁶⁴ Faça-se a ressalva de que o autor nomenclaturiza os direitos fundamentais por *direitos do homem*.

pessoa (englobam os direitos à honra, ao nome, à imagem, ao segredo e à liberdade de religião e consciência).

Noutras palavras, na visão civil-constitucional, a doutrina majoritária, assinala que, assim como os *direitos da personalidade* estão para o Código Civil, os *direitos fundamentais* estão para a Constituição Federal. De todo modo, se cotejados em sua essência, veríamos, a mais da vezes, os mesmos direitos. Diz-se ‘a mais da vezes’, já que, para alguns doutrinadores⁶⁵, a coincidência entre direitos fundamentais e da personalidade não é plena, pois a CRFB/88 elenca direitos (como o direito ao trabalho) que são fundamentais, mas não se coadunam com os da personalidade.

De todo modo, inegável é a constatação de que o elo entre tais direitos, o ponto de contato (aliás, ponto transformador de todo o ordenamento civil contemporâneo) seria a *dignidade da pessoa humana*, entendida como núcleo duro de tais normatividades.

Não seria outra razão, inclusive, que as próprias características desses dois grupos de direitos convergem, de sorte que, a título de comprovação, cabe ressaltar as seguintes, quais sejam: **(i)** são inatos, no sentido de nascerem com a própria gênese do ser humano; **(ii)** são absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes*, contra todos; **(iii)** são indisponíveis, de modo a abranger sua irrenunciabilidade e impenhorabilidade; **(iv)** são imprescritíveis, já que uma lesão ou potencial lesão a tais direitos não convalesceria no tempo; **(v)** são extrapatrimoniais, ainda que possa surtir efeitos patrimoniais; **(vi)** são intransmissíveis, o que ratifica a irrenunciabilidade, só que, aqui, em prol de outrem.

Daí se concluir que, em verdade, direitos personalíssimos e direitos fundamentais, a mais das vezes, sobretudo considerado o panorama de constitucionalização do Direito Civil, são faces de uma mesma moeda, derivados, ambos, do mesmo conceito de dignidade. Tal conclusão é de grande valia para o desenvolver dos raciocínios a frente, razão pela qual, encerra-se o presente capítulo com as palavras de **CRISTIANO CHAVES DE FARIA**⁶⁶:

A partir do novo contorno dogmático, desenhado através dos novos valores e matizes constitucionais, é fácil depreender os direitos da personalidade como construção normativa que reconhece a proteção jurídica avançada da *pessoa*.

⁶⁵ Cite-se, como ilustração, os irmãos Mazeaud, defensores da tese de que, muito embora os direitos fundamentais e os personalíssimos aproximem-se por seu conteúdo e substância comum, **há direitos personalíssimos que não participam do acervo de direitos fundamentais e, de igual sorte, direitos fundamentais que, pela sua patrimonialidade, com os primeiros não se identificam**. Exemplo disso seria o direito de propriedade e o direito à irredutibilidade dos salários, que se constitui em direito fundamental, mas não é personalíssimo. Por outro lado, a vida, a liberdade e a segurança posicionam-se não só frente ao Estado, mas também entre os particulares, de modo que estes últimos, além de consistirem em direitos fundamentais, detêm índole personalíssima. v. MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Henri et Leon. **Leçons de droit civil**. Paris: Éditions Mont Chrestien, 1955. t. 1.

⁶⁶ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

Com esta perspectiva, os direitos da personalidade – ultrapassando a setorial distinção entre emanada da histórica dicotomia entre o público e o privado – **derivam da própria dignidade** reconhecida à pessoa humana para tutelar os valores mais significativos do indivíduo, **seja perante outras pessoas, seja em relação ao Poder Público**. Com as cores constitucionais, os direitos da personalidade passam a expressar o *minimum* necessário e imprescindível à vida com dignidade.

CAPÍTULO II

II. O NASCITURO E A AQUISIÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Apresentou-se, até o momento, as convergências entre os direitos fundamentais e os da personalidade, concedendo enfoque ao ponto que os conecta, qual seja, a dignidade da pessoa humana, considerado o panorama civil-constitucional existente. No presente capítulo, buscar-se-á realizar a análise vertical a respeito do momento em que os direitos da personalidade (e, em especial, o direito à vida) se incorporam ao patrimônio jurídico de um sujeito de direitos.

É dizer: quando que um indivíduo, que existe no mundo da vida, tem seus direitos atrelados a si? Será que é preciso que ele nasça para ser sujeito de direitos? Ou será que, mesmo antes de sua natalidade, já é tutelado pela ordem jurídica? Será que nascer é o suficiente? Ou será preciso nascer com vida, já que sabemos sobre a realidade de fetos *natimortos*?

Além disso, a problematização da situação jurídica do nascituro, nesse contexto, é medida que se impõe, procurando-se entender se ele é respeitado como *coisa*, ou como *pessoa* e se, em sendo *pessoa*, em que momento a sua *personalidade* se manifesta. A partir daí, buscar-se-á assimilar se os direitos do concebido, mas não nascido, podem entrar em rota de colisão com os interesses de outros sujeitos de direito, como, por exemplo, os da própria gestante.

II.1 NOÇÕES PRELIMINARES DE DIREITOS DA PERSONALIDADE, PESSOA E PERSONALIDADE

Tendo em vista o objetivo proposto, um bom começo é recordar-se da definição mesma de direitos da personalidade, sendo estes os direitos que, positivados no *Codex* cível e destinados a materializar o princípio da dignidade da pessoa humana, protegem os aspectos psíquicos do *indivíduo-pessoa*, além de sua integridade física, moral e intelectual. Por força disso, é necessário que delimitemos o que o Direito entende por *pessoa*, já que é este o sujeito, titular dos direitos da personalidade.

Pessoa, doutrinamente entendida, é, num raciocínio preliminar, todo sujeito que gravita no âmbito da criatura humana⁶⁷. Certamente, com o tempo, tal dimensão foi alargada, tendo em

⁶⁷ Ou seja: a criança, o jovem, o adulto e o idoso. Washington de Barros Monteiro entende o vocábulo pessoa, inicialmente, como derivado de *persona*, máscara. Em sua literatura, concluiu por três acepções da palavra: **(i)** uma *vulgar*, sinônimo de ser humano; **(ii)** outra *filosófica*, relativo ao ente dotado de razão, que se conscientiza nos seus objetivos de vida; **(iii)** e, finalmente, uma acepção *jurídica*, designando o ente físico ou moral, suscetível de

vista a existência das pessoas não humanas, criadas por pessoas naturais. Isto é: o ordenamento jurídico não proibiu que pessoas físicas ou humanas instituísem outros sujeitos de direitos para titularizarem bens jurídicos. A estas pessoas, que igualmente fazem parte das relações cotidianas, deu-se o nome de pessoas não humanas, morais ou jurídicas. É nesse sentido que **MARIA HELENA DINIZ**⁶⁸ salienta que *pessoa* é “todo ente *físico* ou *coletivo* susceptível de direitos e obrigações”.

Assim, *pessoa* é todo ente capaz de titularizar direitos e de submeter-se a deveres, podendo-se apresentar no polo ativo ou passivo de uma relação jurídica, dentro do ordenamento civil-constitucional vigente. Esta monografia problematiza o momento em que os direitos da personalidade (especialmente, o direito à vida) se incorporam ao patrimônio jurídico de uma *pessoa*, razão pela qual não é nosso objetivo analisarmos a pessoa moral, jurídica ou não humana, mas somente a física, natural ou humana. De todo modo, repisando o todo estudado no Capítulo I e qualificando o conceito tradicional de *pessoa*, faz-se oportuna a lição de **NELSON ROSENVALD**⁶⁹:

Não se pode ignorar, contudo, que, singrando os mares da **constitucionalização do Direito Civil**, é de se reconhecer que *pessoa* não pode significar, tão somente, a possibilidade de titularizar relações jurídicas. É preciso lembrar que a *pessoa* tem uma existência (que deve ser digna). Bem por isso, ser pessoa significa, em concreto, poder ser sujeito das inúmeras relações jurídicas, sempre dispondo de uma **proteção básica e elementar**, tendo a promover a sua inexorável dignidade.

Assim, temos que *pessoa* é o ente que titulariza relações, a fim de concretizar seus direitos básicos. Mas como titularizar relações? É necessário, nesse contexto, que a *pessoa* se valha de um caminho, de uma via, de um **atributo** a fim de ter acoplado, em seu patrimônio jurídico, os direitos que tutelem o seu mínimo existencial. O atributo que faz com que uma pessoa seja, em verdade, sujeito de direitos é a sua *personalidade*. Sem personalidade jurídica, não há direitos da pessoa. *Personalidade*, por assim dizer, é o cerne, a base, a **aptidão genérica** que toda *pessoa* tem de possuir direitos e de exigir deveres, titularizando as relações no Direito. É por meio dela que se cria um patrimônio jurídico.

direitos e obrigações. in MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Diz-se, porém, no que tange à acepção jurídica, *pessoa física* e *pessoa moral*, uma vez que é permitido à pessoa física criar outros tipos de sujeito de direitos, quais sejam, as pessoas jurídicas. Como exemplo destas últimas, cite-se as fundações, as associações, as cooperativas, as sociedades, as organizações religiosas, os partidos políticos, entre outros. Teixeira de Freitas denominava estas últimas como pessoas de existencial ideal, ficta, que se contrapunham às pessoas de existencial visível, modo com que ele chamava as pessoas naturais.

⁶⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

⁶⁹ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

É nítido que, como se sabe, para toda regra há exceções. A regra é: para possuir direitos, tem de ser *pessoa*, e ostentar, por conseguinte, *personalidade*. Contudo, há sujeitos de direito que não são pessoas e que, por consequência, não detêm personalidade (não por outra razão, são reputados, pela doutrina, como *entes despersonalizados*), mas, ainda sim, titularizam direitos e submetem-se a deveres. Refiro-me ao condomínio edilício, à massa falida, ao espólio e às sociedades não personificadas. Massa Falida, por exemplo, pratica fato gerador tributário, sendo, pois, sujeito passivo da relação tributária.

Assim, a *personalidade jurídica* não pode ficar restrita ao conceito simplório de atributo especial do *indivíduo-pessoa*, capaz de torná-lo um verdadeiro sujeito de direitos. Temos de ir além, mostrando que, em um espeque civil-constitucional, a personalidade é, não só, um atributo genérico de qualquer pessoa para exigir direitos e cumprir deveres, mas também, a aptidão de reclamar a tutela jurídica básica a uma **vida digna**, o que é reconhecido pelos direitos da personalidade⁷⁰.

É esta a doutrina, inclusive, de **MARIA HELENA DINIZ**⁷¹ alicerçada em **GOFFREDO DA SILVA TELES**:

A personalidade consiste no **conjunto de caracteres da própria pessoa, alicerçada em um mínimo existencial**. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. **A personalidade que apoia os direitos e deveres que dela irradiam**, é objeto de direito, é o primeiro bem da *pessoa*, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é.

Tal entendimento não encontra, somente, base doutrinária, senão também legal. Por força disto, nosso artigo 1º do *Codex* em vigor aponta que “toda *pessoa* é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, denotando que, em sendo capaz de direitos e deveres, toda *pessoa*, em verdade, detém *personalidade*. É ostentando, primeiro, a personalidade que, em regra (tendo em vista a ressalva dos entes despersonalizados), se consegue adquirir outros direitos subsequentes.

⁷⁰ v. Cristiano Chaves de Faria: “A personalidade jurídica é muito mais do que simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em **concreto**, ter uma **tutela jurídica especial**, consistente em reclamar direitos fundamentais, **imprescindíveis ao exercício de uma vida digna**. Em necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota, destarte, na possibilidade de o titular ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade da pessoa humana” in FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

Gustavo Tepedino, também, assevera: “em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como um valor máximo do ordenamento cível, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade” in TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁷¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Mas o ponto é: quando se adquire a personalidade? A partir de que momento a *pessoa* surge na ordem jurídica, podendo titularizar direitos e cumprir deveres?

II.2 O INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E O TRATAMENTO DADO DO NASCITURO

No plano estritamente positivista, nosso Código de 2002 aduz que “*a personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida*⁷²; *mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. E fato é que, como veremos adiante, o texto legal supra não pacifica os ânimos doutrinários quanto ao início da personalidade jurídica. *Nascituro*⁷³ é conceituado como aquele que foi concebido, mas ainda não nasceu, encontrando-se, pois, em processo de amadurecimento no ventre materno. Este, todavia, já possui, desde a concepção, alguns direitos.

Ora, seria o nascituro, de acordo com o código, uma *pessoa*, tendo, portanto, personalidade jurídica? Ou *pessoa*, a bem da verdade, seria somente aquele nascituro que, completada a gestação, nasceu com vida? Sobre esta questão, leia-se, inicialmente, o posicionamento de CÉSAR FIUZA:

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 do legislador, ao afirmar que a *personalidade civil começa do nascimento com vida*. Ocorre que, logo a seguir, o mesmo legislador dispõe que os direitos do nascituro serão postos à 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.

⁷² Importante apontarmos que nosso código, na linha de diversos diplomas internacionais, como o português (art. 66, I), o suíço (art. 31), o italiano (art. 1º) e o alemão (art. 1º), admite que, para ganhar *personalidade* basta que o feto nasça com vida, sendo desimportante que o ex nascituro cumpra com outros requisitos, tais quais, a *viabilidade* ou *aparência humana*. Sobre o tema, v. Maria Helena Diniz: “No direito civil francês e holandês (art. 3º), não basta o nascimento com vida, sendo necessário que o recém-nascido seja viável, isto é, apto para a vida. Se só nascer com vida, sem mostrar viabilidade, sua personalidade remontará à concepção. (...) O direito civil espanhol (art. 30) exige que o recém-nascido tenha forma humana e que fique vivo por 24 horas, para que possa adquirir personalidade. Para o argentino (art. 7º) e o húngaro (seção 9), a concepção já dá origem à personalidade” in DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

⁷³ Etimologicamente, a palavra deriva do latim *nasciturus*, tendo por significado aquele que deverá nascer, que está por nascer. É o que já foi concebido e, ainda, vive no corpo da genitora. Importante, porém, que se distinga o *nascituro* do *concepturo*, sendo este a prole eventual, sequer concebida, mas a quem se permite deixar benefício em testamento, desde que venha a ser concebido nos dois anos subsequentes à morte do testador (art. 1800, §4º do CC/2002). Isto é: *Nascituro* é o filho já concebido, que ainda não nasceu. *Concepturo* é o descendente que ainda será concebido.

A realidade é que a controvérsia, que já existia desde o antigo Código, permaneceu, por força da obscuridade na *mens legis*, quanto ao início da **personalidade**. Se parasse o legislador na primeira parte do dispositivo, pacificada restaria a controvérsia, em favor da teoria natalista. Ocorre que, não tendo o nascituro nascido com vida, mas já tendo, mesmo assim, alguns direitos assegurados, desde a concepção, tem-se que, em verdade, o nascituro seria **pessoa**, vez que só **pessoa** pode deter direitos.

Para aclarar este imbróglio, quanto ao início da personalidade, propõe-se o estudo singularizado de cada teoria doutrinária.

II.2.1 TEORIA NATALISTA

Para estes doutrinadores⁷⁴, o nascituro não pode ser considerado **pessoa**, na medida em que o *Codex* em vigor determina, claramente, que só tem personalidade quem nasce com vida. É, somente no, e a partir do nascimento com vida, tendo o neonato já respirado⁷⁵, que o recém-nascido se torna, verdadeiramente, sujeito de direitos e prestador de deveres, adquirindo, pois, **personalidade**. Sobre o ponto, **CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA**⁷⁶ é quem, cristalinamente, sustenta:

O nascituro **não é**, ainda, **uma pessoa, não é dotado de personalidade jurídica**. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que, antes do nascimento, já ele é sujeito de direitos.

A grande questão da teoria natalista é que, não sendo o nascituro pessoa (e, por conseguinte, não tendo personalidade), como o Código poderia deixar a salvo alguns direitos a ele relacionados? Em não sendo **pessoa**, seria **coisa**. Mas **coisa**, por definição, não é sujeito de direitos nas relações jurídicas. Some-se a isto que a teoria em questão não se coaduna com as novas técnicas de reprodução assistida e de proteção aos direitos do embrião, conforme

⁷⁴ Silvio Rodrigues, Caio Mario da Silva Pereira, San Tiago Dantas, Silvio de Salvo Venosa, Carlos Alberto Bittar Paulo Carneiro Maia, Vicente Ráo, Eduardo Espínola.

⁷⁵ O *nascimento com vida* independe do corte do cordão umbilical, de acordo disposição do art. 53, §2º da Lei de Registros Públicos. Sobre o tema, Carlos Roberto Gonçalves: “Ocorre o nascimento quando a criança é separada do ventre materno, não importando tenha o parto sido natural, feito com o auxílio de recursos obstétricos ou mediante intervenção cirúrgica. O essencial é que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria, *mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical*. Para se dizer que nasceu com vida é necessário que **haja respirado**. Se respirou, viveu, ainda que tenha perecido logo em seguida. Lavram-se, neste caso, dois assentos, o de nascimento e o de óbito” in GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

veremos adiante, quando da análise do Biodireito no ordenamento posto, um verdadeiro microsistema civil, que complementa os dispositivos do Código.

De toda forma, o ponto é que a teoria natalista nega direitos ao nascituro, tanto os relacionados ao **patrimônio**, leia-se, ao TER, quanto os relacionados ao SER, ou seja, à sua própria **existência**, como pessoa humana – em formação – que é. Com essa negativa, tais doutrinadores tropeçam em dispositivos expressos do ordenamento nacional e internacional, consagradores de direitos àqueles que foram concebidos, mas que, por se encontrarem em gestação, não nasceram.

A título de exemplo, pontue-se, no que tange ao direito internacional, o art. 4º da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): “*Cap. II – Direitos Civil e Políticos: Art. 4º: Direito a vida - 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 se privado da vida arbitrariamente*”.

De igual modo, no que cerne ao direito interno, cite-se **(i)** no **plano constitucional**, o art. 10, II, *b* do ADCT, o qual indica a estabilidade da gestante até 5 meses após o parto, evidentemente, em nome da integridade física do nascituro: “*Art. 10 - Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição: II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa: b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto*”⁷⁷; e **(ii)** no **plano infraconstitucional**, o próprio Código Penal, que, em seus arts. 124 a 126, criminaliza o aborto, tutelando-se o direito ao nascimento digno do ser já concebido, mas ainda em formação no ventre materno.

II.2.2 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

A presente teoria, em verdade, é um desdobramento da natalista, uma vez que, no entender dos doutrinadores que a sustentam⁷⁸, a personalidade civil também começaria no nascimento com vida. A diferença é que, para os condicionalistas, mesmo sem ostentar

⁷⁷ Tal compreensão é ratificada, aliás, pela **súmula 244 do TST**, que versa, também, sobre a estabilidade provisória da empregada grávida: GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA. (redação do item III alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012)

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador **não afasta o direito ao pagamento da indenização** decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante **tem direito à estabilidade provisória** prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, **mesmo** na hipótese de admissão mediante **contrato por tempo determinado**.

⁷⁸ Miguel Faria de Serpa Lopes, Arnaldo Rizzardo, Arnaldo Wald, Washington de Barros Monteiro.

personalidade, o nascituro seria sujeito de direitos eventuais, vez que pendente uma condição suspensiva. Como breve digressão do direito negocial, *condição* é um elemento acidental do negócio jurídico, definido como um evento futuro e incerto. A condição suspensiva, neste diapasão, seria, exatamente, o nascimento do concebido. Se nasce, adquire os direitos⁷⁹.

Como fundamento legal para tal teoria, seus defensores fazem referência ao art. 130 do CC/2002, o qual assevera que “*ao titular do direito eventual, nos casos de condição suspensiva ou resolutiva, é permitido praticar os atos destinados a conservá-lo*”. Assim, afiançar que o nascituro é sujeito de um direito eventual não é, em verdade, dizer que o direito já é de sua titularidade, mas sim que ao nascituro é permitido se utilizar de todos os meios para conservar este futuro direito. Há uma condição suspensiva. Até que se nasça com vida, não se titulariza os direitos, mas não é defeso que se busque preservá-los.

Desta forma, é lícito que o nascituro, por exemplo, desde que devidamente representado (por exemplo, pela mãe), requeira a suspensão do inventário, em caso de morte do pai, para aguardar seu nascimento, já que a existência de mais um herdeiro na sucessão é de influência razoável na partilha. O nascituro pode, ademais, propor medidas acautelatórias, com o objetivo de proteger, em face de outrem, bens que lhe foram doados ou deixados em testamento. É neste sentido que leciona **WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO**⁸⁰:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual, cidadão em germe, homem *in spem*. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e, por isso, lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas, para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, o nascituro é **pessoa condicional**; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida.

Nesse diapasão, os direitos patrimoniais do nascituro (como os decorrentes de doação, legado ou herança) estariam condicionados ao nascimento com vida. Por força disto, já que os direitos do TER, ligados ao crédito e à propriedade, encontram-se condicionados, afirmam os condicionalistas que a própria *personalidade* jurídica estaria condicionada.

E eis o problema maior desta corrente doutrinária: a mesma se prende a questões eminentemente patrimoniais, não respondendo, devidamente, aos conclames **existenciais** do nascituro. Para tais doutrinadores, o nascituro teria, desde a concepção, apenas, alguns direitos

⁷⁹ Cabe-nos estabelecer uma diferença: A condição, com dito, caracteriza-se como um elemento futuro e *incerto* do negócio jurídico. E assim o é, no presente caso, vez que não se consegue precisar, com exatidão, em que momento dar-se-á a data natalícia do embrião em formação. Isto não elide, contudo, a definição mesma de nascituro, que é a de feto em desenvolvimento no ventre materno, cujo nascimento se espera como fato *certo*. A presente nota, neste sentido, visa esclarecer esta aparente contradição entre o conceito de nascituro e a existência de condição suspensiva.

⁸⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ligados ao SER, como, por exemplo, o direito ao parto digno, exatamente para que, nascendo, possa titularizar os direitos **patrimoniais**, os quais se encontravam sob condição suspensiva. A realidade é que poucos condicionalistas discorrem, verticalmente, sobre os direitos existenciais do feto concebido, mas não nascido.

Surge, então, o questionamento: como fica, em verdade, o direito à integridade física do feto em gestação? O nascituro não poderia, no decorrer da gravidez, *receber alimentos* do pai, que já se divorciara de sua mãe? Não nos parece razoável afirmar que tais direitos **existenciais** também fiquem sob condição suspensiva – vindo-se a incorporar ao patrimônio do já concebido, somente quando da data natalícia – já que os mesmos relacionam-se, especificamente, ao período da gravidez e ao bem estar do nascituro durante o seu processo de amadurecimento.

II.2.3 TEORIA CONCEPCIONISTA

A corrente em questão, embasada, também, por doutrinadores de peso⁸¹, entende que somente a **peessoa** é capaz de deter direitos, razão pela qual, se ao nascituro já são resguardados (prontamente) alguns destes, é porque, em decorrência lógica, a **personalidade** não é atributo que se ganha, apenas, com o nascimento com vida, mas também antes de uma data natalícia. E, aliás, tal teoria vem ganhando força, a partir de 2002, vez que, se em uma mão, o Código assevera que a personalidade se inicia do nascimento com vida, na outra, o mesmo diploma legal criou um sistema de proteção ao nascituro muito bem arquitetado e que dialoga, inclusive, com dispositivos do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do Código Penal.

Refiro-me à gama de dispositivos que consignam **(i)** a obrigatoriedade de nomeação de um curador, se o pai do nascituro falecer, estando grávida a mulher, e não tendo esta o poder familiar (art. 1.779 CC/2002); **(ii)** a possibilidade do nascituro de ser contemplado em testamento (art. 1.798 CC/2002) e receber doação (art. 542 CC/2002); **(iii)** a possibilidade do nascituro de ser objeto de reconhecimento voluntário de filiação (art. 1.609, parágrafo único, CC/2002); **(iv)** o direito do nascituro a uma adequada assistência pré-natal (art. 8º do ECA); **(v)**

⁸¹ Teixeira de Freitas; Pontes de Miranda; Renan Lotufo; Rubens Limongi França; Francisco Amaral Santos; Silmara Chinellato; Giselda Hironaka; Flávio Tartuce; Nelson Rosenthal; Cristiano Chaves de Farias; José Maria Leone Lopes Oliveira; Marco Aurélio Bezerra de Mello; Silvio Capanema de Souza; Gustavo Tepedino; Pablo Stolzen; Guilherme Calmon Nogueira da Gama;

Ressalte-se que Teixeira de Freitas, responsável (como estudado no Capítulo I) pelo primeiro esboço de Código Civil de 1916, antes de Clovis Beviláqua assumir a tarefa, já previa em sua *Consolidação das Leis Civis* a seguinte disposição: “As pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo do nascimento”. Assim, o *Esboço Teixeira de Freitas*, que acabou por inspirar o *Codex* argentino, atribuía direitos ao nascituro, não sendo por outra razão que o Diploma Cível de nosso vizinho latino adotou a teoria concepcionista.

a criminalização do aborto, resguardando a integridade do nascituro em desenvolvimento no ventre materno (arts. 124 a 126 do CP).

A respeito do tema, atente-se o que preleciona **SILMARA JUNY CHINELLATO**⁸²:

Mesmo que ao nascituro fosse reconhecido apenas um *status* ou um direito, ainda assim, seria forçoso reconhecer-lhe a personalidade, porque **não há direito sem sujeito. Não há** meia personalidade ou **personalidade parcial**. Esta é integral ou não existe. Com propriedade afirma Francisco Amaral: ‘Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa’.

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

Imagine-se o direito a um dano moral, por exemplo. Muito embora advenha de uma ofensa à honra, à intimidade, ou a outros bens jurídicos, tal direito possui, em si, natureza patrimonial. O nascituro, na linha da doutrina supra, já seria titular deste direito patrimonial, possuindo, inclusive, legitimidade para ir buscá-lo judicialmente, desde que devidamente representado. É o **efeito**, no entanto, deste direito (qual seja, o pagamento da indenização) que só emergiria no nascimento com vida. É como se a titularidade já fosse do nascituro, mas o aperfeiçoamento do direito só viesse com a condição. Por isso, os concepcionistas reputam o nascimento com vida como um mero elemento do negócio jurídico, que diz respeito à sua **eficácia total**.

Destarte, para esta corrente, a titularidade das relações jurídicas ocorre, desde a concepção, tanto no que tange aos direitos **existenciais** (estes plenamente estudados, destrinchados e reconhecidos pelos doutrinadores), quanto no que cerne aos direitos **patrimoniais** – ressalvado, quanto a estes últimos, que, somente os **efeitos** desses direitos, estariam condicionados à data natalícia. É como se o nascituro já fosse o sujeito do direito patrimonial, mas a *plenitude da eficácia desses direitos patrimoniais estivesse condicionada ao nascimento com vida*⁸³. E claro: tendo o nascituro, desde a concepção, a titularidade de direitos ligados ao SER e ao TER, por evidente, que o nascituro seria considerado **pessoa**, ostentando, por conseguinte, **personalidade**, vez que, como visto, só **pessoas** podem deter direitos.

Com o fim de aclarar tal entendimento, citemos o caso em que o STJ reconheceu a indenização do Seguro Obrigatório por Acidente de Trânsito (DPVAT) aos pais de um

⁸² CHINELLATO, Silmara Juny. **A tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

nascituro, em razão da morte deste. Segue a ementa do REsp nº 1.120.676/SC, de relatoria do Min. Massami Uyeda:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI Nº 6194/74.

1 - **Atropelamento de mulher grávida**, quando trafegava de bicicleta por via pública, **acarretando a morte do feto** quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação.

2 - **Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais**, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, **em face da morte do feto**.

3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intra-uterina, **desde a concepção**, com fundamento no **princípio da dignidade da pessoa humana**.

4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei nº 6.194/74 (arts. 3º e 4º).

5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.

(STJ, REsp nº 1.120.676/SC, Rel. Min. Massami Uyeda, Rel. p/ o Acórdão Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 07/12/2010, DJ 04/02/2010).

No corpo do acórdão supra, os ministros consignaram que a morte do nascituro causa dano aos pais, na medida em que, em sendo o nascituro *pessoa*, já detinha *personalidade* e, em decorrência disto, o próprio direito a uma gestação saudável e a um nascimento digno – o que não ocorrera, por força do atropelamento. Daí o intenso sofrimento pelo que passam os pais. O tribunal, entretanto, **não asseverou** que a indenização tenha advindo da transmissão de direitos patrimoniais. E o fez com muita propriedade, vez que, para transmitir, tem-se que titularizar – em *plenitude* – tais direitos (o que já se esclareceu que não ocorre).

Nessa lógica argumentativa, vale destaque a nomenclatura intrigante da concepcionista **MARIA HELENA DINIZ** a qual, em construção diferenciada, optou por desdobrar a personalidade em dois planos: **(i)** a aquisição da *personalidade jurídica formal* dar-se-ia desde a **concepção**, relacionando-se mais aos direitos existenciais, ou pessoais, ou da personalidade (ligados ao SER); **(ii)** já a aquisição da *personalidade jurídica formal* dar-se-ia a partir do **nascimento com vida**, mantendo relação com os direitos patrimoniais, ou creditícios, ou reais (ligados ao TER)⁸⁴. É de sua lavra a seguinte doutrina⁸⁵:

⁸⁴ O ex-ministro do Supremo e relator da Parte Geral do Código Civil de 2002, Jose Carlos Moreira Alves parece concordar com a doutrinadora em questão, quando, em sua literatura, assevera a titularidade de direitos existenciais do nascituro, mas obtempera: “No terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que futuramente, o será, e, por isso, protege, antecipadamente, direitos que ele virá a ter quando for pessoa física. Em vista disso, o nascituro pode, por exemplo, ser instituído herdeiro num testamento.” in MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto de código civil brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

⁸⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Poder-se-ia até mesmo afirmar que, na vida intrauterina, tem o nascituro e, na vida extrauterina, tem o embrião concebido *in vitro*, **personalidade jurídica formal**, no que atina aos *direitos personalíssimos* (ou seja, existenciais), visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro*, passando a ter **personalidade jurídica material**, alcançando os *direitos patrimoniais*, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (art. 1.808, §3º do CC/2002). Se nascer com vida, adquire personalidade jurídica material, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá. (...)

Assim, o embrião ou o nascituro têm 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 intrauterina, ou mesmo *in vitro*, tem **personalidade jurídica formal**. Relativamente aos direitos da **personalidade jurídica material**, apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular pleno dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e dos direitos às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido.

A bem da verdade, esta divisão de nomenclatura proposta pela eminente doutrinadora encontra eco no famoso documento redigido nos dias 23 e 24 de novembro de 2006, sob a supervisão de LUIZ EDSON FACHIN e GUSTAVO TEPEDINO, qual seja, a *Carta de Curitiba*. No V Encontro dos Projetos de Pesquisa em Direito Civil, doutrinadores de todo o Brasil se reuniram, para reduzir a termo suas impressões sobre (reputavam eles) um dos maiores “*desafios contemporâneos do Direito Civil brasileiro*”, ou seja, o conceito de **personalidade jurídica**.

Em tal oportunidade, os ditos doutrinadores também procuraram decompor a **personalidade** em duas dimensões: (i) uma, em **valores da pessoa humana**, ligados aos direitos do SER (o que Maria Helena chamou de personalidade jurídica formal); (ii) outra, em **subjetividade**, ligada à titularidade de bens, ou seja, ao TER (o que Maria Helena nominou de personalidade jurídica material). Observe a proposição doutrinária nº 1 do referido documento:

*Proposição 1: Integra o elenco dos desafios contemporâneos do Direito Civil brasileiro a análise crítica do conceito de **personalidade** jurídica, distinguindo, de um lado, os **valores da pessoa humana** que fundamentam os *direitos da personalidade*; e, de outro, a **subjetividade**, noção associada à capacidade, atribuída pelo ordenamento para o exercício de direitos de modo a abranger, nesse âmbito, *titularidades coletivas de bens*.*

De todo modo, o que parece vir ocorrendo é que, acima de qualquer nominalização, a doutrina majoritária e a jurisprudência nacional não negam (ao inverso, asseguram) os direitos patrimoniais e existenciais do nascituro, sobretudo este últimos, ou seja, os direitos, intimamente, ligados à pessoa humana em formação, que farão com que o feto em desenvolvimento venha a, futuramente, nascer.

Não é por outro motivo que, considerando o nascituro como *pessoa*, que, inclusive pode ser aviltada em sua dignidade, o Superior Tribunal de Justiça⁸⁶ entendeu pela possibilidade de o nascituro ser indenizado em danos morais, por força da morte de seu pai, ocorrida antes do seu nascimento. Transcrevo, nesta linha, a ementa do REsp nº 399.028/SP, de relatoria do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in verbis*:

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 nº 399.028/SP, Rel. Min. Salvio de Figueiredo, 4ª Turma, julgado em 26/02/2002, DJ 15/04/2002).

Não se desconhece que o presente caso versa sobre ação indenizatória ajuizada 23 anos após o atropelamento do genitor, razão pela qual, ao tempo da prestação jurisdicional, o nascituro não mais se encontrava em processo de gestação, mas como indivíduo absolutamente capaz.

O interessante da presente ementa, entretanto, é que, mesmo considerando o nascituro, em seu estágio de desenvolvimento no ventre materno, o STJ a ele deu o tratamento de *pessoa*, tendo em vista que, para indenizá-lo moralmente, visualizou um dano ao seu *direito à gestação digna*. Sobre a interessante configuração do dano moral, leia-se **SERGIO CAVALIERI FILHO**⁸⁷:

Tenho para mim que todos os conceitos tradicionais de dano moral terão que ser revistos pela ótica da Constituição de 1988. Logo no seu primeiro artigo, inciso III, a Constituição Federal consagrou a *dignidade humana* como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito. Ao assim fazer, a **Constituição deu ao dano moral uma nova feição e maior dimensão**, porque a *dignidade humana* nada mais é do que a base de todos os valores morais, a **essência de todos os direitos personalíssimos**.

⁸⁶ Em outros precedentes, como no AgRg no AgREsp nº 150.297/DF, tal corte de justiça também confirmou que o nascituro, por ser *pessoa*, teve sua personalidade vilipendiada com a morte de seu genitor, ainda que não se encontrasse nascido à época do ocorrido.

⁸⁷ CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Os direitos à honra, ao nome, à intimidade, à privacidade e à liberdade estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional.

Se **dano moral é agressão à dignidade humana**, não basta, para configurá-lo, qualquer contrariedade. Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe, aflições, angustias e desequilíbrios em seu bem-estar.

Explicando: a doutrina civil-constitucional aduz que, para a formalização do dano moral, é preciso que haja vilipêndio à dignidade humana. No caso em tela, o direito ofendido era aquele referente a uma gestação digna, razão pela qual, por uma conclusão lógica, o STJ reputou o feto já concebido, mas não nascido, como *pessoa*, vez que titular deste direito. Mesmo do útero da mãe, a sua *dignidade* poderia (e acabou sendo) ferida com o atropelamento de seu genitor, evento que, por certo, acarretará ao menino, por toda a vida, o desequilíbrio no bem-estar e a dor de nunca ter conhecido o pai. Daí se origina o dano moral.

Demais disso, a lei de alimentos gravídicos (Lei nº 11.804/2008) também assevera a noção de que o nascituro é entendido, pelo ordenamento civil-constitucional, como sujeito de direitos⁸⁸, já que o faz destinatário de créditos que cubram despesas, no transcurso da gravidez, referentes à alimentação especial da mãe, assistência médica e psicológica da gestante, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas à juízo do médico – tudo nos termos do art. 2º do referido diploma legal.

Frise-se que, se os alimentos é que garantem a subsistência do alimentando (inclusive quando este ainda esteja no ventre materno), tal disposição normativa converge com o direito à vida, que é direito da personalidade e se encontra assegurado na Carta da República (art. 5º, caput), sob o nome de direito fundamental.

Mas não é só. É reconhecida, outrossim, ao nascituro até mesmo legitimidade processual, para, desde que representado pela genitora, propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Outrora, a Lei de Alimentos (Lei nº 5.478/1968) resguardava ao nascituro o acesso ao judiciário, desde que comprovasse vínculo de paternidade. Com a Lei de Alimentos Gravídicos, a parte necessita, hoje, comprovar meros indícios da paternidade para a fixação do *quantum* a ser dado ao nascituro (art. 6º da Lei 11.804/2008), tudo com o desiderato de proporcionar um nascimento digno ao concebido.

⁸⁸ Destaque-se as substanciosas críticas de Silmara Chinellato, para quem a lei não deveria ser chamada de Lei de Alimentos Gravídicos, já que os alimentos não se destinam à grávida, mas ao feto que se desenvolve no útero materno: “A recente Lei nº 11.804/2008, que trata dos impropriamente denominados ‘alimentos gravídicos’ – desnecessário e inaceitável neologismo, pois alimentos são fixados para uma *pessoa* e não para um estado biológico da mulher – desconhece que o titular do direito a alimentos é o **nascituro**, e não a mãe, partindo de premissa errada” in CHINELLATO, Silmara Juny. (coord.). **Código civil interpretado**. 3ª ed. Org. Costa Machado. São Paulo: Manole, 2010.

É nodal afirmar-se, também, o direito do nascituro ao reconhecimento de seu histórico parental, como ocorrido na Reclamação 2.040/DF, de 21/02/2002, em que o STF, sob a relatoria do Min. Neri da Silveira, autorizou o exame de DNA, como expressão da **personalidade** do nascituro, nada obstante a oposição da genitora: “1. Reclamação. Reclamante submetida ao Processo de Extradicação nº 783, à disposição deste STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com o propósito de se fazer exame de DNA para a averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda”.

Por fim, não há como se furtar ao conteúdo do Enunciado Doutrinário nº 1 do Conselho da Justiça Federal/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, em que alguns direitos do nascituro foram estendidos ao *natimorto* – tais quais, o direito ao nome, à imagem e à sepultura⁸⁹. E, logicamente, não poderia ser de outra forma, na medida em que, sendo reconhecida, desde a concepção, a **personalidade** jurídica, os direitos da personalidade passam a integrar a órbita da pessoa humana em desenvolvimento, mesmo que não nascida. Em sendo assim, ao *natimorto* foi concedido o alcance de alguns direitos existenciais titularizados pelo nascituro.

Por todo o, até aqui, discorrido, importante reconhecer-se que **(i)** o Código Civil de 2002, pela sua redação confusa, não conseguiu pôr fim, em seu texto normativo, à controvérsia doutrinária sobre o momento em que se inicia a personalidade jurídica; **(ii)** a **teoria natalista** (a qual, numericamente, sempre contou com mais doutrinadores em seu sustentáculo) encontra-se, peremptoriamente, enfraquecida, porquanto sustenta que o nascituro só teria direitos se nascesse com vida – o que, sabemos, é inverídico, tendo em vista o imenso espedaço de dispositivos que tutelam a pessoa humana em formação; e **(iii)** a **teoria concepcionista** é, ao que hoje parece, a corrente majoritária, no que cerne à doutrina e à jurisprudência civilista, uma vez que, prevalece o entendimento de que o nascituro, em ser, desde a concepção, titular de direitos, é, em verdade, **pessoa**, sobretudo no que se relaciona aos direitos existenciais (personalidade jurídica formal), detendo, portanto, **personalidade jurídica**.

⁸⁹ Enunciado Doutrinário nº 1: “Sobre o art. 2º: A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o *natimorto*, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como: nome, imagem e sepultura”.

II.3 A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO ENTRES OS DIREITOS DO NASCITURO E OS DIREITOS DA GESTANTE

A presente seção objetiva, tendo por mote um tema recente na doutrina, a aplicação prática dos conceitos até aqui estudados, sobretudo no sentido de se repisar o que visto no Capítulo 1 a respeito do panorama civil-constitucional. É que, em verdade, problematiza-se a questão de o nascituro poder, ou não, ser sujeito de direitos indenizatórios, em face de sua mãe, por conta da péssima gestação que esta última proporcionara àquele.

O panorama é este: genitora que, por comportamentos desregrados (tais como, ingestão de bebidas alcoólicas, utilização de substâncias entorpecentes, alimentação desregrada, tabagismo excessivo, entre outros), prejudica, fortemente, o desenvolvimento do feto em gestação e, após o nascimento com vida, a saúde do neonato.

Em rápida revisão, sabe-se que, desde a concepção, o nascituro resguarda em seu patrimônio jurídico alguns ***direitos da personalidade***, razão pela qual, por ser detentor de tais direitos, é considerado, por parte considerável da doutrina, como ***pessoa***. Nessa lógica, em sendo pessoa, conclui-se que, só se conseguiu obter direitos, vez que, antes de qualquer ocorrência, ostentou ***personalidade***, entendida esta como a atribuição genérica para titularizar relações jurídicas. Primeiro se adquire personalidade, sobre a qual, subsequentemente, se assentam os demais direitos.

Dessa forma, um dos direitos que a lei e a jurisprudência reservam ao nascituro é o de ser destinatário a uma gestação digna e sem intempéries, o que se choca, no caso proposto, com a autonomia da vontade e com a liberdade sobre o corpo da genitora. É nesse ponto que devemos lembrar a perspectiva civil-constitucional em que se encontra o Direito.

Nos tempos puramente kelsenianos e positivistas, a técnica clássica de aplicação da norma jurídica era a ***subsunção***, em que, por uma lógica cartesiana, a premissa maior (a norma abstrata) incidia sobre a premissa menor (o fato ocorrido no mundo), criando-se, assim, uma regra específica para os casos em concreto. Tal metodologia, com as vênias de estilo, não mais atinge sua finalidade, quando nos deparamos com a complexidade dos direitos fundamentais/direitos da personalidade em seus mais diversos momentos de choque.

Aliás, nos idos não constitucionalizados, nem se admitia consignar um choque **real** de direitos. Como o pirâmide hierárquica de Kelsen era *una* e *orgânica*, não havia de falar em colisão de normas, senão **aparente**. Os critérios clássicos – “*norma geral revoga a especial*”, especialidade; “*norma anterior revoga a posterior*”, cronológico; e “*norma constitucional*

revoga a infraconstitucional”, hierárquico – não foram esquecidos na contemporaneidade, mas, indiscutivelmente, cederam espaço a novos instrumentos⁹⁰.

Hoje, para aplicarmos a norma jurídica em uma circunstância de conflito entre direitos busca-se o uso da *técnica de ponderação* entre interesses. E assim o é, vez que, em primeiro lugar, já se admite, no atual ordenamento, a possibilidade **efetiva** de tensões entre as normas⁹¹. Ademais, a constitucionalização do Direito Civil modificou muito a natureza destas últimas, passando, elas, a terem um conteúdo mais aberto, dinâmico, o que faz aumentar as chances de conflito entre regras de mesmo *status*.

Frise-se, no entanto, que, máxime pela constitucionalização dos direitos e pela atual exigência de uma interpretação das leis conforme o Texto Magno, as técnicas para o solucionar de colisão de normas do direito público se transmigraram para o direito privado⁹². E não haveria de ser diferente, vez que, como já concluímos, **os direitos advindos do *ius publicum* e os direitos advindos do *ius privatum*, a mais das vezes, são, essencialmente, os mesmos**. É por esta razão que **CRISTIANO CHAVES**⁹³ se pronuncia:

A ponderação de interesses é uma técnica utilizada para dirimir tensões estabelecidas, em razão do entrechoque de diferentes normas-princípio, nos casos concreto. Ora, considerada a indubitosa aplicação dos direitos fundamentais às relações de Direito Civil (eficácia horizontal), é fatal reconhecer a *não menos incontroversa utilização da técnica de ponderação de interesses como mecanismo seguro e eficaz de solução dessas colisões no âmbito privado*.

DANIEL SARMENTO⁹⁴ posiciona-se no mesmo sentido:

Longe de se limitar à normatização esquemática das relações entre cidadão e Estado, a Constituição de 1988 espraiou-se por uma miríade de assuntos. Assim, é difícil que qualquer controvérsia relevante no direito brasileiro não envolva, direta ou indiretamente, o manejo de algum princípio ou valor constitucional.

⁹⁰ v. Manoel Jorge e Silva Netto: “A clássica operação de subsunção não é satisfatória para desvendar a solução mais adequada para os casos concretos, simplesmente, porque o sistema constitucional torna possível a escolha por duas ou mais normas que são conflitantes entre si” in SILVA NETTO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

⁹¹ v. Nelson Rosenthal: “Esta possibilidade de contradição entre diferentes normas ou princípios integrantes de um mesmo sistema é um fenômeno absolutamente natural e inevitável, pois, na formação dele, são acolhidas diferentes ideias fundantes, que podem conflitar entre si. Nem por isso, contudo, se perde a unidade sistêmica do todo” in FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

⁹² Diz-se isso porque o desenvolvimento desta técnica de ponderação é atribuído, no direito comparado, a *Robert Alexy*, publicista alemão.

⁹³ in FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

⁹⁴ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

A ponderação de interesses assume, neste contexto, relevo fundamental, não apenas nos quadrantes do Direito Constitucional, como também em todas as demais disciplinas jurídicas.

Em verdade, o que se tem é que esse movimento doutrinário, no sentido de aproximar a **técnica de ponderação** dos lindes do direito privatístico (tudo por força da constitucionalização) já foi até consignado nas Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal/STJ, especificamente em sua quarta edição. Assim, cabe destaque à parte final do enunciado 274, no sentido de que “os direitos da personalidade, regulados de matéria não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III da Constituição. Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a **técnica da ponderação**”.

Dito isso, pode-se avançar para a análise mesma desse novo critério. A ponderação, por definição, é uma técnica de decisão aplicada aos *hard cases*, ou seja, aos casos em que normas de mesma hierarquia entram em rota de colisão, por indicarem soluções diferenciadas. O intérprete deverá, neste sentido, lançar mão do princípio da proporcionalidade-razoabilidade, procurando sempre operar uma **concordância prática** entre as normas em choque.

Partindo da premissa de que toda norma, na perspectiva civil-constitucional, rende vassalagem à *dignidade da pessoa humana*, sendo esta o centro absoluto de todo direito da personalidade e de todo direito fundamental, tem-se que o ideal é nunca superlativizar, irrestritamente, um direito em face do outro. A melhor saída é, pois, operar a **concordância prática** entre as normas, sem anular totalmente uma, sem aniquilar totalmente outra, mas preservando o *núcleo essencial dos direitos colidentes*. Ocorre que, nem sempre, será possível a compatibilização, oportunidade em que o intérprete terá de fazer uma escolha para, concretamente, determinar qual princípio ou direito que prevalecerá, integralmente⁹⁵.

Retorne-se à situação inicialmente proposta: mãe que, pela falta de compromisso ou de consciência com a gestação, transmite ao nascituro patologias e fragilidades corporais, no decorrer do seu processo de amadurecimento, é responsável civilmente pelos danos causados ao filho?

Ora, a colisão entre o direito de privacidade da mulher e de autodeterminação do seu próprio corpo choca-se, frontalmente, com o direito de gestação digna e, em última análise,

⁹⁵ v. Luis Roberto Barroso: “a ponderação, como estabelecido acima, socorre-se do princípio da proporcionalidade para promover a máxima concordância prática entre os direitos em conflito. Idealmente, o interprete deverá fazer **concessões recíprocas** entre os valores e interesses em disputa, preservando o máximo possível de cada um deles. Situações haverá, no entanto, em que será impossível a compatibilização. Nesses casos, o intérprete precisará fazer **escolhas**, determinando, *in concreto*, o princípio ou direito que deverá prevalecer” in BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

com o direito à vida do nascituro. Ao mostrarmos o presente caso a um estudioso natalista, possivelmente, o mesmo diria se tratar de uma simples ponderação entre os direitos de uma *pessoa* (a mãe, que já nascera com vida) em face dos direitos de uma *coisa*, vez que, no seu entendimento, a personalidade só se adquire na, e a partir da, data natalícia do nascituro. Ocorre que, de acordo com a doutrina e jurisprudência majoritárias, o feto concebido mas não nascido, tem salvaguardados alguns direitos, em seu favor, desde a concepção, devendo ser entendido e tratado pelo ordenamento como *pessoa* detentora de *personalidade*.

Aplicando-se a técnica da ponderação, imperioso é que, não alcançada a concordância prática entre as normas colidentes, coloque-se os valores normativos na balança e se investigue a solução que, com mais vigor, respeite a dignidade da pessoa humana. Por todo o exposto, **(i)** tendo em vista se tratar, não de mulher, simplesmente, mas de mulher *em gestação*; **(ii)** levando em conta que o feto, em nada, pode se defender, de modo que o comportamento inconsequente deriva, única e exclusivamente, da genitora; e **(iii)** considerando que a gravidade do dano, além de ser efetiva, é extensa, podendo trazer influências, inclusive, na má formação psicofísica do nascituro, justificar-se-ia a relativização da liberdade de comportamento da mãe, com a incidência da devida indenização, cujo titular é o nascituro. É este o posicionamento, aliás, de **SILMA MENDES BERTI**⁹⁶:

Lesões fetais bastante significativas podem, ainda, resultar da desnutrição da mãe, da falta de cuidados pré-natais, da prática de certas atividades físicas, da conduta negligente, da transmissão de uma doença, de uma condição genética ou ainda a exposição a um ambiente perigoso para a saúde da criança por nascer. *A quem atribuir a responsabilidade por tais atos?*

Nesse contexto, é possível reconhecer ao que vai nascer direito à reparação dos danos que lhe forem causados, durante sua vida no útero materno.

O tema, em ser novo, não foi ainda analisado pelos tribunais brasileiros, sobretudo no que tange às cortes superiores. Nada obstante, a doutrina do direito comparado caminha, realizada a *ponderação*, no sentido da prevalência dos direitos do nascituro, impondo-se responsabilidades à gestante.

⁹⁶ BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

Registre-se que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald também entendem nesta linha, acrescentando que “se trataria de responsabilidade civil subjetiva, dependente da comprovação da culpa *lato sensu*, na forma do *caput* do art. 927 do Código de 2002. A eventual ação promovida pelo filho contra a genitora pode ser ajuizada antes ou depois do nascimento com vida, representado pelo seu responsável (o pai, nesse caso, ou um curador especial, nomeado pelo juiz, na forma dos arts. 1.779 do CC/2002 e 9º do Código de Processo Civil)” *in* FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10ª ed. Salvador: JusPODIVN, 2012.

Cite-se, como exemplo, o Caso *Jennifer Johnson*, do direito norte-americano, em que a referida mulher foi condenada a responsabilizar seu filho, por ter, através do cordão umbilical, o contaminado, tendo em vista as grandes doses de cocaína de que se valia, no decorrer da gravidez. A suprema corte da Geórgia, nesse mesmo sentido, também ordenou, no Caso *Jefferson*, malgrado a oposição da mãe, a feitura de uma cirurgia cesariana, na 39ª semana, em ordem a salvar a vida do bebê, que já vinha sofrendo complicações⁹⁷.

Por todo o exposto, o presente capítulo é de importantes conclusões, quais sejam: Em *primeiro lugar*, tendo por base a perspectiva civil-constitucional, constatou-se que os ***direitos da personalidade*** são aqueles que, na faceta privatística, visam a materialização da dignidade da pessoa humana e cujo titular é o indivíduo-***pessoa***, o qual, só assim o é, porque ostenta o atributo da ***personalidade***, sendo esta a aptidão genérica para titularizar direitos e deveres, na busca do mínimo existencial.

Em *segundo lugar*, examinou-se que o ***momento*** de aquisição da ***personalidade*** pelo indivíduo-***pessoa*** é controverso na doutrina brasileira, sobretudo em razão da nebulosidade com que foi escrito o art. 2º do Código de 2002, de modo que três correntes surgiram para tentar dissolver o presente imbróglio, qual seja, a *natalista*, a da *personalidade condicional* e a *concepcionista*, sendo esta última a que vem sendo encampada pela jurisprudência pátria, vez que sustenta existir personalidade jurídica – não, a partir, do nascimento com vida – mas sim, desde a concepção.

Em *terceiro lugar*, observou-se a posição de sobre importância que o ***nascituro*** vem solidificando no sistema jurídico, por força, notadamente, da teoria *concepcionista*, na medida em que, durante a vigência do *Codex* de 1916, só era ***pessoa*** (a ostentar ***personalidade***), quem nascesse com vida, tendo este entendimento sido alargado, nos dias de hoje, vez que, presente o panorama civil-constitucional, passou-se também a considerar como ***pessoa*** (a ostentar igual ***personalidade***) aquele que, desde a concepção, titularize direitos, nem que sejam só os existenciais.

E, em *último lugar*, tem-se que, detendo, o ***nascituro***, personalidade, o mesmo é capaz de titularizar direitos *patrimoniais* e, principalmente, *existenciais*, tais como, os que tutelem uma gestação saudável e um nascimento digno. Em razão disso, e por ser reputado pelo ordenamento como ***pessoa***, pode ter seus direitos confrontados e, até mesmo, ***ponderados*** em face dos de outrem, como sua mãe, por exemplo, na circunstância de esta envidar comportamentos desregrados na gestação, capazes de atrapalhar o desenvolvimento do feto

⁹⁷ Os exemplos foram retirados da obra de Silma Mendes Berti, referida na nota de rodapé 28.

humano em formação – oportunidade em que a recente doutrina nacional e a jurisprudência do direito comparado, entendem caber responsabilização da genitora.

CAPÍTULO III

III. O EMBRIÃO *IN VITRO* E A AQUISIÇÃO DA HUMANIDADE

Ate o presente estágio da monografia, é lícito infirmar o processo de alargamento que vem sendo realizado, doutrinária e jurisprudencialmente, quanto à noção mesma de *sujeito de direitos*. Diz-se isso, vez que, na vigência do Código de 1916, só titularizava direitos quem, detendo *personalidade*, era considerado *pessoa*, ressaltando-se que, em tal época, pessoa era quem nascesse com vida.

Por força do enfraquecimento da teoria natalista, emerge nos tempos presentes uma nova dimensão de *sujeito de direitos*, vez que, por disposição do Código de 2002, ao nascituro já são resguardados, desde a concepção, algumas titularidades de relações jurídicas. Em razão disso, a doutrina e os tribunais nacionais vem, não de forma unânime, mas majoritariamente, entendendo que a aquisição da *personalidade* jurídica já é ostentada pelo *nascituro*, sendo este, pois, tomado como um indivíduo-*pessoa*, muito embora não seja neonato.

O questionamento que, agora, surge é: (i) sendo a concepção, numa perspectiva puramente *biológica*, admitida, de forma unânime, como o início da *vida humana*⁹⁸, e (ii) sendo a concepção, numa perspectiva puramente *jurídica*, admitida, por algumas correntes, como o momento em que se adquire *personalidade* jurídica⁹⁹, pergunta-se, qual tipo de tutela o direito assegura ao embrião *in vitro* *já concebido*, mas não implantado no útero materno? Seria ele, tal qual a pessoa e o nascituro, sujeito de alguns direitos? Se sim, tais direitos seriam acoplados ao seu patrimônio jurídico pelo atributo da *personalidade* ou por outra via?

No presente capítulo, o desiderato é de examinar-se o tratamento jurídico dado ao embrião fertilizado *in vitro*, mas não implantado em seu ninho gestacional. Para tanto, debruça-se, preliminar e rapidamente, sobre os contributos dado pelo Biodireito e pela Bioética à seara privatística, no sentido de complementá-la. Ao depois, busca-se entender, indo além da ideia de *personalidade*, o conceito mesmo de *humanidade* jurídica, tendo por mote a Adin 3.510,

⁹⁸ v. trecho do voto do *Min. Carlos Ayres Britto*, na Adin 3.510: “Não se nega que o *início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação* de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino. Não pode ser diferente. Não há outra matéria-prima da vida humana ou diverso modo pelo qual esse tipo de vida animal possa começar, já em virtude de um intercurso sexual, já em virtude de um ensaio ou cultura em laboratório. Afinal, o zigoto enquanto primeira fase do embrião humano é isso mesmo: o germe de todas as demais células do hominídeo (por isso que na sua fase de partida é chamado de *célula-ovo* ou *célula-mãe*”.

⁹⁹ v. igualmente, trecho do voto do *Min. Carlos Ayres Britto*, na Adin 3.510: “Sem embargo, esse insubstituível início de vida é uma *realidade distinta* daquela constitutiva da *pessoa* física ou natural. Cada coisa tem o seu momento ou a sua etapa de ser exclusivamente ela, no âmbito de um processo que o Direito pode valorar por um modo tal que o respectivo clímax (no caso, a pessoa humana) apareça como substante em si mesmo”.

apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, ocasião em que a Corte Constitucional declarou a constitucionalidade da *Lei de Biossegurança*¹⁰⁰.

III.1 NOÇÕES PRELIMINARES DE BIODIREITO E BIOÉTICA

Ao se falar em embrião fertilizado *in vitro*, é necessário que discorramos, rapidamente, sobre o recorte normativo no qual ele é tutelado, qual seja, o **Biodireito**. Este, por definição, é um microsistema jurídico em franco desenvolvimento, o qual, dialogando com o *Codex Privado*, foca suas lentes nos fenômenos resultantes da biomedicina e da biotecnologia, tais quais, a clonagem reprodutiva e terapêutica, a reprodução assistida, a mudança de sexo e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Neste sentido, a Lei 11.105/2005, conhecida como *Lei de Biossegurança*, representa a fonte normativa desse microsistema, simbolizando a chegada da segurança jurídica para este domínio, antes silente.

A **Bioética**, a seu turno, carregando os valores e a filosofia moral a servir de base para o biodireito, vem demarcando os limites e as possibilidades das pesquisas e projetos científicos no mundo hodierno. Não é por outra razão que, desde meados do século XX, essas vigas mestras vêm se materializando, a começar pelo *Código de Nuremberg*, o qual, em 1947, estabelecia padrões éticos para a experimentação de fármacos em seres humanos. Ao depois, adveio a *Declaração de Helsinki*, ratificada pela Assembleia Médica Mundial em 1964, que consignava “recomendações para orientar os médicos na investigação biomédica em seres humanos”. Por fim, tem-se notícias do *Relatório Belmont*, de 1978, formalizado por uma comissão legislativa norte-americana. No desenvolver destes documentos, os princípios ético-norteadores das pesquisas científicas se formalizaram, quais sejam, a *autonomia*, a *beneficência* e a *justiça*¹⁰¹.

Ocorre que nada seria possível, sem a realidade vigorosa do espeque civil-constitucional, no qual a Carta Maior, em sendo um texto com força substancial e formal, consegue **(i)** resguardar e maturar, em si, uma intensa e pulsante carga valorativa e, simultaneamente, **(ii)** irradiar para todas as áreas do direito esses valores advindos da dignidade da pessoa humana (constitucionalização). Como já estudado, isto significa o

¹⁰⁰ Faça-se a ressalva de que, no desenvolver deste capítulo, **todas as referências em nota de rodapé** à trechos dos votos de ministros do Supremo, dizem respeito à Adin 3.510.

¹⁰¹ O princípio da **autonomia** (ou do respeito pelas pessoas) se fulcra em dois patamares morais, a saber **(i)** o reconhecimento da livre-determinação de cada pessoa e **(ii)** a proteção à aqueles que possuem autonomia reduzida. Já o princípio da **beneficência** se cala em duas regras convergentes e suplementares: **(i)** a de não causar dano e **(ii)** a de maximizar os benefícios. Por fim, o princípio da **justiça** orienta quem deve ser o destinatário das pesquisas e quem deve custeá-las.

Neoconstitucionalismo, o Estado Constitucional de Direito. Isto é, a bem da verdade, o *pós-positivismo* em sua dimensão mais prática, na medida em que, o encontro, a convergência, a confluência entre Direito e Ética se materializam¹⁰².

Hoje, o Biodireito não se encontra a sós. Ele, ao contrário, relaciona-se com a Bioética, sendo limitado por esta, que congrega os valores aos quais, em um plano micro, cada sociedade e, em um plano macro, toda a Humanidade buscam preservar¹⁰³. É a superação clara do *positivismo jurídico*, em que o direito era compreendido como uma ciência fechada e una, relegando à *politica* o espaço para discussões morais. Renovou-se, pois, a relação entre o sistema de normas e o sistema ético da sociedade, admitindo-se que, com prudência e razoabilidade, os avanços tecnológicos da Biociência possam prosseguir, alcançando o ser humano como alternativa salutar, e não destrutiva, de vida¹⁰⁴.

Feita essas considerações e entendido o panorama ético-normativo em que se localiza o estudo, avança-se para a análise do tratamento jurídico dado ao embrião e a relação deste com o *ser humano-pessoa* e com o *ser humano-nascituro*.

III.2 O TRATAMENTO JURÍDICO DADO AO EMBRIÃO *IN VITRO*

Os embriões laboratoriais são, por definição, aqueles *remanescentes* de uma fertilização feita em proveta. Neste contexto, a fertilização *in vitro*¹⁰⁵ é um método de reprodução assistida, destinada, em regra, à superação da infertilidade conjugal. A partir dela os óvulos são fecundados por espermatozoides, exteriormente à mulher, em local, portanto, distinto do que ocorre naturalmente, qual seja, a trompa de falópio. A *práxis* médica institucionalizada é a de, inicialmente, se obter diversos ovócitos, com o objetivo de serem fecundados simultaneamente.

¹⁰² Em sendo assim, relembremos que, primeiramente, o contato entre a Ética e o Direito ocorre no Texto Magno, local em que – como já sabemos – os valores morais, saindo do plano filosófico, convertem-se em princípios, assentando-se no plano jurídico. A partir daí, se projetam pelos sistemas e microssistemas normativos, condicionando a aplicação e interpretação de todo o direito infraconstitucional. v. BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito**. Revista de Direito Administrativo, 240, 2005.

¹⁰³ **Min. Gilmar Mendes**: “À utopia do progresso científico, não obstante, deve-se contrapor o princípio responsabilidade, não como obstáculo ou retrocesso, mas como *exigência de uma nova ética para o agir humano, uma ética de responsabilidade* proporcional à amplitude do poder do homem e de sua técnica. Essa ética de responsabilidade implica, assim, uma *espécie de humildade*, não no sentido de pequenez, mas em decorrência da excessiva grandeza do poder do homem.

¹⁰⁴ **Min. Menezes Direito**: “E preciso não esquecer que ao lado da ciência biológica e das demais ciências exatas outras ciências interagem no existir do homem. É o que ocorre com a filosofia, a ética, o direito. A *interação* dessas ciências é que enseja a plenitude da vida humana. Por essa razão é que muitos estudos são dedicados hoje à **Bioética**, considerando-se necessariamente que a descoberta de hoje será ultrapassada no futuro. Ademais, as *limitações éticas* ou filosóficas não significam *redução da liberdade* de pesquisar. Ao reverso, podem significar *confiança ilimitada* na capacidade dos cientistas de alcançar resultados com menor risco.

¹⁰⁵ Nome mais conhecido da técnica de fertilização feita em proveta. A título de curiosidade, Louise Joy Brown, em 05/07/1998, foi a primeira *bebê de proveta* nascida no mundo, prova viva de que a concepção *in vitro* era possível.

Isso evita a necessidade de submeter a potencial gestante a sucessivos procedimentos de estimulação da ovulação e aspiração folicular, a cada tentativa de fecundação.

Fato é que, até aqui, muitos desses embriões já se revelam inviáveis. Quando, no entanto, a fase de fecundação e desenvolvimento inicial se realiza satisfatoriamente, o embrião é transmigraado para o útero, local em que deverá prosseguir seu ciclo de amadurecimento, até que se adquira capacidade de implantação no endométrio, parede interna do ventre feminino, onde se dá a nidação. É comprovado que as chances de gravidez se potencializam em função do número de embriões transferidos. Para que se limite, entretanto, os riscos de múltipla gestação, recomenda-se a transferência de dois ou, no máximo, três embriões. E eis o ponto principal: os *embriões excedentes* vão para congelamento¹⁰⁶.

É aqui que se exige maior reflexão: Qual a tutela jurídica dada a este embrião fertilizado, que, uma vez congelado, desconhecerá o útero de sua mãe? Ele é *pessoa*? É *nascituro*? Ele é, no mínimo, sujeito de algum direito? Em não sendo sujeito, ele é, ao menos, alvo de proteção jurídica?

Poder-se-ia arriscar que um bom começo de raciocínio adviria do próprio Código Civil. Fica, porém, neste ponto, o alerta de que, muito embora existente o diálogo entre fontes e a possibilidade de conexões entre o microsistema do Biodireito e o *Codex Privado*, a doutrina, na *I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ*, asseverou em seu Enunciado nº 2 que “*sem prejuízo dos direitos da personalidade nele assegurados, o art. 2º do Código Civil não é sede adequada para questões emergentes da reprodutiva humana, que deve ser objeto de um estatuto próprio*”.

Tal foi o entendimento doutrinário, uma vez que, na promulgação do Código de 2002, o Congresso não se sentia seguro em legislar a matéria, de modo que, para se evitar posicionamentos precipitados, optou pelo silêncio do Diploma Cível, o que fez gerar, acertadamente, uma carta branca para a matéria ser tratada em sede de legislação extravagante, isto é, nos microsistemas. É esta, inclusive, a literatura de **HELOISA HELENA BARBOZA**¹⁰⁷, quando se toca em Biodireito:

Havendo fertilização in vitro, distingue-se, nesses termos, o *embrião nascituro*, entendendo-se este último como o ser já em gestação que, ao que se sabe até a presente data, só pode ocorrer no útero da mulher. (...) Por conseguinte, não há, atualmente, no Direito brasileiro (*este texto é anterior à Lei nº 11.105/2005*) disciplina legal quanto ao embrião humano, na medida em

¹⁰⁶ Informações encontradas em ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. In CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**, 2005.

¹⁰⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. In CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**, 2005.

que, pelas razões expostas, tanto o Código Civil de 1916, quanto o de 2002, contém dispositivos que parecem *aplicáveis apenas ao nascituro*, ou seja, ao ser concebido e já em gestação no útero da mulher.

Considerando o todo até aqui estudado e relembando os conceitos do Capítulo 2, temos que *peessoa*, pela lógica pura do *Codex*, é o *ser humano* que nasce com vida. Além disso, vimos que *nascituro* é o *ser humano*, o qual se desenvolvendo no útero materno, já foi concebido e cujo nascimento se espera como fato certo¹⁰⁸. Em consequência disso, pode-se afirmar que o *embrião* resultante da fertilização *in vitro* **(i)** não é pessoa, haja vista não ter nascido; **(ii)** não é tampouco nascituro, em razão de não haver sido transferido para o ventre materno.

Ora, em não sendo pessoa, nem nascituro, o embrião *in vitro* seria *coisa*? Se assim o for, teria preço, e não dignidade – falaria Kant. Poderia, portanto, dentro de uma lógica *utilitarista*, servir de meio para a satisfação dos interesses de outrem. O Senado Federal, por exemplo, em sua manifestação¹⁰⁹ na Adin 3.510 (que será analisada mais adiante), não chegou a reputar o embrião pré-implantado como *coisa*, mas sustentou que **o mesmo não é nascituro, nem pessoa e, por conseguinte, é destituído de personalidade**, razão pela qual não seria titular de um direito à vida. E foi além: disse que, ainda que o fosse titular, o direito à vida, como direito da personalidade e fundamental que é, precisa, por vezes, ser relativizado. Não há direito à vida absoluto.

Ao explicar tal relativização, citou, como exemplo, **(i)** o direito de o Estado retirar a vida de cidadãos nacionais ou estrangeiros em caso de guerra declarada (art. 5º, inc. XLVII da CRFB/1988), e **(ii)** o direito da gestante em matar o feto, que já se encontra em formação, quando este advir de um estupro (art. 128 do CP).

Demais disso, nossa *Câmara Alta* mostrou que, nessa relativização do direito à vida, até mesmo o embrião já alojado no útero materno sofre restrições ao seu direito – lógico que em favor de outros bens jurídicos, como o direito de todos a um planejamento familiar, conforme aponta o art. 226, §7º de nossa Carta Magna. Exemplo cabal seria o modo de atuação do Dispositivo Intrauterino (DIU) no organismo da mulher. De acordo com **RAQUEL MUNDIM MORAES OLIVEIRA**¹¹⁰: “*Sob o enfoque médico, o DIU não interfere na ovulação, nem inibe a concepção, ou seja, a fecundação do óvulo nas trompas de falópio, mas interfere mortiferamente na nidação, isto é, na implantação do óvulo fertilizado na cavidade uterina,*

¹⁰⁸ Relembre-se que a teoria *concepcionista* considera, diferentemente da *natalista* e da *personalidade condicional* que o feto em desenvolvimento no ventre gestacional já detém personalidade, sendo, pois nascituro-*pessoa*.

¹⁰⁹ Pronunciamento da lavra do **Dr. Leonardo Henrique Mundim**, advogado do Senado Federal.

¹¹⁰ v. o estudo monográfico de Raquel Moraes Mundim Oliveira, intitulado **Aborto – Aspectos legais e jurídicos**, apresentado em 2002, arquivado na biblioteca do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

através de reação inflamatória que desencadeia no endométrio, tornando-o inóspito para manter a sobrevivência do embrião”.

E não é só: a pílula de emergência, conhecida como “Pílula do Dia Seguinte”, seria, no entender do Senado, outro contraceptivo fortíssimo, cuja carga hormonal é quase o equivalente a uma cartela mensal da pílula tradicional. Seu método de ação consistiria em dificultar o encontro do espermatozoide com o óvulo, de sorte que, se isso já tiver ocorrido, o medicamento, então, passa a provocar uma “descamação” da parede uterina, impedindo o embrião de obter, também, a nidação. O Ministério da Saúde, nessa lógica, não só adota e recomenda a utilização dos contraceptivos supra, senão também regulamenta o uso do DIU por meio da Portaria DIMED nº 6 de 06 de julho de 1984.

Em suma: para uma parte dos estudiosos, não detendo *personalidade*, o embrião *in vitro* não conseguiria titularizar direitos. E, em realidade, o fato de o embrião permanecer inviável, indefinidamente, sem um plano de conhecer o ventre materno, o distanciaria de uma *personalização*¹¹¹ – que o nascituro, por exemplo, detém, haja vista se encontrar no útero. É que a personalização do embrião humano, desde o ato fecundador que produz a primeira célula embrionária, só pode, a rigor, ter sentido, quando se acopla a ele um projeto parental. Destitui-se o sentido, no entanto, ao se tratar de um embrião que não é, e nem será, acolhido por ventre gestacional, e que não tem, por si próprio, capacidade alguma de afirmar-se como sujeito moral, malgrado esboce vida.

Ocorre que nem todos concordam e ratificam a argumentação encabeçada pelo Senado Federal. Muitos enxergam o embrião concebido *in vitro*, não como *coisa*, mas como alvo de inúmeras tutelas da *Lei de Biossegurança*, que o protegem da ótica utilitarista. De fato, tal diploma, por exemplo, proibiu expressamente a *clonagem humana*¹¹², punida com pena de reclusão e multa. Demais disso, a interdição e a tipificação do *crime de engenharia genética*¹¹³ em seres humanos afasta o perigo da eugenia. A lei, também, neutralizou o medo de se criar um mercado de embriões, tecidos e órgãos humanos, proibindo a *comercialização de material*

¹¹¹ *Min. Carlos Ayres Britto*: “à luz da Constituição, a vida não pode começar senão por um embrião, e o embrião humano é, portanto, o início de toda a vida. Daí, porém, não se pode derivar, extrair o raciocínio de que *embrião* é *pessoa humana*. Ele é um bem a proteger juridicamente. É um interesse juridicamente protegido, mas, à luz da Constituição, *não é uma pessoa*. Ora, *sem o imã do útero, sem a vis atrativa do útero, sem o hùmus do útero*, não há sequer nascituro. Não há como alguém nascer do lado de fora dessa entidade mágica que é o útero humano.

¹¹² *Lei 11.101/2005*: Art. 6º: *Fica proibido: (...) IV – clonagem humana; Art. 26: “Realizar clonagem humana: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa”.*

¹¹³ *Lei 11.101/2005*: Art. 6º: *Fica proibido: (...) III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; Art. 25: “Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.*

*biológico*¹¹⁴. Tudo em nome da tutela deste embrião, o qual, não sendo *coisa*, não pode servir de meio para o bem estar e a satisfação de outrem. Como porta-voz desse grupo, observe-se **JUSSARA MARIA LEAL DE MEIRELLES**¹¹⁵:

O embrião não é um ente de qualquer natureza, mas um **organismo de natureza humana**; é um ente vivo, destinado, desde o início de sua existência, a desenvolver-se até o nascimento de um novo ser humano completo. É de outorgar-lhe, portanto, o direito de receber tratamento adequado e justo.

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO¹¹⁶ leciona no mesmo sentido:

Do embrião pré-implantado, resultante de processo de *fecundação assistida* e que **ainda esta fora do ventre materno**, exatamente por não estar integrado no fluxo vital contínuo da natureza humana, é difícil dizer que se trata de *pessoa* humana. No entanto, por se tratar da vida em geral e, especialmente, da vida humana em potencial, *nenhuma atividade potencialmente destruidora* é moralmente admissível.

Dessa forma, muito embora se admita não ser o *embrião*, nem *pessoa* nem *nascituro*, tratá-lo como *coisa* seria um vilipêndio desmedido. Foi, referendando essa lógica, que a doutrina do Biodireito, atendendo aos imperativos e aos limites morais da Bioética, analisou, com profundidade, a *Lei de Biossegurança*. Em tal análise, tem-se que foi adotada a *teoria da diferenciação parcial* entre o embrião *in vitro* e o embrião implantado (nascituro), significando dizer que o embrião é *ser humano*, mas ainda não *ser humano-pessoa*, merecendo tutela jurídica inferior a este. Não foram, portanto, utilizadas (i) nem a *teoria da diferenciação total*, que concebe o embrião como simples *coisa*, com disponibilidade absoluta; (ii) nem a *teoria da equiparação total* entre o embrião pré-implantado e o ser humano-pessoa, uma vez que aquele ainda não nasceu com vida.

Esse brilhante caminho do meio foi posto em palavras por, novamente, **HELOISA HELENA BARBOZA**¹¹⁷, *in verbis*:

¹¹⁴ *Lei 11.101/2005*: Art. 5º, §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; Lei nº 9.434/1997, 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 aufera qualquer vantagem com a transação.*

¹¹⁵ MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

¹¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização da dignidade da pessoa humana*. RT 707: 11, 2002.

¹¹⁷ BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. In CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, 2005.

Se é certo que o concebido não é *coisa*, atribuir ao embrião pré-implantado natureza de *pessoa* detentora de *personalidade* seria demais, visto que poderá permanecer, indefinidamente, como uma potencialidade.

No momento, parece que o mais razoável, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, seja conferir ao embrião humano uma *tutela particular*, desvinculada dos conceitos existentes, mas que impeça, de modo eficaz, sua instrumentalização, dando-lhe, enfim, proteção jurídica condizente, se não com a condição de pessoa da espécie humana, com o respeito devido a um ser que não pode ser coisificado.

A questão que fica é: se encampar a lógica utilitarista, dando ao embrião pré implantado uma natureza de *coisa*, é causar um vilipêndio excessivo, pergunta-se, vilipêndio a quê? Ora, sem a menor sombra de dúvidas, à *dignidade da pessoa humana*, haja vista que, estando legislado ou não, no embrião fertilizado *in vitro* habita (muito embora germinalmente) um quê de *humanidade*. É vida *humana* embrionária.

Nesse contexto, não possuindo o embrião *personalidade*, seria, então, por força desta *humanidade* que a ele se destinaria alguma tutela jurídica? É a respeito disso que versa a Adin 3.510, sobre a qual se passa a discorrer.

III.3 UM ESTUDO DE CASO: A ADIN 3.510 E A HUMANIDADE JURÍDICA DO EMBRIÃO FERTILIZADO *IN VITRO*

O presente caso é emblemático. Do contrário, o Decano da Corte Constitucional pátria não teria proferido as declarações preliminares de seu voto da forma com que fizera¹¹⁸. De todo modo, a par das emoções no dia do julgamento, o caso apresentou, também, sua importância pela esperança nascida em paraplégicos e tetraplégicos, que aguardavam os avanços nas pesquisas com células-tronco e pela intensa carga democrática que resguardou. O Supremo, aliás, (i) pela primeira vez na história do tribunal, lançou mão de *audiências públicas*¹¹⁹,

¹¹⁸ *Min. Celso de Mello*: “Em quase 40 anos de atuação na área jurídica, primeiro como membro do Ministério Público paulista e, agora, como Juiz do Supremo Tribunal Federal, **nunca participei de um processo** que se revestisse da magnitude que assume o presente julgamento. Este julgamento, **que é efetivamente histórico**, eis que nele estamos a discutir o alcance e o sentido da vida e da morte, revela que o Direito, em nosso País, estruturado sob a égide de um Estado laico, secular e democrático, é capaz de **conferir dignidade** às experiências da vida e aos mistérios insondáveis da morte, possibilitando, assim, que esta Suprema Corte supere os graves desafios representados pelos **dilemas éticos e jurídicos** resultantes do progresso da ciência e do desenvolvimento da biotecnologia, o que permitirá, ao Tribunal, no caso em análise, proferir decisão impregnada da mais elevada transcendência, porque motivada pelo exame de temas instigantes que nos estimulam a julgar esta controvérsia a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos”. Trecho do voto de Celso de Mello na Adin 3.510.

¹¹⁹ *Lei 9.869/1999: Art. 9º, §1º* Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

podendo ouvir e questionar *experts* quanto ao tema da Adin, e **(ii)** deferiu inúmeros pedidos de *amicus curiae*¹²⁰ no andamento do processo.

A título de relatório, o Min. Caros Ayres Britto consignou se cuidar de ação direta de inconstitucionalidade, movida pela Procuradoria Geral da República, em que vergastou a íntegra do art. 5º da Lei nº 11.105/2005, conhecida como *Lei de Biossegurança*. A parte da norma impugnada dispunha sobre a utilização, **com o fito de pesquisa e terapia**, de células-tronco tiradas de embriões humanos. Tais embriões, como já se disse, advêm da fertilização *in vitro* e não têm chances de serem transferidos para o ventre materno. Os dispositivos combatidos têm a seguinte redação:

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

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 de congelamento.

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

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

De maneira clara, a lei traz, portanto, **quatro requisitos objetivos** a serem satisfeitos, para que as pesquisas se realizem, a saber: **(i)** os embriões têm, necessariamente, que ser resultado de tratamentos de fertilização *in vitro* (art. 5º, *caput*); **(ii)** os embriões precisam, ou serem reputados inviáveis (art. 5º, I), ou, mesmo viáveis, não terem sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados a mais de três anos (art. 5º, II); **(iii)** os genitores têm de dar seu consentimento (art. 5º, §1º); e **(iv)** a pesquisa tem de ser aprovada pelo comitê de ética da instituição (art. 5º, §2º).

Ademais, antes de se entender o que dividiu os ministros nas sessões plenárias em que o caso foi julgado (rendendo, inclusive, um *score* apertado de 6x5 em prol da constitucionalidade da lei), é preciso que se compreenda, primeiramente, as características que singularizam células

¹²⁰ Conhecido como *amigos da corte*, são entidades que, no jogo democrático, requerem o ingresso no feito, a fim de esboçar suas opiniões sobre o tema de fundo do processo, mesmo não ocupando, *a priori*, a posição de requerente ou requerido na Ação Direta. **Lei 9.869/1999: Art. 7º, §2º** O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, a manifestação de outros órgãos ou entidades.

tronco embrionárias em face das células tronco adultas, quais sejam, **(i)** a capacidade de se converterem em diversos tecidos humanos, isto é, de se diferenciarem e **(ii)** a alta propriedade de replicação, ou seja, de produzirem cópias idênticas de si mesma. Frise-se que tais peculiaridades se apresentam, tanto em células embrionárias, quanto em adultas, só que em *intensidades diferentes*.

De forma didática, tem-se que o meio científico classificou-as em: **(a) totipotentes**, que podem se diferenciar em quaisquer dos 216 tecidos de natureza humana; **(b) pluripotentes** ou **multipotentes**, as quais tem a chance de se diferenciar em quase todos os tecidos, com exceção da placenta e nos anexos embrionários; **(c) oligopotentes**, que são capazes de se diferenciar em poucos tecidos; e, por fim, em **(d) onipotentes**, as quais só conseguem se diferenciar em um único tecido¹²¹.

As duas primeiras, isto é, **toti** e **pluripotentes**, são encontradas, somente no interior dos embriões, razão pela qual são chamadas de embrionárias. Em assim sendo, no que tange à probabilidade de sucesso na neutralização de doenças, estas últimas conseguiriam, nos termos estabelecidos pelo **Biodireito**, angariar melhores resultados no sentido da cura de diversas patologias¹²². A pergunta que fica é: e quanto às balizas da **Bioética**?

Nessa linha de questionamento, os argumentos aduzidos pelo Procurador Geral da República se resumem à proposição de que o embrião (aquém de não ser *pessoa* ou *nascituro*) é *ser humano*, já tendo vida, *na e a partir da fecundação*, de modo que sua dignidade restaria violada com a realização de pesquisas que se utilizam das células-tronco de seu interior. O Dr. *Claudio Fonteles*, nessa lógica argumentativa, embasou-se em diversos pareceres de geneticistas e biólogos celulares¹²³, todos eles afirmando que a fecundação já resguarda o fenômeno da vida, e, portanto, esse ser humano em potencial já faria jus à *dignidade*¹²⁴.

¹²¹ Informações retiradas do memorial do *amici curiae* Conectas.

¹²² “Tais pesquisas estão avançadas no tratamento de doenças degenerativas como no caso do *Mal de Alzheimer* e *Mal de Parkinson* (no cérebro, as células-tronco se diferenciam até em neurônios e auxiliam na recuperação das vítimas desses males e também de derrames), *Esclerose Múltipla* e *Distúrbios Cardiovasculares* (no coração, as células-tronco tem potencial para se diferenciarem em neovasos, células do músculo cardíaco e regenerar artérias e áreas lesadas por infartos). Existem pesquisas, também, no tratamento da paralisia dos membros superiores ou inferiores e no desenvolvimento de tecidos musculares/nervosos, pancreáticos, hepáticos e cartilagem” *in* trecho do pronunciamento exarado pela AGU, da lavra do **Dr. Rafaelo A Britta**.

¹²³ A **Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira**, perita em sexualidade humana e especialista em logoterapia, asseverou: “o zigoto, constituído por uma única célula, produz imediatamente proteínas e enzimas *humanas* – e não de outra espécie. É, biologicamente, um *indivíduo único e irrepêtil*, um organismo vivo pertencente à espécie humana”. No mesmo sentido, a **Dra. Alice Teixeira Ferreira**: “é inaceitável a utilização de células-tronco embrionárias humanas, porque, *para se obter estas células, se mata o embrião*. Não se está havendo a *devida precaução ética* quanto a utilização de células-tronco embrionárias humanas em pesquisas.”

¹²⁴ Relembre-se que conceito de dignidade humana é inspirado em uma das formulações do **imperativo categórico kantiano**, pelo qual cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas e outras metas individuais.

A tese é de que o embrião é, em verdade, o próprio *ser humano* na fase inicial de sua vida, sendo agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com seu próprio código genético. Ademais, a dignidade em que ele se assenta possuiria *caráter absoluto*¹²⁵, de modo que a fase de amadurecimento em que o ser humano se encontra é desimportante para a aferição da dimensão de dignidade existente no ser: seja um zigoto, uma mórula, um blastocisto ou uma criança nativiva, o ponto é que, no entender do Procurador Geral, todos são momentos pelos quais o ser humano passou. E diferentes nomes não conferem diferentes dignidades às diferentes etapas. A dignidade é somente uma, e a mesma¹²⁶.

Para demonstrar essa individualidade, detentora de dignidade, que já se instaura naquela simples célula ovo ou zigoto, a procuradoria deu a palavra à **DR^a. LENISE APARECIDA MARTINS GARCIA**, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação. Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher, neste primeiro momento. ***Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação.*** Já estão definidas eventuais doenças genéticas. Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali, na primeira célula formada. O zigoto de *Mozart* já tinha dom para a música e, o de *Drummond*, para a poesia. Tudo já está lá... É um *ser humano* irrepetível.

Tal argumentação, no entanto, foi contraposta pela **DR^a MAYANA ZATZ**, professora de genética da Universidade de São Paulo, que, ocupando a tribuna, na audiência pública, assim aduziu:

Pesquisar células embrionárias obtidas de embriões congelados não é aborto. É muito importante que isso fique bem claro. No *aborto*, temos uma *vida no útero que só será interrompida por intervenção humana*, enquanto que, no *embrião congelado*, *não há vida se não houver intervenção humana*. É preciso haver intervenção humana para a formação do embrião, porque aquele casal não conseguiu ter um embrião por fertilização natural e também para inserir no útero. E esses embriões nunca serão inseridos no útero. É muito importante que se assente essa diferença.

¹²⁵ **Min. Carmen Lúcia:** “O que é uma *dignidade* não tem valoração; *é, pois, valor absoluto*. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço”. v. trecho do seu voto na Adin 3.510.

¹²⁶ Trecho do parecer dado pela Procuradoria Geral da República, da lavra do **Dr. Antônio Fernando Barros e Silva de Souza**, na condição de *custus legis*, que ratificou a petição inicial do Dr. Claudio Fonteles: “Ora, se o ser humano existe, se o embrião é ser humano, *não se pode estabelecer gradação constitucional ao conceito de inviolabilidade da vida*. A inviolabilidade da vida concede tutela completa, desde que exista o ser humano. Sob este prisma, é injurídico, *data vênia*, falar-se em tutela jurídica inferior”.

Destarte, o *hard case* com que o Supremo se deparou era este: (i) de um lado, a chance de avançar nas pesquisas da biomedicina celular, por meio de células tronco retiradas de embriões congelados, já fertilizados, mas que não encontrarão a vida uterina no futuro, ao inverso, serão descartados¹²⁷. Para os que defendem esta corrente, encampando-se a teoria natalista, o embrião pré implantado não seria, para o Código de 2002, nem *pessoa*, nem *nascituro*, razão pela qual, em razão de não deter *personalidade* (ou sequer um *projeto de personalização*) poderia ter sua tutela jurídica relativizada, em prol dos direitos de pessoas, que já nasceram com vida e aguardam a cura de suas patologias¹²⁸; (ii) de outro lado, o direito à vida do embrião *in vitro*, o qual, por força da fecundação, já seria, em verdade, um ser humano embrionário, irrepetível, único, com todas as individualidades e propensões genéticas, que o igualariam ao *ser humano-pessoa*. Para os que sustentam esta corrente, partindo da teoria concepcionista, tem-se que, malgrado não detenha *personalidade*, o embrião já faz jus, em ser vida humana, à dignidade que lhe é própria¹²⁹.

O caso, como se sabe, foi alvo de ponderação. E a beleza do Direito aqui reside. Mesmo havendo interesses distintos em rota de colisão, se observarmos com atenção, veremos que ambos os polos se assentam no mesmo valor, na mesma norma – a norma extraída da *inviolabilidade do direito à vida*. Em uma mão, a *vida* do embrião pré implantado, em outra, a *vida* de pessoas detentoras de patologias graves. Cada grupo de interessados a lutar pela sua parcela de vitalidade. No dizer do **MIN. JOAQUIM BARBOSA**, eis a ponderação a ser feita:

¹²⁷ Trecho do memorial redigido pelo Senado Federal, da lavra do **Dr. Leonardo Henrique Mundim**: “Obviamente, que aqueles embriões congelados não são, na prática, reaproveitados – até porque ainda não se conseguiu, no atual estágio de conhecimento da física, o alcance do congelamento em zero grau absoluto (zero Kelvin). Por isso, aquele material criopreservado continua, ainda que minimamente, sofrendo atividade de natural envelhecimento e decomposição. *Pergunta-se*: sejam os embriões previamente inviáveis, ou sejam, congelados por anos e posteriormente descartados pelo genitores... para onde vão? Alguém ou alguma instituição religiosa se dispõe a adotá-los, ou dispõe de equipamentos para preservá-los, mesmo contra a vontade parental? Obviamente que não. O caminho que estes embriões inviáveis ou descartados tem hoje, fatalmente, é um só: a *lata do lixo*”

¹²⁸ **Min. Carlos Ayres Britto**: “Bloco de pensamento que não padece de dores morais ou de incômodos de consciência, porque, para ele, o embrião *in vitro* é uma realidade do mundo do ser, algo vivo, sim, que se põe como o lógico início da vida humana, *mas nem em tudo e por tudo igual ao embrião que irrompe e evolui nas entranhas de uma mulher*. Sendo que, mesmo a evolução desse último tipo de embrião ou zigoto para o estado de feto, somente, alcança a dimensão das incipientes características físicas e neurais da pessoa humana, com a meticulosa *colaboração do útero e do tempo*. Não no instante puro e simples da concepção, abruptamente, mas por uma engenhosa metamorfose ou laboriosa parceria do embrião, do útero e do correr dos dias”.

¹²⁹ **Min. Menezes Direito**: “O embrião não é um objeto de transformação, mas o sujeito de sua própria atualização. A perspectiva aristotélica, por exemplo, contraria a afirmação de que, estando o embrião *in vitro*, jamais será alguém. É possível dizer o contrário, ou seja, *quando há a fecundação ele já é, e se há interrupção do que é, aí sim, ele não será*. Ele já é ser, porque foi gerado para ser, não para não ser. *É o próprio ser em potência e, sobretudo, em essência*. Como bem expõe Aristóteles, a atualização somente deixará de se verificar se algo externo se interpuser ao processo. O coração e o sistema circulatório existem porque estão presentes no embrião em potência; os movimentos somente são possíveis porque os membros já existem na essência do embrião. Revela-se, aqui, segundo entendo, um desvio de perspectiva. Diz-se que o normal é que os embriões produzidos na fertilização *in vitro*, e não utilizados, nunca venham a nascer, como se o curso natural a ser seguido fosse esse. *Esquece-se de que, quando gerados, foram gerados para a vida*, pelo que a implantação é o seu destino”.

Conforme acentuei em outra oportunidade, "a *tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio*" (HC 84.025/STF).

Temos, *de um lado*, a tutela dos direitos do embrião, fruto de técnicas de fertilização *in vitro*, inviáveis ou congelados por desinteresse dos genitores em implantá-los no útero, e, *de outro*, o direito à vida de milhares de crianças, adultos e idosos portadores das mais variadas doenças ainda sem tratamento e sem cura. *Nessa ponderação de valores referentes ao mesmo princípio - inviolabilidade da vida -*, o legislador brasileiro deu primazia à vertente apta a trazer benefícios de expressão coletiva, de preservação do direito à vida num espectro mais amplo, levando em consideração toda a sociedade, beneficiária direta dos futuros resultados dessas pesquisas.

Ao fim e ao cabo, o tribunal seguiu a linha de raciocínio do relator. E, para fazê-lo, não necessariamente todos os ministros sufragaram a teoria natalista. De igual modo, os que ratificavam a divergência, aberta pelo Min. Menezes Direito, nem todos eram concepcionistas. Convém, entretanto, colacionarmos a lógica que permaneceu, majoritariamente, em Plenário, qual seja, aquela encabeçada pelo **MIN. AYRES BRITTO**:

Sucedem que – este o *fiat lux* da controvérsia – a *dignidade da pessoa humana* é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento, transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a *proteção de tudo que se revele como o início de um processo que deságue no indivíduo-pessoa*. Etapas. Razão porque o nosso Código Civil se reporta à lei para colocar a salvo, "desde a concepção, os direitos do nascituro" (do latim *nasciturus*), que são direitos de quem se encontra a caminho do nascimento. Pois esta aptidão para avançar, concretamente, na trilha do nascimento é que vai corresponder ao conceito legal de "nascituro".

Ora, o que traduz a vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, *apesar de nenhuma forma de vida pré-natal ser uma pessoa, ainda assim, faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger*.

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: **o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana**. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos. É o produto final dessa metamorfose.

Entendeu, portanto, o Supremo Tribunal Federal que, inequivocamente, com a fecundação, já existe *vida humana*. Contudo, o momento em que a vida brota *difere* do momento em que o direito começa a tutelá-la. Há diferentes formas de proteção, para diferentes estágios da vida dos homens. Como exemplo disso, o legislador ordinário, afirmaram os

ministros, protegeu a vida humana intrauterina em grau inferior à de uma pessoa já nascida, razão pela qual o crime de aborto possui pena menor em face do homicídio.

Assim, é nítida uma *gradação na tutela jurídica do direito à vida* (direito da personalidade e direito fundamental, relembre-se). E fato é que esta intensidade da tutela se dá em razão do *caminho que o embrião percorre* com vistas à aquisição da *personalidade*, alcançada (ainda que, para alguns, antes), de forma indiscutível, no nascimento com vida. Era preciso, no entender dos ministros, que o ser humano concebido estivesse destinado a nascer, encontrando-se em desenvolvimento ou em vias de começá-lo – o que não ocorre com os embriões fertilizados *in vitro*, mas congelados.

Diante dos autos, contudo, nossos juízes constitucionais assinalaram que a *Lei de Biossegurança* não chega a fazer do embrião pré-implantado um real *titular de direitos*¹³⁰, mas *o concede alguma proteção*, afastando-o, com base nos primados da Bioética, da lógica *utilitarista*¹³¹. Não é por outra razão que o manejo e extração de células-tronco embrionárias podem, somente, ser realizadas no que tange aos *embriões excedentes* do processo de fertilização *in vitro*. A advertência é clara aqui: o ordenamento não permite que, indiscriminadamente, manipulem-se gametas, com vistas à formação de embriões ao simples gosto e sabor dos cientistas. Não. Os ministros estão a falar sobre vida humana congelada, paralisada, estancada e que, mais cedo ou mais tarde, por uma insuficiência laboratorial de guardar centenas de milhares de embriões em estoque, seria arremessada ao descarte.

Em sendo assim, a ponderação falou mais alto em favor do direito à vida digna dos inúmeros *seres humanos-pessoa*, os quais, detentores de patologias e enfermidades incuráveis, viam nascer uma esperança com o julgamento desta Adin¹³². Por evidente, a doutrina não se

¹³⁰ **Min. Gilmar Mendes:** “Mesmo entre aqueles que consideram que *antes do nascimento com vida* não há especificamente um *sujeito de direitos fundamentais*, não é possível negar que na fase pré-natal há um *elemento vital digno de proteção*”.

Min. Cármen Lúcia: “É bem certo que as Declarações que se sucederam e se agregaram àquele primeiro documento da ONU estenderam a condição de humanidade e de *segurança dos direitos fundamentais a momentos antecedentes ao nascimento*, mas o que se tem é que a *titularidade dos direitos fundamentais* não pode ser questionada em sua integridade e eficácia a partir da humana condição havida com o nascimento.”.

¹³¹ **Min. Cármen Lúcia:** “Como as práticas contemporâneas demonstram que o ser humano (e não apenas o ser já dotado de *personalidade*, vale dizer, a *pessoa humana*) pode ser objeto de comércio ou de interesse do mercado, coube ao Direito (e, especificamente, à Lei de Biossegurança) impedir que isto seja factível e exercitável pela negociação de embriões, pelo aluguel de úteros para fornecer material humano, tecidos, órgãos ou substâncias serventes à pesquisas e estudos”.

¹³² **Min. Cármen Lúcia:** “Contudo, o grão tem de morrer para germinar. Se a célula-tronco embrionária, nas condições previstas nas normas agora analisadas, não vierem a ser implantadas no útero de uma mulher, *serão elas descartadas*. Dito de forma direta e objetiva, e ainda que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando um lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje, pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida. A sua utilização é uma forma de saber para a vida, transcendendo-se o saber da vida, que com outros objetos se alcança. Conhecer para ser”.

silenciou quanto ao caso, valendo-se ressaltar a lição de **FLÁVIO TARTUCE**¹³³, para quem “a partir de uma ponderação de valores constitucionais, os interesses da coletividade quanto à utilização de células-tronco devem prevalecer sobre os interesses individuais relativos ao embrião”.

Ocorre que o que mais salta aos olhos não é o placar final do julgamento nem o todo, até aqui, exposto. A simples afirmativa de que o embrião de proveta não é *peessoa*, nem *nascituro* era pouco para o julgamento. Isto, com o auxílio da doutrina, já se havia, inclusive, concluído. Tal julgado, a nosso sentir, faz-se, verdadeiramente, emblemático, vez que, independente da parte dispositiva de cada voto, os ministros como um todo, vencidos ou vencedores, dissertaram sobre a tutela do embrião, consignando que, mesmo sem apreender *personalidade*, o embrião ostenta uma *dignidade*¹³⁴.

E tal dignidade, inconfundivelmente, deriva, advém, é fruto da *humanidade* que o adorna. Sobre o ponto, o **MIN. EROS GRAU**:

O *nascituro* não apenas é protegido pela ordem jurídica, *com a sua dignidade humana preexistindo ao fato do nascimento*, mas é também titular de direitos adquiridos. Por ao serem assegurados direitos, não tenho dúvida em afirmar que o nascituro, vale dizer, o embrião apenas formado no ventre materno, é *peessoa*.

O *embrião*, insisto neste ponto, *faz parte do gênero humano*, já tem uma parcela da *HUMANIDADE*. *Daí que a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição*, que lhe assegura ainda o direito à vida. A autonomia do embrião manifesta-se de maneira especial, na medida em que sua única opção é nascer. Mas é autonomia.

Na mesma linha, o **MIN. CEZAR PELUSO**:

Meu esforço está em perquirir se existe diferença de graus de proteção constitucional a que façam jus, *de um lado*, as *peessoas* dotadas de vida atual e em plenitude, e, *de outro*, os *embriões*. E começo por identificar *em ambos esses conjuntos de organismos o predicado da HUMANIDADE*. (...)

De minha parte, estou convencido de que o *atributo de HUMANIDADE* já está *presente tanto no embrião*, quanto nas *demais fases do desenvolvimento da criatura*. Mais do que o caráter e o sentido elementar da identidade da matéria-prima de que um e outro se compõem, *o embrião em si constitui, como depositário dos ainda misteriosos princípios da vida*, mais que procriação, a reprodução ou a multiplicação enquanto prolongamento mesmo das pessoas que lhe dão origem e, como tal, não pode deixar de ter a mesma natureza biológica e de compartilhar da mesma suprema dignidade moral e jurídica do ser humano.

¹³³ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral**, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

¹³⁴ **Min. Ricardo Lewandowski**: “Ainda que se considere o zigoto, que jaz em um tubo de ensaio ou numa “placa de Petri”, apenas um *ser humano em construção*, uma *peessoa in fieri*, uma *vida em formação*, não há como deixar de *conferir-lhe um tratamento digno*, atualmente reivindicado até para as cobaias de laboratório”.

De igual modo e de forma clara, a **MIN. CÁRMEN LÚCIA**:

Escrevi em outra ocasião que a Justiça somente é passível de concretizar-se, tornar-se o dia-a-dia de cada pessoa, se **a dignidade for atendida em sua plenitude em relação à HUMANIDADE**. Afinal, toda forma de aviltamento ou de degradação do ser humano faz-se injusta com a aspiração humana de viver bem e tentar ser feliz. E toda injustiça é indigna e, sendo assim, desumana. Os desastres humanos das guerras trouxeram, primeiro, a **dignidade da PESSOA humana** para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sócio-político a ser traduzido no sistema jurídico. Agora, a tecnociência amplia a dimensão do princípio e o enfatiza para a **dignidade da ESPÉCIE humana**, dignidade que se faz, assim, da humanidade, de todos e de cada um dos homens. (...)

Mais que à peessoa humana, os sistemas constitucionais e as declarações internacionais de direitos humanos, nas últimas décadas, passaram a considerar a dignidade da espécie humana como princípio. Quer dizer, o conteúdo daquele princípio estendeu-se para além do indivíduo e a intangibilidade e indisponibilidade da vida passaram a considerar cada um e todos, como antes realçado.

Significa que o princípio constitucional da dignidade humana estende-se além de cada pessoa, considerando todos os **seres humanos**, os que compõem a espécie, dotam-se de **HUMANIDADE**, ainda quando o direito sequer reconheça a **PERSONALIDADE**. É o que se dá com o embrião e com o morto, que não dispõe das condições necessárias para titularizar a personalidade em direito (pelo menos em todas as legislações vigentes, hoje, no mundo), mas que compõem a humanidade e são protegidos pelo direito, pela sua situação de representação da humanidade.

Humanidade, nesse sentido, é conceito mais alargado que o de **personalidade**, a já abarcar a vida humana, mesmo *antes* da data natalícia e mesmo *depois* da morte cerebral do indivíduo-pessoa¹³⁵. E fato é que, por exemplo, mesmo após o falecimento, o *de cuius* continua a deter seu direito ao nome e passa a apresentar seu direito à dignidade dos restos mortais, havendo, inclusive, crime tipificado, por vilipêndio a cadáver (art. 212 do CP). Mas, se uma vez morto, não ostenta **personalidade**, como permanece integrando relações jurídicas? Em sendo assim, é da **humanidade** que se extrai nosso *princípio dos princípios*, nosso epicentro axiológico, nosso vórtice-motriz, daí em se falar em dignidade do embrião *in vitro* e dignidade do falecido – malgrado nenhum destes ser **pessoa**.

Em suma, quando se tem **personalidade**, diz-se que é titular de relações jurídicas. Quando se esboça **humanidade**, ainda que não seja sujeito de direitos, merece-se uma salvaguarda, uma proteção do ordenamento jurídico. Daí porque, a tutela da vida, como compreendida pela Suprema Corte, é certamente basilada, não só pela nossa *metanorma*, qual

¹³⁵ **Lei 9.434/1997: Art. 3º** A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de *diagnóstico de morte encefálica*, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

seja, a dignidade da *pessoa* humana, senão também pela dimensão mais alargada desta, isto é, o princípio da dignidade da *espécie* humana.

CONCLUSÃO

Para se falar em vida, muito além do Direito, é preciso falar-se em valores. É preciso ultrapassar o só dogmático. E, felizmente, ao longo do trabalho que ora se encerra, presenciou-se uma infinidade de momentos em que nosso Texto Magno, repleto de axiologias, fez pulsar seu epicentro, fez agitar seu vórtice-motriz, desempenhando, pela materialização da dignidade da pessoa humana, um papel humanista na tutela da vida.

Em *primeiro lugar*, pôde-se enxergar como a constitucionalização alterou as bases do Direito Civil, dando cor àquele Código patrimonialista e individualista de 1916, calcado numa lógica kelsiana e positivista de ordenamento, que, ao depois, cedeu lugar a um Diploma mais operacional, ético e solidário para a seara privada. Além disso, a constatação de que, por inúmeras vezes, os direitos da personalidade e os direitos fundamentais são, em essência, o mesmo direito, faz com que, mais e mais, lancemos para longe o formalismo puro e ultrapassado, envidando esforços para, aquém de nomenclaturas, levarmos a juridicidade prática (máxime a relacionada com a vida) à sociedade que por ela espera e por ela anseia.

Ademais, entendeu-se, em *segundo lugar*, que o nascituro, malgrado não seja, para natalistas e condicionalistas, *pessoa*, é, para os concepcionistas, *sujeito de direitos*, dotando-se, pois, de personalidade. Daí porque, muito embora, pelo critério numérico, a teoria natalista sempre tivesse contado com mais doutrinadores, o que se percebe, atualmente, é o seu enfraquecimento, somado ao nítido alinhar da jurisprudência dos tribunais de superposição, notadamente a do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o nascituro já titulariza direitos, sejam existenciais sejam patrimoniais, desde a concepção. Em razão disso, comporia o seu patrimônio jurídico o direito a uma gestação sem intempéries, ao nascimento digno, aos alimentos gravídicos e, até mesmo, ao dano moral em face da mãe inconsequente, sendo certo que, quanto a este último caso, para o recebimento da indenização, seria preciso aguardar o nascimento com vida.

Outrossim, e em *terceiro lugar*, assimilou-se que a personalidade não é exatamente o atributo que ostenta o embrião fertilizado *in vitro*. Contudo, mesmo sem ser titular do direito fundamental/personalíssimo à vida, este último não deixa de ser alvo da proteção do Estado, razão pela qual as normas do Biodireito (em especial a *Lei de Biossegurança*) e os limites valorativos da Bioética, tutelam a sua proteção, tendo em vista a presença de sua humanidade. É de se frisar que, no que cerne aos embriões pré-implantados que não possuem um projeto parental, nossa Corte Suprema entendeu que, malgrado detenham humanidade, por não

ostentarem personalidade, perdem na ponderação com os direitos dos indivíduos-pessoa, portadores de doenças incuráveis. De todo modo, o julgado da Adin 3.510 é emblemático por assinalar, de forma clara, o processo de dilatação pelo qual o *princípio dos princípios* vem passando, sendo nevrálgico que se o entenda, não mais como dignidade da *pessoa* humana, mas sim como dignidade da *espécie* humana.

O que exatamente este alargamento trará ao Direito, em que situações nossa Corte Constitucional irá, novamente, invocá-lo e quais os desdobramentos concretos que, daqui em diante, ele concederá ao ordenamento posto, ainda é cedo para saber. Mas um prognóstico é certo: como concretização de uma sociedade fraterna, solidária e democrática, a tutela do direito à vida, (acima de tudo, da vida bem vivida) deve permanecer sendo preservada.

A vida que nos faz trilhar um caminho em prol do equilíbrio e da justiça.

A vida que nos faz ser, de forma única e irrepetível, o que somos.

Que continuemos a ser.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVARENGA, Raquel de Lima Leite Soares. Considerações sobre o congelamento de embriões. *In* CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**, 2005.

ALVEZ, Jones Figueirêdo. **Questões controvertidas no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios (da definição à aplicação dos princípios jurídicos)**. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Caracterização da dignidade da pessoa humana**. RT 707: 11, 2002.

BARBOZA, Heloísa Helena. Proteção jurídica do embrião humano. *In* CASABONA, Carlos Maria Romeo e QUEIROZ, Juliane Fernandes. **Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas**, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. *In* Revista de Direito Administrativo 240, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Princípios constitucionais brasileiros ou de como o papel aceita tudo**. *In* Revista Trimestral de Direito Público, nº 1, 1993.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CHINELLATO, Silmara Juny. **A tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2001;

CHINELLATO, Silmara Juny. (coord.). **Código civil interpretado**. 3 ed. Org. Costa Machado. São Paulo: Manole, 2010.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Lisboa: Moraes Editora, 1961

DELGADO, Mario Luiz. **Codificação, descodificação, recodificação do direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil - Parte geral e LINDB**. 10 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito civil: teoria geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Passado y futuro del Estado de derecho**. *In* CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo**. Madrid: Trotta, 2003.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2006.

GOMES, Orlando. **A caminho dos microsistemas**. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRAU, Eros Roberto. Interpretação. *In* BARRETO, Vicente (org.). **Dicionário de filosofia do Direito**. Rio de Janeiro-São Leopoldo: Renovar/Unisinos, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Coimbra: Arménio Amado, 1984.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno; **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **Direito civil e Constituição: relações do projeto com a Constituição. Comentários sobre o Projeto de Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAZEAUD, Jean; MAZEAUD, Henri et Leon. **Leçons de droit civil**. Paris: Éditions Mont Chrestien, 1955. t. 1

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

MODESTO, Paloma Santana. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídicas privadas**. *In* Revista do Curso de Direito das Faculdades Jorge Amado. Salvador: Faculdades Jorge Amado, nº 1, 2002.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 37 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**, *In* SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo – a invasão da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **A parte geral do projeto de código civil brasileiro**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Introdução ao direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 23 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social**. *In* Revista Interesse Público, n. 4, 1999.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para os direitos fundamentais**. *In* Revista Trimestral de Direito Público, nº 16, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição brasileira de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SARMENTO, Daniel. “Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional”. *In* SARMENTO, Daniel (org.) **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia**. *In* Revista de Direito Administrativo, n. 212, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA NETTO, Manoel Jorge e. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Curso de Introdução ao estudo do Direito**. 2 ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

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

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. **A parte geral do novo Código Civil. Estudos no perspectiva civil-constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2003.

TORRES, Ricardo Lobo, **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.