

Sebastião de Assis Neto
Marcelo de Jesus
Maria Izabel de Melo

Manual de
Direito Civil
Volume Único

12^a
Edição

revista
atualizada
ampliada

2025

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

PESSOAS NATURAIS

1. PERSONALIDADE (CAPACIDADE DE AQUISIÇÃO DE DIREITOS)

O art. 1º do Código Civil informa que *toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*. Isto quer dizer que qualquer ser humano,

sem distinção, tem total possibilidade de adquirir direitos ou obrigações.

Nossa legislação atual, diversamente de outras, estrangeiras ou mais antigas, reconhece personalidade a qualquer ser humano, independentemente de quaisquer outros atributos ou características. Por isso, **o sujeito adquire personalidade independentemente de:**

Constituir-se de ser viável	Ter forma humana	Condição social
<p>Ou seja, ainda que a ciência afirme, peremptoriamente, que o feto, ao ser expulso do ventre materno, não terá vida viável, considerar-se-á pessoa capaz de adquirir direitos desde que nasça com vida (art. 2º);</p>	<p>Legislações mais antigas não atribuíam ao ser humano de forma exótica a personalidade jurídica; para adquiri-la, era necessário que o ser nascido apresentasse forma padrão reconhecida como humana, circunstância não exigida pela legislação, até porque contrária ao postulado da dignidade da pessoa humana;</p>	<p>O direito romano, por exemplo, não atribuía personalidade a certas classes de pessoas, como os escravos. Numa relação jurídica, eram tratados como objetos e não como sujeitos. O direito atual, por inspiração das ideias iluministas consagradas na revolução francesa, não concebe diferenciações na possibilidade de aquisição de direitos pela condição da pessoa.</p>

Devemos lembrar que, segundo a norma legal, o sujeito, desde que tenha personalidade, tem capacidade plena para adquirir direitos e obrigações (*capacidade de direito*), o que não se confunde com a capacidade para exercer esses direitos (*capacidade de exercício ou capacidade de fato*), o que só se dá com o implemento de alguns requisitos, dentre eles, principalmente, a maioridade.

1.1. Início da personalidade

O Código Civil afirma que a personalidade civil somente tem início a partir do nascimento com vida (art. 2º), entretanto, de acordo com o mesmo dispositivo, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (ser concebido mas ainda não nascido).

Portanto são necessários dois eventos, sem os quais não se adquire a personalidade civil, que são exatamente o “**nascimento**” e “**com vida**”

Nascimento → saída do nascituro para o mundo exterior, não precisa de se cortar o cordão umbilical (isso significa a separação da criança do corpo da mãe, não o nascimento em si), pode ser por meio natural ou cirúrgico, tanto faz que o nascimento se dê a termo (nove meses) ou não.

Com Vida → depreende-se pela respiração, pela entrada de ar nos pulmões. Se entrar ar nos pulmões respirou e, se respirou fora do ventre materno, adquiriu personalidade, tornou-se capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Se houver dúvidas quanto à ocorrência da respiração ou não se lançam mão de exames médicos legais, o mais comum é a docimasia hidrostática de Galeno, onde um pequeno pedaço do pulmão é retirado e colocado em uma solução hidrostática, se o pedaço flutuar é porque houve respiração, e a criança nasceu com vida, ao contrário, se afundar, é porque não houve respiração, e a criança nasceu sem vida.

Hoje em dia há outros exames médico-legais possíveis, como as chamadas docimasias indiretas e os exames de ultrassonografia, que apontam a existência de ar no estômago ou nas trompas de Eustáquio, por exemplo.

Observe-se que a Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) disciplina, em seu art. 53, a diferença dos atos registrais caso o nascimento se dê com vida ou quando se tem a figura do natimorto (criança nascida sem vida), justamente diferenciando as situações pela ocorrência da respiração. Literalmente:

Art. 53, Lei 6.015/1973: No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. § 1º. No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro “C Auxiliar”, com os elementos que couberem. § 2º. No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas.

Portanto, se a criança morrer logo após o parto serão feitos dois registros, nascimento e óbito, entretanto, se não nascer com vida, se se tratar de natimorto, será feito apenas o Termo de Registro de Nascimento Sem Vida, no chamado livro “C Auxiliar”.

A aparente contradição de termos do art. 2º do Código Civil põe em xeque a interpretação literal de sua primeira parte, que há muito está arraigada na doutrina que adota a chamada *teoria natalista*, pela qual a personalidade civil começa somente a partir do nascimento com vida.

Assim, podemos elencar, basicamente, **três teorias que explicam o momento de início da personalidade civil:**

a) Teoria natalista: resulta da interpretação literal do art. 2º do Código Civil, resultando daí que a pessoa natural só adquire direitos a partir do momento em que nasça com vida, embora a lei ponha a salvo esses direitos (futuros) desde a concepção. Dentre outros, podemos citar, como adeptos dessa teoria os ilustres Sílvio Rodrigues, Sílvio Venosa e, com ressalvas, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho;

b) Teoria concepcionista: sustentada, dentre outros, por Clóvis Beviláqua, Silmara Chinelato e Almeida, Cristiano Chaves de Farias, Néelson Rosenvald, Carlos Roberto Gonçalves e Francisco Amaral Santos, a teoria concepcionista supõe que a personalidade jurídica da pessoa natural começa a partir da concepção, donde resulta concluir que, uma vez adotado, tal sistema afirma que o nascituro, ainda antes de nascer, já adquire direitos;

c) Teoria da personalidade condicionada: aqui, considera-se que o nascituro tem personalidade desde a concepção, mas se trata de personalidade sujeita a uma condição suspensiva, qual seja, o nascimento com vida. É, de fato, uma condição, pois o nascimento com vida, é evento futuro à concepção e incerto, pois a gestação pode ser interrompida por fatores diversos ou o feto pode, ainda, nascer morto (natimorto) hipótese em que, não implementada a condição, não adquiriu personalidade, muito menos direitos e obrigações. São adeptos desta linha, dentre outros, Arnoldo Wald, Serpa Lopes.

À exceção da teoria concepcionista, qualquer dos dois outros sistemas adotados implica em que o nascituro, enquanto ainda não nascido, não adquire, de fato, direitos; se chega a nascer com vida, ainda que viva poucos minutos ou segundos, adquirirá direitos, como no exemplo dado por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona: “*se o recém nascido – cujo pai já tenha morrido – falece minutos após o parto, terá adquirido, por exemplo, todos os direitos sucessórios do seu genitor, transferindo-os para sua mãe. Nesse caso, a avó paterna da referida criança nada poderá reclamar*” (2004, p. 90).

Por outro lado, embora o Código pareça, efetivamente, ter refutado a teoria concepcionista, não há como negar que o nascituro adquire, de fato, vários direitos, principalmente os chamados direitos da personalidade (basta lembrar o direito à vida, já que o aborto é crime tipificado pelo Código Penal), mas também tem outras prerrogativas, como a de receber doação (Código Civil, art. 542), legado

ou herança, cujo quinhão, com a nova redação do CPC, deverá ficar reservado em poder do inventariante até o seu nascimento (CPC, art. 650), do direito ao reconhecimento da filiação (CC, art. 1.609, parágrafo único) e, ainda, suplemento financeiro para garantir a sua subsistência na vida intrauterina, garantida pela Lei 11.804/08 (lei dos alimentos gravídicos).

Para solucionar a questão, **não vemos outra explicação que não seja, afinal, a da personalidade condicionada**, por que: 1º) não há como negar que o nascituro merece proteção jurídica e encontra, de fato, na lei, vários atributos, principalmente no que se refere aos direitos da personalidade; 2º) por outro lado, a lei não garante, de plano, aquisição de direitos patrimoniais ao nascituro (personalidade material), mas apenas fornece formas de assegurar a sua aquisição para após o nascimento com vida, como a aceitação da doação por seus representantes, nomeação de curador para defender seus (futuros direitos) etc.; 3º) se ainda não adquiriu os direitos, mas os pode adquirir, inclusive podendo defender o direito eventual, através de terceiros, não há como deixar de admitir a personalidade ao nascituro (personalidade formal), mas esta se encontra condicionada (com exceção dos direitos personalíssimos) ao nascimento com vida.

No caso da doação ao nascituro, por exemplo, embora possa ser aceita por seus futuros representantes legais (genitores), não há como registrá-la em seu nome, tendo em vista a ausência de registro formal de sua existência.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, adotou, de certa forma, a teoria natalista, ao julgar a ADI 3510/DF, quando, pelas palavras do Ministro Aires Brito, afirmou que “o Magna Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”).

Portanto, só com o início da personalidade é que se confere ao indivíduo os atributos

básicos como *nome, estado, domicílio, capacidade (de aquisição e exercício de direitos) e a fama*.

1.2. Considerações especiais sobre o nascituro e o Embrião

1.2.1. Nascituro

Vimos que **o nascituro é o ser humano que já foi concebido e se encontra no ventre materno**, ainda em gestação e que, pelo texto legal, segundo nossa opinião, tem personalidade condicionada ao nascimento com vida.

Vários métodos são utilizados para se determinar se o ser expulso do ventre materno atingiu a vida ou não. Para a doutrina, no entanto, como ensina Walter Ceneviva, “*há nascimento e há parto quando a criança, deixando o útero materno, respira*” (1979, p. 109). A respiração é aferida, em geral, pelo *exame de docimasia hidrostática de Galeno*, pelo qual se conclui que o bebê falecido após o nascimento respirou se seus pulmões, mergulhados em água, boiarem, tendo em vista a presença do ar aspirado após a saída do ventre.

Com relação ao nascituro, observa-se que, além do art. 2º do Código Civil albergar previsão de resguardo de seus direitos, a própria consideração de seu direito à vida (CF, art. 5º) leva a consequências diversas. Dentre elas podemos citar:

- a) a **Lei dos Alimentos Gravídicos** (Lei 11.804/08), que confere à gestante o direito de, por indícios de paternidade, receber quantia mensal que lhe garanta a subsistência, protegendo, em última análise, o nascituro;
- b) a **proteção aos direitos da personalidade do nascituro**, da qual se extraem importantes normas, como, por exemplo:
 - b1) a **proteção do direito à vida**, com a tipificação penal do crime de aborto. Sobre essa consequência criminal do atentado contra a vida do nascituro, tem-se, atualmente, o estabelecimento de importantes exceções a esse sistema: b1.1) exceções legais ao tipo penal previsto nos arts. 124 e 126

do Código Penal, nos casos de gravidez resultante de estupro ou para o resguardo da vida da própria gestante (CP, art. 128); b1.2) a consideração sobre a viabilidade do feto, como nos casos em que se tem autorizado judicialmente o abortamento eugenésico de feto anencéfalo, garantindo-se, assim, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana em favor da gestante ou mesmo do casal (CF, art. 1º, III). A respeito, o STF culminou por adotar o mesmo entendimento, no julgamento da ADPF 54, na qual, em resumo, a Corte Suprema decidiu que “*não deve ser considerada como aborto a interrupção médica da gravidez de um feto sem cérebro*”.

Importante destacar, entretanto, que a decisão da Suprema Corte resguardou o direito de escolha da gestante, que pode levar a gestação até o seu termo, fazendo nascer o feto anencéfalo. Neste caso, o recém-nascido, embora – cientificamente – não tenha expectativa de vida considerável, adquire personalidade e todos os direitos dela emanados, devendo ser registrado.

Mais recentemente (29.11.2016), o Supremo Tribunal Federal foi ainda mais além e afirmou, em sede de habeas corpus julgado pela 1ª Turma, que a Constituição Federal não recepcionou o Código Penal (que é de 1940) quanto à tipificação do crime de aborto durante o primeiro trimestre da gestação (HC 124306, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017).

b2) o direito ao reconhecimento da filiação, previsto no art. 1.609, parágrafo único, que reza: “*Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: [...] Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes*”;

c) a proteção do seu direito à imagem (tanto para o nascituro quanto para o natimorto), valendo, aqui, uma interpretação extensiva do Enunciado 1 da Jornada de Direito Civil, que trata do *natimorto* da seguinte

forma: “*A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura*”. Destarte, violados os direitos personalíssimos do nascituro, vinculados à sua imagem, cabe falar em indenização pelo dano moral daí advindo, substituindo-o processualmente para defesa desse direito.

1.2.2. Embrião

1.2.2.1. Natureza jurídica

A vida, do ponto de vista científico, começa muito antes do nascimento ou expulsão do ventre materno. Em verdade, do ponto de vista biológico, qualquer célula é uma porção de matéria viva.

Em uma transposição radical desse entendimento para o direito, qualquer matéria viva, inclusive *gametas* (espermatozoides e óvulos), como matérias vivas, seriam considerados *vida* do ponto de vista legal.

Mas não é esse o sentido que o legislador empresta à situação. Vale, no entanto, a discussão a respeito da **consideração da vida a partir da junção dos gametas, donde resulta a formação do embrião humano**.

Necessário, portanto, responder à pergunta: do ponto de vista legal, o embrião é considerado vida? E mais, pode ser considerado pessoa?

O Supremo Tribunal Federal, ainda na ADI 3510-DF, segundo o voto do Ministro Aires Brito, se posicionou:

A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas 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. Onde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“*in vitro*” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores

ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

Daí resulta a conclusão de que o embrião, simplesmente, ainda não é considerado pelo direito como vida, portanto não é pessoa; já **o feto é o embrião que ganha este nome após atingir oito semanas de vida embrionária, até o parto**. No período fetal, já se podem observar braços, pernas, olhos, nariz e boca.

Pela decisão da suprema corte, no entanto, o momento decisivo para se entender que o embrião deixe de ser um mero *bem a ser protegido*, passando a ser pessoa (no sentido constitucional) não é o da passagem para o estágio fetal, mas sim o da aquisição de *terminações nervosas*. Brilhante o entendimento, pois é a partir da possibilidade de percepção sensorial que a vida se veste de característica humana, com a formação do sistema nervoso e a capacidade de sentir e, no caso humano, com o tempo, de racionalizar.

Observa-se, portanto, que, no que tange ao embrião, as principais discussões prendem-se à sua natureza jurídica, se de *res* (coisa) ou não. Evidentemente que não podemos concordar com a consideração do embrião (muito menos do nascituro) como coisa, muito embora a disciplina dada ao tema, por vezes, possa levar a uma conclusão apressada nesse sentido.

A respeito, veja-se a opinião de FARIAS e ROSENVALD: “*O direito à vida deve ser preservado e respeitado em qualquer circunstância. Por isso, há de se enxergar a matéria com o espírito de proteger a vida humana em todas as suas manifestações, inclusive no caso dos concebidos in vitro. In dubio pro vita, sempre*”. (2009, p. 193-194).

O embrião, portanto, não é coisa, mas uma expectativa de pessoa que pode se revelar viável ou não.

1.2.2.2. Formação do embrião

Diversamente das condições passadas, o direito atual tem que se debater com questões surgidas dos avanços científicos. Esses avanços têm ocorrido, em larga escala, na reprodução humana. O coito deixou de ser, principalmente

a partir da década de 70, com o nascimento de Louise Brown (primeiro bebê de proveta do mundo, nascido em Bristol, Inglaterra), em 25 de julho de 1978, a única forma de se formar o embrião.

Muito embora a gestação do ser humano ainda tenha que ser intrauterina, a formação do embrião pode se dar por técnicas de *reprodução humana assistida*, seja ela através da chamada **inseminação artificial** (introdução mecânica do gameta masculino no aparelho genital da mulher) ou da **fertilização in vitro** (união dos dois gametas em ambiente laboratorial, para posterior inserção na cavidade uterina).

Além da Lei 11.105/06, que estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, ainda não existe direito positivo em sentido estrito sobre o tema relativo às técnicas de reprodução humana assistida, mas apenas regulamentações no âmbito médico (Resolução 2.320/2022, que revogou a Resolução 2.168/2017. Esta revogara a Resolução/CFM 2.121/2015, que já havia revogado, em 24 de setembro de 2015, a Resolução/CFM 2.013/2013, que, por sua vez, havia revogado a Resolução 1.957/2010, também do CFM, a qual, ainda, havia substituído, *in totum*, a Resolução 1.358/92 do mesmo órgão) e projetos de lei em tramitação na Câmara Federal (destacando-se os PL 2.855/97 e 120/03).

Em verdade, as considerações jurídicas acerca do embrião vêm se avolumando, mais e mais em função da adoção cada vez mais frequente das técnicas médicas de reprodução assistida, dado que, em virtude das circunstâncias da vida moderna, várias pessoas têm manifestado dificuldades de concepção natural.

Em resumo ao tema, podemos identificar, nos termos da Resolução/CFM 2.168/2017, alguns regramentos básicos no que tange à proteção jurídica do embrião e às técnicas de reprodução assistida:

- a) **Restrição à finalidade procriativa ou de preservação social de gametas para finalidades médicas ou não médicas:** proíbe-se a utilização de técnicas de reprodução assistida para outras finalidades que não sejam à

da procriação humana. Assim, ainda que se permita, excepcionalmente (Lei 11.105/05) a utilização de embriões excedentários para a realização de pesquisas em células-tronco, não se admite a formação deliberada de embriões para essa ou outras finalidades diversas da procriação, a não ser que se trate (alteração introduzida pela Res. 2.168) de preservação social ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos. Com a resolução 2.320, alargou-se essa possibilidade, passando a permitir-se a preservação social de gametas para finalidades médicas e não médicas, desde que preservados os demais princípios da própria normativa. Trata-se a preservação social de gametas ou embriões de solução para o planejamento reprodutivo de casais que necessitam das técnicas de RHA, ou seja, possibilitando-lhes a criopreservação desses materiais para transferência futura para o ambiente uterino. Já a preservação oncológica se refere à manutenção de gametas, embriões e tecidos germinativos para auxílio no tratamento de neoplasias malignas que podem acometer aqueles que formaram ou cederam o material. Entretanto, mantém-se que a fecundação de oócitos humanos não pode ser realizada para outra finalidade que não a procriação humana;

- b) Proibição de escolha do sexo e de quaisquer outras características biológicas do futuro filho:** no regime adotado pela Resolução/CFM 2.168/2017, proíbe-se, no Brasil, o procedimento de escolha do sexo dos embriões, ao contrário do que ocorre em outros países como Índia, Coreia do Sul, Estados Unidos, Israel e Itália. Proíbe-se também a escolha de outras características biológicas, como cor de olhos, espécie de cabelo, ou enfim, quaisquer configurações genéticas que impliquem no que se tem chamado de *eugenia*, que pode ser definida como a seleção de características visando um pretensão *melhoramento racial* da prole, o que, de fato, não bastasse ser ilusório (já que não existem raças de ser humano, mas apenas a raça humana), é antiético. Repetindo os regramentos mais recentes, no entanto, a atual resolução abre exceção para a escolha do sexo ou de outras características biológicas *para evitar doenças no possível descendente*;

- c) Transferência múltipla e proibição de redução embrionária:** como a fecundação *in vitro* não garante aos conceptores a certeza da gravidez, costuma-se transferir para o interior do útero um número múltiplo de embriões. A Resolução/CFM 2.168/2017 limita a transferência no quantitativo máximo de quatro embriões, no entanto, considerando a evolução das técnicas de reprodução humana assistida, adota um escalonamento de acordo com a faixa etária da receptora, da seguinte forma, respeitada a idade máxima de 50 anos: **(c1) mulheres com até 35 anos: até dois embriões**; **(c2) mulheres entre 36 e 39 anos: até três embriões**; **(c3) mulheres com 40 anos ou mais: até quatro embriões**. Uma vez constatado que todos os embriões vingaram, proíbe-se a prática da redução embrionária, qual seja, a retirada de algum deles após a constatação da gestação, em respeito ao princípio do *direito à vida*. Nas situações de doação de oócitos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos oócitos. O número de embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro;
- d) Pacientes:** O texto do item 1 do Capítulo II da Resolução/CFM 2.168/2017 prevê, genericamente, que *“todas as pessoas capazes, que tenham solicitado o procedimento e cuja indicação não se afaste dos limites desta resolução, podem ser receptoras das técnicas de RA desde que os participantes estejam de inteiro acordo e devidamente esclarecidos, conforme legislação vigente”*. Considerando, no entanto, as questões legais e físicas, podemos dizer, assim como se disciplinava na regulamentação revogada, que são admitidos como pacientes da reprodução assistida: **(d1) Mulher solteira:** Toda mulher, capaz nos termos da lei, que tenha solicitado e cuja indicação não se afaste dos limites desta Resolução, pode ser receptora das técnicas de RA, desde que tenha concordado de maneira livre e consciente em documento de consentimento informado. Embora a norma mencione a capacidade, em geral, há de observar que, embora menor, pode a mulher ser capaz se se verificarem alguns dos casos previstos

na lei para a sua emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único do Código Civil (Casamento, emancipação, colação de grau, emprego público, economia própria); **(d2) Casal:** Se a mulher que pretende recorrer à reprodução assistida estiver casada ou em regime de união estável, será necessária a aprovação do cônjuge ou do companheiro; **(d3) Uniões homoafetivas:** deve-se estender o conceito de casal, para o fim de se possibilitar o recurso à reprodução assistida, às uniões homoafetivas ou de pessoas do mesmo sexo, o que já encontra amparo, inclusive, na jurisprudência (cf., v.g., Embargos Infringentes Nº 70011120573, Quarto Grupo de Câmaras Cíveis, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Carlos Teixeira Giorgis, Julgado em 10/06/2005).

Na mesma esteira desse pensamento, encontra-se o Enunciado 608 da VII Jornada do CJF, segundo o qual *“é possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local”*.

Registre-se, a título de esclarecimento, que o comentário a respeito da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132 será feito por ocasião da parte relativa ao Direito de Família.

Dispõe também a Resolução/CFM 2.168/2017 (item II-2), em reforço ao entendimento em favor dos casais homoafetivos e das pessoas solteiras, que as técnicas de RA estão disponíveis a eles, mas ressalva o “direito da objeção de consciência do médico”. Entendemos, com a devida vênia, que aí se abre indevida válvula de escape para a prevalência de dogmas pessoais sobre direito fundamental do paciente, até mesmo na condição de consumidor, contra quem não se pode recusar atendimento. Respeitar o direito de qualquer paciente, independente de estado civil ou orientação sexual, é postura profissional e exigida de todos, razão pela qual nos posicionamos contra a referida ressalva.

Enfim, ainda quanto às pessoas habilitadas a receberem as técnicas de RA, a Resolução/

CFM 2.168/2017 culminou por limitar a idade máxima da mulher ao patamar de 50 anos, assim como a anterior. E o fez tendo em vista a prevenção dos riscos apresentados à gestante e ao feto em idades superiores a essa. Mas excepcionou essa hipótese, ao permitir o acesso às técnicas de RA para mulheres acima de 50 anos se *“determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos”*.

e) Doação de gametas ou embriões: Tendo em vista o caráter humanitário da evolução médica das técnicas de reprodução assistida, admite-se a doação de gametas e até mesmo de embriões, o que, em tese, poderia caracterizar a situação de coisa dessa entidade. Entretanto, esse preceito atende ao princípio da solidariedade (CF, art. 3º, I). Essa doação (tanto de gameta como de embrião) deve atender a dois princípios básicos: **(e1)** Proibição da intenção comercial, pois essa doação nunca poderá ter finalidade lucrativa ou comercial, sob pena, até mesmo, de incursão nas penas do art. 15 da Lei 9.434/97; **(e2)** Sigilo recíproco: exige-se o sigilo recíproco entre ambas as partes (doadores e donatários), a fim de resguardarem-se as relações familiares que surgirão. Dispõe a Resolução 2.168/2017 que *“nas situações de doação de óvulos e embriões, considera-se a idade da doadora no momento da coleta dos óvulos”*. A idade limite para a doação de gametas é de 37 anos para a mulher e de 45 anos para o homem.

Em que pese a proibição da intenção comercial, a Resolução/CFM 2.013 (reprisada pela Res. 2.121) havia inovado ao permitir que, resguardado o sigilo recíproco, a doadora de um óvulo possa receber da donatária uma contrapartida em custeio para seu próprio tratamento de RA, desde que configurado que ambas sofram problemas de infertilidade. O texto da Resolução 2.168 reproduz o preceito, da seguinte forma:

É permitida a doação voluntária de gametas, bem como a situação identificada como doação compartilhada de oócitos em RA, em que doadora e receptora,

participando como portadoras de problemas de reprodução, compartilham tanto do material biológico quanto dos custos financeiros que envolvem o procedimento de RA. A doadora tem preferência sobre o material biológico que será produzido.



ATENÇÃO! Aqui surge a intrincada questão de eventual alegação de direitos do sujeito que, tendo nascido em virtude da doação de gametas ou embriões, tenta impor a prerrogativa de descobrir os seus pais genéticos e invoca direitos de filiação, alimentos e sucessão. A respeito, o PL 2.855/97 trata da matéria em seus arts. 19 a 22, *in verbis*: "Art 19 Fica vedada a inscrição na certidão de nascimento de qualquer observação sobre a condição genética do filho nascido por técnica de RHA. Art 20 O registro civil não poderá ser questionado sob a alegação do filho ter nascido em decorrência da utilização de técnica de RHA. Art 21 A revelação da identidade do doador, no caso previsto no parágrafo único do artigo 9º, parágrafo único, desta lei, não será motivo para determinação de nova filiação. Art 22 É vedado o reconhecimento da paternidade, ou qualquer relação jurídica, no caso de morte de esposo ou companheiro anterior à utilização médica de alguma técnica de RHA, ressalvados os casos de manifestação prévia e expressa do casal". Já o PL 120/03 o faz da seguinte forma: "Art. 6º-A. A pessoa nascida de técnicas de reprodução assistida tem o direito de saber a identidade de seu pai ou mãe biológicos, a ser fornecido na ação de investigação de paternidade ou maternidade pelo profissional médico que assistiu a reprodução, ou, se for o caso, de quem detenha seus arquivos. Parágrafo único: A maternidade ou paternidade biológica resultante de doação de gametas não gera direitos sucessórios".

- f) Obrigação de criopreservação:** Como vimos, as técnicas de reprodução assistida induzem a concepção de múltiplos embriões, os quais nem sempre são integralmente transferidos para o útero da pretendente. Em sendo assim, impõe-se a *criopreservação* (congelamento) dos embriões excedentários, já que a eles também se aplica o direito à vida. A Resolução/CFM 2.168/2017 permite, no entanto, o descarte dos chamados *embriões inviáveis* (que não têm condições de se desenvolver), ao determinar a obrigatoriedade de criopreservação, apenas, dos *embriões viáveis*. Enfim, ainda nos termos da mencionada resolução (Capítulo V, item 3), "*No momento da criopreservação, os pacientes devem expressar sua vontade, por escrito, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio, doenças graves*

ou falecimento, de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los.".

Também aqui a Resolução 2.168 repete as Resoluções 2.121 e 2.013, ao permitir o descarte dos embriões congelados há mais de cinco anos, se for a vontade dos pacientes, independente de viabilidade ou de utilização para pesquisas com células-tronco embrionárias.

- g) Pesquisas com células-tronco embrionárias:** a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) permitiu a utilização de embriões excedentários para a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias, a fim de se averiguar a possibilidade de tratamento terapêutico de determinados males, desde que preenchidos os requisitos expostos em seu art. 5º, *in verbis*:

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 9.434/97.

Questionada a sua constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, foi afastado esse vício no julgamento da ADIN nº 3526.

- h) Diagnóstico e tratamento de embriões:** Podem ser feitos exames prévios e diagnósticos sobre embriões, para avaliação de sua viabilidade ou detecção de doenças hereditárias, mas com finalidade meramente preventiva e terapêutica, a fim de tratar doenças ou impedir sua transmissão, e para que sejam transferidos aqueles que se apresentarem indenes de quaisquer males, mas nunca para descartá-los ou exterminá-los, observado o tempo máximo de quatorze dias, para a sua manutenção *in vitro*. Proíbe-se, portanto, como já vimos, que embriões sejam manipulados para

a finalidade de escolha de características físicas, como cor de olhos e cabelos etc. Sobre o tema, aliás, a Lei 11.105/06 estabelece, em seu art. 6º, que “fica proibido: [...] II – engenharia genética em organismo vivo ou o manejo in vitro de ADN/ARN natural ou recombinante, realizado em desacordo com as normas previstas nesta Lei; III – engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano e embrião humano; IV – clonagem humana”, inclusive com a cominação de sanção penal (arts. 25 e 26) em caso de realização dessa prática. Quanto ao diagnóstico genético pré-implantação de embriões. A Resolução 2.168/2017 do CFM dispõe (Capítulo VI):

1 – As técnicas de RA podem ser utilizadas aplicadas à seleção de embriões submetidos a diagnóstico de alterações genéticas causadoras de doenças – podendo nesses casos serem doados para pesquisa ou descartados.

2 – As técnicas de RA também podem ser utilizadas para tipagem do sistema HLA do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA-compatíveis com algum(a) filho(a) do casal já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente.

3 – O tempo máximo de desenvolvimento de embriões in vitro será de 14 dias.

i) gestação de substituição ou doação temporária do útero (barriga de aluguel): É possível, mas deve se submeter às seguintes regras básicas:

Quem pode doar	Proibição de caráter lucrativo ou comercial
As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima). Demais casos estão sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina.	Aqui também se aplica o princípio da gratuidade obrigatória, impondo-se que a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.
No mais, dentro do item 1.2.2.1 (ps. 102-107), substituir as referências à Resolução 2.168 por Resolução 2.320/2022.	Ter ao menos 1 (um) filho vivo

j) reprodução assistida post mortem: Por fim, a Resolução-CFM 2.168/2017 manteve o senso de que é permitida a reprodução assistida post mortem desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado. A respeito, disciplina o Art. 1.597, III do Código Civil: “Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: [...] III – havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”.

Nesse particular, anote-se que, conforme exposto no Informativo 706 do Superior Tribunal de Justiça, aquela Corte optou por exigir **forma especial para a declaração de vontade no sentido de autorizar a utilização de material genético daquele que já faleceu**. Com efeito, na oportunidade, decidiu-se que “a declaração posta em contrato padrão de prestação de serviços de reprodução humana é instrumento absolutamente inadequado para legitimar a implantação post mortem de embriões excedentários, cuja autorização, expressa e específica, deve ser efetivada por testamento ou por documento análogo” (REsp 1.918.421-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. Acđ. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, por maioria, julgado em 08/06/2021, DJe 26/08/2021).

Concordamos com as premissas do julgamento e com sua conclusão, uma vez que, no caso, não se deve confundir a declaração de vontade que autoriza a utilização de material genético do sujeito para formação de embrião em momento em que ainda vivo com a situação em que ele o manifesta para após a sua morte. Nessa última circunstância, trata-se de disposição para depois da morte e, como tal, deve seguir as regras das disposições de última vontade, como, no caso exemplificado, o testamento.

1.3. Registro público das pessoas naturais

Exigência da tradição eminentemente cartorial de nosso direito, principalmente em função da fonte portuguesa, prevê a lei a anotação, em registro público, dos atos referentes à existência, estado e capacidade das pessoas naturais.

A exigência faz parte da forma com que nosso direito se utiliza para caracterizar e individualizar a pessoa natural, tornando públicos os dados referentes ao início e ao fim de sua personalidade e às mudanças do seu estado civil.

Por isso, o art. 9º do Código Civil sujeita ao registro público: *I – os nascimentos, casamentos e óbitos; II – a emancipação por outorga dos pais ou por sentença do juiz; III – a interdição por incapacidade absoluta ou relativa; IV – a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.*

Relembremos também aqui o conteúdo do Enunciado 608 da VII Jornada do CJF, segundo o qual “*é possível o registro de nascimento dos filhos de pessoas do mesmo sexo originários de reprodução assistida, diretamente no Cartório do Registro Civil, sendo dispensável a propositura de ação judicial, nos termos da regulamentação da Corregedoria local*”.

Observa-se, portanto, que, quanto ao nascimento, o óbito e a sentença declaratória de ausência ou morte presumida, a lei determina o registro em função da existência da pessoa; com relação ao casamento, o registro refere-se ao estado civil; por fim, quanto à emancipação e à interdição, haverá o registro público quanto à capacidade da pessoa.

Entretanto, nem todas as mudanças de capacidade serão levadas a registro público. Com efeito, a aquisição da capacidade pelo alcance da idade legal de dezoito anos, por exemplo, não depende de registro.

Entenda-se por registro civil, portanto, o **ato de anotar, em registro público próprio**, os atos que se referem à afirmação ou negação da existência, estado ou capacidade das pessoas naturais, quando exigido por lei como condição de publicidade e efetivação jurídica dessas qualidades.

1.3.1. Averbação

O art. 10 do Código Civil determina a averbação, em registro público, dos seguintes atos: *I – das sentenças que decretarem a nulidade ou a anulação do casamento, o divórcio,*

a separação judicial e o restabelecimento da sociedade conjugal; II – dos atos judiciais ou extrajudiciais que declararem ou reconhecerem a filiação (ex.: reconhecimento de paternidade).

Observa-se, portanto, que, quando se fala em averbação, diferentemente do registro, tem-se um ato que, no dizer de Ceneviva, é “**ação de anotar, à margem de assento existente**, fato jurídico que o modifica ou cancela” (1993, p. 168).

Para melhor esclarecimento: **enquanto o registro é ato que visa afirmar ou negar a existência, estado e capacidade da pessoa (exs.: nascimento, óbito, casamento, emancipação, interdição), a averbação é ato que visa modificar ou cancelar o próprio registro**. Por exemplo, quando se averba, no registro civil do casamento, a sua anulação, estar-se-á cancelando esse registro. Por outro lado, quando um pai reconhece o filho, far-se-á a averbação no seu registro de nascimento, provocando, assim, a sua modificação, pois, onde não tínhamos a anotação da filiação paterna, passaremos a tê-la.

A averbação é, portanto, uma consequência da afirmação ou negação de algum fato ou direito que se deve fazer constar no registro. Assim, como decidiu o STJ, “*não consubstancia, em si, um direito subjetivo autônomo*” (RMS 56.941-DF, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, por unanimidade, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020), tampouco se confunde com o próprio direito. Consequentemente, “*a providência de averbação da sentença, por essa razão, não se submete a qualquer prazo, seja ele decadencial ou prescricional*” (Informativo nº 672).

1.4. Estado da pessoa natural

O estado da pessoa natural é, também, importante característica de sua individualização, pela qual se identifica a pessoa nos âmbitos **político, familiar e individual**.

Quanto ao **estado político**, esclarecem GAGLIANO e PAMPLONA que é uma “categoria que interessa ao Direito Constitucional,

e que classifica as pessoas em *nacionais* e *estrangeiros*”. (*op. cit.*, p. 127)

Quanto ao **estado familiar**, a pessoa será considerada:

- a) **quanto ao matrimônio**: casada, solteira, viúva, divorciada ou separada judicialmente. A esse respeito, aliás, grassa a divergência doutrinária quanto à manutenção do estado civil das pessoas separadas, mas ainda não divorciadas, em função da Emenda Constitucional 66/2010, que aboliu a separação judicial e possibilitou a dissolução do casamento simplesmente pelo divórcio, independentemente de prévia separação judicial por um ano ou de fato por dois anos. Entendemos que, apesar de a separação judicial ter sido abolida pela nova ordem constitucional, aqueles já separados (mas ainda não divorciados) ao tempo da emenda preservam a prerrogativa de se manterem nesse estado enquanto for de seu interesse;
- b) **quanto ao parentesco**, termos parentes por: **(b1)** consanguinidade (ascendentes, descendentes, irmãos etc.) ou por afinidade (sogros, cunhados); **(b2)** parentesco na linha reta (ascendentes, descendentes, sogros) ou colateral (irmãos, tios, primos, cunhados etc.).

Quanto ao **estado individual**, a pessoa será considerada de acordo com o seu poder de agir ou de praticar os atos da vida civil, podendo ser, portanto: **(a) menor ou maior; (b) capaz ou incapaz; (c) homem ou mulher**. Quanto a essa última classificação, deve-se observar que a consideração do sexo ocorre não para se conferir mais ou menos direitos a um ou a outro, mas para se verificar: **(c1)** a legitimidade para a prática de determinados atos (assim, não existia, até há pouco tempo, casamento entre pessoas do mesmo sexo; o marido necessita de autorização da esposa para alienar bens imóveis nos regimes de comunhão de bens e vice-versa etc.); **(c2)** a designação em atos da vida civil, dizendo, portanto, marido, mulher, cônjuge varão, cônjuge virago etc.

No que tange ao estado referente ao gênero, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento

do REsp 1626739/RS, deu total procedência à pretensão de pessoa transexual, para o fim de permitir-lhe a modificação do sexo constante em seu registro civil, independentemente da realização de cirurgia de transexualização. Argumentou-se que a *“exegese contrária revela-se incoerente diante da consagração jurisprudencial do direito de retificação do sexo registral conferido aos transexuais operados, que, nada obstante, continuam vinculados ao sexo biológico/cromossômico repudiado. Ou seja, independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito”* (REsp 1626739/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 01/08/2017).

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, em decisão majoritária (ADI 4275/DF, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgamento em 28.2 e 1º.3.2018. (ADI-4275) Parte 1: Parte 1: (Informativo 892, Plenário), aprofundou ainda mais essa concepção, para o fim de não só afastar a necessidade da cirurgia de transexualização, como, também, de: a) comprovação de *requisitos tais como certificações médicas ou psicológicas, ou outros que possam resultar irrazoáveis ou patologizantes*; b) submissão do pedido à via jurisdicional, que *“constitui limitante incompatível com essa proteção”*.

Para chegar a essa conclusão, o plenário da Corte Suprema considerou que *“o direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou a expressão de gênero. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. A pessoa não deve provar o que é, e o Estado não deve condicionar a expressão da identidade a qualquer tipo de modelo, ainda que meramente procedimental”*. Por conseguinte, a definição de transexualismo dependerá, no mínimo, dos seguintes critérios: *“1) Desconforto com o sexo anatômico natural; 2) Desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características*

primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; 3) Permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; 4) Ausência de outros transtornos mentais”.

2. CAPACIDADE DE FATO (CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DE DIREITOS)

2.1. Noções gerais

A capacidade para o exercício dos direitos envolve, para muito além da mera personalidade, o preenchimento de requisitos legais para que o **sujeito de direitos** possa, além de adquirir direitos, exercê-los plenamente.

Esses requisitos são firmados pela lei civil com a intenção de proteger a situação de determinadas pessoas que, por imaturidade ou alguma outra condição especial, podem adquirir direitos mas não podem exercê-los senão através de representante ou assistente, conforme o caso.

2.1.1. Capacidade e legitimidade (ou legitimação civil)

Não se confundem, entretanto, **capacidade e legitimidade** (legitimação civil para determinados atos).

A **legitimidade civil ou legitimidade material** é a exigência legal de que o agente ostente determinadas condições jurídicas para praticar determinados atos.

Diferente dos casos de incapacidade, que fazem ser necessário que o agente pratique os atos da vida civil, em geral, sempre através de representante ou assistente, os casos de ilegitimidade em nada afetam a capacidade geral do agente, mas apenas a validade do ato que ele pratique em desacordo com a norma.

É o caso, por exemplo, da venda de ascendente a descendente (art. 496), dos impedimentos para o matrimônio (art. 1.521), da proibição da aquisição de bens do pupilo pelo tutor (art. 1.749, I), da vedação à nomeação de certas pessoas como herdeiras ou legatárias (art.

1.801) e outros que podem ser encontrados na legislação.

Observe-se que, nesses casos, o agente não se considera incapaz para a prática dos atos da vida civil, mas apenas para os atos específicos previstos na norma, caso em que, praticado o ato vedado, a consequência será a invalidade, no grau que a lei determinar.

2.1.2. A figura do representante/assistente e a questão da substituição

Devemos afigurar, nesse ponto, que, **quando o sujeito de direitos é incapaz, alguém deve praticar os atos da vida civil em nome dele**. A esse agente dá-se o nome de representante, em caso de incapacidade absoluta ou assistente, em caso de incapacidade relativa.

Veremos mais adiante quais são os casos de incapacidade absoluta e relativa e, ainda mais à frente, as regras sobre a representação.

Neste momento, porém, queremos chamar a atenção para o fato de que, quando se fala em sujeito de direito incapaz, seja essa incapacidade absoluta ou relativa, o representante ou assistente age em nome alheio para o resguardo de interesse alheio, qual seja, do agente incapaz.

Assim, por exemplo, quando os pais firmam contrato de prestação de serviços com uma escola primária, o contrato mencionará, como parte contratante, o menor incapaz, representado naquele ato por um ou ambos os genitores, pois o papel destes é o de suprir a incapacidade e não o de serem partes no negócio. Por isso se fala em agir em nome alheio para resguardo de interesse alheio.

Coisa diversa acontece, no entanto, quando o sujeito de direitos em questão tem a sua existência formal incompleta ou irregular.

Veja-se, por exemplo, o caso do nascituro, cuja existência, como sujeito de direitos patrimoniais, condiciona-se ao nascimento com vida. No entanto, pode receber doação (art. 542), detém direitos hereditários (art. 1.798) e tem a prerrogativa de invocar estado de filiação.

Para esses casos, diz a lei e a jurisprudência que o nascituro será representado, como podemos observar:

- a) do texto do art. 542: “*A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal*”.
- b) do texto do art. 1.779: “*Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro*”.
- c) e de antiga jurisprudência:

Investigação de Paternidade. Nascituro. Capacidade para ser parte. Ao nascituro assiste, no plano do direito processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor a ação investigatória, e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. Ação personalíssima, a investigatória somente pode ser proposta pelo próprio investigador, representado ou assistido, se for o caso; mas, uma vez iniciada, falecendo o autor, seus sucessores têm direito de, habilitando-se, prosseguir na demanda. Inaplicabilidade da regra do art. 1621 do Código Civil. (TJRS, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 583052204, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 24.04.84).

Entretanto, ainda que se adote a teoria concepcionista pura, pela qual o nascituro tem personalidade plena, há de se admitir que a sua existência formal é pelo menos incompleta, uma vez que: I – não detém registro civil de pessoa natural e II – consequentemente, não ostenta ainda o principal sinal individualizador da personalidade, que é o nome (muitas vezes sequer se sabe ainda o sexo do futuro ser).

Por isso, entendemos que, nesses casos, não se trata, exatamente, de representação (que é, repita-se, agir em nome alheio no resguardo de interesse alheio), mas, sim, **substituição**, através da qual se age no *resguardo de interesse alheio*, mas em *nome próprio*, já que esse terceiro, cujo interesse se resguarda, ainda não tem existência formal completa, passando a tê-la em plenitude apenas após o nascimento.

Podemos inferir que a Lei 11.804/08 (Lei dos alimentos gravídicos) adotou, indiretamente, esse entendimento, pois, em que pese a doutrina sempre se referir ao direito *do*

nascituro aos alimentos para a sua subsistência, a lei conferiu à gestante a legitimidade para pleiteá-los (art. 1º), convertendo-os em favor da criança somente após o seu nascimento com vida (art. 6º, parágrafo único).

A necessidade de se estabelecer a figura da substituição no direito civil se acentua ainda com mais vigor quando divisamos, na lei, a possibilidade de estabelecimento de direitos em favor dos chamados *concepturos*, ou seja, pessoas ainda sequer concebidas, mas para as quais se podem atribuir direitos, como o caso da instituição de herança ou legados em seu favor (art. 1.799, I) e, de forma clara, no caso do *fideicomisso*. Vejam-se, para esclarecimento, os arts. 1.951 e 1.952 do Código Civil:

Art. 1.951. Pode o testador instituir herdeiros ou legatários, estabelecendo que, por ocasião de sua morte, a herança ou o legado se transmita ao fiduciário, resolvendo-se o direito deste, por sua morte, a certo tempo ou sob certa condição, em favor de outrem, que se qualifica de fideicomissário. **Art. 1.952.** A substituição fideicomissária somente se permite em favor dos não concebidos ao tempo da morte do testador. Parágrafo único. Se, ao tempo da morte do testador, já houver nascido o fideicomissário, adquirirá este a propriedade dos bens fideicometidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

A mesma situação entendemos que ocorre com as sociedades não personificadas (sociedades em comum e em conta de participação), pois, em não tendo elas existência regular (no caso das sociedades em comum ou *de fato*) ou ostensiva (no caso das sociedades em conta de participação), serão verdadeiramente substituídas pelos sócios nos atos da vida civil, tanto é que estes respondem ilimitadamente pelas obrigações sociais, no caso das sociedades em comum (art. 990) ou exercem a atividade social em seu próprio nome, no caso da sociedade em conta de participação (art. 991).

2.2. Incapacidade

2.2.1. Incapacidade absoluta

Já vimos que a lei assegura a toda pessoa a capacidade de direitos e deveres na ordem civil. Como pudemos observar, esta capacidade,

assegurada pelo art. 1º do Código Civil, é somente de direito, ou seja, não envolve a *capacidade de exercer* os direitos.

Para que a pessoa adquira a capacidade de exercício, é necessário que implemente algumas condições legais (art. 3º). Em verdade, a verificação de tais condições se dá pela *ausência* de algumas circunstâncias, quais sejam, aquelas que atribuem ao sujeito a incapacidade absoluta ou relativa.

Não têm capacidade de exercício, portanto, aqueles a quem a lei diz serem *absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil*. De acordo com o art. 3º do Código Civil, estes são:

a) os menores de dezesseis anos. Afora os casos excepcionais em que o menor de dezesseis anos pode adquirir capacidade precoce, como nas hipóteses contempladas por alguns dos incisos do art. 5º, como veremos adiante, será ele sempre absolutamente incapaz. Não se avalia a condição pessoal do indivíduo, se tem ou não discernimento, etc. Guardadas as diferenças, se assemelha à regra geral de imputabilidade do Direito Penal, que preconiza como inimputáveis os menores de 18 anos (art. 27 do CP), não exigindo que sejam inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou de determinarem-se de acordo com esse entendimento.

Devemos observar que, embora se fale, via de regra, em invalidade absoluta dos atos praticados pelos absolutamente incapazes, sobretudo os menores de dezesseis anos, deve se conferir regularidade à sua vontade quando for adequada e suficiente para a situação em concreto, sob pena de limitação indevida ao seu desenvolvimento.

Com efeito, figure-se o caso do menor que, em escola primária, entrega valores à lanchonete e adquire o seu lanche, durante o intervalo das aulas: evidentemente, existiu negócio jurídico perfeito e válido pelo qual o incapaz adquiriu propriedade e a consumiu, não havendo que se falar em intervenção estatal para invalidar essa relação jurídica.

Nesse sentido, a III Jornada de Direito Civil do CJF aprovou o Enunciado 138, pelo qual

“a vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inc. I do art. 3º, é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”.

Para mais informações, remetemos o leitor ao item 3.2.1.1 do Capítulo V desta parte geral, em que tratamos da categoria dos atos-fatos jurídicos.

As pessoas absolutamente incapazes de exercer seus direitos devem ser representadas para a prática dos atos da vida civil, sob pena de nulidade do ato ou negócio.

São representantes legais dos menores de dezesseis anos (incapazes absolutos plenos) os pais, a não ser que sejam órfãos ou cujos pais tenham sido destituídos do poder familiar, caso em que submetem à representação por tutores nomeados judicialmente.

A Lei 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), que entrou em vigor 180 (cento e oitenta) dias após a sua publicação, alterou profundamente o sistema de incapacidades estatuído pelo Código Civil. Pela nova sistemática, são absolutamente incapazes somente os menores de dezesseis anos. Todos os demais, inclusive os que por deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que por causa transitória, não puderem exprimir a sua vontade, passam a ser relativamente incapazes.

2.2.1.1. Senectude

Não se cogita, legalmente, de limite legal de idade para a capacidade, em ordem a se dizer que a senilidade ou senectude não implicam, por si só, nem em incapacidade automática, nem autorizam, *de per se*, a sua declaração.

O que pode ocorrer é que, em virtude de males diversos (Alzheimer, Parkinson etc.), a falta de discernimento possa conduzir à necessidade de declaração de incapacidade e conseqüente interdição. Esses males, no entanto, embora muitas vezes se vinculem, estatisticamente, a pessoas de idade avançada, podem atingir outras faixas etárias.

Não obstante, o Código Civil de 2002 manteve, em seu art. 1.641, II, a adoção de regime obrigatório de separação de bens para o casamento dos maiores de setenta anos (originalmente esta vedação alcançava os maiores de sessenta anos, mas foi alterada para setenta pela lei 12.344/2010), a nosso ver, indevidamente, pois em violação ao princípio constitucional da liberdade (no mesmo sentido: FARIAS e ROSENVALD, *op. cit.*, p. 196).

Outra discriminação decorrente do critério etário – cancelada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – reside na **restrição ao direito de obtenção de crédito**. Com efeito, a praxe bancária tem apontado no sentido de que, a depender da soma da idade do contratante com a do número de prestações a serem pagas pelo empréstimo, legitima-se vedar a concessão do crédito, tendo em vista a potencialidade de inadimplemento após a morte do mutuário.

Dirimindo as questões acerca da validade dessa prática, o Superior Tribunal de Justiça destacou que *“o critério de vedação ao crédito consignado – a soma da idade do cliente com o prazo do contrato não pode ser maior que 80 anos – não representa discriminação negativa que coloque em desvantagem exagerada a população idosa”* (REsp 1783731/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 26/04/2019 – Informativo 647). Dentre outros fundamentos, destacou-se que o idoso pode se socorrer de outras modalidades de acesso ao crédito bancário e que o próprio Código Civil se utiliza de critério positivo de discriminação ao instituir, por exemplo, que é obrigatório o regime da separação de bens no casamento da pessoa maior de 70 anos (art. 1.641, II).

É necessário ter muita cautela na aplicação desse entendimento. É que, não raro, pessoas idosas têm patrimônio suficiente para oferecer, inclusive, como garantia real à obtenção de crédito bancário; em outras situações – como no caso do empréstimo consignado – poder-se-ia aventar a hipótese de se prever, com anuidade do sucessor, a permanência do desconto na correspondente pensão – lembramos aqui, aliás, que, segundo a jurisprudência do STJ, “é

incabível (...) quitação do empréstimo consignado em folha em virtude do falecimento da consignante, porquanto a Lei 1.046/50, que previa a extinção da dívida em caso de falecimento do consignante – e que não está mais em vigor – não teve seu texto reproduzido pela Lei 10.820/2003, aplicável aos celetistas, tampouco pela Lei 8.112/90, aplicável aos servidores civis” (AgInt no REsp 1414744/CE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 25/09/2019).

Portanto, é necessário frisar que, para nós, a negativa de crédito baseada no critério de faixa etária do mutuário deve ser baseada não só na disponibilização de outras modalidades de empréstimo, mas também em justificativa segura de potencial risco de inadimplemento, risco este que se compreende afastado nos casos em que o contratante oferece opções plausíveis para a sua exclusão ou diminuição.

2.2.2. Incapacidade relativa

São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer (Código Civil, art. 4º): **(a)** os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; **(b)** os **ébrios habituais e os viciados em tóxico**; **(c)** aqueles que, **por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade**; **(d)** os pródigos.

A incapacidade relativa deriva da preocupação do legislador de conferir a certas pessoas a proteção de outras, ou seja, conquanto aquelas já tenham condições de praticar os atos da vida civil, devem ser assistidas por estas, para que não sejam lesadas em função de sua inexperiência ou situação peculiar.

Reside a diferença da incapacidade relativa da absoluta justamente no fato de que **os absolutamente incapazes não podem praticar o ato diretamente, porque sempre serão representados para a defesa de seus interesses; já o relativamente incapaz pratica o ato em pessoa, sendo apenas assistido por quem de direito nessa prática**.

Em confronto com a regra da legislação revogada, o novo Código diminuiu o período de incapacidade relativa, que, antes, somente terminava aos vinte e um anos. O novo

regramento procurou se adequar ao fato de que a idade de **dezoito anos** já vinha sendo adotada como parâmetro para outras situações jurídicas, como, por exemplo, a imputabilidade penal; a capacidade para obter-se a habilitação para dirigir veículo automotor; os direitos eleitorais ativos e o alistamento militar.

A expressão *incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer* quer dizer que, com relação à prática de alguns atos, ou ao exercício de certos direitos, os relativamente incapazes podem praticá-los sem necessidade de autorização ou assistência. Carvalho Santos fornecia uma lista desses casos, de acordo com o Código de 1916:

[...] Mesmo sem autorização podem esses menores ser mandatários extrajudiciais (art. 1.298/CC-2002, art. 666); fazer testamento (art. 1.627, I/CC-2002, art. 1860, parágrafo único); ser testemunha nos atos jurídicos; ser comerciante ou ter estabelecimento civil com economia própria (art. 9º, parágrafo único, nº V/CC-2002, art. 5º, par. Único, V), caso em que se emancipa. Podem também contrair casamento, desde que obtenham autorização da pessoa sob cuja autoridade estiverem [...], e na falta dessa autorização, se for suprido o consentimento pelo juiz (CARVALHO SANTOS, J. M., *op. cit.*, p. 269-270).

Tem sido motivo de debates a aplicação da nova regra de maioridade para outros efeitos, como, por exemplo, para as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (os arts. 2º, parágrafo único e 121, § 5º, da Lei nº 8.069/90 permitem a aplicação de seus preceitos e da pena de internação até os vinte e um anos), a prescrição penal pela metade para os menores de vinte e um anos (CP, art. 115) e a nomeação de curador, no processo penal, para o acusado menor de vinte e um anos (CPP, art. 262).

Como já vimos, *lex specialis derogat lex generalis*. O Estatuto da Criança e do Adolescente é lei de caráter especial ao Código Civil e, por outro lado, quando previu que algumas de suas disposições poderiam ser aplicadas até os vinte e um anos, já tinha em mente a maioridade penal aos dezoito anos, portanto, não se mostra incompatível com o novo regramento do art. 4º, I. O Superior Tribunal de Justiça adotou esse entendimento em regime de

recursos repetitivos (Tema 992), dizendo que “a despeito da maioridade civil (18 anos) adquirida posteriormente, o agente era menor de idade na data em que cometeu o ato infracional análogo ao delito tipificado no art. 157 do Código Penal, portanto se faz possível o cumprimento da liberdade assistida cumulada com prestação de serviços à comunidade até os 21 anos de idade nos termos da Lei n. 8.069/1990” (RECURSO ESPECIAL Nº 1.705.149 – RJ (2017/0269292-3) RELATOR : MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Julgado em 13.06.2018).

O mesmo se diga quanto à prescrição penal pela metade em favor dos maiores de dezoito e menores de vinte e um anos (Código Penal, art. 115), já que o legislador penal não quis proteger pessoas consideradas pela lei civil como incapazes, mas sim, por critério puramente étário, pessoas menores de vinte e um anos.

Enfim, para fins previdenciários, também se tem interpretado no sentido de que a diminuição da maioridade civil não exerce qualquer influência, pois a Lei 8.213/91 dispõe, em seu art. 16, I, que os filhos menores de 21 anos do segurado são beneficiários do Regime Geral de Previdência Social na condição de seus dependentes. Veja-se, ainda, o teor do Enunciado 3 da I Jornada de Direito Civil do CJF, pelo qual “a redução do limite etário para a definição da capacidade civil aos 18 anos não altera o disposto no art. 16, I, da Lei nº 8.213/91, que regula específica situação de dependência econômica para fins previdenciários e outras situações similares de proteção, previstas em legislação especial”.

O mesmo, entretanto, não se aplica quanto à necessidade de nomeação de curador para o réu menor de vinte e um anos no Processo Penal (CPP, art. 162), eis que, neste caso, a lei visava justamente à nomeação de pessoa que representasse o menor relativamente incapaz no processo criminal, algo que não persiste, porquanto não existe mais a dita menoridade (cf., nesse sentido, REsp 799.493/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 14/06/2007, DJ 10/09/2007, p. 292).

São, também, relativamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, e devem ser