

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Flávio Luiz Teixeira Junior

Direito à vida do nascituro

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Flávio Luiz Teixeira Junior

Direito à vida do nascituro

Dissertação apresentada à Banca Examinadora como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, na sub-área de Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Diniz.

SÃO PAULO

2009

COMISSÃO EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, venho agradecer aos meus queridos pais, Regina e Flávio Luiz, não só pelo dom da vida, mas, em especial, por toda a orientação, conselhos e instruções que me passaram ao longo desses anos de mestrado, o que espelha sua absoluta preocupação com meu futuro e bem-estar.

Agradeço, em segundo lugar, aos meus queridos avós maternos, Clara e José, pelo carinho, abrigo e amor, desde minha infância, que me possibilitam tornar um adulto consciente e responsável. Não poderia deixar de mencionar minha avó paterna, Olívia, que disponibilizou seu lar durante meses necessários para preparação, leitura e absorção do tema ora tratado, e, em memória, meu avô Joaquim.

Outrossim, agradeço aos meus tios José Luis e Fátima, pelos conselhos e suporte, cediço de que todas as palavras foram ofertadas como irmãos de sangue, e não meros tios. No mesmo diapasão, Osvaldo, Leandro e Náthaly, pela importância que tenho em suas vidas, e Sílvia, que me auxiliou durante a visita à área neonatal do Hospital Municipal de Taipas.

Também agradeço ao enorme apoio e à sincera amizade fraternal de Frederico e Thaissa, Cauê, Thiago e Luciana.

Agradeço, ainda, aos queridos professores Márcio Pugliesi, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Wagner Balera, João Baptista de Mello e Souza Neto, Clilton Guimarães dos Santos, Roberto Casolato e Pedro Lenza, pelas palavras e ensinamentos que foram plantados em minhas mente e alma, o que apenas engrandeceu a presente obra.

Um agradecimento especial à minha orientadora, professora Maria Helena Diniz, que desde os tempos da graduação me agraciava com suas aulas e pensamentos, e que, com sua precípua técnica jurídica e aprofundamento de temas trazidos durante a pós-graduação, ampliaram minha visão sobre o Direito, sanando desilusões e revigorando o prazer pelo debate de pensamentos jurídicos.

Devo agradecer também à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, instituição que sempre me abrigou, e que posso considerar como lar.

E, por fim, mas jamais em último lugar em minha vida, agradeço com todo o meu coração e com toda a minha alma ao meu Senhor, Rei e Deus, Jesus Cristo de Nazaré, pela salvação, ao doce Espírito Santo pela inspiração e ao Pai, pelas bênçãos concedidas.

RESUMO

O presente trabalho objetiva demonstrar que, no direito brasileiro, o nascituro é pessoa humana desde a concepção, possuindo direitos decorrentes de sua personalidade, sendo que o mais importante é o fundamental direito à vida. A temática envolvendo este direito à vida se origina do valor da dignidade da pessoa humana, do qual decorre o princípio do respeito à vida humana, inserido na Constituição Federal, mas também assimilado dos tratados internacionais que o Brasil é signatário, e que influencia todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Como o direito é coerência e uniformidade, demonstra-se que a proteção ao direito à vida do nascituro ocorre tanto sob a ótica civilista – como com o direito aos alimentos reconhecido pela doutrina e jurisprudência, e com o desenvolvimento sadio na gravidez, produto da doutrina da proteção integral –, quanto sob a ótica penal, com a tipificação do delito de aborto. Essa proteção existe mesmo frente à semente de relativização deste direito à vida, como no julgamento da constitucionalidade do uso de embriões humanos como fonte de células-tronco, por interpretações divergentes dos textos legais, ou pelo apelo para a legalização do aborto eugênico.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direito à vida. Nascituro.

ABSTRACT

This work aims to present that, in the Brazilian law, the unborn is human person since the conception, owning rights originated of his personality, although the most important is the fundamental right to life. The subject matter involving this right to life originates of the respect to dignity of the human person value, which runs the principle of human life, inserted in the Federal Constitution, but also incorporated by the international conventions that the Brazil is signatory, and that influences all the Brazilian juridic ordenament.

As the right is coherence and uniformity, it presents that the protection of the right to life of the unborn happens as much by the civilistic optic – like with the right to support recognized by doctrine and jurisprudence, and with the healthy development of the pregnancy, product of the total protection doctrine –, as by the penal optic, with the tipification of the offense of the abortion. This protection happens even though the seed of relativization of this right to life, like in the judgment of the constitutionality of using human embryo as a source of stem cell, by divergent interpretations of legal texts, or by the appeal for the legalization of the eugenic abortion.

Key-words: Dignity of the human person. Right to life. Unborn.

SUMÁRIO

PREFÁCIO.....	IX
1. DIREITO À VIDA COMO EXPRESSÃO DO VALOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	1
1.1. Conceito de valor.....	1
1.2. Características dos valores.....	3
1.3. O valor da pessoa humana.....	5
2. PESSOA DO NASCITURO.....	10
2.1. Pessoa.....	10
2.1.1. Gênese.....	10
2.1.2. Pessoa natural.....	12
2.2. Nascituro.....	17
2.2.1. Conceito.....	17
2.2.2. Nascituro no direito romano.....	19
2.2.3. Evolução histórica do nascituro: do direito intermédio aos autores clássicos.....	21
2.2.4. Antecedentes históricos ao início da personalidade da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro.....	24
2.3. Teorias acerca do início da vida.....	29
2.3.1. Teoria natalista.....	29
2.3.2. Teoria da personalidade condicional.....	35
2.3.3. Teoria verdadeiramente concepcionista e sua problemática frente às fases embrionárias.....	36
2.4. Nascituro no direito comparado.....	54
2.4.1. Direito francês.....	55
2.4.2. Direito italiano.....	59
2.4.3. Direito espanhol.....	65
2.4.4. Direito português.....	72
2.4.5. América latina: Direito argentino, chileno, uruguaio.....	78
3. DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	84
3.1. Conceituação.....	84

3.2. Classificação.....	87
3.3. Características.....	89
3.4. Vida como direito da personalidade.....	91
3.5. Direitos conexos à vida.....	95
3.5.1. Direito à integridade física e psíquica.....	95
3.5.2. Direito a alimentos.....	101
4. DIREITO À VIDA.....	107
4.1. A vida como direito e garantia fundamental na Constituição Federal e a ADI nº 3510-0 – DF.....	107
4.2. A proteção à vida nos tratados internacionais.....	117
4.3. A doutrina da proteção integral e o ECA.....	124
4.3.1. Evolução histórica da doutrina da proteção integral.....	124
4.3.2. A doutrina da proteção integral aplicável ao nascituro.....	126
4.4. A proteção do direito à vida frente à tipificação do crime de aborto.....	129
4.4.1. Conceituação.....	131
4.4.2. Espécies.....	132
4.4.3. Abortos legais.....	134
4.4.4. Abortos criminosos quanto à finalidade e os alvarás judiciais.....	139
CONCLUSÕES.....	151
BIBLIOGRAFIA.....	155

PREFÁCIO

O homem, desde o princípio dos tempos, reflete sobre questões vinculadas a sua pessoa, existência, vida individual e em sociedade. Tais ponderações evoluem e se inovam com o passar das eras, nunca se tornando estanques, uma vez se basearem tanto no aprendizado histórico, como nos elementos culturais, aos quais está atrelado, e que também sujeitam-se a mudanças provenientes dos choques entre as gerações e dos diferentes povos agora aproximados pelo fenômeno da globalização.

Todos os acontecimentos fáticos, sociológicos, histórico-culturais influenciam o Direito e, conseqüentemente, o homem, uma vez que aquele só pode existir em função deste¹. Ora, o cientista do direito formula, reflete, inova e aperfeiçoa teses voltado para as normas jurídicas, que representam uma integração de fatos segundo valores, daí ser a norma jurídica, como ensina Miguel Reale, “expressão de valores que vão se concretizando na condicionalidade dos fatos histórico-sociais”². A normatividade não deve se afastar de seus sentidos histórico e axiológico, ambos indispensáveis para compreender sua aplicação na sociedade em que se visa atribuir direitos e exigir obrigações.

Levando-se em consideração que o direito não pode ser investigado abstraindo-se os valores, o cientista do direito deve sempre relacionar a realidade jurídica aos valores vigentes à época da norma jurídica elaborada³. Nos dias atuais, foi erigido como fundamental o valor da dignidade da pessoa humana, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, e presente nos tratados de direito internacional e nas cartas constitucionais contemporâneas, que positivando diversos direitos humanos, apontam para a indiscutível importância da vida a toda humanidade, não mais distinguindo um homem pela raça, sexo, cor, idade, origem, opção religiosa ou de opinião, uma vez serem todos membros da mesma família humana.

Todavia, como no caminhar histórico da humanidade suas reflexões filosóficas e as variações sociológicas e culturais implicam em teorias variáveis e imprecisões sobre um

1 Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v.1, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5.

2 Miguel Reale, *Filosofia do direito*, 19.ed, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 510.

3 Trata-se da teoria egológica formulada por Carlos Cossio. Nesse sentido, cf. Maria Helena Diniz, *A ciência jurídica*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 36.

4 Eduardo Bittar, Guilherme Almeida, *Curso de filosofia do direito*, 5. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 492. No mesmo sentido, Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 209-210 e 222-223, elucidando que a Declaração representou o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, os quais são, enfim, valores relacionados com a própria dignidade da pessoa humana.

mesmo tema, afastando conclusões que, não raras vezes, seriam simples, temos que uma pessoa natural específica permanece sub-valorizada e desrespeitada em muitas sociedades, a saber, os nascituros, aqueles por nascer, e que num sentido amplo tanto podem compreender os que encontram-se em gestação, no interior do seio materno, como também os embriões excedentes oriundos de processos de fertilização *in vitro* e *in vivo*. Seriam os nascituros pessoas humanas? Uma afirmação positiva não acarretaria uma implícita afirmação do início da vida? E o início da vida não seria um dos mistérios da humanidade? Seria possível ao direito formular uma teoria que respeitasse as outras ciências envolvidas com o tema, como a medicina, a filosofia, a teologia? Deve o direito esmiuçar tais questões?

Para o direito, torna-se indispensável o estabelecimento do marco inicial da vida, uma vez que a pessoa humana é sujeito de direitos, e detém personalidade jurídica, que é a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. A licitude e possibilidade de análise do momento em que a pessoa humana passa a ter direitos verifica-se também indispensável para o bem-estar da própria sociedade, que melhor poderá resguardá-los e protegê-los.

A abordagem dada aos nascituros sempre foi polêmica. Tanto no direito brasileiro, como no direito comparado, muitos são os defensores da teoria natalista, para quem a pessoa só adquire seus direitos a partir do nascimento com vida. Por outro lado, há os defensores da teoria concepcionista, ou seja, a pessoa tem direitos desde a concepção. E há também um posicionamento intermediário, adeptos da teoria da personalidade condicional, em que afirma-se existir personalidade no nascituro, mas que a mesma fica condicionada ao nascimento com vida. No direito brasileiro, a mesma norma do artigo 2º do Código Civil comporta diversas interpretações, mantendo a divergência sobre o tema, o que demonstra a grande importância no aprofundamento da questão sobre a pessoa humana dos nascituros.

Mas direito é coerência, direito é harmonia, e a interpretação de um conceito como a pessoa do nascituro pode ser extraída do valor da dignidade humana, baluarte da sociedade contemporânea, expressamente previsto em nossa Constituição Federal. Se a própria Magna Carta expressa a inviolabilidade do direito à vida da pessoa humana, não é aceitável uma interpretação restritiva – salvo nos casos previstos na própria Constituição, em que a afronta a tal direito seria tolerada.

Se mais não fora, o valor da dignidade da pessoa humana, que vigora com caráter universal, abrange o ser humano indistintamente, o que é verificado através de tratados

internacionais de direitos humanos, como o Pacto de São José da Costa Rica, que afirma ser pessoa todo ser humano, e que seu direito à vida deve ser protegido, em geral, desde o momento da concepção. Como signatário de tal instrumento, o Brasil incorpora tal assertiva em seu ordenamento jurídico, guardando harmonia com o erigido valor supremo da dignidade da pessoa humana, com o texto constitucional, e com outros textos legais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, através da doutrina da proteção integral, estabelece disposições que também resguardam a vida do nascituro, sem olvidar o próprio Código Penal brasileiro, que tipifica o delito de aborto.

Assim, a exegese do artigo 2º do Código Civil está sujeita à determinação do valor expressado na Constituição Federal, e no decorrente princípio que a ele se vincula, motivo pelo qual a metodologia utilizada no presente trabalho será de contínua demonstração da importância da proteção à vida do nascituro – vida esta como direito da personalidade, e que se reflete em outros direitos conexos, como a integridade física e mental, e a alimentos –, uma vez que é a mesma pessoa humana desde a concepção, e que perante o valor da dignidade da pessoa humana seu direito à vida é protegido em todo o nosso ordenamento.

São Paulo, 15 de dezembro de 2.008.

1. DIREITO À VIDA COMO EXPRESSÃO DO VALOR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Sendo o valor da dignidade da pessoa humana fundamental para a defesa do princípio da vida em qualquer ordenamento jurídico, entendemos conveniente iniciar o presente trabalho com uma conceituação do que se tratam os valores, de como estão presentes em nossa sociedade e no próprio homem, delineando suas características essenciais. Após tais noções básicas, abordaremos o valor da pessoa humana onde se verificará que, sendo inerente da natureza da pessoa humana, todos os seres são iguais em dignidade, daí sua expressão e reflexo no direito à vida. Por fim, sendo a dignidade da pessoa humana o valor supremo, veremos sua utilização como técnica hermenêutica na interpretação das normas jurídicas, o que demonstra a coerência e inter-ligação entre o texto constitucional e o restante do ordenamento jurídico.

1.1. Conceito de valor

Todos os homens, em seu íntimo, se guiam baseados em valores, focos de estimativa que dão sentido a suas concepções de vida⁵. Ao estudo dos valores dá-se o nome de axiologia, que enfrenta as questões acerca do que é valorado, das condições do conhecimento válido e da projeção histórica das valorações, uma vez que estas sempre poderão mudar. Acerca de uma definição para o conceito valor, seguimos a simplicidade apontada pelo saudoso Miguel Reale, de que “valor é o que vale”, assim como o “ser é aquilo que é”⁶. O autor explica que isso ocorre porque ou vemos as coisas pelo que são, ou pelo que valem, e, porque valem, devem ser.

O homem não age por instinto, é o único ser dotado da capacidade de agir livremente, de acordo com a sua vontade. É sobre essa liberdade de agir, pensar e ser que está fundado o universo axiológico. Agir para o bem ou para o mal é uma opção do ser humano, da mesma forma que o pensar humano pode se direcionar para o progresso ou retrocesso da humanidade, para a cura de uma enfermidade, ou a criação de uma arma bacteriológica. O homem define a si próprio, de acordo com as suas escolhas.

Estas escolhas estão impregnadas de valores, mas isso não quer dizer que o homem é conduzido unicamente pelas mesmas. Sim, pois o homem é um ser social, e em face do convívio em sociedade poderá deixar-se influenciar por valores expressados por outros

5 Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 37.

6 Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 187.

indivíduos. De forma ilustrativa, pensemos o indivíduo como uma ameba. Haverá o núcleo, formado pelas idéias que fazem parte de sua essência, aquilo que ele acredita, vive, é. O núcleo influenciará o restante do conjunto sistêmico, que reagirá de acordo com os conceitos daquele, assim, por exemplo, o núcleo do indivíduo pode ser sua fé, e todo o conjunto sistêmico (atitudes, posicionamentos, etc) reagirão com base na idéia registrada no núcleo duro. Ocorre que a realidade poderá alterar o núcleo, como por exemplo: o indivíduo considera-se em sua essência um vencedor, mas uma série de fracassos em sua vida poderá alterar aquilo que ele acredita de si mesmo. Outrossim, esse indivíduo interagirá com outros tantos, e sua área de interação, em nossa metáfora, sua membrana citoplásmica, se mesclará com a área de interação dos outros, fagocitando mais, ou menos, outros conceitos e valores inerentes a esses demais indivíduos. Poderá ocorrer até da área de interação atingir o próprio núcleo, do que resultaria uma “lavagem cerebral” e ambos agiriam, pensariam e veriam o mundo de igual maneira.

A ilustração supra demonstra que a sociedade, em si considerada, também é criadora de valores, uma vez que de sua interação com a sociedade o indivíduo pensa, age, se modifica e modifica seus semelhantes. As palavras de um líder político ou religioso, de um artista proeminente da mídia, ou mesmo de um esportista cultuado, poderão influenciar seus semelhantes, repassando seus próprios valores. Talvez uma compreensão de tais fatos seja mais simples se nos direcionarmos para o núcleo familiar, onde os pais influenciam seu filho ao longo da vida, e através da educação do mesmo é que transmitem e repassam seus valores. O filho, evidentemente, formará seus próprios valores, pois detém liberdade para tanto como qualquer ser humano, mas os valores transmitidos pelos pais, ainda que não venham a ser assimilados em sua totalidade, estarão impregnados em sua essência e o influenciarão com certa intensidade ao longo de sua vida.

Ainda, podemos afirmar que uma sociedade igualmente poderá influenciar outra sociedade, isto é, uma coletividade de indivíduos influenciando outra coletividade. Nesse sentido, tomemos os nipônicos, que sem renegar sua própria cultura e valores vieram a assimilar valores ocidentais⁷.

Esse seguir adiante de um valor, seja de pais para filhos, seja de sociedade para

⁷ Em verdade, como lembra Amartya Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 267, a identidade dos japoneses contemporâneos já vinha sofrendo uma mistura cultural além das introduzidas pelo furor da sociedade capitalista de consumo, relacionada a valores provenientes do próprio Leste Asiático, como por exemplo, no tocante a seus princípios religiosos, uma vez ser comum atualmente uma mesma pessoa ser budista e xintoísta.

sociedade, demonstra que os valores além de presentes no ambiente sociológico, também estão atrelados à história, e assim como esta não é estanque, também os valores poderão modificar-se pelo tempo. Mas note-se que, enquanto a natureza permanece imutável em sua ótica física – como o sol que hoje se levanta para iluminar nossas vidas em sua trajetória diurna sendo o mesmo que percorria os céus da Terra desde sua formação, com o florescer e frutificar das cerejeiras, seguindo sempre o mesmo propósito a que foram criadas, com o canto dos sabiás, sendo o mesmo louvor ao longo dos séculos –, o homem, em sentido contrário, altera seus valores se assim o desejar, pois, como já mencionado, é detentor da liberdade no agir e no pensar; logo, enquanto a natureza se repete, o homem inova e transcende⁸, influenciando o mundo e alterando-o ao longo das eras. Com isso, temos que a história não fala apenas do passado, como uma fotografia que aponta estaticamente aquilo que não retorna mais, mas reflete a continuidade e a interdependência entre presente, passado e futuro⁹. Desta relação de continuidade, o homem pode verificar suas experiências passadas e decidir se incorrerá nos mesmos erros, ou se evoluirá para novos conceitos, adotando novos valores.

Ao nascermos, adquirimos a visão de mundo moldada pelo passado coletivo, carregado de valores, crenças e preconceitos, cabendo a cada ser humano dotado de consciência e liberdade posicionar-se para o presente, frente às experiências passadas, almejando um futuro.

1.2. Características dos valores

Justificando o quanto elucidado, apontamos nesse momento as principais características dos valores, segundo conceituação de Miguel Reale¹⁰, a saber: bipolaridade, implicação recíproca, referibilidade, preferibilidade, incomensurabilidade, graduação hierárquica, objetividade, historicidade e inexaurabilidade.

A característica de bipolaridade significa que para cada valor há sempre um desvalor. Belo-feio, forte-fraco, preservação-destruição¹¹. Esta característica resta evidenciada ao longo da história do homem, sendo que exemplos podem ser citados ao longo de todas as eras; nesse sentido, contra a opressão do Império Romano que criava dificuldades à prática de culto na província da Judéia, primeiramente uma revolta – dos Macabeus – intentou reverter a

8 Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 205.

9 Bittar & Almeida, *Curso...*, cit., p. 484.

10 Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p.189-192.

11 Bittar & Almeida, *Curso...*, cit., p. 488.

situação, a qual, todavia, somente se alterou com o advento do cristianismo e seus valores de tolerância, respeito e amor ao próximo, e que não apenas influenciaram a própria religião judaica, mas todo o mundo helênico.

Sempre teremos, portanto, valores negativos ou contra-valores, e valores positivos, estes geralmente se realçando após um período em que um contra-valor se manifestou proeminentemente. E esse conflito entre os valores negativos e positivos demonstra-se claramente no direito, que tutelará estes e buscará impedir aqueles.

Desta bipolaridade se observa a implicação recíproca dos valores, uma vez que nenhum se realiza sem influenciar, direta ou indiretamente, os demais. Isto é, aquele que aplica determinado valor quer fazê-lo valer para todos os outros, criando uma força expansiva e absorvente nos valores¹². Daí existirem, ao longo da história, choques culturais entre sociedades, uma vez que cada uma destas procura impor às demais os valores que tem para si como mais importantes¹³.

Também da bipolaridade se deflui a referibilidade, uma vez que o valor sempre implica a tomada de uma posição. A positividade ou negatividade dos valores é, geralmente, exemplificada por vetores, que apontam sentidos diversos, e que determinam condutas diferenciadas.

Desta referência valorativa é que se aponta a preferibilidade. Oscar Vilhena Vieira lembra que, quando reivindicamos um direito – conceito utilizado pelo autor como equivalente a valor – a que nos diz respeito, tal reivindicação deverá prevalecer sobre outros valores ou interesses que não são protegidos por direitos. Exemplificando, não é possível ao Estado, com o intuito de reduzir a criminalidade, adotar práticas de tortura ao reeducando¹⁴, uma vez que tais posturas contrariam valores por nós reconhecidos como motivo de conduta.

Sendo possível ordenar os valores numa ordem preferencial, temos a característica de graduação hierárquica, ainda que tais valores sejam, em si mesmos, incomensuráveis.

¹² Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 189-190.

¹³ Tome-se o exemplo das Cruzadas: quando os cristãos europeus tomaram Jerusalém em 1099, sob o comando de Gofredo de Bulhão, o fizeram mediante grande derramar de sangue, impondo sua cultura e fé aos sobreviventes, expressões de seus valores. De seu turno, quando o sultão Saladino retomou a cidade, em 1187, o fez mediante os ensinamentos do Alcorão, sem vingança (Surata 16:127), e, com o cessar das hostilidades, sem derramamento de sangue (Surata 2:193-194), lavando então o chão de todos os edifícios da cidade, para purificá-la, ou seja, demonstrando um contra-valor ao exercido pelos cristãos. No mesmo sentido, Amartya Sen, *Desenvolvimento...*, cit., p. 274, lembra que no século XII o erudito judeu Maimônides fora obrigado a fugir de uma Europa intolerante donde nascera, e da perseguição aos judeus lá praticada, para a segurança de um Cairo tolerante e respeitoso aos direitos civis, sob proteção de Saladino.

¹⁴ Oscar Vilhena Vieira, *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23. Com efeito, em nosso ordenamento como cláusula pétrea a disposição contida no artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e” da Constituição Federal proíbe a adoção de penas que envolvam a prática de tortura.

A impossibilidade absoluta de mensuração decorre da inadmissão de quantificar ou numerar um valor, insuscetível de ser comparado segundo qualquer unidade ou denominador comum. Com efeito, como mensurar valores como o belo, o útil, o bem?

Há de se ressaltar que a incomensurabilidade difere da possibilidade de se classificar os valores. Miguel Reale lembra ser possível uma distinção geral entre valores subordinantes e subordinados, também chamados valores-fim e valores-meio, ou autônomos e derivados; do ponto de vista material, uma distinção entre valores sensoriais e espirituais; sendo que ele mesmo apresenta discriminação do ponto de vista do conteúdo, apontando os valores do verdadeiro (ainda que não propriamente um valor, mas uma relação objetiva), do belo (decorrente das Artes e da Estética), do útil (fundante da atividade econômica), do santo (ou do transcendente ou do religioso), e do bem (envolvendo a moral, o direito, o costume e a ética de forma geral)¹⁵.

Quanto às três últimas características, inter-relacionadas, vimos que os valores não surgem em si mesmos, mas são resultado das experiências do homem ao longo da história, de suas experiências, de suas reflexões. Como o homem nunca se encerrará em si mesmo, assim também os valores nunca poderão se exaurir; logo, possuem objetividade porque “por mais que o homem atinja resultados e realize obras de ciência ou de arte, de bem e de beleza, jamais tais obras chegarão a exaurir a possibilidade dos valores, que representam sempre uma abertura para novas determinações do gênio inventivo e criador”¹⁶.

1.3. O valor da pessoa humana

Um valor em específico, ao longo de todos os fluxos históricos da humanidade, sempre se mostrou presente, e que o homem tanto por sua compreensão individual, como social, foi ampliando a proteção. Trata-se do valor da dignidade da pessoa humana.

Mas poder-se-ia conceituar tal valor? Ingo W. Sarlet lembra que uma definição clara e pontual não seria possível, uma vez tratar-se de conceito com contornos vagos e imprecisos, sendo tal princípio uma categoria axiológica aberta, ainda mais frente ao pluralismo e à diversidade de valores que se manifestam em nossas sociedades contemporâneas¹⁷. Todavia, levando-se em consideração justamente a característica de sua historicidade, é possível verificar parâmetros para sua delinação, havendo raízes no pensamento clássico e cristão.

¹⁵ Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 234-239.

¹⁶ Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 208.

¹⁷ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, 8. ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 117.

Pela ótica cristã, em face do valor da dignidade da pessoa humana sempre esteve presente nos livros do Antigo e Novo Testamento, face o conceito apresentado desde o Gênesis de que *Elohim*¹⁸ criaram o ser humano com o propósito de refletirem – homem e mulher – sua imagem. Nesse preciso sentido, o cômico José Adriano afirma que a fundamentação religiosa da dignidade do homem encontra-se no modelo teológico da criação: homem como imagem de Deus, pessoa como centro do universo e agente da história¹⁹. Com isso, depreende-se que o ser humano é dotado de um valor próprio que lhe é intrínseco, baseado no propósito salvador de Deus e em sua dádiva concedida exclusivamente ao homem.

No pensamento clássico, a dignidade (*dignitas*) relacionava-se com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento junto à sociedade, existindo uma modulação da dignidade, ao passo que, no pensamento estóico, a dignidade estava vinculada tanto à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo, quanto à idéia de que todos, no que tange à sua natureza humana, eram dotados de igual dignidade²⁰.

O pensamento jusnaturalista racionalizou e laicizou a concepção de dignidade da pessoa humana, mas permaneceu presente o entendimento de que pessoas devem ser tratadas com dignidade pelo simples fato de serem pessoas, e não como meios ou meros instrumentos para a satisfação de nossos desejos, sendo tal conceito expresso por Kant na segunda formulação do imperativo categórico²¹. Por este entendimento, temos que a dignidade da pessoa humana impõe constrangimentos a todas as ações que não tomem a pessoa como fim.

Mas foi após o desvalor da indignidade do ser humano revelado na Segunda Guerra Mundial que o valor da dignidade da pessoa humana ampliou sua concepção.

O documento que erigiu de forma cristalina tal valor foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que inspira e é preservado pelo DIDH – Direito Internacional dos Direitos Humanos. Logo em seus considerandos, a Declaração Universal igualou o conceito de dignidade ao de respeito, decorrente de uma ética universal. Para a Declaração, a condição de

18 Uma das doutrinas fundamentais do judaísmo-cristianismo é a da Tri-Unidade de Deus, a saber, Deus é o Pai, é o Filho e é o Espírito Santo, mas é um só; Ele é três, mas é um. Daí a presença da forma plural do substantivo que designa o Deus de Israel (*‘ēlōhīm*), presente no Gênesis (Capítulo 1), em Isaías (6:8), em 1João (5:7) e em outras partes do Livro Sagrado.

19 José Adriano, Direitos Humanos e Dignidade, *Revista de Cultura Teológica*, São Paulo, ano IV, nº 14, p.7-12, jan/mar 1996.

20 Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 4. ed. rev. atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 30-31.

21 Como lembra Guido de Almeida, *Moralidade e racionalidade na teoria moral kantiana*, p. 167, a teoria moral kantiana baseia-se em duas teses: “1) que agir moralmente consiste em agir com base em regras universalizáveis, que qualquer outro ser racional possa adotar como suas; 2) que devemos agir com base em regras universalizáveis pela simples razão que somos racionais”. No tocante à segunda formulação do imperativo, verificar a nota de rodapé nº 50.

pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, daí a essência da dignidade ser o respeito mútuo. A partir dela o valor da dignidade da pessoa humana passou a ser introduzido nos textos constitucionais, consagrando-o como um super-princípio a orientar o direito interno e o internacional.

Com base na Declaração Universal é que Ingo Sarlet afirma²²: “a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável, na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”. Sendo inerente da natureza da pessoa humana, todos, até mesmo o maior dos criminosos, são iguais em dignidade.

Complementando tal digressão, temos o pronunciamento da Ministra Cármen Lúcia no sentido de que “dignidade é o pressuposto da idéia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal”²³. Daí a afirmação de Sarlet de que o reconhecimento expresso do princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal), demonstra a tomada de posição quanto ao sentido, finalidade e justificação do exercício do poder estatal, isto é, reconheceu-se que o Estado existe em função da pessoa humana, e não o contrário²⁴.

Esta compreensão e proteção do valor da dignidade da pessoa humana também se encontra expressa em outros ordenamentos jurídicos.

Segundo leciona Massimo Dogliotti²⁵, o artigo 3º da constituição italiana determina a tutela de uma vida digna aos cidadãos, e esta perspectiva implica no dever do Estado à sociedade na eliminação de obstáculos a tal paridade, bem como, nas proteções que daí emanam para resguardar o bem supremo da vida nas legislações civis (cujo respeito se expressa nas relações familiares) e penais (com tipificação de condutas, como aborto).

De seu turno, Miguel Ángel Divito²⁶ afirma que a dignidade de todos os seres

22 Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia...*, cit., p. 118.

23 Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*, texto mimeografado em palestra proferida na XVII Conferência Nacional da OAB/RJ, 29/08/99, p. 4, *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 9.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.30-31

24 Sarlet, *A eficácia...*, cit., p. 114-115.

25 Massimo Dogliotti, *La vita e l'integrità fisica*, p. 69 e ss., in Pietro Rescigno (Org.), *Trattato di diritto privato*, v2 – persone e famiglia tomo primo, Torino: UTET, 1997.

26 Miguel Ángel Divito, *Constitución de la Nación Argentina*, 5. ed., Buenos Aires: Libreria Histórica, 2007, p. 22

humanos, e não apenas de grupos limitados, deve ser salvaguardada por uma Constituição, o que implica no reconhecimento de uma concepção personalista do Estado, segundo a qual a única e verdadeira finalidade é o homem, com o Estado e as instituições que o formam sendo não mais que meios ao seu serviço. Perante esta concepção, todo ser humano é pessoa e, conseqüentemente, todos os homens têm o direito de viver com dignidade. Arremata afirmando que toda Constituição autêntica deve consagrar este direito para todos seus habitantes – e não apenas para seus cidadãos –, o que, ao seu ver, encontra-se presente no artigo 14 da Constituição argentina.

Leonardo Martins²⁷, analisando o sistema dos direitos fundamentais da *Grundgesetz*, a Lei Fundamental alemã, destaca que antes do rol de tais direitos, o artigo 1 I GG consagra a dignidade da pessoa humana como bem constitucional “intocável”, cuja observância e proteção resta obrigada ao Estado.

Oscar Vieira²⁸ lembra que a dignidade da pessoa humana, expressada no artigo 1º, inciso III, de nossa Constituição Federal, é multidimensional, posto que associada por um conjunto de condições ligadas à pessoa humana, iniciando-se, é verdade, com a vida, mas também seguindo para a integridade física e psíquica, moral, condições materiais de bem-estar, liberdade.

Nesse sentido, Vieira de Andrade sustenta que a dignidade da pessoa humana firma-se na base de todos os direitos fundamentais assegurados no âmbito constitucional, mas que haverá um grau de vinculação diferenciado entre estes diversos direitos e o valor da dignidade de que são decorrentes²⁹. Vimos, anteriormente, que Miguel Reale apresenta como uma das características dos valores sua incomensurabilidade, mas que esta não impossibilitava a classificação dos mesmos. Ora, a qualificação do valor da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental (CF, art. 1º, III) traduz uma declaração de conteúdo ético-moral constituída em norma jurídico-positiva, dotada de status constitucional, sendo o valor jurídico fundamental da sociedade. O fato de muitos o considerarem um valor fonte, que anima a existência do ordenamento jurídico, justifica sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa³⁰.

27 Leonardo Martins (Org.), Jürgen Schwabe (Ed.), *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 90.

28 Oscar Vieira, *Direitos...*, cit., p. 63.

29 José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 2007, p. 101-2 apud Sarlet, *Dignidade...*, cit., p. 79.

30 Sarlet, *Dignidade...*, cit., p. 70, que também cita os trabalhos de Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3.ed., Coimbra: Almedina, 1999, p. 1085 e Klaus Stern, *Das staatsrecht der bundesrepublik*

H. C. Nipperdey entende que o que se resguarda é a dignidade da pessoa humana determinada, ou seja, o valor em tela não abarca a dignidade da pessoa humana em abstrato³¹. Haveria alguma diferenciação entre dignidade da pessoa humana e dignidade humana? Entendemos que não. A expressão “humanidade” significa natureza humana, e somente o homem pode ser considerado pessoa.

Acarretaria tal assertiva a conclusão de que o valor da pessoa humana seria absoluto? Miguel Reale pondera se haveria um valor subordinante absoluto, ou se os valores seriam todos relativos a cada momento da história humana, dependendo das circunstâncias mutáveis da vida social. Para o referido autor, o valor da pessoa humana deveria ser reputado como fundamental, valor-fonte, condição de todos os demais³². Mas Sarlet pondera que, ainda que a dignidade em sua qualidade de valor intrínseco da pessoa humana não poderá ser sacrificada pois é, em si mesma, insubstituível, também concorda que não haveria como afastar sua relativização, em homenagem à igual dignidade de todos os seres humanos³³.

O autor também destaca a proeminência de decisões de nossos Tribunais, utilizando-se do valor da dignidade da pessoa humana como critério hermenêutico, fundamento das controvérsias, na interpretação das normas infraconstitucionais³⁴. Do mesmo modo, o pensamento de Juarez Freitas, onde há não apenas um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas uma hermenêutica que tenha presente “o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida”³⁵. Reputamos correta tal técnica, uma vez que este valor supremo há de reger todos os ordenamentos jurídicos que a reconhecerem, assumindo sua condição de metacritério para as soluções tomadas no caso concreto, em especial quando conectada com o direito à vida.

Assim, ao longo do presente trabalho, digressaremos sobre o valor da dignidade da pessoa humana e seu reflexo no direito brasileiro, enfocando o direito fundamental à vida da pessoa humana, especificamente a pessoa do nascituro, demonstrando que a coerência jurídica e a técnica hermenêutica de interpretação prevê tal direito tanto na Constituição Federal como na legislação infraconstitucional e nos tratados internacionais do qual o país é signatário.

deutschland, v. III/1, Munchen: C.H. Beck, 1988, p. 23

31 H.C. Nipperdey, in Neumann, Nipperdey, Scheuener (Org), *Die grundrechte*, v. II, p. 3 apud Sarlet, *A eficácia...*, cit., p. 120.

32 Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 228.

33 Sarlet, *Dignidade...*, cit., p. 74.

34 Sarlet, *Dignidade...*, cit., p. 80.

35 Juarez Freitas, *Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional*, in AJURIS nº 76, 1999, p. 406 apud Sarlet, *Dignidade...*, cit., p. 83.

2. PESSOA DO NASCITURO

“Pois criaste o meu interior; entreteceste-me no ventre da minha mãe. Eu te louvo porque de um modo terrível e maravilhoso fui formado; maravilhosas são as tuas obras, e a minha alma o sabe muito bem. Os meus ossos não te foram encobertos, quando no oculto fui formado. Quando fui entretecido nas profundezas da terra, os teus olhos viram o meu corpo ainda informe. Todos os dias que foram ordenados para mim, no teu livro foram escritos quando nenhum deles havia ainda” (Salmos 139:13-16).³⁶

Apresentaremos no presente capítulo o nascituro, ser humano que merece total resguardo e proteção do direito, mas que é vítima de abusos decorrentes de questionamentos ultrapassados quanto ao início da vida, e de interpretações errôneas relacionadas aos conceitos de personalidade e capacidade. Assim, iniciaremos nossa análise com a definição e origem de “pessoa” para o direito, delineando de que se trata a pessoa natural e como o nascituro se enquadra perfeitamente nesta noção. Acerca do nascituro, abordaremos sua gênese no direito romano, as teorias clássicas acerca de sua pessoa, a evolução histórica no direito civil brasileiro, e as teorias acerca da origem da vida. Durante esta análise, aproveitaremos para trazer elementos da embriologia, facilitando a compreensão da teoria concepcionista como a que melhor se coaduna ao direito brasileiro. Enfim, faremos comparações entre o direito brasileiro e o estrangeiro, apontando semelhanças e diferenças.

2.1. Pessoa

2.1.1. Gênese

A etimologia de “pessoa” provém do latim “*persona*”, e guardava relação com o teatro grego clássico, sendo, num primeiro momento, a máscara utilizada pelos atores para amplificação de suas vozes. Posteriormente, “*persona*” veio a identificar a atuação do papel representado pelo ator, vindo por fim a se confundir com o próprio ator que o representava.

A partir de tal ponto, segundo ensina Washington de Barros³⁷, “pessoa” passa a apresentar três sentidos: o primeiro, tido como vulgar, face a sinonímia da expressão com o próprio ser humano, mas que não pode ser considerada como precisa, de um lado pelo fato de já terem existido seres humanos que não eram considerados pessoas, a saber, os escravos, bem como, pelo fato de que há instituições que possuem direitos e detêm deveres, mas que como

36 Todas as citações bíblicas presentes nesta obra foram extraídas da Bíblia de Referência Thompson, cuja tradução brasileira foi realizada por Editora Vida.

37 Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil*, v. 1: parte geral. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62.

tais não são humanos, isto é, as chamadas pessoas jurídicas. O segundo sentido é o filosófico, sendo pessoa o que realiza seu fim moral e emprega sua atividade de modo consciente. Assim, verificamos poder ser pessoa tanto o homem, como a coletividade, preenchendo tais condições. Enfim, a terceira acepção é a jurídica, sendo pessoa o ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações.

Evidentemente, é a terceira acepção a que nos interessa, posto ser a que trata das relações jurídicas, que guardam relação com o direito. É a ordem jurídica a que transforma relações humanas em jurídicas. Mas não todas. Os fatos irrelevantes, as relações e fatos que expressam sentimento puramente espiritual, moral, científico, por exemplo, não podem ser relações jurídicas, já que estas pressupõem uma determinação legal que lhes comunica os efeitos necessários, de criação, modificação ou extinção³⁸. Nesse sentido, relação jurídica é “aquela relação humana que o ordenamento jurídico acha de tal modo relevante que lhe dá o prestígio de sua força coercitiva”³⁹; estabelecendo-se entre indivíduos porque a intenção do direito é regular os interesses humanos; daí que toda relação jurídica tem por titular a pessoa humana.

Ao surgirem, as relações jurídicas envolvem uma relação de poder que corresponde a uma paralela de subordinação; envolvem, portanto, dois fenômenos correlatos e interdependentes: o poder e o dever. Essa ordem jurídica é representada pelo direito objetivo, que, como elucida Silvio Rodrigues⁴⁰, é a “norma posta a vigor num determinado momento, para reger as relações dos homens vivendo em sociedade”, apresentando-se de forma obrigatória e prescrevendo uma sanção pela eventual violação.

Já direito subjetivo, para o mesmo autor, é “norma de prerrogativa que para o indivíduo decorre da norma objetiva, quando ele é o titular do direito”⁴¹, do que se depreende não haver direito subjetivo sem que se tenha sujeito. Goffredo Telles Junior complementa tal conceituação, lembrando que direito subjetivo é a permissão dada através da norma jurídica para se fazer ou não fazer alguma coisa, para se ter ou não ter algo, e para exigir pelos meios processuais adequados, e frente aos órgãos do poder público, o cumprimento da norma infringida nos casos de violação⁴².

38 Serpa Lopes, *Curso de direito civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953, p. 188.

39 José Tavares *apud* Silvio Rodrigues: “relação jurídica é, pois, toda relação da vida social regulada pelo direito” (*Os princípios fundamentais do direito civil*, 2. ed., Coimbra, 1929, v.1, n.1). No mesmo sentido, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal transmite a lição de Carnellutti, segundo a qual a relação jurídica emerge quando o direito regula os conflitos de interesses entre os homens.

40 Silvio Rodrigues, *Direito civil*, v. 1: Parte geral. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 34.

41 Silvio Rodrigues, *Direito...*, cit., p.35.

42 Goffredo Telles Junior, *O direito quântico*: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 6. ed. São Paulo:

No tocante à permissão de fazer ou não fazer, ter ou não ter, podemos dizer que é decorrente do princípio constitucional da legalidade, pois ninguém está obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Há os que entendem a permissão demonstrar a *facultas agendi*, a faculdade humana inerente das pessoas no tocante ao direito subjetivo, mas que, em face do ordenamento, estará vinculada à permissão ou proibição. Mas Goffredo Telles Junior esclarece não se tratarem as permissões de faculdades: “sendo potência, uma faculdade não é um ato, mas a aptidão para produzir um ato. Logo, a faculdade antecede o ato (...) a faculdade, ou potência, é possibilidade: é a possibilidade de ser. A possibilidade de se fazer ato” e complementa “direito subjetivo não é a faculdade de agir, mas é a permissão, dada por meio de norma jurídica, para usar a faculdade de agir”⁴³.

Assim, por exemplo, duas pessoas têm a faculdade de escolher se pretendem se casar ou permanecem solteiras. Esta liberdade de escolha antecede o ato jurídico que consiste no matrimônio civil. Mas a permissão da norma limita-se ao casamento de homem com mulher; eventual faculdade de constituir matrimônio por pessoas do mesmo sexo torna-se impossível diante da ausência de permissão do direito (artigo 226 da Constituição Federal c/c 1514 do Código Civil). Logo, no exemplo dado, homem e mulher tem direito subjetivo para contrair matrimônio, mas pessoas do mesmo sexo não o têm.

Outrossim, do direito subjetivo também decorre a defesa dos direitos, de fazer cessar o ato ilícito, de reclamar reparação pelo dano, e isto se dá pelas garantias das normas jurídicas. Nesse tocante, a relação jurídica do direito subjetivo se fará entre um sujeito ativo, que é o titular desse direito, e o passivo, que é o responsável, ou pelo cumprimento de uma obrigação para com o primeiro, ou de se abster de algum comportamento que venha prejudicar tal direito.

Assim, temos que toda relação jurídica importa um titular. E como elucida Pontes de Miranda⁴⁴, “no suporte fático de qualquer fato jurídico, de que surge direito, há, necessariamente, alguma pessoa, como elemento de suporte”.

2.1.2. Pessoa natural

Essa pessoa poderá ser de duas ordens, a natural, que se refere ao ser humano, e a jurídica, ente moral a quem o ordenamento atribui personalidade, isto é, aptidão genérica para

Max Limonad, 1985, p. 389.

43 Goffredo Telles Junior, *O direito...*, cit., p. 392 e 398.

44 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*: parte especial, Tomo VII: Direito da Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e validade do casamento), Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 5.

adquirir direitos e contrair obrigações.

No passado, a pessoa natural não compreendia todos os seres humanos, mas tendo em vista que uma das características do homem é reavaliar seus valores, os quais também sofrem influência de elementos históricos, culturais e sociais, como se procederam as mudanças quanto à abrangência da pessoa natural?

Ora, é em decorrência da história que o homem toma seus próximos passos, com base em seus erros e acertos anteriores; conforme suas próprias ponderações, combinadas ao livre discernimento, é que o homem ou reitera posicionamentos, ideologias e teses, ou então evolui para um patamar mais altaneiro.

Como Goethe já dizia, “quem é firme em seus propósitos molda o mundo a seu gosto”, mas tal modulação pode servir para o progresso, ou retrocesso da humanidade.

Ao moldar, pois, o mundo ao seu redor, o homem não vive apenas do passado, mas almeja o futuro, e o faz a partir de suas experiências. Mas não apenas destas; antes, atrela-as à sua cultura, tal qual explicita Edward Tylor:

“Cultura ou civilização, em seu amplo sentido etnográfico, é esse todo complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade. A condição da cultura entre as diferentes sociedades da Humanidade, enquanto for passível de ser investigada em seus princípios gerais, é um assunto apto para o estudo das leis do pensamento humano e da ação.”⁴⁵

Cada sistema cultural – de cada sociedade – está sujeito às mudanças históricas, provenientes dos choques entre as gerações, e nesse sentido podemos citar, por exemplo, o elevado conceito de moralidade da família do final do século XIX e início do XX, onde o adultério era prática criminosa, ao relativismo da família do século XXI, onde tal fato além de tornar-se atípico⁴⁶, chega a ser praticado como algo corriqueiro, cotidiano, ainda que mantenha sua ilicitude civil (arts. 1.566, I c/c 1.573, I, do Código Civil). Isto demonstra a afirmação de Miguel Reale, de que cada época pratica seus valores em sua plenitude e autenticidade⁴⁷.

No tocante à pessoa humana, as nações da Idade Antiga, como egípcios, hebreus, babilônios, gregos e romanos, consideravam os escravos como coisa, bens, “ferramentas

45 Edward Burnett Tylor, *Primitive culture: Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Art and Custom*, 1871, p. 8: “Culture or civilization, taken in its wide ethnographic sense, is that complex whole which includes knowledge, belief, art, moral, law, custom, and any other capabilities and habits acquired by man as a member of society. The condition of culture among the various societies of mankind, in so far as it is capable of being investigated on general principles, is a subject apt for the study of laws of human thought and action”.

46 A Lei nº 11.106/05 revogou o artigo 240 do Código Penal.

47 Miguel Reale, *Filosofia...*, cit., p. 498.

humanas” e não como seres humanos detentores de personalidade e, consequentemente, capacidade no âmbito civil.

Focando a evolução histórica no Império Romano, temos que este sofreu drástica influência dos ensinamentos de Jesus Cristo, cujas boas novas do Reino foram propagadas pelos discípulos, e esta consideração sócio-cultural influenciou o conceito de pessoa humana. Célebre a carta de Paulo de Tarso à Filemom, intercedendo para que este tanto recebesse seu escravo fugitivo Onésimo – o qual tinha se convertido a Cristo e se arrependera de seus atos, o que implicava a responsabilidade em retornar a seu dono –, mas, ainda, que o recebesse como irmão⁴⁸. Essa mudança de comportamento disseminou-se por toda a extensão do Império, levando posteriormente Constantino a, inclusive, mudar a religião oficial. Passaria, então, a pessoa humana a ser considerada indistintamente a todos os homens? Infelizmente, não.

Com a cisão do Império romano, e a criação dos reinos medievais, que pouco a pouco se tornaram absolutistas, outros valores passaram a predominar. Distinções providas de sexo, idade, raça, privilégios de nascimento, entre outros, distinguiam os homens, e não tardou para que o homem voltasse a escravizar, desta vez pelo quesito cor. Tais desrespeitos ocorriam e levaram pensadores como Rousseau⁴⁹ e Kant⁵⁰ a questionarem desigualdades, disparidades, preconceitos. Com isso, documentos de proteção aos direitos dos homens passaram a ser erigidos, demonstrando sempre o repensar, pelo homem, de seus valores. Nesse sentido, a Declaração dos Representantes dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, a Declaração de Direitos da Virgínia, de 1787, e posteriormente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que afastou o *Anciën Regime*, são exemplos de que todos os homens voltaram a ser vistos como iguais. Poderíamos afirmar, pois, que a partir desse momento, pessoa seria todo ser humano?

Ocorre que, como num ciclo vicioso, desrespeitos à humanidade retornaram, e a

48 “Bem pode ser que ele se tenha separado de ti por algum tempo, para que o retivesses para sempre, não já como escravo, antes, mais do que escravo, como irmão amado, particularmente de mim, e quanto mais de ti, assim na carne como no Senhor. Portanto, se me tens por companheiro, recebe-o como a mim mesmo” (Filemon, versículos 15-17).

49 Rousseau, *O contrato social*, Trad. Antônio de Pádua Danesi. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 13: “Já que nenhum homem tem autoridade natural sobre seu semelhante, e uma vez que a força não produz direito algum, restam então as convenções como base de toda autoridade legítima entre os homens”.

50 A sugestão de Kant, *Fundamentos da metafísica dos costumes*, Trad. de Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Edipro, 1997, p. 79, é de que o homem, como ser de natureza racional, tem domínio de si próprio, e como tal, fazer uso de outro homem é torná-lo meio, afronta o dever moral, daí a segunda formulação do Imperativo: “Age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio”.

manifestação mais gritante foi o regime nazista, o famigerado Terceiro Reich. Durante a Segunda Guerra Mundial, verificamos o descaso com a pessoa humana, em face dos campos de concentração nazistas, da discriminação de povos, raças e etnias, com Josef Mengele realizando suas experiências em seres humanos como se estes fossem meros animais de laboratório⁵¹, onde pereceram cerca de sessenta milhões de pessoas, sem olvidar as tragédias de Hiroshima e Nagasaki. O homem aniquilando o próprio homem.

Com o término do conflito, um novo documento repisou o reconhecimento da dignidade inerente a toda a família humana, a saber, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948⁵². A partir desse momento, a problematização seria a alegada relativização de tais direitos a todas as nações da Terra, como se ocidente e oriente não pudessem ambos abraçar-se, como se ambos não abrigassem o ser humano, único e igual aonde quer que se encontre.

Desse turno, a maioria das constituições modernas passaram a expressar tal igualdade, como melhor se abordará adiante, com melhor delinação dos valores que regem tal paridade. Já os códigos civis, no tocante à utilização da pessoa humana como ente jurídico, apresentaram certa distinção terminológica: o Código Civil brasileiro adota a expressão pessoa natural, o que foi criticado por Teixeira de Freitas, que afirmava poder entender-se existirem “pessoas não-naturais”⁵³ – mas tal argumento foi igualmente rebatido pela doutrina, já que o próprio homem cria entes personalizados, que são tão naturais quanto o espírito que os gerou; o Código Civil argentino veio a adotar a expressão sugerida por Teixeira de Freitas, a saber, “ser de existência visível” para designar o homem, e “seres de existência real” para os entes coletivos (arts. 31 e 32); ao passo que o Código Civil francês utilizou “pessoa física”, porém, lembramos que o homem é mais do que meramente corpo, apresentando também elementos anímicos que repercutem em sua personalidade, daí que, entre as terminologias apresentadas, pessoa natural ainda é a que melhor se apresenta.

Ocorre que, mesmo com todos os avanços propugnados por juristas e filósofos, e verificados nos textos legais, ainda assim existem questionamentos acerca de seres que, apesar de fazerem parte da humanidade, isto é, de serem seres humanos, não são considerados

51 Josef Mengele, médico alemão nazista, conduziu em Auschwitz experiências com gêmeos, anões, pessoas com gigantismo e outras anomalias físicas, vindo a chamar-se “Anjo da Morte”.

52 Bittar & Almeida, *Curso...*, cit., p. 492. No mesmo sentido, Comparato, *A afirmação...*, cit., p. 209-210 e 222-223, elucidando que a Declaração representou o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, os quais são, enfim, valores relacionados com a própria dignidade da pessoa humana.

53 Carlos Roberto Gonçalves. *Direito civil brasileiro*, v. 1: parte geral, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 75.

pessoas. Trata-se dos nascituros, tidos por entes despersonalizados, ou despersonificados.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho afirma que “o homem e a mulher, enquanto se encontrem em processo de gestação no útero materno (nascituros), são já sujeitos de direito, embora não sejam ainda pessoas”⁵⁴, tratando-os por “sujeito despersonificado humano”.

A existência de grupos despersonalizados efetivamente estão presentes em nosso ordenamento, pois de que forma poderíamos classificar a massa falida, o espólio, o condomínio? Mas a personificação anômala destes não ofende o princípio da dignidade da pessoa humana, nem os valores expressados pelo homem e pela sociedade, pois o conjunto de direitos e obrigações destas pessoas e bens despersonalizados, mas com capacidade processual mediante representação, é entidade criada pelo direito para melhor disciplinar os interesses do homem. O próprio Fábio Ulhoa Coelho afirma que são, “em última análise, técnicas de separação patrimonial destinadas a cumprir uma finalidade”, que vêm a justificar sua constituição e, conseqüentemente, os negócios que estarão autorizadas a praticar.⁵⁵

Mas tal não ocorre com o dito “sujeito despersonificado humano”, posto ser, invariavelmente, desde a concepção, um ser humano em pleno desenvolvimento. Estaríamos diante de mais um retrocesso? Aos homens que já caminham na Terra reconhecemos a humanidade, não havendo mais distinções e discriminações decorrentes de fatores preconceituosos, mas àqueles que ainda se encontram em desenvolvimento intra-uterino, negamos a qualidade de humanos? Com todos os avanços da medicina, e o conhecimento cada vez mais amplo do genoma humano, do estudo do embrião e suas fases de desenvolvimento, da psicologia do feto quanto aos fatores da gravidez e suas conseqüências na vida pós-parto, podemos permanecer com um posicionamento de ser o nascituro um sujeito despersonalizado? Devem os nascituros ser tidos como entes despersonalizados, seres que orbitam nosso ordenamento jurídico como um Plutão no Sistema Solar⁵⁶? Acaso o Direito sempre considerou de tal forma os nascituros? Abordamos tais questões ao longo do tópico seguinte.

54 Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 145.

55 Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., p. 152.

56 O motivo pelo qual utilizamos de liberdade poética para comparar os nascituros à Plutão decorre do fato da União Astronômica Internacional, em 24.08.2006, formalmente ter elaborado uma nova classificação para o que deve ser entendido como “planetas” do sistema solar. Uma das propostas era a nomeação de Ceres e 2003UB313, vulgarmente chamada de “Xena”, como planetas, o que aumentaria a gama de variáveis acerca de tais corpos celestes. Todavia, optaram por uma definição engessada, onde para ser planeta deve-se satisfazer três critérios: 1) orbitar o Sol; 2) ser massivo o suficiente para que sua própria gravidade o torne um objeto quase esférico; 3) estar livre de outras coisas fora do caminho de sua vizinhança orbital, isto é, que seja dominante em sua órbita. Com isso, Plutão, que detém órbita diferenciada dos outros oito planetas do Sistema Solar, perdeu sua personalidade planetária, e foi relegado à “Planeta-Anão”, tal qual Ceres e “Xena”.

2.2. Nascituro

2.2.1. Conceito

Buscamos tratar na presente obra da pessoa do nascituro, enfocando seu direito à vida, o qual se constitui como extensão de sua personalidade. Logo, mister definir de que se trata o nascituro. Seria ele o feto? O embrião? Mas, diante das técnicas de inseminação artificial, não há os embriões desenvolvidos em laboratório, chamados embriões *in vitro*? Qual, enfim, a amplitude da pessoa do nascituro?

Uma conceituação desvinculada do meio jurídico, como a apresentada por Caldas Aulete, define o nascituro como “o produto da concepção antes de ser dado à luz”⁵⁷, o que em verdade não se distancia da clássica conceituação jurídica “é a pessoa por nascer”. Nesse sentido, conveniente apontar a enunciação ampla trazida por Maria Helena Diniz⁵⁸, segundo a qual, nascituro é:

“1. Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. 2. Aquele que, estando concebido, ainda não nasceu e que, na vida intra-uterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais e pessoais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.”

Do primeiro ponto da conceituação, temos que o nascituro é o que há de nascer, e não poderia deixar de ser, pois é para isso que ele foi criado. Quando homem e mulher, através de suas sementes, formam um novo e único ser, este passa a se desenvolver, contínua, coordenada e gradualmente. Sem uma interrupção gerada por fatores internos – seja da genitora, seja do ser concebido –, e sem uma interrupção externa – abortamento forçado pela genitora, ou terceiro –, tal ser caminhará para o nascimento, em plena continuidade das fases de sua vida, já iniciada.

Com efeito, do nascimento não ser um fato isolado, mas uma sucessão de fases, citamos Stela Marcos de Almeida Neves Barbas⁵⁹:

“Desde a concepção até a velhice é sempre o mesmo ser vivo que se desenvolve, amadurece e morre. As suas particularidades o tornam único e insubstituível. A embriologia moderna pode afirmar com segurança que o processo evolutivo embriológico é contínuo: vai desde o momento da concepção até o momento do nascimento e prossegue após este. Consequentemente, o feto deve ser considerado geneticamente único, irrepetível e autônomo.”

Não importa, pois, se este nascituro é apenas um zigoto, um ovo, um embrião, um

57 Caldas Aulete, *Dicionário contemporâneo da língua portuguesa*, 2. ed. IV Volume. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1964, p. 2738.

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

59 Stela Marcos de Almeida Neves Barbas, *Direito ao patrimônio genético*, Coimbra: Almedina, 1998, p. 73-74 *apud* Maria Garcia, *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade*. São Paulo: RT, 2004, p. 164.

feto, ele já é um ser vivo que está se desenvolvendo, objetivando o nascimento e a manutenção de sua vida.

Passando ao segundo ponto da conceituação, todavia, um ponto de diferenciação deve ser levantado: a vida intra e extra-uterina. Com efeito, Silmara Chinelato, há mais de década, já afirmara que “nascituro é a pessoa por nascer, já concebida no ventre materno”, diferenciando-a do ser que foi fecundado *in vitro*: “tratando-se de fecundação “in vitro”, que se realiza em laboratório, há necessidade de implantação do pré-embrião “in anima nobile”, para que se desenvolva, a menos que se o congele ou crio-preserve”⁶⁰.

Ora, uma fecundação pode ocorrer ou pelas vias naturais – homem e mulher na cópula geram por si sós o novo ser – ou pelas vias artificiais, chamada fertilização humana assistida. Desta, temos a) a ectogênese, ou fertilização *in vitro*, em que se utiliza a técnica ZIFT – *Zibot Intra Fallopian Transfer*, retirando-se o óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com o sêmen do marido ou de terceiro doador, implantando, após, o embrião em seu útero ou no de uma mãe substituta; b) a inseminação artificial, com a técnica científica GIFT – *Gamete Intra-Fallopian Transfer*, transferindo-se para as vias genitais da mulher o esperma previamente recolhido, de seu marido ou de doador, mas sem que haja manipulação externa do óvulo ou embrião. Na inseminação artificial, b.1) o marido ou companheiro pode fornecer seu próprio gameta para implantação diretamente na mulher ou companheira, estando ele vivo ou falecido, chamando-se esta inseminação de homóloga pela técnica AIH – *Artificial Insemination by Husband*; b.2) um doador fornece o esperma para inseminação na mulher casada ou companheira, chamando-se esta inseminação de heteróloga pela técnica AID – *Artificial Insemination by Donor*. Tanto na ectogênese, como na inseminação artificial, as hipóteses de variação decorrem, portanto, da fonte dos gametas (marido/companheiro e mulher/companheira, ou doador), do local da fecundação (esposa/companheira, ou laboratório, ou mãe substituta), do local da gravidez (esposa/companheira, ou mãe substituta)⁶¹.

Para o presente trabalho, se o embrião foi gerado por meios naturais, ou por meios artificiais mas implantado num útero (da mãe que forneceu o material genético, ou de uma mãe substituta), utilizaremos a nomenclatura nascituro, posto que já é concebido e está em meios adequados para a continuidade de seu desenvolvimento, objetivando o nascimento.

60 Silmara J. A. Chinelato. Direitos de personalidade do nascituro. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 38, p. 21-30, dezembro 1992.

61 Maria Helena Diniz, *O estado atual do biodireito*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 497-500.

Já o embrião extra-uterino, que não foi implantado no útero da mãe ou de outra, permanecendo em ambiente externo, ainda que tenha sido crio-preservado, não estará abrangido na conceituação adotada, isto é, não será por nós compreendido como nascituro. Isto de maneira alguma significa que não entendamos ser eles merecedores de respeito, de dignidade, e de viver⁶². Para uma melhor técnica científica entendemos, pois, ser necessário restringir os nascituros apenas aos que já estão em ambiente intra-uterino.

A continuidade do segundo ponto da conceituação, referente à personalidade jurídica formal e material do nascituro, será analisada quando da abordagem sobre as teorias acerca do início da vida, por guardar relação com a teoria verdadeiramente concepcionista.

Iniciaremos, a seguir, a apresentar a evolução histórica da pessoa do nascituro, desde o direito romano, passando pelo direito intermédio, formulações de teorias acerca de sua pessoa pelos autores clássicos até o tratamento recebido no ordenamento jurídico brasileiro, do período das Ordenações passando pelos projetos do Código Civil de 1916 até o vigente Código Civil.

2.2.2. *Nascituro no direito romano*

No direito romano nem todos os homens tinham capacidade jurídica, sendo que pessoa e homem apresentavam conceitos diversos, este o biológico, aquele o jurídico. Pessoa, no direito romano, era o ser humano acompanhado de atributos; e pessoa física, o homem capaz de direitos e obrigações jurídicas.

Em Roma, para ter personalidade jurídica completa era necessário o preenchimento de duas condições: a primeira natural, consistente no nascimento perfeito, a segunda civil, ou artificial, que era o *status*.

Acerca do *status*, era a qualidade em virtude da qual o romano tinha direitos, era a condição de sua capacidade, havendo as espécies *status naturalis* e *status civilis*, sendo que os elementos deste último eram a liberdade, a cidade e a família; os que reunissem os três elementos tinham plena capacidade de direito – mas não de fato, porque em razão de idade, sexo ou mente somente poderiam fazer valer seus direitos em juízo através de tutor ou curador. A perda de um desses elementos constituía a *capitis deminutio*, podendo ser em três graus: máximo, médio e mínimo⁶³. A perda do estado liberdade resultava na perda dos

62 Abordamos tais embriões no título 4.1, que trata da ADI que julgou a constitucionalidade das pesquisas em células-tronco embrionárias, cujos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal abordaram questões atinentes ao direito à vida.

63 Nesse sentido, Luiza Thereza Baptista de Mattos, A proteção ao nascituro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 52, abril/junho 1990, p. 31.

demais, a perda do estado cidade acarretava a perda do terceiro, ao passo que a perda do estado família não eliminava os dois primeiros.

No tocante ao elemento liberdade, os homens poderiam ser livres ou escravos. Os livres dividiam-se em *ingenui*, concebidos em justas núpcias, e *liberti*, os homens que, nascidos ou caídos à escravidão, adquiriam a liberdade posteriormente, pela manumissão válida. Já a escravidão decorria do nascimento, do aprisionamento na guerra, e das disposições penais do *ius civile*. Decorrente do nascimento, filho ilegítimo seria escravo se sua mãe tivesse tal condição no momento do parto, mas no direito justiniano isso se modificou, e seria livre o filho se a mãe, em um único momento entre a concepção e o parto, fosse livre. A escravidão dos inimigos de guerra era costume da época. Por fim, entre os exemplos de escravidão por disposição do *ius civile* temos aquele que não atendia convocação ao serviço militar (*infrequens*) ou o que não prestava as declarações necessárias ao recenseamento (*incensus*).

Quanto ao elemento cidade, havia os homens livres (*cives*), cidadãos romanos com direitos contemplados pelo *ius civiles*, e os *peregrini*, que não eram cidadãos romanos, e que praticavam apenas os atos do *ius gentium*.

Do elemento família, as pessoas eram divididas em de direito próprio (*sui juris*), o homem que não tinha ascendentes masculinos em linha reta, o *pater familias*; e de direito alheio (*alieni juris*), que não tinha independência jurídica.

Acerca do nascimento perfeito, idôneo para gerar consequências jurídicas, havia três requisitos: a) nascimento com vida, b) ter forma humana, isto é, não ser um monstro, ou prodígio⁶⁴, e c) apresentar viabilidade fetal⁶⁵, ou seja, ter condições de viver e sobreviver, perfeição orgânica suficiente para continuar a viver.

Como lembra Alfredo Giglio⁶⁶, os Proculeianos exigiam que o recém nascido emitisse vagidos, ao passo que os Sabinianos aceitavam qualquer sinal inequívoco de vida, teoria esta adotada pelo Imperador Justiniano.

Até hoje, há divergência na leitura dos textos romanos quanto à existência das pessoas antes do nascimento⁶⁷.

Tomando-se o seguinte pronunciamento de Ulpiano sobre o tema: “*partus enim*

64 Os romanos acreditavam que a relação sexual de uma mulher com um animal geraria um híbrido, *monstrum*. Daí a mitologia acerca dos sátiros.

65 Segundo Hipócrates, a maturidade fetal começava no início do 7º mês; antes de tal marco, o feto era considerado aborto e sem condições de sobrevivência.

66 Alfredo José F. Del Giglio, *Direito romano*, parte I. São Paulo: José Bushatsky, Editor, 1970, p. 128.

67 Nelson Godoy Bassil Dower, *Direito civil*: Parte Geral. 4ª ed. São Paulo: Nelpa, 2004, p. 118.

antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum”, cuja tradução pode ser “porque o parto, antes que seja dado à luz, é parte da mulher ou das suas vísceras”, podemos entender que o nascituro era parte das entranhas maternas e, como tal, somente após o parto o marido poderia reivindicar a paternidade. Todavia, Silmara Chinelato, firmada em estudos de Pierangelo Catalano⁶⁸, afirma que tal regra de Ulpiano concernia à defesa do interesse da mulher e do nascituro frente ao marido, sendo que existiam textos do mesmo jurista que reconheciam direitos ao nascituro sem vinculá-los ao nascimento com vida, como o Digesto 37,9,1: “*de ventre in possessionem mittendo, et curatore ejus*”.

No mesmo diapasão, a elucidação de Papiniano “*partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur*”, que pode ser traduzida como “o parto que ainda não foi dado à luz, não se diz, com razão, ser homem”, também não condizia com uma depreciação da pessoa do nascituro, pois segundo os trabalhos de Catalano, a regra se referia “à avaliação do parto da escrava para efeito de o nascituro integrar a quarta parte disponível do testador”⁶⁹, uma vez que, como visto, ao analisarmos o elemento liberdade do *status civilis*, até o nascimento, ignorava-se se o filho seria escravo ou livre.

Se mais não fora, Paulo, em texto do Digesto 1,5,7: “*qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit*”, que pode ser traduzido como “quem estiver no útero será tratado como humano, toda vez que se inquirir sobre os proveitos do próprio parto: quanto ao mais, antes do nascimento, em nada aproveita” aponta, segundo Maria Pia Baccari⁷⁰, para a paridade do nascituro e do nascido como regra geral, princípio também verificado na terminologia “*qui in utero sunt*” da Digesto 1,5,26⁷¹. Assemelhar o nascituro ao filho já nascido decorria portanto do conceito jurídico natural do homem como *persona*, fundamental naquela sistemática normativa.

Mas como dito, há discordância na interpretação dos textos romanos, o que influenciou a formulação de diversas teorias, a seguir abordadas.

2.2.3. Evolução histórica do nascituro: do direito intermédio aos autores clássicos

Evidentemente, o nascituro continuou a ser analisado ao longo dos séculos seguintes,

68 Silmara J. A. Chinelato. Início da personalidade da pessoa natural no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo, n. esp., 1997, p. 78-91.

69 Chinelato, Início..., cit., p. 84.

70 Maria Pia Baccari, *Persona e famiglia: concetti e principi giuridici contra le astrazioni e l'individualismo*. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 27, 2º semestre 2004, p. 25.

71 Digesto 1,5,26: “*Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse*”, com tradução livre: “aqueles que estão no útero, em quase todo o direito civil se tenham por nascido.”

com a problemática envolvendo sua pessoa, que direitos poderia deter, que tipo de proteção a eles deveria ser destinada. Durante a Idade Média, Giuseppe Gandolfi esclarece que os nascituros, tanto entre os lombardos, como entre os romanos, poderiam ser contemplados em testamento e também figurarem como donatários em doação⁷².

Mas foi a influência do Cristianismo que elevou a discussão da proteção do nascituro, em especial frente à problematização de sua alma e a repercussão do aborto⁷³. Tertulliano de Cartago foi o primeiro escritor latino a enfrentar tal problemática, afirmando que é desde a concepção que existe a alma, daí o aborto intencional ser condenado: “*homo est et qui est futurus, etiam fructus omnis iam in semine est*”⁷⁴, pensamento distinto de Santo Agostinho e São Jerônimo, para quem a alma entrava no feto apenas quando este assumisse forma humana, daí a importância da apresentação de movimentos intra-uterinos.

A influência desta linha de pensamento era verificada tanto em textos antigos germânicos, como na *Lex Visigothorum*, VI, 3, 2: “*si ingenuus ingenuam abortares fecerit*”, com punições diversas ao aborto, conforme o feto fosse *formatus* ou *informatus*, animado ou inanimado⁷⁵. Ou seja, o princípio “*conceptus pro iam nato habetur*”, que traduzido livremente corresponde à “o concebido será tratado como nascido” ampliou-se, expressando a exigência de salvaguardar a vida do nascituro, desde que já dotado de alma, antes de seus interesses patrimoniais, e estando iniciada sua existência eterna, o aborto provocado equivaleria ao homicídio.

Posteriormente, tal influência acarretou a formulação de inúmeras teorias, por parte de juristas clássicos, as quais foram muito bem delineadas por Pontes de Miranda⁷⁶, e que apontamos brevemente, destacando apenas alguns de seus maiores expoentes, senão vejamos:

72 Giuseppe Gandolfi, Nascituro (storia) in *Enciclopedia del Diritto apud* Silmara J. A. Chinelato, *Tutela civil do nascituro*, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48-49.

73 No tocante à alma, há duas correntes que predominam na teologia cristã. A primeira, dita dicotômica, afirma que o ser humano é composto de dois elementos, o corpo e a alma, que seria sinônima ao espírito. A segunda, tricotômica, elucida que o ser humano é composto de corpo, alma e espírito. Esta teoria ainda se subdivide, entre os que afirmam que é da somatória desses três elementos que resulta o homem; e entre aqueles que dizem que a somatória do corpo com o espírito resulta a alma, que é o ser humano. Cf. Millard J. Erickson, *Introdução à teologia sistemática*, São Paulo: Vida Nova, 1997, p. 227-229.

74 Tertulliano de Cartago, Apologeticum, 9, 8, in Collection “Les Belles Lettres”, trad. Waltzinz, Paris, 1961, 22, *apud* G. Gandolfi, Nascituro (storia) in *Enciclopedia...*, p. 536, nota 28, *apud* Silmara Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 50.

75 Silmara Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 50.

76 Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v.1, Rio de Janeiro: Bolsoi, 1970, p. 167-169. O autor cita as seguintes obras: de Savigny, *System*, II, 2s.; de Windscheid, *Lehrbuch*, I, 9ª ed., 231s e 7ª ed., 125s; de Ihering, *Passive Wirkung*, *Jahrbücher für die Dogmatik*, 100, 390s; de H. Rosenthal, *Das Bürgerliches Gesetzbuch*, 5ª ed., 12; de E. Eck, *Vorträge*, I, 35s; de Heymann, *Die Grundzüge*, 56s; de Oertmann, *Allgemeiner Teil*, 2ª ed, 5s; de Rudorff, cita G. F. Puchta, *Pandekten*, 3ª ed, 178s, 10ª ed, 176; de Hölder, *Natürliche und juristische Personen*, 128; de Stammler, *Unbestimmtheit des Rechtssubjekts*, 17 e 21.

a) os ficcionistas (como Savigny⁷⁷), os quais, como o próprio nome indica, construíram a proteção do nascituro mediante a ficção do mesmo já ter nascido, isto é, já era pessoa no interior do ventre pois era tido como nascido;

b) em oposição aos ficcionistas, a teoria dos direitos sem sujeito (do pandectista Windscheid), que, ao invés de fingir o sujeito de direito, “o escamoteava”;

c) a teoria da *hereditas iacens* (F. Endemann), que torna sem dono a herança, se há nascituro, até seu nascimento, evidentemente insustentável nos países em que prevalece o princípio da *saisine*;

d) a solitária teoria da eficácia passiva (de Ihering), bem como a teoria dos direitos futuros (Rosenthal), também tratando de aquisição *ex tunc*;

e) as teorias da condição: e.1) teoria da aparência da condição (Eck), em que o exercício estaria condicionado, mas não é explicitado se o direito também; e.2) teoria da condição (em sentido próprio) (Heymann), que apresentava problemas acerca da capacidade, condicionada, e da incondicionalidade dos direitos herdados; e.3) teoria do análogo à condição (Oertmann), pelo qual o nascituro não tem direitos, mas será titular de direitos que já são (não explica de quem) se nascer vivo;

f) a incoerente teoria da personalidade jurídica *stricto sensu* (Rudorff), segundo o qual, antes de adquirir personalidade física, cria-se ao nascituro uma personalidade jurídica;

g) a omissa teoria da representação (Hölder), em que o curador exerceria o direito do nascituro, mas não afirmava se este existia, ou não;

h) a teoria do sujeito indeterminado (Stammler), que afirma que o ser humano vivo, que ainda não nasceu, já é ser humano, sendo indeterminado apenas seu sujeito.

Nenhuma dessas teorias firmou-se nos ordenamentos jurídicos modernos, mas três outras correntes doutrinárias desenvolveram-se, e encontram-se presentes nas legislações vigentes, a saber, a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista, ou verdadeiramente concepcionista.

Todavia, antes de adentrarmos, especificamente, na análise de cada uma delas, avançaremos na análise histórica acerca do início da personalidade, focada nos antecedentes históricos que influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, a fim de que seja possível

⁷⁷ Como lembra Arno Dal Ri Júnior, *O direito...*, in Wolkmer (org.), cit., Savigny admirava os juristas clássicos romanos e a *humanitas* que guiava a jurisprudência deles emanada, e, mesmo não demonstrando simpatia ao jusnaturalismo, fruto do humanismo jurídico, buscava, nos humanistas do século XV, os ideais do Direito romano clássico, em que o ser humano era considerado o valor máximo. Daí tal proteção ao nascituro, pessoa não nascida, mas tida como se fosse, em face do reconhecimento do valor do ser humano.

contrapor tais teorias diante do dispositivo que trata do tema em nossa norma pátria.

2.2.4. Antecedentes históricos ao início da personalidade da pessoa natural no ordenamento jurídico brasileiro

O início da personalidade da pessoa natural está previsto, em nosso ordenamento jurídico, no Código Civil. Seus antecedentes históricos remontam ao período medieval, com a experiência jurídica portuguesa. Isto assim ocorreu pelo simples fato de o Brasil ter sido colônia de Portugal, e como tal, sujeito a suas leis.

Como lembra Francisco Amaral⁷⁸, o direito justinianeu foi recebido em Portugal, assim como em outros reinos europeus, através do direito canônico, posto que, com a queda de Roma em 476, houve uma unidade espiritual entre este direito e o romano. Outrossim, também houve recepção através da influência castelhana, uma vez que o reino de Portugal fora um presente do rei da Espanha Afonso VI a D. Henrique de Borgonha, em 1096, tornando a legislação em língua de mais fácil compreensão aos portugueses, com os traços culturais ibéricos. Quando o rei D. João I determinou a reforma do direito português em 1446, através das Ordenações Afonsinas – homenagem ao príncipe e depois rei Afonso V –, esta passou a ser a principal fonte de direito em Portugal, conjuntamente aos estilos da Corte e aos costumes, sendo aplicados secundariamente o direito romano (apenas em matéria não religiosa e que não abordasse o pecado) e o direito canônico (em assuntos espirituais ou temporais envolvendo pecado). Nas Ordenações Afonsinas, seguindo a tradição romana, concedia-se tutor ou curador testamentário ao menor de vinte e cinco anos de idade previsto em testamento, assim como ao filho no ventre da mãe (Livro IV, Título LXXXIII).

As Ordenações Manuelinas substituíram as Afonsinas em 1514, tendo em vista a ausência de divulgação desta, o que prejudicava seu conhecimento e aplicação. No Livro III, Título XXVIII, § 7º da Manuelina, estava prevista a posse em nome do nascituro. Esta mesma orientação igualmente esteve prevista nas Ordenações Filipinas, nova compilação do direito português, vigentes a partir de 1603, em seu Livro III, Título XVIII, § 7º, que tinha inspiração no Digesto 37,9,1 de Ulpiano, já abordado acima.

Com a declaração de independência e formação do Império, o Brasil buscou a formulação de sua própria legislação. Teixeira de Freitas recebe a incumbência de codificar o direito civil, e em sua Consolidação, iniciada em 1855 e concluída em 1858, a respeito do

⁷⁸ Francisco Amaral, O nascituro no direito civil brasileiro, contribuição do direito português. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 75-89, 1990.

nascituro afirmava, no artigo 1º, que “as pessoas consideram-se nascidas, apenas formadas no ventre materno: a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”. Era o nascituro, portanto, pessoa, conceito repetido no Esboço de Código Civil de 1864, o qual empregava a expressão “pessoa por nascer” em seu artigos 53: “São pessoas por nascer as que, não sendo ainda nascidas, acham-se, porém já concebidas no ventre materno”, e 221: “Desde a concepção, no ventre materno, começa a existência das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir direitos, como se já estivessem nascidas”, sendo que sua representação pelo curador do ventre vinha disposta no artigo 44, 1º, em nítida crítica à teoria ficcional de Savigny, uma vez que o nada não precisaria ser representado.

Vale destacar a justificativa apresentada pelo próprio Teixeira de Freitas, quanto à intenção de considerar o nascituro pessoa humana, detentor, pois, de direitos desde a concepção:

“Não concebo (art. 16) que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que haja pessoa. Se se atribui direitos às pessoas por nascer, posto que, como diz Savigny, em uma ordem especial de fatos, se os nascituros são representados no caso do art. 54, dando-se-lhes o Curador, que se tem chamado Curador ao ventre, é forçoso concluir, que já existem, e que são pessoas, pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar (nota ao art. 41), também não são pessoas os menores impúberes, ao menos até certa idade. (...) Se os nascituros não são pessoas, qual o motivo das leis penais e de polícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo (arts. 199 e 200 Cód. Pen.) de punir-se o aborto? Qual o motivo (art. 43, Cód. Pen.) de não executar-se a pena de morto na mulher prenhe, e nem mesmo de se a julgar, no caso de merecer tal pena, senão quarenta dias depois do parto?”⁷⁹ (grifamos)

No mesmo diapasão, apresentou-se o anteprojeto Felício dos Santos, de 1881, denominado Apontamentos, que, em seu artigo 148, afirmava a concepção no ventre materno como o princípio da pessoa natural, mas cujos direitos permaneceriam suspensos até o nascimento, e que, em seu artigo 77, incluía os nascituros no rol de incapazes.

O projeto de Coelho Rodrigues exigia, no artigo 2º, a forma humana e o nascimento com vida, e no 3º o início da capacidade com o nascimento, mas sua existência desde a concepção, com a conservação de seus direitos até o nascimento com vida. O que poderia acarretar o entendimento de uma personalidade condicionada ao nascimento não subsiste pela declaração de existência desde a concepção, pois, se existe, é um ser e é pessoa.

Já o projeto inicial de Clóvis Beviláqua era cristalino, em seu artigo 3º: “a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”. Outros dispositivos igualmente demonstravam o entendimento de que o nascituro era

⁷⁹ Augusto Teixeira de Freitas, *Esboço do Código Civil*, Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983, p. 83-85.

pessoa desde a concepção: no artigo 419, parágrafo único, a possibilidade de seu reconhecimento como filho ilegítimo antes do nascimento; no artigo 543 sua curadoria e no artigo 542 a disposição de que caso o tutelado tivesse filho menor, ou “por nascer”, os poderes do tutor estender-se-iam sobre sua pessoa e bens; no artigo 1039 a possibilidade de doação ao nascituro, que deveria ser aceita pelos pais; no artigo 1769 o reconhecimento de herdeiro legítimo ao nascituro concebido ao tempo da abertura da sucessão e no artigo 1881 a possibilidade de serem herdeiros testamentários ou legatários, se já concebidos ao tempo da morte do testador.

Mas quando encaminhado ao Congresso, o Projeto sofreu alterações, sendo que o artigo 4º do Código Civil de 1º.01.1916 assim asseverava: “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Ter-se-ia tomado caminho inverso da tradição romano-ibérica acima exposta? Ao invés da adoção da teoria de que o nascituro é pessoa desde a concepção, teriam os legisladores seguido a teoria de que é pessoa apenas a partir do nascimento?

Ocorre que, como lembra Francisco Amaral⁸⁰, “para a maioria dos juristas contemporâneos à elaboração do Código, ‘personalidade’ era sinônimo de ‘capacidade de direito’, ambas deferidas como ‘aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações’, sendo pessoa ‘o ser a que se atribuem direitos e obrigações’.” Com efeito, acerca da capacidade, o artigo 2º da Lei 3.071/16 dispunha que “todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil”. Mas o conceito de capacidade – que é a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa, que não pode ser recusada pelo indivíduo, posto que oriunda da personalidade –, era estranho ao direito romano. Note-se que, quando Beviláqua apresentou seu projeto primário de Código Civil, apontou no artigo 4º a incapacidade absoluta do nascituro, demonstrando a adaptação da pessoa do nascituro à modernidade do conceito de capacidade. De qualquer forma, o Código de 1916 refletiu a influência da doutrina alemã, com seu conceptismo abstrato e positivista pandectista.

Nesse sentido, André Franco Montoro e Anacleto de Oliveira Faria debruçaram-se sobre o que chamaram de “lamentável confusão” acerca dos conceitos personalidade e capacidade no tocante ao nascituro⁸¹:

80 Francisco Amaral, *O nascituro...*, cit., p. 87.

81 André Franco Montoro; Anacleto de Oliveira Faria, *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953, p. 69-71.

“Personalidade, na terminologia jurídica, é a aptidão para ser sujeito ou titular de direito. Juridicamente, todo sujeito de direito é pessoa e toda pessoa é sujeito de direito.

Capacidade é a maior ou menor extensão dos direitos de pessoa. Todos os homens são igualmente pessoa, mas não tem todos igual capacidade.

A capacidade distingue-se, ainda, em:

- a) capacidade de direito, que é a aptidão maior ou menor da pessoa pra ter direitos.
- b) capacidade de fato ou de exercício, que é a aptidão maior ou menor para a pessoa exercer e defender, de modo pessoal e direto tais direitos. (...)

Aplicando essas noções à condição jurídica do nascituro podemos formular, em síntese, as seguintes proposições:

- a) o nascituro não tem qualquer capacidade-de-exercício;
- b) tem certa capacidade-de-direito;
- c) é, juridicamente, pessoa, desde a concepção.

O nascituro não tem capacidade de fato ou de exercício. Não é capaz de exercer por si mesmo os atos da vida jurídica. Por esse motivo, a lei lhe concede um representante (pai, mãe, curador ao ventre) que exercerá em seu nome os direitos que lhe são reconhecidos. Essa a razão porque Teixeira de Freitas dispôs no esboço “são absolutamente incapazes: 1º – as pessoas por nascer”. (...)

É inegável, entretanto, que o nascituro tem capacidade de direito. (...) O ser concebido tem capacidade de suceder, seja a sucessão legítima ou testamentária; tem capacidade de receber doações; tem o direito de ver reconhecida sua filiação e, até mesmo, o de pleiteá-la, judicialmente por seu representante legal; tem o direito de ser representado em atos da vida jurídica; tem direitos que lhe são reconhecidos na esfera constitucional; sua capacidade processual é consagrada pelo direito; a legislação do trabalho lhe confere o direito à pensão por acidente profissional sofrido pelos progenitores e lhe protege a vida através de diversas disposições de lei; o direito penal lhe defende a vida e garante seu direito de nascer.

A afirmação de que estamos em presença de simples “expectativa de direitos” não resiste a um exame sério. O direito à vida ou o direito de representação, por exemplo, existem na sua plenitude desde o início da gestação. E bastaria ao nascituro ser titular de **um** único direito para que lhe não pudesse ser negada a qualidade de pessoa”.

O raciocínio para a tomada de tais conclusões é estritamente lógico. Como lembra Miguel Reale, “para reconhecer a personalidade não é mister indagar do sexo, da idade ou do discernimento mental. Recém-nascidos ou dementes, todos são pessoas, todos possuem personalidade. Nem todos, porém, dispõem de igual capacidade jurídica, isto é, têm igual possibilidade de exercer certos atos e por eles serem responsáveis.”⁸² No tocante à incapacidade há de ser verificado o discernimento da pessoa; e tal qual uma criança, não pode um nascituro exercer por si os atos da vida civil, não tem a capacidade de fato, ou de exercício, necessitando de seu representante para, em seu nome, requerer seus direitos. Justamente por ter o nascituro diversos direitos, necessariamente tem capacidade de direito, a qual não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de negar-lhe a qualidade de pessoa⁸³. E como bem enaltecem os autores, basta um direito apenas para que o nascituro seja considerado pessoa e detentora de personalidade.

82 Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 5. tiragem, 2005, p. 232.

83 Diniz, *Curso...*, cit., 1997, p. 105.

Todavia, tal inteligência não é unânime na doutrina. Vicente Ráo afirma que a proteção ao nascituro não importa reconhecimento de personalidade, mas à situação jurídica de expectativa, pendência, que se aperfeiçoa com o nascimento, sendo que capacidade de fato não se confunde com a noção de personalidade, baseando-se na distinção entre capacidade de direito e faculdade de agir adotada pelo Código Civil germânico⁸⁴.

Reconhecendo o Governo brasileiro a necessidade de uma revisão do Código Civil, e após a retirada do Anteprojeto apresentado por Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio Marcondes, o ministro da Justiça Luiz Antônio da Gama e Silva nomeia, em 1967, nova comissão composta por Miguel Reale, Agostinho Alvim, entre outros, que encaminharam em 1972 seu Anteprojeto ao Congresso Nacional, o qual permaneceu adormecido pela inércia legislativa e divergências quanto ao texto durante décadas. No relatório sobre o texto aprovado no Senado, constava ter sido operada a substituição da palavra “homem” do antigo artigo 2º do Código de 1916 por “ser humano”, o que sofreu posterior nova modificação na Câmara dos Deputados, adotando-se a expressão “toda pessoa”. Note-se que a mudança de “homem” por “pessoa” foi adequada, uma vez que, como mencionado, pessoa é sinônimo de sujeito de direito, ou sujeito de relação jurídica.

Todavia, não ocorreu mudança relevante no texto do artigo 2º do vigente Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o qual guarda correspondência com o artigo 4º do Código de 1916, mantendo-se assim a mesma polêmica de antes quanto ao início da personalidade jurídica da pessoa natural. Lembramos que a expressão “pessoas naturais” foi criticada por Teixeira de Freitas, que alegava gerar, por antinomia, a existência de “pessoas não-naturais”, ponderação por nós já refutada.

Enfim, a redação final do artigo 2º do Código de 2002 é: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Outrossim, manteve-se o nascituro afastado do rol dos absolutamente incapazes, enunciado no artigo 3º do Código, também preservando o embate doutrinário retro elucidado.

Tendo em vista a preservação das mesmas polêmicas que vivem há mais de século, apresentamos, a seguir, as três teorias sobre o início da vida da pessoa, e a análise que cada uma delas atribui ao artigo da lei civil.

84 Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 686 e nota de rodapé na p. 683.

2.3. Teorias acerca do início da vida

Abordamos acima, ainda que brevemente, as várias teorias envolvendo o início da pessoa natural, ou seja, a problemática enfrentada pelo Direito no tocante à pessoa do nascituro. No Brasil, todavia, três são as teorias mais versadas pela doutrina, cada uma delas interpretando de uma forma o artigo 2º do Código Civil, já exposto, que praticamente repete a exegese de seu correlato no Código de Beviláqua.

Assim, temos que as três teorias em questão são: a natalista, a da personalidade condicional, e a concepcionista, ou verdadeiramente concepcionista.

A fim de uma maior clareza sobre o tema, e para sustentar nossa posição, quando tratarmos da terceira teoria, apresentaremos noções básicas de embriologia, algumas ponderações teóricas específicas sobre a concepção e a personalidade individual do embrião, e sobre uma eventual analogia do início da vida com a determinação de seu término, já regulamentada no direito brasileiro.

2.3.1. Teoria natalista

A teoria natalista afirma que a personalidade civil inicia-se com o nascimento com vida. Ao nascituro, chamam de *spes hominis*, ou seja, simples esperança de pessoa, e como tal não teria personalidade.

Seu fundamento encontra-se na leitura firmada da primeira parte do artigo 2º do Código: “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida” (lembrando a similitude deste com o antigo artigo 4º do Código de 1916), e diversos argumentos são levantados por seus adeptos, como por exemplo: a) o inconveniente de que uma simples alegação de gravidez possa modificar relações jurídicas; b) a alegação de que o embrião não é, jurídica ou filosoficamente, pessoa; c) a dificuldade na atribuição de capacidade a quem não é pessoa.

A primeira alegação busca firmar-se num receio de desequilíbrio da ordem jurídica, uma vez que a alegação do estado gravítico possa ser feito temerosamente, com a finalidade da alegante se auto-beneficiar, adotando conduta que o restante da sociedade desabona. A solução para tal alegação vem pela simples prevenção contra tal postura, tanto por iniciativa legislativa como por orientações jurisprudenciais. Uma lei pode ser elaborada para que seja apresentada comprovação médica do estado gravítico, o que nos dias atuais pode ser obtido sem dificuldades, e com efetiva precisão do resultado. E no caso da alegante inserir ou fazer inserir em tal declaração médica fato juridicamente relevante diverso, ou seja, que está

grávida quando na realidade não está, a legislação brasileira já prevê a punibilidade de tal pessoa com a tipificação do crime de falsidade ideológica (artigo 299 do Código Penal). Mas há que se destacar: tal comprovação médica não poderá ser através de exames clínicos que possam comprometer a integridade física do nascituro.

A segunda alegação também é inconsistente; no que tange aos filósofos, há os que reconhecem a abrangência do ser humano, e no que tange ao mundo jurídico, podemos afirmar que tal assertiva decorre de uma interpretação literal da norma jurídica, sem observar o todo a sua volta (tanto dos dispositivos pátrios, como os internacionais). Todavia, esta assertiva dos natalistas merece maiores digressões.

Sérgio Abdalla Semião apresenta argumentos de cunho gramatical para justificar a literalidade do artigo 2º do Código⁸⁵. Segundo sua interpretação, na hipótese de entender o nascituro sujeito de direitos, a personalidade do ser humano começaria da concepção, contradizendo a primeira oração do artigo. Ainda, lembra que “a lei não contém palavras inúteis e muito menos poderá conter orações inteiras sem utilidade”, daí que a adoção da teoria concepcionista seria uma “heresia” e uma teratologia.

Por fim, desconstrói o dispositivo em partículas, apresentando sua interpretação literal: afirma que a expressão “do nascituro” é uma locução adjetiva, que serviria para qualificar o substantivo “direitos”, que seriam taxativos; a expressão “põe a salvo” não teria a intenção de conceder direitos atuais ao nascituro, mas de colocá-los “a salvo” de eventuais ameaças, vigiando-os, como meras expectativas; “os direitos” com o artigo definido plural “os” também indicaria mera taxatividade.

Todavia, suponhamos que tais direitos sejam apenas taxativos. Porventura perdem a qualidade de direitos? De forma alguma. Se são direitos, evidentemente que devam ser resguardados, protegidos pela lei e pela justiça. Acaso as coisas têm seus direitos resguardados? Nosso direito apenas protege direitos de pessoas. Então, se a norma legal determina que sejam protegidos direitos do nascituro – não importando se são quinze, dez, ou apenas um –, isso significa que o nascituro deva ser considerado pessoa para efeitos de proteção.

Ainda, ao estabelecer “mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” não trata o Código de expectativas de direitos, mas de efetivos direitos, como por exemplo, o direito ao reconhecimento como filho (parágrafo único do artigo 1.609), de filho

85 Sérgio Abdalla Semião, *Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 65-73.

legítimo (artigo 1.597, que inova e abrange tanto os nascituros provenientes de fecundação natural, como a artificial homóloga e a heteróloga), direito à curatela (artigo 1.779), direito à alimentos, de receber doação (artigo 542), de receber herança (artigo 1.798).

Assim, as assertivas gramaticais de Semião não serviram para eliminar a alegada contradição que o autor visava sanar.

Não afirmamos que a interpretação literal não seja importante para a análise de uma norma, mas sim, que tal método em relação ao texto legal em questão não se apresenta como o de melhor hermenêutica.

Sim, pois direito é coerência e a interpretação da norma civil em tela deve guardar relação com os valores expressos na Constituição Federal e com o restante da legislação, sem olvidar os tratados de direito internacional dos quais o país é signatário. Se um jurista, para defender um posicionamento, retira da norma apenas a expressão que mais lhe favorece, não emprega boa técnica; é como se, sendo míope, recusasse a utilizar lentes corretivas.

Ora, se o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica (Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), e o mesmo preceitua que toda pessoa é ser humano, cristalino que o nascituro, sendo um ser humano, também é pessoa. Assim, se a Constituição Federal, coadunada com os mais altaneiros princípios do direito como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, determina que a vida humana deve ser protegida contra tudo e todos, e sendo vida um direito da personalidade, valor da dignidade da pessoa humana, evidente ser estendida ao nascituro. Ademais, se o Código Penal brasileiro tipifica o crime de aborto, considerando a prática como atentatória à vida, evidentemente que considera o nascituro como sujeito ativo e, conseqüentemente, pessoa a ser protegida. Ainda, se o Estatuto da Criança e do Adolescente determina, como base no princípio da proteção integral, o direito a um atendimento pré e perinatal, não está resguardando apenas a gestante, mas, em especial, o nascituro que está para nascer.

Temos, então, não ser possível uma leitura literal do artigo 2º do Código Civil, pois entraríamos em conflito normativo deste dispositivo com diversas normas. Nesse sentido, a antinomia em questão pode ser vislumbrada sob mais de uma ótica: a norma protetiva à pessoa, prevista na Constituição Federal de 1988 (*lex superiori*), conflitando com o artigo do Código Civil de 2002 (*lex inferiori et posterior*), ou ainda, as disposições do Decreto 678/92 e da Lei nº 8.069/90 e outras protetivas à pessoa do nascituro espalhadas em nosso ordenamento, conflitando com a posterior disposição geral da Lei nº 10.406/02. No primeiro

caso, onde há conflito aparente entre critério hierárquico e o cronológico, como ensina Maria Helena Diniz, a meta-regra *lex posterior inferiori non derogat priori superiori*, com a prevalência do critério hierárquico, que tem competência mais sólida, basta para a solução. E, levando-se em consideração que as disposições constitucionais que resguardam o nascituro são cláusulas pétrea, realmente não há como afastá-las. No segundo caso, onde há disposições especiais anteriores a uma geral posterior, a professora destaca que, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro⁸⁶. Na questão em comento, levando-se em consideração que a solução do conflito deve buscar sempre a decisão razoável à racional, entendemos não ser possível ao jurista racionalizar e ater-se à literalidade da primeira parte do artigo 2º do Código Civil brasileiro, pois a razoabilidade o levaria a respeitar ditames do ordenamento jurídico como um todo. Deve-se ter em conta, também, que, sendo o caso de uma antinomia aparente, é possível conservar todas as normas tidas por incompatíveis, optando-se pela aplicação do critério hierárquico, que leva à interpretação do artigo 2º do Código Civil por outro enfoque.

Ressalte-se que a Lei de Registros Públicos não serve para embasar que o ordenamento jurídico brasileiro segue a doutrina natalista, pois vem a conferir um direito típico da personalidade até para aquele que não sobreviveu fora do útero materno, ou seja, o natimorto⁸⁷. Nesse sentido, o artigo 53, § 2º, da Lei nº 6.015/73: “no caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o do nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas”. Note-se que o § 2º, que se refere ao registro da criança que morre no parto, apenas especifica a determinação constante no “caput” de referido artigo, que aponta para a necessidade de registro também do natimorto, detalhamento enunciado em seu § 1º.

Indubitavelmente, há o interesse jurídico quanto àquela pessoa – mesmo não tendo respirado nem tenha atrelado a si fatos jurisdicionáveis, os quais, segundo ensina Pontes de Miranda, “estão, sempre, ligados a alguma pessoa, ou porque digam respeito a ela (nascimento, maioridade, morte, casamento), ou porque atinjam a sua esfera jurídica, ou se refiram a seu modo de atuar”.⁸⁸

Dando continuidade à interpretação dos natalistas, a terceira alegação, referente à preocupação dos mesmos quanto à distinção de uma pessoa com personalidade de uma pessoa

86 Maria Helena Diniz, *Conflito de normas*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 50.

87 Carlos R. Gonçalves, *Direito civil*, cit., p. 48.

88 Pontes de Miranda, *Tratado...*, Tomo VII, cit., p. 24.

com direitos, denota a confusão acerca dos conceitos “personalidade” e “capacidade” que abordamos no sub-item anterior. Por oportuno, expomos mais alguns de seus argumentos, apresentando de pronto a distinção de José Jairo Gomes quanto à personalidade e à pessoa⁸⁹:

“Esta [pessoa] exprime o ser, o indivíduo, investido de personalidade, pelo que lhe é facultado participar da comunhão social. A atribuição é feita pelo sistema jurídico. Há uma circularidade entre esses termos, pois para ser pessoa é necessário que se tenha personalidade, e pessoa já é quem a apresente; a personalidade, porém, é atributo exclusivo da pessoa.”

Sendo a personalidade jurídica a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, vimos ser possível existirem pessoas naturais, os seres humanos, e pessoas jurídicas, unidades de pessoas naturais ou de patrimônios, que visam à consecução de certos fins⁹⁰. Vimos também existirem sujeitos despersonalizados ou com personificação anômala, que apesar de não terem personalidade jurídica, têm capacidade, podendo ser tomados como sujeitos de direito. O nascituro já é uma pessoa, em formação no interior do ventre materno, portanto detém personalidade já que esta é vinculada à pessoa. Mas um adepto da teoria natalista não aceita tal correlação, devido à primeira parte do artigo 2º do Código Civil.

A manutenção de uma teoria retrógrada, desvinculada com os ditames da ciência moderna, contrária à tradição romana que orientou tantos institutos do direito brasileiro, e que impõe uma relativização e imprecisão num conceito por demais simples, é o que força doutrinadores como Sílvio Rodrigues a tentar explicar a contradição aparente acerca dos conceitos “direitos”, “personalidade” e “pessoa” do nascituro da seguinte forma⁹¹:

“Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus.”

No mesmo sentido, Nelson Dower, também adepto desta teoria, afirma que “o nascituro não tem personalidade, ou seja, não é pessoa, porque ainda se encontra no ventre materno”⁹², mas igualmente não nega que o mesmo tem direitos a serem resguardados – não mera expectativa –, apenas ressaltando que a exegese do artigo 2º do vigente Código Civil denota uma condição suspensiva de adquirir direitos, aguardando-se o nascimento com vida.⁹³

Ou seja, alegam que o nascituro só terá personalidade quando for pessoa, e isso se dará com o nascimento, mas antes de ser pessoa já tem direitos que estariam suspensos,

89 José Jairo Gomes, *Direito civil: introdução e parte geral*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 139.

90 Diniz, *Curso...*, 12. ed., 1996, p. 142.

91 Sílvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., p. 36.

92 Nelson Godoy Bassil Dower, *Curso moderno de direito civil*, vol. 5: Família. São Paulo: Nelpa, 2004, p. 306.

No mesmo sentido, Serpa Lopes, *Curso...*, cit., p. 210.

93 Dower, *Direito civil*, cit., p. 81.

condicionados a esse nascimento com vida. Caminhariam tais doutrinadores para a teoria da personalidade condicionada? De qualquer forma, há uma brecha em tal argumentação, pois o que há de ser condicionado ao nascimento são apenas os direitos de cunho patrimonial, como a doação ao nascituro e o recebimento da herança. Direitos decorrentes da personalidade, inerentes da pessoa humana, não se sujeitam à condição alguma.

Aliás, como é possível justificar que um ser, que tem personalidade decorrente de sua própria condição como humano, detém legítimo interesse no exercício de certos direitos mas não os têm para outros? Há personalidade para certos atos, mas uma não-personalidade para outros?

Lembramos que estes questionamentos podem ser refutados pela distinção entre personalidade e capacidade, e de capacidade de fato e capacidade de direito, apresentada no sub-item anterior, onde vimos que o nascituro possui capacidade de direito, justamente por possuir direitos conferidos por lei, mas não possui capacidade de fato, daí ser representado, quando visa ao resguardo e à proteção destes. A lógica é pura: (I) todas as pessoas possuem capacidade de direito; (II) os nascituros possuem capacidade de direito; logo (III) os nascituros são pessoas.

Levando em consideração que para a teoria natalista é o “nascimento com vida” o fator determinante para o início da pessoa natural, teria nosso ordenamento previsto condições especiais para tal fato?

Os requisitos acerca desse nascimento com vida são abordados de forma sinótica por todos os civilistas⁹⁴. Assim, apontamos a elucidação de José Jairo Gomes:

“Tanto a personalidade civil, quanto a capacidade de direito têm início a partir do nascimento com vida, sendo, pois, necessários dois requisitos para que elas se perfeçam: o nascimento e a vida.
O nascimento se dá com o parto. Este consiste na expulsão completa do produto da concepção – o feto – do organismo da mãe, independentemente do tempo de duração da gravidez, em virtude de ter alcançado grau de desenvolvimento que lhe permita viver autonomamente.”⁹⁵

Vemos, portanto, que bastam os requisitos de nascer e ter vida, não importando se o parto é natural ou cirúrgico, como se procedeu a concepção e a gestação, nem o tempo da gestação. Mas mãe e filho devem tornar-se dois corpos distintos, com vida orgânica própria. O entendimento do natalista Carlos Roberto Gonçalves é de que a constatação se dá com a respiração, isto é, se respirou, viveu, não sendo exigido o corte do cordão umbilical, nem a

94 Diniz, *Curso...*, cit., 12. ed., 1996, p. 121; Silvio Rodrigues, *Direito civil*, cit., p. 36; Gilbert Ronald Lopes Florêncio, *Direitos da personalidade no novo código civil*. São Paulo: LFD Editora de Direito, 2005, p. 156; Silvio de Salvo Venosa, *Direito civil: parte geral*, 6. ed. 2006, p. 126.

95 José Jairo Gomes, *Direito...*, cit., p. 141.

viabilidade, muito menos a forma humana⁹⁶, ao passo que Washington de Barros discorda apenas de que “ainda não terá nascido enquanto a este permanecer ligada pelo cordão umbilical”⁹⁷. Em verdade, esta vida autônoma pode ser constatada por meio dos sinais vitais, como batimentos cardíacos, pulsações do cordão umbilical, contração voluntária dos músculos, mesmo que o cordão ainda não tenha sido cortado, ou a placenta se desprendido.

Assim, nosso código afastou do nascimento com vida requisitos que pudessem gerar incertezas, já que as deixou para a problemática da interpretação de ser o nascituro pessoa desde a concepção, ou não. Resta pacífico que se o recém-nascido nasceu com vida, foi pessoa, mesmo que venha a falecer instantes depois. E a técnica mais lembrada pela doutrina, para verificação se o nascituro efetivamente nasceu com vida, é a “docimasia respiratória ou hidrostática”, que consiste em colocar os pulmões da criança falecida num recipiente com água à temperatura de 15°C a 20°C, se os pulmões flutuarem, é porque respirou e nasceu com vida.⁹⁸

Destacamos, ainda, que Luciano Norbim desenvolveu duas novas teorias quanto ao início da vida⁹⁹, criadas da análise comparativa entre a legislação vigente e a doutrina, e que se dividem em: a) teoria civilista, ou restritiva; e b) teoria constitucional-humanitária, ou ampliativa. A teoria civilista segue a literalidade da exegese do artigo 2º do Código Civil Brasileiro, com o início da personalidade com o nascimento com vida, argumentando o autor que tal teoria não se coaduna com os preceitos advindos da Constituição Federal, que garante o direito à vida. Como se nota, tal teoria nada mais é que uma nova nomenclatura à própria teoria natalista.

2.3.2. *Teoria da personalidade condicional*

Limongi França, digressando sobre o tema, entendia que a controvérsia divide-se apenas entre os concepcionistas e os natalistas, sendo que os partidários da primeira corrente subdividem-se em várias escolas, e a teoria da personalidade condicional seria uma destas. Entendia que a presente teoria é a que mais se aproxima da verdade, mas pode ensejar a errônea conclusão de que a personalidade só existirá depois de cumprida a condição do nascimento, sendo que, na realidade, a condição do nascimento não é para que se adquira personalidade, mas para que se “consolide a sua capacidade jurídica”¹⁰⁰.

96 Carlos R. Gonçalves, *Direito civil: Parte Geral*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 48.

97 Washington de Barros Monteiro, *Curso...*, cit., p. 64.

98 Dower, *Direito civil*, cit., p. 81.

99 Luciano D. Norbim, *O direito do nascituro à personalidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 46-56.

100 Limongi França, *Manual de direito civil*, v. 1, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, p. 143.

Silmara Chinelato afirma ser esta a corrente adotada por Clóvis Beviláqua, fundamentada no artigo 3º de seu Projeto de Código Civil¹⁰¹, mas lembra a autora de que a própria doutrina dos direitos da personalidade não estava bem consolidada à época do projeto.

Verifiquemos, pois, o seguinte entendimento de Washington de Barros Monteiro¹⁰²:

“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. A essa situação toda especial chama PLANIOL antecipação da personalidade [In *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 1/150].”

Nesse sentido, confere-se ao nascituro todo o resguardo da lei, garantindo-se seus direitos patrimoniais e da personalidade, todavia, tais direitos permaneceriam suspensos, aguardando a condição do nascimento com vida, momento em que efetivamente se integrariam a sua pessoa. E os requisitos para o preenchimento de tal condição do nascimento seriam os mesmos já asseverados na análise da teoria natalista, ou seja, a mera respiração.

Assim sendo, nascendo com vida, é como se sua personalidade retroagisse até a concepção. César Fiuza entende que esta teoria expressa a mesma idéia asseverada por Windscheid quanto ao nascituro no direito romano¹⁰³. Como já mencionado, seus comentários sobre a Digesto o levaram a formular a teoria dos direitos sem sujeito, que, em verdade, não corresponde essencialmente com a presente, onde reconhecesse a existência de um sujeito de direitos, o nascituro, mas que cujos direitos apenas estariam suspensos, aguardando o preenchimento de uma condição, que é o nascimento com vida.

2.3.3. Teoria verdadeiramente concepcionista e sua problemática frente às fases embrionárias

Para esta teoria, a personalidade começa da concepção, e não do nascimento com vida, posto que há direitos do nascituro que não guardam relação com o fato de seu nascimento, como por exemplo, o direito de ser reconhecido como filho.

Nesse sentido, bem elucida Silmara Chinelato¹⁰⁴:

“Apenas certos efeitos de certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida. A plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida.

¹⁰¹Chinelato, *Direitos...*, cit., p. 22.

¹⁰²Washington de Barros Monteiro, *Curso...*, cit., p. 66.

¹⁰³César Fiuza, *Direito Civil*: curso completo. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 119.

¹⁰⁴Chinelato, *Direitos...*, cit., p. 23.

(...) O nascimento com vida aperfeiçoa o direito que dele dependa, dando-lhe integral eficácia, na qual se inclui sua transmissibilidade.”

Ou seja, segundo preleciona a autora, teríamos dois tipos de direitos, os patrimoniais materiais, estes sim condicionados ao nascimento com vida, e outros que fazem parte da essência do próprio nascituro, que podemos afirmar serem os direitos da personalidade.

Assiste razão à autora, pois como entendemos serem os nascituros pessoas humanas naturais, são possuidoras dos direitos da personalidade, e sendo estes absolutos, extra-patrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, vitalícios, não ficam condicionados a fator algum que não o de serem direitos de uma pessoa. Ora, se até mesmo uma pessoa jurídica é possuidora de alguns direitos da personalidade, como os direitos à imagem e à honra, haveria justificativa para afastar de uma pessoa humana os direitos da personalidade? Afirmamos que não; sendo os nascituros pessoas detêm direitos da personalidade e, desse turno, não encontram-se vinculados ao nascimento com vida, mas à própria pessoa.

Maria Helena Diniz compartilha com tal doutrina, chegando a ponderar sobre a existência de uma personalidade jurídica formal e outra material, a fim de enquadrar os direitos da personalidade e os patrimoniais, senão vejamos¹⁰⁵:

“Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos personalíssimos, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento. Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá. P. ex.: suponhamos o caso de um homem que, recentemente casado pelo regime de separação de bens, faleça num desastre, deixando pais vivos e viúva grávida. Se nascer morto, o bebê não adquire personalidade jurídica e, portanto, não recebe nem transmite a herança de seu pai, que ficará com os avós paternos (...) Se nascer vivo, receberá a herança e, se por acaso vier a falecer logo em seguida, a herança passará a sua mãe, provando-se o seu nascimento com vida pela demonstração de presença de ar nos pulmões.”

O exemplo dado pela jurista é um dos que são comumente levantados para justificar a importância do trato à pessoa do nascituro, mas relacionada à questão meramente patrimonial. Em tal situação, a condição de nascimento com vida encontra relevo, assim como também se verificaria em outras situações envolvendo direitos patrimoniais, como o direito à indenização pela morte de seu pai, frente à dor de nunca tê-lo conhecido, ou a possibilidade de receber bens por doação, cuja propriedade somente se incorporará se nascer com vida. Vimos que o nascituro tem capacidade de direito, mas não de exercício, motivo pelo qual seus pais, ou o curador ao ventre, na falta daqueles, devem zelar pelos seus interesses, adotando todas as medidas processuais em seu favor, defendendo em seu nome a posse, resguardando

¹⁰⁵Diniz, *Curso...*, cit., p. 122-123.

sua parte na herança, aceitando doações, pleiteando alimentos para uma adequada assistência pré-natal, indenizações por ofensa a seu direito à imagem, caso uma imagem captada por ultra-sonografia, radiografias ou câmeras miniaturizadas seja divulgada sem autorização.¹⁰⁶ Apresentada tal explanação, podemos, então, compreender a segunda parte da conceituação de nascituro, sob a ótica da professora Maria Helena Diniz, iniciada no tópico 2.2.1. retro.

Verificamos esta teoria diferir da teoria da personalidade condicional porque expressa que o início da personalidade começa indistintamente com a concepção, isto é, independentemente dos direitos a serem tratados, ao passo que a da personalidade condicional vincula a personalidade à condição do nascimento com vida. Ademais, vimos que pela teoria verdadeiramente concepcionista há direitos que independem da condição nascimento com vida, como os direitos da personalidade – cujos exemplos são a vida, a integridade física, a honra, o nome –, ou até mesmo um direito que verse sobre questões financeiras, como o de pleitear alimentos, o qual pode ser exigido pelo nascituro para uma melhor assistência pré e pari-natal, e que, mesmo frente a eventual falecimento do ser em gestação, não poderá ser compensado pelo alimentante (CC, artigo 1.707).

Fato interessante é que Fábio Ulhoa Coelho, apesar de adepto da teoria natalista, afirma existirem tanto direitos condicionados ao nascimento com vida – alusão à teoria da personalidade condicional –, como direitos que independem do nascimento – caminhando para um posicionamento concepcionista. Nesse sentido, lembra a norma do § 7º, do artigo 9º, da Lei nº 9.434/97, que proíbe à gestante dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo para doação, salvo a medula óssea e desde que isso não ocasione risco à sua saúde e à saúde do nascituro¹⁰⁷. Por que encontramos uma norma limitadora da vontade da gestante? Porque o direito, coerente e harmônico como é, protege a pessoa do nascituro em seu direito da personalidade à vida, assim como o faz em outros dispositivos ao longo de todo o ordenamento.

Tânia da Silva Pereira também filia-se à teoria concepcionista, utilizando como fundamento o quanto disposto no artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente: “uma vez concebido e em desenvolvimento no ventre materno, não há que se questionar sua titularidade como sujeito de direitos e proteção integral”¹⁰⁸. Trata-se de outra norma de proteção legal ao nascituro, e que coaduna-se com os valores expressados no ordenamento como um todo.

¹⁰⁶Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 121-122.

¹⁰⁷Fábio Ulhoa Coelho, *Curso...*, cit., p. 147.

¹⁰⁸Tânia da Silva Pereira, *Direito da criança e do adolescente*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 248.

Como já mencionamos, Limongi França também é adepto desta teoria, posto que diferencia a personalidade da consolidação da capacidade jurídica¹⁰⁹.

Também apontamos previamente que Luciano Norbim afirma ter desenvolvido duas novas teorias acerca do início da vida, restando explicitar a segunda, a saber, a teoria ampliativa, ou constitucional-humanitária. Segundo o mesmo, “a proposta da teoria ampliativa é considerar a personalidade civil desde a concepção, tendo como critério de aferição da personalidade a vida, ou seja, havendo vida, existe personalidade”¹¹⁰. Com o devido respeito, e prosseguindo com o quanto já asseverado, não estamos diante de uma nova teoria, mas apenas de uma interpretação terminológica acerca da teoria concepcionista.

Prosseguindo, entendemos cabível no presente momento trazer algumas ponderações sobre a teoria concepcionista, tendo em vista os estudos da embriologia humana.

Afirmamos no presente trabalho que o homem é formado por valores, os quais formula em seu próprio interior e consciência, mas que também são influenciados por fatores sociais, culturais, históricos. Vimos que no estudo dos valores sua presença se verifica nas normas jurídicas, que regerão a vida do ser humano, motivo pelo qual a ciência médica e as descobertas da embriologia constituem-se como elementos sociais que poderão influenciar os valores do homem, inclusive na formulação, crítica e adaptação destas normas.

Nesse sentido, temos que, em 1978, ocorreu o nascimento de Louise Brown na Inglaterra, o primeiro bebê de proveta, graças aos esforços de Bob Edwards e Patrick Steptoe; em 1982, o nascimento de Amandine, na França, após fecundação *in vitro*, graças a Jacques Testart e René Frydman; em 1984, o nascimento de Zoé, na Austrália, a primeira criança nascida após uma congelamento embrionária, graças a Allan Trounson. Tais fatos sequer poderiam ser imaginados pelos juristas do passado, mas hoje acarretam uma problemática que cumpre ao direito enfrentar. Enquanto a medicina não apresentava tais questões, e enquanto os detalhamentos da fecundação, meiose, nidação, e gestação de uma forma geral não eram do conhecimento do homem, o direito poderia permanecer com suas teorias de início da personalidade a partir do nascimento, ou a partir da concepção. Ora, vimos que a teoria concepcionista sempre foi a que melhor se caracterizava para a defesa do nascituro, mas será que continuará sendo a que melhor se adequará ao direito do século XXI? Temos que a análise de alguns conceitos trazidos da embriologia poderão auxiliar-nos a pensar num possível desdobramento, ou ao menos uma ponderação acerca da teoria concepcionista.

¹⁰⁹Limongi França, *Manual...*, cit., p. 143.

¹¹⁰Luciano D. Norbim, *O direito...*, cit., p. 53-56.

Iniciemos pois com a compreensão da fecundação humana. O desenvolvimento do ser humano começa após a união dos gametas masculino e feminino ou células germinativas, durante o processo conhecido por fecundação, ou concepção. A fecundação começa com o contato de um espermatozóide com um ovócito secundário e termina com a fusão de seus pronúcleos e a mistura dos seus cromossomos, formando uma nova célula, que passa a se chamar zigoto¹¹¹. Para muitos embriologistas, este é o momento em que existe o novo ser, sendo a somatória dos 46 cromossomos da nova célula um conteúdo genético próprio e distinto do de seus pais, um genoma, que é o código genético deste novo ser.¹¹²

Após a fusão e a formação do zigoto (célula diplóide), ocorre a clivagem ou segmentação do zigoto em blastômeros, e este passa a seguir pelo tubo uterino em direção ao útero. A fase de doze a dezesseis células corresponde à mórula, que é quem entra na cavidade uterina. Por volta do quinto ou sexto dia após a fecundação, o zigoto entra na fase de blastocisto, uma bola côncava com cerca de cem células e se prepara para a implantação na parede uterina, o que ocorre na segunda semana de gestação, quando perderá sua proteção externa, a membrana translúcida.

As células mais externas do blastocisto, assumindo uma forma plana, dão origem ao trofoblasto, que no futuro formará a placenta, ao passo que as células mais internas dão origem ao nodo embrionário, que são células totipotentes¹¹³, isto é, células que poderão dar origem a qualquer tipo de célula presente no ser humano adulto.

Com a terceira semana de gestação inicia-se a gastrulação, processo de diferenciação contínua que dará origem à gástrula e seus três folhetos germinativos: a ectoderma, que originará a pele, o sistema nervoso e estruturas sensoriais; mesoderma, que originará sistema esquelético, muscular e circulatório; e endoderma, que originará o sistema digestivo e respiratório¹¹⁴. Henrique Paraventi destaca que, neste período embrionário, já se demonstra a plena independência funcional do embrião, decorrência da circulação sanguínea impulsionada por um coração funcionando com sangue circulante de origem embrionária e não materna¹¹⁵.

É na quarta semana que as extremidades do tubo neural se fecham, num processo chamado neurulação, iniciando a diferenciação entre o cérebro e a espinha dorsal. Diversas

111Keith L. Moore, *Fundamentos de embriologia humana*. São Paulo: Manole, 1990; William J. Larsen, *Human embryology*. 3. ed. Pennsylvania: Churchill Livingstone. 2001, p. 1-3.

112Giovanni Cipriani, *O embrião humano: na fecundação, o marco da vida*. São Paulo: Paulinas, 2007, p. 18.

113Cipriani, *O embrião...*, cit., p. 19; Larsen, *Human embryology*, cit., p. 37-38.

114Cipriani, *O embrião...*, cit., p. 20; Larsen, *Human embryology*, cit., p. 53-54.

115Henrique A. Paraventi, Aspectos médicos do abortamento e sua legalização, *Revista Brasileira de Medicina – Ginecologia e Obstetrícia*, v. IV, n. 5, out. 1993, p. 315-6.

anomalias resultantes da má-formação da neurulação podem ocorrer nessa fase, algumas fatais, como a anencefalia, outras tratáveis se constatadas em tempo, como a hidrocefalia¹¹⁶. Também a partir da quarta semana, por volta do vigésimo segundo dia, o coração já começa a bater, ainda que seja audível somente por volta da décima oitava ou vigésima semana.

Na quinta semana, a região torácica inicia o processo para formação das costelas, o estômago forma-se como uma expansão da parede abdominal, e a semelhança em relação à forma humana adulta pode ser perceptível ao final da oitava semana, com os membros superiores e inferiores e do rosto tornando-se totalmente visíveis, sendo que a semelhança à forma adulta é evidente ao término da décima segunda semana. Aos três meses, a embriogênese está concluída, e o nascituro apenas se desenvolve.¹¹⁷

Por tais motivos que embriologistas como Cipriani, ao versarem sobre as propriedades do desenvolvimento do nascituro, afirmam serem as mesmas contínua, interna, coordenada e gradual:¹¹⁸

É contínua porque, desde a singamia, ou união dos gametas masculino e feminino, inicia-se um ciclo vital que prossegue sem interrupção, ou seja, mesmo que cada evento, como formação de órgãos, demonstre uma sucessão, o processo de crescimento é contínuo, com o mesmo ser adquirindo sua forma definitiva.

É interna, posto que é o próprio embrião quem regula o processo de desenvolvimento, de acordo com seu código genético. A mãe apenas recebe as informações do embrião, acerca dos elementos e proteínas de que necessita.

É coordenada e seqüencial, com o desenvolvimento do zigoto atrelado a processos específicos, tudo determinado pelo próprio embrião.

E é gradual porque a graduação é uma lei intrínseca à formação desse organismo, ou seja, ele chegará à fase final gradualmente, partindo de uma forma mais simples até alcançar a complexidade. São as inscrições em seu genoma que mantêm o desenvolvimento permanentemente orientado na direção a seguir até a forma final.

Baseado nas mesmas conclusões é que Patrick Lee formulou o seguinte raciocínio lógico para refutar a possibilidade de aborto¹¹⁹: 1º) O embrião humano ou feto é, desde a concepção, um indivíduo distinto, pois é da união de espermatozóide e óvulo que se forma um

¹¹⁶Cipriani, *O embrião...*, cit., p. 20; Larsen, *Human embryology*, cit., p. 79-80, 98-102.

¹¹⁷Larsen, *Human embryology*, cit., p. 158, 196, 236, 316, 380; Oxorn, *Trabalho de parto*, São Paulo: Roca, 1989, p. 38.

¹¹⁸Cipriani, *O embrião...*, cit., p. 21-22.

¹¹⁹Patrick Lee, *Abortion and unborn human life*. Washington: The Catholic University of America Press, 1997, p. 3-6.

novo ser, distinto dos anteriores; 2º) O embrião ou feto é, desde a concepção, humano, sendo que sua humanidade decorre de ter se originado de dois humanos, sua estrutura genética é a do homem; seu crescimento e desenvolvimento o levará a ser um homem; 3º) O embrião humano ou nascituro, sob o ponto de vista da concepção, é um ser humano completo, faz parte da raça humana, detém a realidade positiva e as informações para se desenvolver num organismo humano maduro, e assim, num ser humano; 4º) Todos os seres humanos são pessoas; 5º) É intencionalmente errado matar uma pessoa humana inocente; 6º) É intencionalmente errado matar um embrião humano ou nascituro.

Este entendimento acerca da embriologia humana implica, assim, que a vida humana se inicia quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, sendo o desenvolvimento humano algo que se inicia naquele instante e que prossegue, contínua, gradual e coordenadamente, até o término do ciclo, com a morte. Ou seja, o nascituro muda sua forma, mas não muda sua essência; ele é para a criança o que um adolescente seria para um adulto: o mesmo ser, sempre em desenvolvimento. Nesse diapasão, Antoine Suarez expõe: “É um dado certo que o adulto é aquele mesmo ser que antes era um embrião, e não um outro... Então, de duas uma: ou o adulto é uma pessoa e então o embrião é uma pessoa, ou o embrião não é uma pessoa e então ninguém é pessoa.”¹²⁰

Todavia, este não é o entendimento da maioria dos embriologistas. Como destaca Cipriani, todas as teorias acerca da concepção podem ser agrupadas na filosofia funcionalista e no personalismo ontológico.¹²¹

Os partidários da filosofia funcionalista subordinam o reconhecimento do ser “pessoa” ao aparecimento de determinadas propriedades e à possibilidade de exercerem determinadas funções; assim, as ponderações recaem sobre quando se desenvolvem determinados órgãos ou estruturas neurofisiológicas e psíquicas, ou quando iniciam-se as determinadas funções socioculturais ou ambientais, que possibilitem a qualificação da pessoa, como, por exemplo, a autonomia, a posse de um senso moral, a racionalidade.

Segundo tais pensadores, o nascituro poderia ser pessoa:

- após a fusão do patrimônio genético da célula-ovo e do espermatozóide, isto é, cerca de vinte e uma horas após a fecundação;
- no início do processo de nidação no útero, com o blastocisto passando de célula

¹²⁰Antoine Suarez, L’embryon est une personne, si l’adult qui dort est une personne. *Médecine et hygiène*, 48, 3462 *apud* Cipriani, *O embrião...*, cit., p. 26.

¹²¹Cipriani, *O embrião...*, cit., p. 36.

totipotente, ou pluripotente, para unipotente;

- no 15º dia após a fecundação, quando o processo de nidificação está concluído, e a possibilidade de gemelação homozigótica excluída;
- quando se desenvolve a placa neural, por volta do 18º dia após a fecundação, com o início das estruturas cerebrais e nervosas; e
- no 40º dia após a fecundação, com a formação e início da atividade do sistema nervoso central.

A primeira proposição guarda relação com o conceito de genoma humano, o conjunto de informações contidas nos cromossomos de uma célula, sendo o DNA o portador da mensagem genética. A segunda e terceira proposições guardam relação com a nidação, e a simbiose decorrente das relações fisiológicas entre mãe e nascituro. A quinta e a sexta proposições guardam relação com o início da sensibilidade, sendo pessoa o ser senciente, de natureza racional.

Da primeira proposição lembramos que o patrimônio genético, proveniente do genoma humano, é caráter único de cada indivíduo, por força do artigo 2º da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, aprovada em 1999, do que se depreende que tal genoma impõe o direito ao respeito de sua dignidade, não importando em que momento obtém-se os dados genéticos¹²². Assim, se o genoma humano integra a pessoa, tanto que protegido está pela Declaração, evidente que a “célula-ovo” já é pessoa, por conter tal patrimônio da humanidade. Nesse sentido, Paraventi lembra que “no momento da fecundação, todo futuro genético e físico do novo indivíduo está delineado, desde a determinação do sexo até a cor dos olhos”¹²³.

De seu turno, A. Monroy partilha da proposição da nidação dentro da filosofia funcionalista¹²⁴:

“A segmentação do ovo (...) não pode prosseguir além do estágio de blastócito: para continuar o seu desenvolvimento e levar a termo a formação do feto, o blastócito deve implantar-se no útero. Ou seja, devem ser estabelecidas relações anatômicas e funcionais entre o embrião e a mãe: o implante é portanto o evento fundamental, crucial, do desenvolvimento do embrião. E é só depois do implante que começam os processos morfogenéticos, que levam à diferenciação dos vários tecidos e órgãos. Assim, mesmo estando convencido da importância fundamental de apurar se já no blastócito, ou mesmo antes do implante, despontam as características imunológicas que distinguem o embrião humano de animais de espécies afins, estou certo de que

¹²²Comparato, *A afirmação...*, cit., p. 34-35.

¹²³Paraventi, *Aspectos médicos...*, cit., p. 315.

¹²⁴A. Monroy, *Considerazioni sulle manipolazione e sulla sperimentazione su embrioni umani*, 1985, in *I figli della scienza*, p. 181-5 *apud* Giovanni Berlinguer, *Questioni di vita: Etica, scienza, salute*. Torino, 1991, p. 41-42.

não tendo sido ainda iniciados os processos morfogênicos, a formação do indivíduo ainda não começou. As células que compõem o nó embrionário não têm ainda destinação específica; são, como se diz, pluripotentes.”

No mesmo diapasão, Giovanni Berlinguer, afirma somente ser possível falar em indivíduo-pessoa com a nidação do núcleo¹²⁵:

“Nesta fase, acontece a diferenciação celular e o aparecimento dos fenômenos imunológicos que constituem o aspecto diferenciador das outras espécies e também dos outros indivíduos da mesma espécie. Ali começa uma relação metabólica e posteriormente psicológica com a mãe. Depois desta fase, o desenvolvimento dá-se em passagens lentas, sem aqueles “saltos” que aconteceram antes da fecundação e da nidação e que resultará depois no nascimento.”

Pela lógica apresentada por tal formulação, se não ocorrer a nidação do embrião no útero, o mesmo não se desenvolverá, ou seja, o ambiente propício para que o desenvolvimento humano ocorra seria o útero. Antes da ocorrência da nidação, não seria possível falar em pessoa. Mas esse ser já não está buscando desenvolver-se, desde o início da fecundação? Não seria por isso que, inadvertidamente ou por estímulos orgânicos, caminha ao longo do tubo uterino em direção ao útero?

É verdade que a gravidez molar não gera uma vida, mas esta não passa de uma anomalia ocasional, uma vez que o ovo busca implantar-se, na maioria das vezes, na parte superior do útero, para que, por volta do terceiro mês, possa estender-se para o interior do istmo, localizado entre o corpo uterino e o colo do útero¹²⁶. Todo o processo gestacional prossegue para o desenvolvimento contínuo, interno, coordenado e gradual do nascituro, e a nidação é justamente uma dessas fases de desenvolvimento.

Também é certo que, se o embrião está fora do útero, em decorrência das técnicas de reprodução assistida e em estado de criopreservação – seja preventiva, em que a própria pessoa que criopreservou o material biológico vai utilizá-lo no futuro (pacientes oncológicos, ou que se submeterão à vasectomia), seja a criopreservação para doação a terceiros (realizada após entrevista, avaliação psicológica e seminal) –, evidente que não se desenvolverá.

Isto ocorre não porque aquele embrião não é uma pessoa, mas sim porque o homem, brincando de Criador, preservou o material biológico em nitrogênio líquido para possível utilização anos depois¹²⁷, ainda que dessa prática inúmeros problemas éticos e jurídicos possam ocorrer, como por exemplo: o surgimento de gêmeos com idades diferentes, a possibilidade de uma criança nascer de genitor morto, o arrependimento do casal, do marido,

¹²⁵Giovanni Berlinguer, *Questioni di vita...*, cit., p. 42.

¹²⁶Oxorn, *Trabalho de parto*, cit., p. 18.

¹²⁷Ana Paula Pacheco Clemente, *Biotecnologia: diálogo entre bioética e biossegurança: construção de um novo paradigma*, in *Bioética: um olhar transdisciplinar sobre os dilemas do mundo contemporâneo*. Belo Horizonte: Bioconsulte, 2004, p. 96.

ou da mulher após a fertilização *in vitro*, entre tantas outras. De qualquer forma, temos que o propósito de buscar-se uma técnica científica de reprodução humana assistida é a de que seja concebido um ser humano, ao passo que mesmo os embriões criopreservados aguardam esse propósito para que foram criados: seu nascimento.

René Frydman pondera que no primeiro estágio – do ovo segmentado, que vai da fecundação até a formação de oito células –, o ser vive de reservas maternas, motivo pelo qual seria abusivo chamar o zigoto de embrião. Questiona, também, o fato de que tal ser apresenta as chamadas células totipotentes, e que cada uma delas poderia dar origem a um outro embrião¹²⁸. Mas, então, se não são embriões (note-se que assim são chamados pelo embriologista por mera comodidade) o que seriam? Pré-embriões?

Jérôme Lejeune assim assevera¹²⁹:

“Pré-embrião: essa palavra não existe. Não há necessidade de uma subclasse de embrião a ser chamada de pré-embrião, porque nada existe antes do embrião; antes de um embrião existe apenas um óvulo e o esperma; quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide a entidade assim constituída se transforma em zigoto; e quando o zigoto se subdivide torna-se embrião. Desde a existência da primeira célula todos os elementos individualizadores (*tricks of the trade*) para transformá-lo num ser humano já estão presentes. Logo após a fertilização, o estágio de três células, um “pequeno ser humano já existe”. Quando o óvulo é fertilizado pelo espermatozóide, o resultado disso é “a mais especializada das células sob o sol”; especializada do ponto de vista de que nenhuma outra célula jamais terá as mesmas instruções na vida do indivíduo que está sendo criado. (...) No momento em que é concebido, um homem é um homem.”

Em verdade, a questão das células totipotentes é apenas parte da argumentação de Frydman. Como já mencionado, a partir do sétimo dia, o ovo prepara-se para a implantação, e as células do trofoblasto proliferam-se para melhor se agarrarem à parede uterina. É o início da epigênese. Com isso, as células começam a diferenciar-se, sendo que até o fim da segunda semana, isto é, até o décimo quinto dia, o embrião tem sempre a possibilidade de se cindir, dando origem a gêmeos!

Tendo em vista a eventualidade de um estatuto do embrião e a possibilidade de técnicas reprodutivas com embriões extra-uterinos, a antropóloga social Tânia Salem¹³⁰ ponderou sobre o tema, entendendo que somente a partir do décimo-quarto dia é que o embrião adquire direito à proteção, com a proibição de mantê-lo vivo em laboratório ou de utilizá-lo como objeto de pesquisas. A autora partilha da expressão “pré-embrião” para o período que se estende até os quatorze dias de vida, ancorando suas justificativas em

128René Frydman, *Deus, a medicina e o embrião*. Lisboa: Instituto Piaget, p. 244.

129Jérôme Lejeune, *apud* Mestieri, Embriões, *Consulex*, 32:43, *apud* Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 438.

130Tânia Salem, As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. *Mana*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, abr. 1997, p. 81-83.

processos de maturação biológica que afetam o embrião, que se mesclam nas proposições já enunciadas, relacionadas à nidação – a qual já analisamos –, e à formação da “linha primitiva” da qual se origina a coluna vertebral, sendo tal fato o último momento em que pode ocorrer a duplicação espontânea do embrião, “o marco biológico em pauta estipula, em suma, a passagem do estágio pré-embriônico para o embriônico propriamente dito e anuncia um embrião (ou uma identidade) único e singular”.

A premissa do indivíduo como ser único e irreduzível relacionada ao embrião é fundamental para as conclusões da autora, que prossegue: “enquanto dotado da capacidade de se cindir em dois (ou mais), o embrião é “rebaixado” à condição de “pré-embrião”, “matéria molecular”, “mero agregado de células” ou, ainda, à de “não-indivíduo”. Visto sob outro ângulo, a identidade exclui por definição a alteridade, e um outro indivíduo é também um “outro” do indivíduo. Para ser promovido ao estatuto de ser moral ou de pessoa, ele deve ingressar em um estado no qual sua identidade está fixada ou congelada – em um ser que, apesar ou para além de movimentos ou transformações, é sempre único, idêntico a si mesmo e, nesse sentido específico, imutável”¹³¹. Estas elucidações abrangem a problemática da clonagem, possibilidade cabível em pesquisas científicas, mas que, envolvendo seres humanos, é contrária à dignidade da pessoa humana (Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos do Homem, artigo 11) e prática proibida e criminosa no Brasil (artigos 6º, IV e 26 da Lei nº 11.105/05). Porém, permaneçamos com a natural possibilidade gemelar.

Ora, partimos da premissa de que o ser humano é irrepetível, é único, não existe nenhum outro igual em qualquer lugar do universo. Nesse diapasão, citamos Laércio Dias de Moura que afirma: “a pessoa humana tem uma interioridade que faz dela um ser à parte, que deve ser considerado e respeitado em sua singularidade.”¹³² Se afirmarmos que desde a fecundação já existe um ser, uma pessoa humana, e que esse ser humano é único e continuará desenvolvendo-se até o nascimento, e além deste até sua morte, então, como podemos explicar que esse ser, único, pode dividir-se em dois seres distintos?

Lembremos que os gêmeos podem ser dizigóticos (DZ) ou monozigóticos (MZ): aqueles resultam da fecundação de dois ovos diferentes e são também chamados fraternos; estes representam apenas 25,4% de todos os nascimentos gemelares e resultam de uma divisão precoce do mesmo ovo (zigoto) fecundado, por isso também são chamados idênticos.

¹³¹Tânia Salem, *As novas...*, cit., p. 86.

¹³²Laércio Dias de Moura, *A dignidade da pessoa e os direitos humanos: o ser humano num mundo em transformação*. Bauru: EDUSC; São Paulo: Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002, p. 85.

Se a divisão ocorre precocemente, no estágio de duas células, terão placentas, córions e sacos amnióticos separados, tal qual os dizigóticos; se a divisão ocorre entre o 7º e 13º dia pós-concepção compartilharão placenta e córion, mas terão sacos amnióticos próprios; se ocorrer entre o 13º e 14º serão siameses, compartilhando placenta, córion e saco amniótico (FIG. 1).

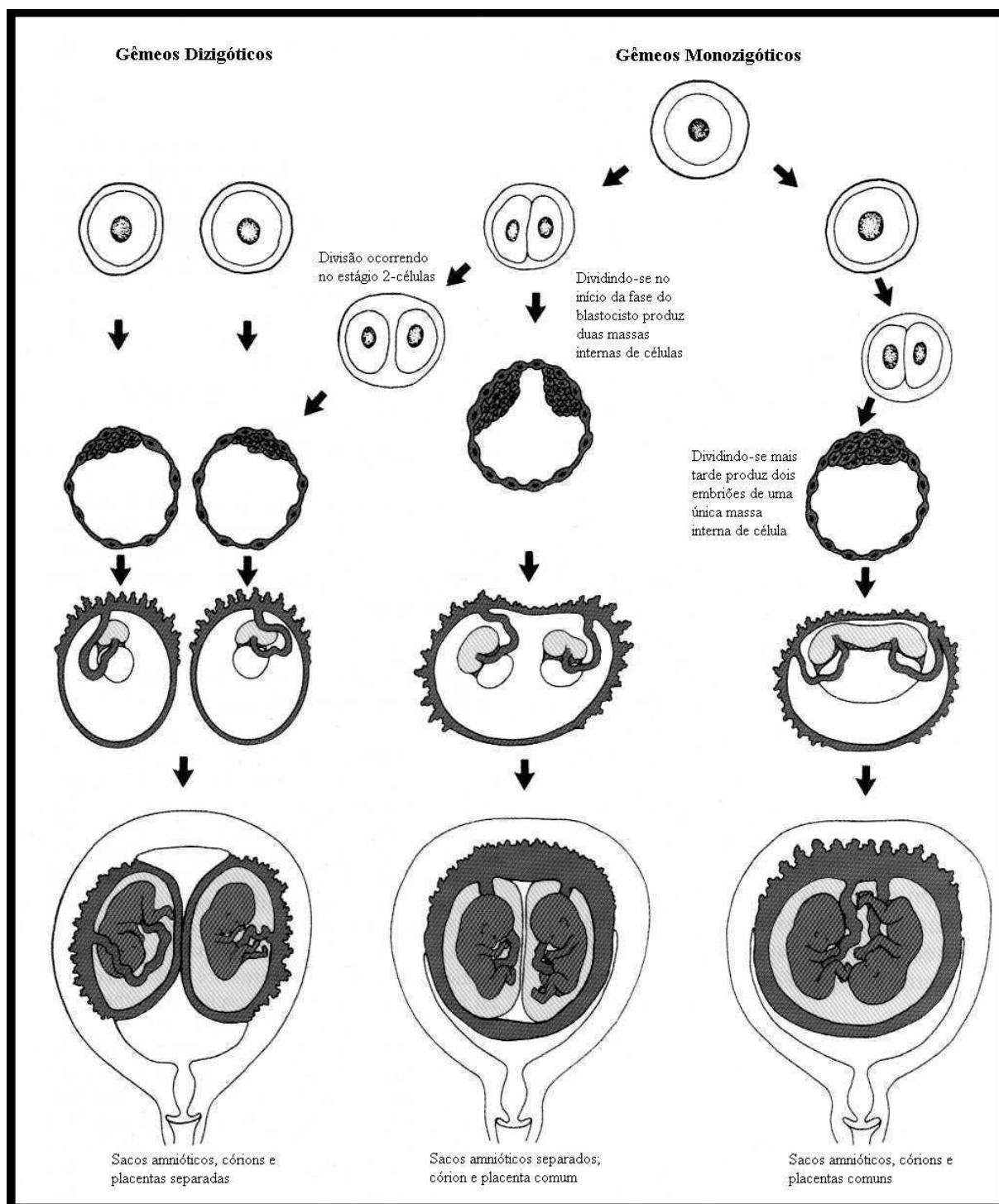


FIGURA 1 – GÊMEOS MONOZIGÓTICOS E DIZIGÓTICOS

FONTE: Larsen (2001, p. 492)

Note-se que os gêmeos dizigóticos não se inserem na presente problemática, mas tão somente os monozigóticos, posto que decorrentes de uma divisão do embrião até o décimo quarto dia de gestação. É por este motivo que, nos EUA e Inglaterra, até esse estágio optou-se pela expressão “pré-embrião”, sendo que Frydman destaca o argumento dos anglo-saxões: “até o décimo quarto dia, o pré-embrião pode dividir-se e dar nascimento a dois indivíduos: não é ainda um ser (por essência e por definição única)”¹³³, daí a justificativa dos mesmos para a possibilidade de toda e qualquer pesquisa no pré-embrião. Mas em meio a conceitos de biologia, com a questão das células totipotentes, e da metafísica, com o conceito de indivíduo, Frydman filia-se em parte.

Como o cientista do direito poderá solucionar tal questão? Tendo em vista que é quando a nidação se completa que deixa de existir a possibilidade de gemelação homozigótica, deveria a teoria concepcionista cindir-se, criando-se a teoria da personalidade condicionada à nidação? Mas se essa teoria fosse aplicada, deveríamos resguardar o “pré-embrião”? Poderíamos efetivamente considerar o “pré-embrião” pessoa?

Entendemos que a melhor solução é permanecer com o entendimento de que o início da vida ocorre com a concepção. Como já mencionamos, o patrimônio genético guarda características do indivíduo que irá se desenvolver, e o genoma se forma já na fecundação, logo, desde tal fato já é possível falar-se em pessoa. Se mais não fora, não é porque existe a possibilidade de uma cisão embrionária, que o ovo, o zigoto e o embrião não se encontram num contínuo processo de desenvolvimento, que resultará no nascimento. Atribuir apenas ao momento da nidação completa a personalidade de uma pessoa seria justificar todo o tipo de experimentos no embrião pré-15º dia de fecundação, o que é intolerável.

Como lembra Maria Helena Diniz, deve-se limitar as experiências genéticas com a utilização de material não humano, não podendo o embrião humano ser explorado como material biológico disponível, nem sofrer qualquer alteração que não decorra da correção de uma anomalia¹³⁴. No mesmo sentido, no tocante a experiências com embriões, afirma a professora que “qualquer aplicação em embriões, bem como em seus órgãos, tecidos ou células, de técnicas experimentais ou de procedimentos científicos investigatórios, com fins diagnósticos ou terapêuticos, somente deveria ser possível se estiverem clinicamente mortos e com anuência daqueles que gratuitamente cederam os gametas”¹³⁵.

¹³³René Frydman, *Deus...*, cit., p. 245.

¹³⁴Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 399.

¹³⁵Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 444.

Em verdade, nesta específica questão da biotecnologia, que é “qualquer técnica onde são empregados organismos vivos, ou parte deles, para fabricar ou modificar produtos, melhorar plantas ou animais ou criar microorganismos para uso específicos”¹³⁶, e que portanto abrange a reprodução humana assistida¹³⁷, a clonagem embrionária, a engenharia genética, temos por contundente a exortação de Luiz Edson Fachin¹³⁸: “Não há neutralidade na ética nem na biotecnologia, governada, de um lado, pela lógica do conhecimento e do poder, a qual está seguramente associada à lógica do lucro; de outra parte, pela lógica do desejo e da livre busca da felicidade”.

Assim, se o embrião pré-processo completo de nidação merece igualmente respeito, por ser pessoa humana, a solução para o dilema seria considerar que desde a concepção estamos diante de um ser humano em desenvolvimento, e que, se pelo mistério da natureza ele vier a se cindir, estaremos diante de dois seres humanos a serem protegidos e resguardados. Qualquer outra interpretação poderá gerar injustiças maiores, que não justificariam a precisão de um termo inicial para vida. Lembremos que não estamos enveredando para um ponto de vista teológico, onde a questão da alma guardaria relevância. Nosso interesse é jurídico, de determinar a partir de que momento o ser humano merece o resguardo por ser pessoa humana, a partir de que momento é detentor do direito da personalidade à vida, e do valor da dignidade da pessoa humana. E estamos caminhando a passos largos para a confirmação de que é a partir da concepção.

Quanto à quinta e sexta proposições da filosofia funcionalista, que se referem à capacidade do ser humano sentir prazer ou dor, em decorrência da formação do seu sistema nervoso central, temos que a razão não pode ser elemento constitutivo para determinar se um ser é uma pessoa, ou não. Ora, se para ser pessoa basta o córtex cerebral, então muitos animais passarão a ser considerados pessoas...

Todavia, já é possível notar certa movimentação no meio jurídico que vise estabelecer uma analogia entre o início da vida e seu término.

Sim pois, se o início da vida humana é tema controverso em nosso direito, o mesmo não mais pode ser dito quanto ao seu término, posto que, em 4 de fevereiro de 1997, fora

¹³⁶Ana Paula Pacheco Clemente, *Biotecnologia...*, cit., p. 64.

¹³⁷A Resolução nº 1358/92, do Conselho Federal de Medicina, estabeleceu as “Normas Éticas para a Reprodução Assistida”, donde surgem as características: 1) é subsidiária; 2) toda manipulação genética deve evitar a seleção da espécie, princípio fundamental para evitar a eugenia; 3) a mulher, para se submeter, deve ser casada ou manter união estável; 4) prevê a Resolução a gestação por substituição, desde que seja com pessoa da família, parentes de segundo grau, vedando pois, em tese, a contratação de barriga de aluguel.

¹³⁸Luiz Edson Fachin, *Direito de família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 252.

decretada a Lei nº 9.434, a chamada Lei dos transplantes. Para a disposição e remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, no caso específico *post mortem*, deve seguir-se a orientação emanada pelo artigo 3º de referida lei, a saber:

“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.”

Ou seja, tomando-se a literalidade da lei, depreende-se que o direito brasileiro estabeleceu a morte encefálica como término da vida. Mas seria possível afirmar tal posicionamento de forma contundente? Estaria definido que o ser humano morre com a ausência de atividade cerebral? Face a relevância para o quanto discutido na presente obra, partindo-se de nosso posicionamento inicial – de que não basta para o intérprete da lei a análise da lei posta, mas sim os valores que a regem e sua coerência com o sistema normativo –, e visando evitar possível contradição quanto ao posicionamento defendido, de valoração da pessoa humana, apresentamos alguns esclarecimentos quanto à assertiva de que o término da vida ocorre com a morte cerebral.

Maria Lúcia Fernandes Penna¹³⁹ explica que “como conceito, a morte neurológica é a morte da pessoa, a impossibilidade de consciência. Como morte é irreversível. A manutenção do organismo biologicamente ativo é realizada artificialmente com o auxílio de drogas e máquinas (respirador). Usamos o termo *biologicamente ativo* para evitar o termo *vivo*, e a aparente contradição entre pessoa morta e organismo vivo”. Isto já demonstra que uma pessoa pode estar sendo mantida biologicamente ativa por aparelhos, permitindo que órgãos como coração, pulmões e rins continuem funcionando, mas isso não significa que tal pessoa continua viva porque é o cérebro quem controla os processos de pensamento, os movimentos voluntários e involuntários do indivíduo, as funções corporais vitais, a sensibilidade sensorial, quem regula a temperatura corporal, a pressão sanguínea, a respiração e a frequência cardíaca. Penna também elucida a existência de uma confusão entre critério e conceito, isto é, confunde-se morte neurológica com a morte de uma determinada parte do encéfalo ou de todo ele. Nesse sentido, Leslie Olson¹⁴⁰ afirma que “por definição, “morte cerebral” é quando todo

139Maria Lúcia Fernandes Penna. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). *Physis*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, janeiro/junho 2005. Disponível em: <<http://www.drashirleydecampos.com.br/noticias/18707>>. Acesso em: 20 outubro 2008.

140Leslie Olson. Como funciona a morte cerebral. *How stuff works*, Publicado em 10 de setembro de 2002 (atualizado em 04 de dezembro de 2007). Disponível em <<http://saude.hsw.uol.com.br/morte-cerebral.htm>> Acesso em: 20 de outubro de 2008.

o cérebro, incluindo o tronco cerebral, perde irreversivelmente todas as suas funções” neurológicas.

Há de se destacar, também, que coma e morte cerebral são coisas distintas. Um paciente que sofre morte cerebral não está em coma, mas pacientes em coma podem ou não evoluir para morte cerebral. A pessoa, seja em coma profundo (que requer hospitalização), seja coma em “estado vegetativo” (que pode ser atendido pela família em casa), possui funções cerebrais, sendo considerada viva do ponto de vista legal.

O exame para detectar-se a morte cerebral baseia-se em estímulos externos, uma vez que o cérebro é o órgão que sente a dor externa – pode sentir a dor proveniente de todo o corpo, mas não pode sentir dor dentro dele mesmo –, logo, quando está morto, o paciente não sente nada. Exemplos de estímulos seriam ausência de resposta a comandos verbais, paciente flácido e sem reflexos nos membros, pupilas fixas, ausência de reflexo oculocefálico e oculovestibular, ausência de reflexo de engasgar e de respiração espontânea. Porém, diversos exames são realizados para confirmar a ocorrência da morte cerebral, sendo os mais comuns o eletroencefalograma (EEG) e o estudo do fluxo sanguíneo cerebral. Nesse sentido, Drauzio Varella¹⁴¹ lembra que a Academia Americana de Neurologia desde 1995 adotou os seguintes princípios para diagnosticar a morte cerebral: “a declaração de morte cerebral requer não apenas uma série de testes neurológicos cuidadosos, mas também o esclarecimento das causas do coma, a certeza de sua irreversibilidade, a resolução de qualquer dúvida em relação aos sinais neurológicos clínicos, o reconhecimento de possíveis fatores conflitantes, a interpretação dos achados de neuroimagem e a realização dos exames laboratoriais necessários”.

No Brasil, a Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina¹⁴² apontou os seguintes critérios para a configuração da morte encefálica, consequência de processo irreversível e de causa conhecida: a) clínicos: coma aperceptivo com ausência de atividade motoro supra-espinal e apnéia; b) complementares: ausência de atividade elétrica cerebral ou metabólica cerebral ou de perfusão sanguínea cerebral.

No tocante ao reconhecimento da morte encefálica para fins de transplantes, Maria Helena Diniz¹⁴³ entende ser mais prudente a teoria da morte encefálica total, “segundo a qual o óbito só ocorre em caso de morte do tronco encefálico, onde se encontram os centros

141Drauzio Varella. *O momento da morte*. Publicado em 9 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://drauziovarella.ig.com.br/artigos/momentomorte.asp>>. Acesso em: 20 outubro 2008.

142Confira <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>.

143Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 300.

nervosos superiores, que sustentam a respiração e a circulação sangüínea, caracterizando-se pela ausência de atividade encefálica comprovada por exames laboratoriais, como eletroencefalograma, carótido-angiografia, ecodoppler ou mapeamento cerebral, e desde que configurados todos os critérios clínicos e complementares exigidos pela Resolução CFM nº 1.480/97, sem a realização do perigoso teste da apnéia, mediante comprovação de médicos especializados e ponderados”.

Entendemos, assim, que a Lei nº 9.434/97 trás para o direito a evolução da medicina, que acertadamente afastou o reconhecimento da morte com o “último suspiro”, e que somente com a ausência das atividades do sistema nervoso, essenciais para caracterizar a condição humana, é possível admitir extinta a vida. O que deve ocorrer, porém, são os mais amplos exames possíveis para evitar-se uma declaração de morte por mera aparência, situação que acarretaria em possível homicídio culposo. E mais, não poderá ocorrer qualquer exame clínico para verificação do estado vital que coloque em risco a integridade física do paciente.

Retornemos, pois, à afirmação de que há os que busquem estabelecer uma analogia entre o início da vida e seu término, com base na morte encefálica da Lei nº 9.434/97. Não podemos aceitar como cabível tal analogia.

A analogia é fonte subsidiária do direito que consiste num processo lógico onde o aplicador do direito estende o preceito legal aos casos não diretamente compreendidos em seu dispositivo. Ocorre que, ao longo do ordenamento jurídico brasileiro, verificamos diversas disposições acerca do início da vida na concepção, e inclusive sugerimos soluções para antinomias aparentes. Assim, não é porque a morte do ser humano ficou determinada pelo encerramento da atividade cerebral, que o início da vida ficou determinado pela formação do córtex cerebral.

Se mais não fora, os mesmos argumentos apontados para afastar as proposições da teoria da nidação poderão ser utilizados para afastar as proposições da indispensabilidade da presença de condições neurofisiológicas para o reconhecimento da pessoa humana.

Merece menção, todavia, que esta discussão acerca da teoria da nidação do embrião, bem como as teorias do início da sensibilidade e da formação do córtex cerebral, foram mencionadas ao longo dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 3510 – DF, que julgou a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005.

Por fim, o personalismo ontológico atribui o início da pessoa humana no início de sua autonomia, desenvolvendo a teoria da viabilidade do embrião, o que só poderia ocorrer a

partir do 7º mês de gestação, quando haveria condições de viver fora do útero materno¹⁴⁴. Entendemos não ser necessário maiores elucidações sobre tal teoria, apenas destacando que nem mesmo os adeptos da teoria natalista justificam viabilidade embrionária para o reconhecimento de personalidade do nascituro.

Outrossim, além da ciência médica e as noções trazidas de embriologia humana, temos que os estudos etológicos, que compreendem os costumes, usos e caracteres humanos, verificados sob uma viés psicológica, possibilitam demonstrar que o nascituro é pessoa humana desde a concepção.

O primeiro psicólogo a realizar tais estudos foi Darwin, em seu tratado *A Expressão das emoções no homem e nos animais*, de 1872, bem como com o estudo de seu filho Doddy, publicado em 1877. Mas é Preyer o intitulado iniciador de tais estudos sobre o feto, no ano de 1882, ao passo que à Esther Bick foi atribuído o desenvolvimento do método mãe-bebê¹⁴⁵, utilizado por outros psicólogos ao longo do século XX, dentre os quais destacamos Alessandra Piontelli, da Sociedade Italiana de Psicanálise.

Piontelli objetivou um estudo preliminar da vida pré-natal e o seu impacto sobre o futuro desenvolvimento do indivíduo, observando para tanto onze fetos mediante ultrasonografia e, posteriormente ao nascimento, usando o método mãe-bebê desenvolvido por Esther Bick, os acompanhou até atingirem a idade de quatro anos.

Os estudos da psicóloga possibilitaram a constatação da riqueza e complexidade dos movimentos dos nascituros, desde os estágios mais iniciais, sendo que muito antes das mães poderem perceber qualquer desses movimentos, os seus bebês já eram capazes de sugar, espreguiçar, coçar, bocejar, esfregar as mãos e os pés¹⁴⁶.

Piontelli também pôde abstrair de seus estudos, em síntese, que “cada feto tinha maneiras características de comportamento que até certo ponto e de alguma forma

¹⁴⁴Cipriani, *O embrião...*, cit., p. 40.

¹⁴⁵Segundo o método Esther Bick, os bebês são observados semanalmente a partir do seu nascimento, no seu ambiente natural, por um “observador participante”, que procura encaixar-se tanto quanto possível na rotina e na “subcultura” doméstica. Os sujeitos principais de observação, geralmente a dupla mãe-bebê, são deixados livres tanto quanto possível para interagirem no seu modo natural, devendo o observador abster-se de dar conselhos de “especialista”, orientação ou comentários não solicitados, buscando ser simpático e receptivo aos membros da família que abriram seus lares. O centro desse tipo de Observação de Bebês é assumir que o comportamento deles tem um significado dentro do contexto de suas relações nascentes com as pessoas que povoam seus mundos. Assim como na pesquisa etológica, que usualmente lida com comportamento não-verbal, o observador assume que um vasto repertório de padrões de comportamentos comuns a toda a espécie humana está subjacente e é expresso no comportamento pré-verbal do bebê.

¹⁴⁶Alessandra Piontelli, *De feto a criança: Um estudo observacional e psicanalítico*. Rio de Janeiro: Imago, 1995, p. 23.

continuaram na vida pós-natal”¹⁴⁷, apontando a existência de notável continuidade em aspectos da vida pré e pós-natal, e que os comportamentos dos nascituros no útero que se mantiveram na infância não eram comportamentos apreendidos¹⁴⁸.

Isto demonstra que o nascituro possui certo grau de compreensão do ambiente extra-uterino, e que o período gestacional é, como afirmam os embriologistas, senão um estágio do desenvolvimento do ser humano, contínuo, coordenado e gradual.

Assim sendo, lembramos que direito é coerência, e em face do valor supremo da dignidade da pessoa humana, que rege todo o nosso ordenamento jurídico, não é possível afastar a teoria concepcionista como o marco inicial da vida humana.

2.4. Nascituro no direito comparado

Adentramos o último sub-tópico do capítulo “Pessoa do Nascituro”. Já abordamos a pessoa natural e, pormenorizadamente, a pessoa do nascituro. Verificamos as teorias acerca do início da vida mais adotadas em nosso sistema jurídico, e nos posicionamos sobre qual entendemos ser a melhor aplicável ao nascituro, a saber, a teoria concepcionista. Neste momento analisaremos o direito brasileiro em comparação com outros ordenamentos, apontando semelhanças e diferenças.

A importância do estudo do direito comparado dá-se pela influência que um ordenamento jurídico recebe dos outros, e vice-versa. Mas não só. Pelo artigo 28 do Código de Bustamante – Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929, “Aplicar-se-á a lei pessoal para decidir se o nascimento determina a personalidade e se o nascituro se tem por nascido, para tudo o que lhe seja favorável, assim como para a viabilidade e os efeitos da prioridade do nascimento, no caso de partos duplos ou múltiplos”.

Logo, no tocante ao início da personalidade humana, tendo em vista a disposição do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, nossa lei pessoal, será a “lex domicilii” dos pais que resolverá tais questões. Assim enuncia o dispositivo mencionado: “A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.”

147Piontelli, *De feto...*, cit., p. 15.

148A título de ilustração, entre as crianças acompanhadas desde a gestação havia as gêmeas Marisa e Beatriz. A primeira muito mais agressiva no interior da barriga, manteve o comportamento beligerante contra a irmã ao longo da infância. A segunda manteve uma postura fetal, como se fosse algo tranquilo, e apreciava ficar sozinha. Outro exemplo, da gestação singular de Giulia, que já comia em grande quantidade o líquido amniótico, chupava a placenta, os dedos e o cordão umbilical, após o nascimento manteve um apetite voraz e o prazer de chupar.

Exemplificando: mesmo que uma criança nasça em Portugal, se os pais – que exercerão o poder parental sobre o infante – tiverem domicílio no Brasil, será a lei brasileira quem determinará os requisitos da personalidade jurídica do recém-nascido. E o neonato adquirirá, com o nascimento, o domicílio de seus progenitores, que é o domicílio legal.

Se em nosso próprio sistema normativo há posicionamentos divergentes quanto ao início da personalidade do homem, evidente que haverá variedade legislativa em outros ordenamentos, o que faz sobressair a importância do direito internacional privado. Nesse sentido, Eduardo Espínola apresenta a seguinte problematização¹⁴⁹: uma criança é concebida na Argentina, país em que, como veremos, adota a teoria concepcionista; durante a gestação os pais mudam seu domicílio, saindo da Argentina para o Brasil, onde a criança vem a nascer (o autor entende que é a teoria natalista a vigente em nosso sistema jurídico). Indaga o autor, qual a lei a ser aplicada? A lei argentina, do domicílio na data da concepção, para quem a criança já tem personalidade desde tal evento, ou a lei brasileira, do domicílio na data do nascimento, com o início da personalidade a partir desta ocasião? Problematisa ainda mais a questão supondo uma concepção quando o domicílio dos pais era em solo argentino; o pai, então domiciliado no Brasil, falece antes do nascimento; a mãe pari a criança em país onde tem novo domicílio, e que exige viabilidade fetal; e o recém-nascido falece antes de cumprido o prazo que demonstre ser viável.

O autor entende que a solução deve resolver-se pelos princípios de solução de conflitos de lei no tempo: “se a concepção ocorreu, estando os pais do *infans conceptus* domiciliados em Estado, cuja lei atribui àquele fato a virtude de marcar o início da personalidade, entendemos que se criou uma situação jurídica concreta, pessoal, definitivamente constituída, e a personalidade se afirma desde logo”¹⁵⁰.

Cientes da importância do tema, partamos, pois, para análises de ordenamentos jurídicos específicos.

2.4.1. *Direito francês*

Em primeiro lugar, há que se destacar que no direito francês toda pessoa humana é considerada pessoa jurídica, adquirindo a personalidade no momento do nascimento com vida, com a condicionante de viabilidade. A doutrina é pacífica nesse sentido, podendo-se

149Eduardo Espínola, *A lei de introdução ao Código Civil brasileiro*: comentada na ordem de seus artigos; atualizada por Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 38-41.

150Eduardo Espínola, *A lei...*, cit., p. 42.

citar tanto os Mazeaud¹⁵¹, como Jean Carbonnier¹⁵², que ensinam que por nascimento com vida depreende-se que o infante deverá respirar, ao passo que por viabilidade entende-se a criança ser constituída de tal maneira que possa viver, isto é, ter os órgãos essenciais para sua existência. Lembrando que no ordenamento jurídico brasileiro, seguindo-se a teoria natalista, para a aquisição da personalidade basta que a criança tenha nascido com vida, não importando sua viabilidade, nem quanto tempo permanecerá viva fora do útero materno. Ainda, rememoramos que para a teoria concepcionista a vida e a personalidade da pessoa acompanham o nascituro desde o momento de sua concepção, logo, o nascimento com vida implica apenas numa personalidade jurídica material, relacionada a questões patrimoniais.

Note-se que no Código Civil francês não há um artigo equivalente ao 2º do Código Civil brasileiro, mas a inteligência do início da personalidade do homem decorrer de seu nascimento com vida condicionado à viabilidade dá-se pelos artigos 725, primeira parte, e 906 do Código Civil francês¹⁵³. O primeiro trata da capacidade sucessória: “Para suceder, é preciso existir no instante da abertura da sucessão ou, já tendo sido concebido, nascer viável”. O segundo artigo aborda a capacidade para receber por doação ou testamento: “Para ser capaz de receber entre vivos, basta estar concebido no momento da doação. Para ser capaz de receber por testamento, basta estar concebido à época do falecimento do testador. Todavia, a doação ou o testamento terão seus efeitos ao infante que vier a nascer viável”.

Na França, a máxima “*infans conceptus pro nato habetur quoties de commodis ejus agitur*”, que pode ser traduzida como “a criança concebida pode ser tida como nascida na medida em que for para seu bem”, tem o valor de princípio geral de direito¹⁵⁴, e visa proteger certas prerrogativas de ordem patrimonial do nascituro por meio da ficção de já tê-lo como nascido. Graças à utilização do adágio, já se verifica na França o crescimento da corrente minoritária que reconhece outros direitos ao nascituro que não os de ordem patrimonial, sendo válida a consideração de Nathalie Massager¹⁵⁵: “Mas depois que os progressos da medicina e

151Léon, Henri e Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t.1., Paris: Montchrestien, 1965, p. 472-473.

152Jean Carbonnier, *Droit Civil*, v.1: Introduction, les personnes. Paris: Presses Universitaires de France, 1979, p. 226. No mesmo sentido, Serpa Lopes, *Curso...*, cit., p. 209; De Page, *Traité élémentaire*, v.1, n. 236 *apud* Diniz, *Curso...*, cit., 1996, p. 121.

153“Art. 725. Pour succéder, il faut exister à l’instant de l’ouverture de la succession ou, ayant déjà été conçu, naître viable. Peut succéder celui dont l’absence est présumée selon l’article 112”

“Art. 906. Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d’être conçu au moment de la donation. Pour être capable de recevoir par testament, il suffit d’être conçu à l’époque du décès du testateur. Néanmoins, la donation ou le testament n’auront leur effet qu’autant que l’enfant sera né viable.”

154Nathalie Massager, *Les droits de l’enfant à naître*, Bruxelles: Bruylant, 1997, p. 22.

155Massager, *Les droits...*, cit., p. 25: “Mais depuis que les progrès de la médecine et de la biologie ont permis de découvrir la réalité de la vie humaine avant la naissance, des droits extra-patrimoniaux ont été reconnus à l’enfant simplement conçu, de sorte que l’individualité de l’enfant à naître est prise en

da biologia permitiram descobrir a realidade da vida humana antes do nascimento, os direitos extra-patrimoniais são reconhecidos ao infante simplesmente concebido, de maneira que a individualidade do nascituro é levada em consideração independentemente das vantagens de ordem patrimonial de que será beneficiado”. Ora, a jurisprudência francesa já tem aplicado o provérbio latino hipóteses como aquisição de nacionalidade, reconhecimento de filiação natural, constatação de filiação legítima¹⁵⁶, o que demonstra uma ampliação de direitos do nascituro para além dos meramente patrimoniais.

Todavia, como já dito, a posição predominante é de que o feto não é uma criança, não é uma pessoa completamente formada e que é o nascimento o marco qualitativo para a aquisição da personalidade, sendo que a utilização do adágio não teria a intenção de ampliar o conceito de personalidade. Por isso que Xavier Labbé¹⁵⁷, ponderando se a máxima *infans conceptus* teria a finalidade de antecipar a personalidade ou fazê-la retroagir sobre certas hipóteses, conclui que se trata de uma antecipação combinada com uma condição resolutiva. Gérard Mémeteau¹⁵⁸, que defende ser o nascituro sujeito de direitos desde a concepção, se opõe ao desaparecimento retroativo da personalidade, entendendo ser preferível falar em uma consolidação ou confirmação da mesma.

No direito brasileiro, como lembra Maria Helena Diniz, pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão não pode herdar¹⁵⁹, salvo na hipótese do artigo 1.799, inciso I, do Código Civil: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I – os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”. Demonstra-se assim uma paridade entre os dois ordenamentos uma vez que ao nascituro no direito brasileiro também se lhe aplica a condição resolutiva, como destaca a autora¹⁶⁰:

considération indépendamment des avantages d'ordre patrimonial dont il serait le bénéficiaire” (Tradução livre).

156 Silmara Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 60. No mesmo sentido, Nathalie Massager, *Les droits...*, cit., p. 22 cita decisão da Corte de Cassação da França, que confirma a regra “*infans conceptus*” como princípio geral de direito, e determina a inclusão do nascituro entre os beneficiários de uma majoração de capital por falecimento: “En écartant par le calcul de la majoration du capital décès prévu par une police d'assurance, les enfants simplement conçus et qui en l'espèce sont nés viables, les juges du fond violent la règle selon laquelle l'enfant conçu est réputé né chaque fois qu'il y va de son intérêt” (Cass. fr., 10 dezembro 1985, D. 1987, J. 449).

157 Xavier Labbé, *La condition juridique du corps humain avant la naissance et après la mort*, Paris: Presses Universitaires de France, p. 65, apud Nathalie Massager, *Les droits...*, cit., p. 26-27.

158 Gérard Mémeteau, *Le prélèvement à fins thérapeutiques sur le fœtus de lege ferenda*, Gaz. Pal., 1983, p. 324, apud Nathalie Massager, *Les droits...*, cit., p. 31.

159 Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 6: direito das sucessões, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 49.

160 Diniz, *Curso...*, v. 6, cit., p. 49-50.

“A capacidade sucessória do nascituro (CC, art. 1.798) é excepcional, já que só sucederá se nascer com vida, havendo um estado de pendência da transmissão hereditária, recolhendo seu representante legal a herança sob condição resolutiva. O já concebido no momento da abertura da sucessão é chamado a suceder; adquire, em estado potencial, desde logo, o domínio e a posse da herança, como se já fosse nascido; porém, como lhe falta personalidade jurídica material (CC, art. 2º), nomeia-se-lhe um curador ao ventre, se, p. ex., a gestante enviuvar e não tiver condições de exercer o poder familiar (CC, art. 1.779; CPC, art. 878, parágrafo único). Se nascer vivo, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir do falecimento do autor da herança (CC, art. 1.800, § 3º). Se nascer morto, será tido como se nunca tivesse existido, logo a sucessão será ineficaz. Se nascer com vida, ainda que sua mãe tenha falecido no trabalho de parto ou em acidente ou colapso, terá capacidade para suceder, embora não tenha com ela coexistido.”

Mencionamos acima que o Código Civil francês, em seu artigo 906, apresenta a possibilidade do nascituro receber doações, desde que nasça com viabilidade. Silmara Chinelato cita o entendimento de Louis Sébag quanto à matéria, elucidando que “quanto à doação ao nascituro, explana que a doutrina e a jurisprudência exigem que ele esteja concebido desde o momento da declaração do testador, não apenas no momento da aceitação; como ele não é dotado de capacidade de exercício, exercerá seus direitos por intermédio da mesma pessoa legitimada, se ele fosse nascido”¹⁶¹, motivo pelo qual aplicam-se as regras previstas no artigo 935: “A doação realizada a um menor não emancipado ou a um maior em tutela deverá ser aceita pelo seu tutor, em conformidade com o artigo 463, do título “Da menoridade, da tutela e da emancipação”.

No direito francês não há mais a figura do curador ao ventre. As disposições acerca da tutela de interesse do menor, que entrarão em vigor a partir de 1º de janeiro de 2009, não mencionam o *enfant conçu*, mas, levando em consideração a redação atribuída ao artigo 388, que considera menor o que não tem dezoito anos completos, e o artigo 388-2, que possibilita a nomeação de um administrador “ad hoc” pelo juiz tutelar nos casos de confronto de interesses entre o menor e seus representantes legais, pode-se entender cabível estender tal proteção ao nascituro.

Em semelhança com o direito francês, o Código Civil brasileiro também garante ao nascituro o direito patrimonial de receber por doação, mas que deverá ter a concordância de seu representante legal: “Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal”. Nesse sentido, Maria Helena Diniz elucida que¹⁶² “mesmo o nascituro

¹⁶¹Louis Sébag, *La condition juridique des personnes physiques et des personnes morales avant leur naissance*, Paris, Sirey, 1938, p. 107, apud Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 55.

“Art. 935. La donation faite à un mineur non émancipé ou à un majeur en tutelle devra être acceptée par son tuteur, conformément à l’article 463, au titre “De la minorité, de la tutelle et de l’émancipation”.”

¹⁶²Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 235.

(*infans conceptus*) poderá receber doação, mas a aceitação deverá ser manifestada pelo seu representante legal, ou seja, por aquele a quem incumbe cuidar de seus interesses (CC, art. 542): pai, mãe ou curador. Se nascer morto, embora aceita a liberalidade, esta caducará, por ser o nascituro titular de direito sob condição suspensiva. Se tiver um instante de vida, receberá o benefício, transmitindo-o aos seus sucessores”.

No tocante ao direito do nascituro ser reconhecido como filho, não há dispositivo no direito francês que trate o assunto com clareza, mas Louis Sébag admite que o nascituro possa ser reconhecido como filho, tendo em vista o artigo 335 do Código Civil francês não tê-lo excluído¹⁶³. De seu turno, o Código Civil brasileiro é claro quanto a tal possibilidade: a presunção de concebidos ao casamento dá-se pelo artigo 1.597, que abrange tanto os provenientes de fecundação natural (incisos I e II), como os de fecundação artificial homóloga (incisos III e IV) ou heteróloga (inciso V); o reconhecimento dos havidos fora do casamento dá-se pela exegese do parágrafo único do artigo 1.609: “O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes”.

Outrossim, vale destacar a proteção dada pelo Código Civil francês ao ser humano, em que no artigo 16 é assegurada a primazia da pessoa, proibindo-se todos os atentados à dignidade e garantindo o respeito do ser humano desde o começo de sua vida. Levando-se em consideração, ainda, que o artigo 16-4 aborda o respeito à integridade da espécie humana com a proibição da clonagem e de outras práticas eugênicas, devemos ponderar se tal ordenamento não caminha para uma proteção da pessoa do nascituro. Sim, pois, se o patrimônio genético está sendo resguardado, e já se prevê a proteção do ser humano a nascer contra os abusos da engenharia genética, plenamente possível estender-se tal proteção à pessoa do nascituro.

2.4.2. *Direito italiano*

Trabucchi¹⁶⁴ ao afirmar ser a personalidade em sentido jurídico a aptidão reconhecida pela lei para ser sujeito de direitos e deveres, reconhece que a ela sempre corresponderá uma capacidade jurídica, medida que delimita os contornos da personalidade. Assim, entende que o nascituro seria homem *in fieri*, carecedor de capacidade, ainda que a lei reconheça alguns direitos subordinados ao nascimento.

Já Messineo¹⁶⁵ assevera ser a capacidade uma consequência do *status personæ*, o que

¹⁶³Louis Sébag, *La condition...*, cit., p. 118-9, apud Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 59.

¹⁶⁴Alberto Trabucchi, *Instituciones de Derecho Civil*. v. 1, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 78-80.

¹⁶⁵Francesco Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, v. 1, 1957, p. 207-208.

implica na determinação do conteúdo do status de pessoa, verificado sob dois aspectos: o fato da existência do sujeito, e o fato de que o sujeito com uma personalidade e o reconhecimento desta é a base fundamental e insuprimível de qualquer ordenamento jurídico moderno. Nesse sentido, o autor lembra a própria constituição italiana, que dita o reconhecimento e a garantia ao direito da inviolabilidade do homem, seja como indivíduo, seja inserido na sociedade onde se manifesta sua personalidade, que é pressuposto da natureza do homem.

Temos, assim, que a lei civil italiana determina como requisito para aquisição da capacidade o momento do nascimento, fundamento e marco inicial da existência do sujeito e de sua personalidade, ou seja, sua existência coincide e começa com o nascimento, mediante a separação do feto do útero materno de modo artificial ou natural, mas contanto que o faça com vida, conforme disposto no artigo 1º do Código Civil italiano: “Capacidade jurídica. A capacidade jurídica se adquire no momento do nascimento. Os direitos que a lei reconhece a favor do concebido são subordinados ao evento de seu nascimento (462, 687, 715, 784)”¹⁶⁶.

Ruggiero¹⁶⁷ afirmava que a separação do feto do corpo da mãe deveria implicar na vida independente daquele, ou seja, entendia o autor ser necessária a demonstração da viabilidade, da capacidade da criança ter vida fora do seio materno, a ser demonstrada por técnica médica. Os termos extremos da vida – nascimento e morte – é que marcariam a duração da personalidade. Contrariamente, Messineo afirma não ser mais necessária a idoneidade orgânica e fisiológica do nascido continuar a viver, bastando que tenha vivido por um único momento. A justificativa para a exclusão do requisito viabilidade no ordenamento italiano decorre da dificuldade prática de distinguir o neonato viável daquele não-viável, nos casos em que a vida durasse poucas horas ou poucos dias.

Clara a adoção da teoria natalista no direito italiano, bem como o estabelecimento da idêntica confusão que existe no ordenamento jurídico brasileiro acerca de capacidade jurídica da pessoa e sua personalidade. Para dirimir o revolto assunto, remetemos o leitor ao subtópico 2.2.4, onde apresentamos os precípuos esclarecimentos de André Franco Montoro e de Anacleto de Oliveira Faria acerca das diferenças entre capacidade e personalidade. Se mais não fora, lembramos também o posicionamento de Maria Helena Diniz, trazido no sub-tópico 2.3.3, quanto à existência de uma personalidade jurídica formal do nascituro em sua vida intra-uterina, que guarda referência com seus direitos da personalidade, e uma personalidade

¹⁶⁶Tradução livre do artigo de lei por Luciana Mainardi. No original: “**Art. 1 Capacità giuridica.** La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all’evento della nascita (462, 687, 715, 784).”

¹⁶⁷R. Ruggiero, *Instituições de direito civil*. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1934, p. 341-343.

jurídica material, relacionada aos direitos patrimoniais e que é alcançada com o nascimento.

Outrossim, Dogliotti¹⁶⁸ aponta ser possível presumir uma personalidade condicionada do nascituro tendo em vista a possibilidade de ser detentor de direitos patrimoniais, como os sucessórios e a capacidade de receber doação, mas que implicam o nascimento com vida. Já verificamos este raciocínio jurídico na doutrina francesa, e constatamos sua presença no ordenamento jurídico brasileiro, com a aplicação da condição resolutiva ao nascituro no tocante a seus direitos patrimoniais.

No outro diapasão, temos uma postura contundente verificada em Messineo, onde o nascituro é sujeito inexistente e não conquista personalidade, ainda que para alguns direitos a lei o proteja, como os patrimoniais mencionados, havendo uma retroatividade ao momento de sua concepção que se baseia em presunção *iuris tantum*. O autor justifica sua posição no comando do artigo 462, que afirma a presunção de concepção do nascituro ao tempo da morte de seu pai se vier a nascer dentro de trezentos dias da data do passamento, nos seguintes termos: “Capacidade das pessoas físicas. São capazes de suceder todos aqueles que nascem ou são concebidos no momento da abertura da sucessão (Cód. Civ. 1, 594 e seguintes, 600, 784). Salvo prova contrária, presume-se concebido no momento da abertura da sucessão aquele que nasce até trezentos dias após a morte da pessoa de cuja sucessão se trata (Cód. Civ. 232). Podem, além disso, receber por testamento os filhos de uma determinada pessoa viva no momento da morte do testador, mesmo se ainda não concebidos (Cód. Civ. 643, 715, 784)”¹⁶⁹.

Em comparação ao direito brasileiro, temos inicialmente que nosso Código Civil também presume concebidos na constância do casamento os filhos “nascidos nos 300 (trezentos) dias subseqüentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento” (CC, art. 1.597, II). Tal data é padronizada na maioria dos códigos pelo simples fato de que a gestação humana não vai além desse prazo, logo, o filho que nasceu dez meses após a dissolução da sociedade conjugal será considerado legítimo, porque poderia ter sido concebido no último dia da vigência do casamento. Adiante apontaremos algumas críticas quanto a este específico artigo da lei brasileira.

168Maximo Dogliotti, Le persone fisiche, in Pietro Rescigno (org.), *Trattato di diritto privato*. v2 – Persone e famiglia tomo primo. Torino: UTET, 1997, p. 19-23. Cf. ainda Alberto Trabacchi, *Istituzioni di Diritto Civile*. 39. ed., Padova: CEDAM, 1999, p. 70-72.

169Tradução livre do artigo de lei por Luciana Mainardi. No original: “**Art. 462 Capacità delle persone fisiche.** Sono capaci di succedere tutti coloro che sono nati o concepiti al tempo dell'apertura della successione (Cod. Civ. 1, 594 e seguenti, 600, 784). Salvo prova contraria, si presume concepito al tempo dell'apertura della successione chi è nato entro i trecento giorni dalla morte della persona della cui successione si tratta (Cod. Civ. 232). Possono inoltre ricevere per testamento i figli di una determinata persona vivente al tempo della morte del testatore, benché non ancora concepiti (Cod. Civ. 643, 715, 784)”.

Continuando a análise do artigo 462 do Código Civil italiano, sua parte final trata da hipótese de prole eventual, isto é, a possibilidade de pessoa ainda não concebida ao tempo da abertura da sucessão poder herdar, e como já destacamos no sub-tópico anterior, tal exceção também está prevista em nosso ordenamento jurídico, a saber, no artigo 1.799, inciso I, do Código Civil.

Ainda no tocante ao reconhecimento de paternidade no direito italiano, temos que enquanto a do filho natural possa ocorrer por mera declaração posterior ao nascimento ou à concepção (art. 254), a ação investigatória de paternidade implica, necessariamente, o nascimento com vida¹⁷⁰. No Brasil, há a possibilidade de interposição de referida ação ainda no período gestacional, facilitando inclusive o pleito de alimentos, e não há qualquer necessidade de exames durante a gravidez, que possam afetar a integridade física do nascituro, prejudicando seu direito à vida. Acerca do momento de validade para o reconhecimento, Silmara Chinelato cita Franco Carresi¹⁷¹, que entende que “para a capacidade e outros estados subjetivos relevantes para a validade do reconhecimento, deverá ser considerado o momento em que esse ato é praticado e não o do nascimento do filho”.

De forma idêntica ao direito brasileiro, portanto, o reconhecimento voluntário de um filho no ordenamento jurídico italiano poderá ser por ato público ou por testamento, sendo tal ato irrevogável¹⁷² – logo, mesmo que o testador revogue seu testamento, a declaração de reconhecimento prevalecerá, como se depreende do artigo 256: “Irrevocabilidade do reconhecimento. O reconhecimento é irrevogável. Quando é conteúdo de um testamento tem efeito ao dia da morte do testador, ainda que este tenha sido revogado”. Sua eficácia, todavia, depende do nascimento com vida do filho reconhecido, o que leva à ponderação se o natimorto é merecedor do reconhecimento pela existência que teve durante o período gestacional. Levando-se em consideração que o Código Civil italiano em seu artigo 255 permite o reconhecimento do filho pré-morto, beneficiando indiretamente apenas seus descendentes legítimos e filhos naturais, Silmara Chinelato, ao analisar o dispositivo, entende que “tratando-se de natimorto, obviamente sem descendentes, nada justifica o reconhecimento. Se o pai quiser fazer uma declaração considerando o natimorto como filho,

170Cf. Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 65.

171Franco Carresi, Nascituro (Diritto vigente), in *Novissimo digesto italiano*, direção Antônio Azara e Ernesto Euler, 3. ed., Torino, 1957, v. 11, p.14-21, apud Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 67.

172Matteo Santini, Il riconoscimento dei figli naturali (obblighi, assegno mantenimento, danno esistenziale), *Overlex*, Publicado em 02 fev. 2006. Disponível em <<http://www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=687>> Tradução livre do artigo de lei por Luciana Mainardi. No original: “**Art. 256 Irrevocabilità del riconoscimento.** Il riconoscimento è irrevocabile. Quando è contenuto in un testamento ha effetto dal giorno della morte del testatore, anche se il testamento è stato revocato.”

poderá fazê-lo tendo em vista impulsos morais. Tal declaração, porém, terá valor puramente moral, mas não eficácia jurídica, nem pessoal, nem patrimonial, não podendo ser considerada um “reconhecimento”, conforme a lei o prevê”¹⁷³.

No tocante a outro direito patrimonial subordinado ao nascimento com vida do nascituro, a saber, a doação, estabelece o artigo 784 do Código Civil italiano: “Doações a nascituros. A doação também pode ser feita a favor de quem é somente concebido, ou seja, a favor dos filhos de uma determinada pessoa viva no momento da doação, mesmo se ainda não concebida (462). A aceitação da doação a favor do nascituro, mesmo se não concebido, é regulada pelas disposições dos art. 320 e 321. Salvo disposição diferente do doador, a administração dos bens doados compete ao doador ou aos seus herdeiros, os quais podem ser obrigados a oferecer garantia idônea (1179). Os frutos (820) maduros antes do nascimento são reservados ao doador se a doação é feita a favor de um nascituro já concebido. Se é feita a favor de um não concebido, os frutos são reservados ao doador até o momento do nascimento do donatário”¹⁷⁴. Note-se que o artigo em questão trata tanto do nascituro, como da prole eventual. E como já mencionamos anteriormente, o direito patrimonial do nascituro de receber por doação está garantido pelo artigo 542 do Código Civil brasileiro, mas esta doação deverá ter a concordância de seu representante legal.

Note-se que a administração dos bens dos filhos, nascidos ou nascituros, para todos os atos da vida civil, é realizada pelos pais, de forma conjunta ou por quem exerça o poder parental: “Art. 320 Representação e administração. Os pais conjuntamente, ou aquele que dentre estes exerce em modo exclusivo a autoridade, representam os filhos nascidos e nascituros em todos os atos cíveis e administram os seus bens. Os atos de administração ordinária, excluídos os contratos com os quais se concedem ou se adquirem direitos pessoais de usufruto, podem ser realizados separadamente por qualquer genitor (322)”¹⁷⁵. No direito

¹⁷³Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 67-68.

¹⁷⁴Tradução livre do artigo de lei por Luciana Mainardi. No original: “**Art. 784 Donazione a nascituri.** La donazione può essere fatta anche a favore di chi è soltanto concepito, ovvero a favore dei figli di una determinata persona vivente al tempo della donazione benché non ancora concepiti (462). L'accettazione della donazione a favore di nascituri, benché non concepiti, è regolata dalle disposizioni degli artt. 320 e 321. Salvo diversa disposizione del donante, l'amministrazione dei beni donati spetta al donante o ai suoi eredi, i quali possono essere obbligati a prestare idonea garanzia (1179). I frutti (820) maturati prima della nascita sono riservati al donatario se la donazione è fatta a favore di un nascituro già concepito. Se è fatta a favore di un non concepito, i frutti sono riservati al donante sino al momento della nascita del donatario”.

¹⁷⁵Tradução livre do artigo de lei por Luciana Mainardi. No original: “**Art. 320 Rappresentanza e amministrazione.** I genitori congiuntamente, o quello di essi che esercita in via esclusiva la potestà, rappresentano i figli nati e nascituri in tutti gli atti civili e ne amministrano i beni. Gli atti di ordinaria amministrazione, esclusi i contratti con i quali si concedono o si acquistano diritti personali di godimento, possono essere compiuti disgiuntamente da ciascun genitore (322). (*omissis*)”

brasileiro de forma semelhante ocorre: pela exegese do artigo 1.689, II, do Código Civil ambos os pais, no exercício do poder familiar “têm a administração dos bens dos filhos menores sob sua autoridade”, que abrange a prática de atos idôneos a conservá-los, por exemplo, celebrar contratos como o de locação, receber juros ou rendas, pagar impostos. Havendo colisão de interesses entre os pais e o menor, a requerimento deste ou do Ministério Público o juiz lhe dará curador especial (CC, art. 1.692). No direito italiano, todavia, de acordo com o artigo 316 daquele Código, havendo conflito entre os pais, qualquer destes poderá buscar em juízo as medidas que entende mais adequadas, sendo que o juiz os ouvirá – e também o menor, se maior de quatorze anos –, sugerindo as determinações que entender mais úteis ao interesse da criança e da unidade familiar, mas, em caso de manutenção do embate, determinará a de melhor interesse ao menor.

Por fim, tal qual é sustentado por nós na presente obra, Aldo Loiodice¹⁷⁶ também afirma que o direito civil italiano deve buscar sua coerência e guarida na Constituição Federal e convenções internacionais a que o país é signatário, do que se poderá depreender uma maior proteção à pessoa do nascituro. Ainda que não aja artigo na Constituição que torne explícita a adoção da teoria concepcionista, entende o autor que o resguardo à pessoa do nascituro é possível pela interpretação dos seguintes artigos¹⁷⁷: o fundamental art. 2º “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”; art. 11, que reconhece a paz e justiça entre as nações com o favorecimento das entidades internacionais com tais finalidades; art. 13, que afirma que a liberdade individual é inviolável; art. 22 “Ninguém pode ser privado, por motivos políticos, da capacidade jurídica, da nacionalidade, do nome”; art. 30, que expressa o dever e direito dos pais em manter, instruir e educar os filhos, havido na constância ou fora do casamento; art. 31, determinando a proteção à família, maternidade, infância e juventude; e art. 32, que afirma ser a saúde direito fundamental do indivíduo e de interesse da coletividade, com primazia do respeito à pessoa humana. Assim, Loiodice entende que se houver um conflito entre tais direitos, há de resolver-se pelo balanceamento dos mesmos, com a verificação de qual é o interesse prevalecente.

¹⁷⁶Aldo Loiodice, *La sfera giuridica del nascituro concepito: aspetti giuspubblicistici*, in *L'inizio della persona nel sistema giuridico romanista*, Roma, 1997, p. 17-34 apud Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 72.

¹⁷⁷Paulo Beni encabeçou projeto que traduziu a Constituição italiana para os dez idiomas mais utilizados pelos imigrantes que vivem na Itália, visando uma maior divulgação e discussão pública dos princípios constitucionais entre os jovens italianos e os imigrantes. O acesso para o vernáculo em português se dá pelo link: <<http://cittaperte.bo.arci.it/documenti/CostituzionePORT.pdf>>

2.4.3. *Direito espanhol*

O direito civil espanhol exige do recém-nascido a forma humana, tradição do direito romano, e a viabilidade extra-útero por vinte e quatro horas. É o que se depreende do artigo 30 do Código Civil espanhol: “Para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”, que complementa o artigo 29, o qual expressa a clara adoção da teoria natalista: “El nacimiento determina la personalidad; pero concebido tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”¹⁷⁸.

Já verificamos que a exigência de forma humana inexistia em nosso ordenamento jurídico, no qual basta que a pessoa nasça com vida e respire por um milésimo de segundo para que lhe seja conferida personalidade jurídica material. Ademais, tal exigência não encontraria qualquer respaldo no direito brasileiro, pois afrontaria o valor da dignidade da pessoa humana e a garantia fundamental da igualdade sem qualquer forma de distinção estabelecida nos artigos 1º, III e 5º, “caput”, da Magna Carta. José Manuel Márquez Ruiz¹⁷⁹ entende que tal requisito não corresponde à interpretação que da mulher possam nascer seres inumanos, mas que o nascido não tenha defeitos teratológicos ou irregularidades biológicas que lhe impeçam de continuar vivendo.

Márquez Ruiz também explicita que a doutrina espanhola divide-se entre várias teorias que explicam o início da personalidade da pessoa. Com efeito, considerando-se a natalista – que afirma que o início da personalidade é com o nascimento – como uma teoria “gênero”, encontraremos adeptos da “espécie” teoria da viabilidade – que exige maturidade fetal, capacidade de viver de forma independente e por um determinado número de horas afastado do seio materno. Entendemos que, se a teoria natalista já é uma afronta aos direitos do nascituro – que existe e tem vida no ventre materno desde sua concepção –, a teoria da viabilidade é uma afronta ainda maior, uma vez que exige um prazo de vida da criança após o corte do cordão umbilical. Tal teoria gera insegurança jurídica, em primeiro lugar porque

178Tradução livre: “Art. 29. O nascimento determina a personalidade; mas o concebido tem-se por nascido para todos os efeitos que lhe sejam favoráveis, sempre que nasça com as condições que expressa o artigo seguinte”;

“Art. 30. Para os efeitos civis, somente se reputará nascido o feto que tiver forma humana e viver vinte e quatro horas inteiramente desprendido do seio materno.”

179José Manuel Márquez Ruiz, *Comienzo y fin de la personalidad*, *Noticias Jurídicas*, Abril 2004. Disponível em: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200404-265513131044911.html>>. Acesso em: 15 novembro 2008.

fraudes poderão ser implementadas para que o recém-nascido venha a adquirir sua personalidade e algum direito patrimonial, como o sucessório; e em segundo lugar, a injustiça de uma criança que nasceu viável venha a ser criminosamente lesada por terceiros ou pelos próprios pais para que venha a falecer antes do termo final de vinte e quatro horas.

Maria del Carmen Roca Merchán¹⁸⁰ entende que apesar da literalidade de tais dispositivos demonstrarem-se desfavoráveis ao nascituro e ao recém-nascido, é possível uma interpretação exegética diversa. Cita, assim, José Maldonado¹⁸¹, que entende que o princípio exarado do artigo 29 pressupõe que todas as relações jurídicas que possam favorecer o concebido, e somente enquanto lhe favoreçam, produzirão seus efeitos antes do nascimento. A lei realizaria tal “ficção” para salvaguardar direitos futuros de um titular que não existe, daí os efeitos favoráveis ao nascituro terem validade imediata, sujeitos a uma eventual resolução caso não nasçam com as condições previstas no artigo 30 do Código Civil espanhol.

De forma diversa se posiciona Carmen Callejo Rodríguez¹⁸², para quem é impossível atribuir-se capacidade jurídica ao nascituro, posto só vir determinada pelo nascimento, a despeito de certas situações jurídicas protetivas e provisionais anteriores a tal fato natural, motivo pelo qual a concessão de direitos ao concebido produzem-se com efeitos retroativos, cumpridas as condicionantes impostas pelo artigo de lei. Semelhante o posicionamento de Encarna Roca Trias¹⁸³, que entende que não há atribuição de direitos ao nascituro, mas a suspensão de direitos de outras pessoas até que ocorra o nascimento, e a partir deste momento o nascido adquirirá tais direitos, mas com efeitos retroativos até a concepção. De seu turno, Carlos Martínez de Aguirre¹⁸⁴ interpreta o artigo 29 do Código Civil espanhol no sentido de que o nascituro poderá adquirir os direitos que lhe sejam atribuídos na pendência da gestação, mas que exigirão o nascimento para que a aquisição se produza definitivamente.

Verifiquemos alguns destes direitos que seriam assegurados ao nascituro. O artigo 627 permite que o nascituro receba doação, aceita por aquele que o representaria se vivo

180María del Carmen Roca Merchán, La revocación de la donación por superveniencia de hijos: efectos favorables al concebido, *Noticias Jurídicas*, Julho 2002, Disponível em: <<http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho%20Civil/200207-50561426610252061.html>>. Acesso em 15 novembro 2008.

181José Maldonado, Fernández del Torco. *La condición jurídica del “nasciturus” en el Derecho Español*, Madrid, 1946, p. 205, 212, 213, 217, 235, 236, apud Rosa Merchán, La revocación..., cit.

182Carmen Callejo Rodríguez. *Aspectos civiles de la protección al concebido no nacido*, Madrid, 1997, p. 23, 24, 36, 37 y 38, apud Rosa Merchán, La revocación..., cit.

183Encarna Roca Trias, “Comentario al art. 30” in *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid, 1993, p. 229 y 230, apud Rosa Merchán, La revocación..., cit.

184Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz, “Comentario al art. 29” in *Comentarios al Código Civil*, T. II, V. 1º, Barcelona, 2000, p. 267 y 268, apud Rosa Merchán, La revocación..., cit.

fosse: “Las donaciones hechas a los concebidos y no nacidos podrán ser aceptadas por las personas que legítimamente los representarían, si se hubiera verificado ya su nacimiento”¹⁸⁵. No direito brasileiro vimos ser possível a doação realizada ao nascituro (CC, art. 542), que contará com a concordância de seu representante legal (pai, mãe ou curador) no momento da formalização do contrato, e caso não venha a nascer com vida, tal liberalidade caducará.

Interessante situação poderá ocorrer no caso de uma doação a nascituros por pessoa que não tenha filhos. O artigo 644 do Código Civil espanhol explicita “Toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes, será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes: 1º Que el donante tenga, después de la donación, hijos, aunque sean póstumos”¹⁸⁶. Criemos, pois, a seguinte hipótese: o doador que não tem filhos realiza uma doação para o nascituro, filho de sua irmã, que está no quarto mês de gestação; dois meses depois, todavia, descobre que sua mulher está grávida. Deverá a doação ser revogada? Se adotarmos o posicionamento doutrinário espanhol de que um direito que possa favorecer ao concebido produzirá efeito antes de seu nascimento, teremos que a doação beneficiará o nascituro-donatário, ao passo que a revogação beneficiará o nascituro-filho do doador. Mas a plena aquisição de direitos, em qualquer dos casos, somente se verificará quando preenchidas as condições do artigo 30 do Código Civil espanhol. E o doador não poderia revogar a doação utilizando-se do preceito do citado artigo 644 porque seu filho ainda não nasceu. Roca Merchán se posiciona da seguinte maneira¹⁸⁷: “Creemos entonces que partiendo de la favorabilidad de la revocación, no debe aplicarse en este caso, debido a los perjuicios que pudieran irradiar para el donante caso de no verificarse el nacimiento del “nasciturus”, y desde luego en aras a evitarlos deberá instarse la acción correspondiente una vez producido el nacimiento. Es por ello que somos de la opinión de pensar que aunque el art. 29 C.c. deba aplicarse como regla general, no es menos cierto que para determinados supuestos debe atemperarse en función de las circunstancias concretas, este es precisamente el caso en que nos encontramos”. Entende, ainda, a autora ser o caso de uma

185Tradução livre: “Art. 627. As doações feitas aos concebidos e não nascidos poderão ser aceitas pelas pessoas que legítimamente os representariam, se já tivesse se verificado seu nascimento”

186Tradução livre: “Art. 644. Toda doação entre vivos, feita por pessoa que não tenha filhos nem descendentes, será revogável pelo simples fato de ocorrer qualquer dos seguintes casos: 1º Que o doador tenha, depois da doação, filhos, ainda que póstumos”

187Merchán, La revocación..., cit.: “Estamos convencidos a partir de então favoravelmente à revogação, mas esta não deveria ser aplicada neste caso devido aos prejuízos que poderão irradiar para o donatário caso se verifique o nascimento do nascituro, e desde logo a fim de evitá-los deverá intentar-se a ação correspondente uma vez ocorrido o nascimento. Por isso partilhamos da opinião de que ainda que o artigo 29 do C.C. seja aplicado como regra geral, não é menos certo que para determinados casos deve ser temperado em função das circunstancias concretas, e este é precisamente o caso em que nos encontramos” (tradução livre).

lege ferenda para que os efeitos da doação permanecessem suspensos até a comprovação da “existência” e viabilidade do nascituro-donatário.

A capacidade sucessória do nascituro se depreende pela interpretação do artigo 745 do Código Civil espanhol, que diz “Art. 745. Son incapaces de suceder: 1º Las criaturas abortivas, entendiéndose tales las que no reúnan las circunstancias expresadas em el artículo 30”¹⁸⁸, isto é, tais criaturas abortivas seriam as que não possuem forma humana e não conseguiram viver vinte e quatro horas fora do seio materno. Porém, ainda que o dispositivo retro mencionado estabeleça condicionantes para o exercício dos direitos sucessórios do nascituro, os mesmos restam resguardados pelas precauções dos artigos 959 a 967 do Código Civil espanhol. O procedimento apresentado nestes dispositivos não encontra equivalência no ordenamento jurídico brasileiro, motivo pelo qual abordaremos a seguir cada uma de suas disposições.

Em conformidade com o artigo 959 do Código espanhol, a viúva que verificar estar grávida deverá comunicar o fato a todos os interessados, uma vez que se a criança nascer viva e assim permanecer por vinte e quatro horas, receberá sua parte na herança: “Cuando la viuda crea haber quedado encinta, deberá ponerlo en conocimiento de los que tengan a la herencia un derecho de tal naturaleza que deba desaparecer o disminuir por el nacimiento del póstumo”¹⁸⁹. Por tal motivo é que os interessados poderão solicitar ao juiz as providências necessárias para se evitar a suposição do parto, ou ainda, que o recém-nascido se passe fraudulentamente por viável quando não o for. Tais medidas, que poderão compreender exames físicos, não poderão afetar o pudor e honra da viúva, nem sua liberdade: “Cuidará el Juez de que las medidas que dicte no ataquen al pudor ni a la libertad de la viuda” (art. 960, parte final)¹⁹⁰. Entendemos que tal artigo também protege o próprio nascituro, de forma indireta, uma vez que estas medidas não poderão comprometer a integridade física do nascituro, nem por em risco sua vida. O artigo 961 possibilita aos interessados a nomeação de uma pessoa de sua confiança para garantir a veracidade do parto, mas se houver recusa da viúva quanto à pessoa indicada, a nomeação será determinada pelo juízo. O artigo subsequente estabelece que a omissão destas diligências não são suficientes para, por si só, supor o parto ou a viabilidade do recém-nascido. Já o artigo 963 explicita que o

188Tradução livre: “Art. 745. São incapazes de suceder: 1º As criaturas abortadas, entendendo-se tais as que não reúnem as circunstâncias expressadas no artigo 30”.

189Tradução livre: “Art. 959. Quando a viúva crer estar grávida, deverá informar aos que tenham a herança como direito cuja natureza deverá diminuir ou desaparecer pelo nascimento do póstumo”.

190Tradução livre: “Art. 960. (omissis) Cuidará o juiz de que as medidas que determinar não ataquem o pudor, nem a liberdade da viúva”.

reconhecimento do falecido acerca da gravidez da esposa por documento público suprirá as providências do artigo 959, mas não as do 961. Nossa compreensão é que tal dispositivo se constitui como um direito ao nascituro, de ser reconhecido como filho sem que tenha ainda nascido ou cumprido a condição de sua viabilidade pós-parto.

Já o artigo 964 apresenta nítida proteção ao direito à vida do nascituro, ao dispor “La viuda que quede encinta, aun cuando sea rica, deberá ser alimentada de los bienes hereditarios, habida consideración a la parte que em ellos pueda tener el póstumo, si naciere y fuere viable”¹⁹¹. Afirmamos que o dispositivo refere-se ao nascituro porque um dos pressupostos essenciais da obrigação de prestar alimentos é a necessidade do alimentando. Ora, se a viúva é rica, evidente que não necessita de amparo alimentar, pois poderia prover sua própria subsistência com seus bens. Esta regra visa, portanto, à preservação do desenvolvimento da criança intra-uterina, tendo em vista os gastos próprios da gestação, como exames, internações, parto e medicamentos. Em 5 de novembro de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.804/08, que positivou em nosso ordenamento jurídico a possibilidade do nascituro receber alimentos, prática que já se verificava na jurisprudência de alguns tribunais, e que será devidamente analisada no tópico 3.5.2.

Os artigos 965 a 967 prevêm a figura de um administrador dos bens hereditários. O artigo 965 elucida que esta administração ocorrerá para a segurança dos bens, sendo que o 966 permite que, mediante autorização judicial, o administrador pague as dívidas do espólio, ainda que a divisão da herança permaneça suspensa até a verificação do parto, ou do abortamento, ou do transcurso do prazo para uma gravidez humana. Por fim, o artigo 970 estabelece que ocorrida uma destas hipóteses cessará o cargo do administrador dos bens hereditários, que prestará contas aos herdeiros e seus legítimos representantes. A correspondência mais próxima destes artigos no direito brasileiro seria o curador nomeado pelo juiz previsto no artigo 1.800 do Código Civil brasileiro. Ocorrendo a hipótese de sucessão testamentária, havendo filhos ainda não concebidos e indicados pelo testador (CC, art. 1.799, I) os bens da herança serão confiados ao curador (CC, art. 1.800, “caput”), cujos poderes regem-se, no que couber, pelas disposições da curatela de incapazes (CC, art. 1.800, § 2º c/c 1.779 e parágrafo). Lembre-se ainda, todavia, que o nascituro já concebido é chamado a suceder, mas adquire em estado potencial; nascendo com vida, lhe será deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir do passamento do autor da herança

191 Tradução livre: “Art. 964. A viúva que esteja grávida, ainda que rica, deverá ser alimentada com os bens hereditários, considerando-se a parte que destes caibam ao póstumo, se nascer e for viável”.

(CC, art. 1.800, § 3º), sendo que a este também será concedido curador ao ventre no caso da viúva não ter condições de exercer o poder familiar.

Também na Espanha já se verifica o entendimento de que o ordenamento jurídico, incluindo-se as disposições do direito civil, devem buscar sua coerência na Constituição Federal. É a aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição tanto nas relações Estado-indivíduo como também nas relações interindividuais. Isto gera uma proteção à pessoa humana, e consequentemente atinge a pessoa do nascituro. Nesse sentido, a Constituição espanhola de 1978, em seu artigo 10, afirma: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.”¹⁹² Outra garantia normativa fundamental encontra-se no artigo 15: “Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”¹⁹³. Em projeto multi-autoral¹⁹⁴ abordando a temática dos direitos humanos foi verificada sua relação com os dispositivos constitucionais espanhóis, onde afirmou-se que a expressão “todos” do artigo 15 deve abranger todos os seres humanos, inclusive os nascituros. Nesse sentido, afirmam que não há na Constituição espanhola qualquer critério que permite a relativização do direito à vida do nascituro, ainda mais frente às garantias de que nenhuma discriminação poderá

192Tradução livre: “1. A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social. 2. As normas relativas aos direitos fundamentais e às liberdades que a Constituição reconhece se interpretarão em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos tratados e acordos internacionais sobre as mesmas matérias ratificadas pela Espanha.”

193Tradução livre: “Todos têm direito à vida e à integridade física e moral, sendo que, em caso algum, possam ser submetidos à tortura ou a penas de tratos desumanos e degradantes. Está abolida a pena de morte, salvo a disposta pelas leis penais militares para tempos de guerra”.

194Os autores que colaboraram com o projeto: os espanhóis Francisco Javier Alonso Rodriguez, Iñigo Alvarez, Aurélio de Prada Garcia, Jesús Lima Torrado, María Luisa Marin Castan, Maria Ester Ramos Gorospe; as mexicanas Marta Bañuelos e Martha Mendoza Parissi; os colombianos Oswaldo Arias Avila, Graciela del Rosario Caraballo Nieira, Graciela Escobar Fernandez, Pedro Perez; os argentinos Jorge Del Gesso, Manuel Martin, Gladys Rosario Nieto Martinez, Maria Ofélia Ricciardelli Diaz, Pablo Rodriguez Del Pozo, Fernando Rovetta, Beatriz Vitar, Luisa Vivanco; os peruanos Jorge Danos, Juana Maria Malca Leo, Carlos Torres Caro, Marta Tito, Gina Yañez; o equatoriano Esteban Argudo Carpio, o brasileiro Fernando Rei, a estadunidense Ann Bell Robinson, o guatemalteco Jorge Cantoral, a costarriquense Soraya Long Saborto. Para maiores detalhes, cf. *Curso sistemático de derechos humanos*, disponível em <http://www.iepala.es/curso_ddhh/>

prevalecer (artigo 14), do princípio da proteção integral aos menores (artigo 39.2) e do dever de plena assistência dos pais aos filhos (artigo 39.3).

O direito à vida é um direito absoluto, tal qual confirmado pela sentença do Tribunal Constitucional espanhol nº 53/1985, de 11 de abril de 1985 (publicada no BOE nº 119, de 18 de maio de 1985)¹⁹⁵, da qual destacamos os seguintes trechos da ementa:

- “1. El derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la C.E. es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional – la vida humana – y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible.
2. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida en su dimensión humana se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el art. 10 como germen o núcleo de unos derechos “que le son inherentes”. (...) 4. Los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, como dice el art. 10 de la C.E., el “fundamento del orden jurídico y de la paz social”. (...) 7. Los argumentos aducidos no pueden estimarse para fundamentar la tesis de que al “nasciturus” corresponda también la titularidad del derecho a la vida, pero en todo caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso, la vida del “nasciturus” es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental.
8. La protección que la Constitución dispensa al “nasciturus” implica para el Estado dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.”

Assim, verificamos que adotando-se a idêntica linha de raciocínio por nós defendida

195Disponível em: <http://www.boe.es/g/es/bases_datos_tc/doc.php?coleccion=tc&id=SENTENCIA-1985-0053>. Acesso em: 15 novembro 2008. Tradução livre: “1. O direito à vida, reconhecido e garantido em sua dupla significação física e moral pelo art. 15 da C. E. é a proteção de um valor superior do ordenamento jurídico constitucional – a vida humana – e constitui o direito fundamental essencial e troncal enquanto é o suposto ontológico sem o qual os direitos restantes não teriam existência possível. 2. Indissociavelmente relacionado com o direito à vida em sua dimensão humana se encontra o valor jurídico fundamental da dignidade da pessoa, reconhecido no art. 10 como o germe nuclear dos direitos “que lhe são inerentes” (...) 4. Os direitos fundamentais são componentes estruturais básicos, tanto do conjunto do ordenamento jurídico objetivo como de cada um de seus ramos que o integram, em razão de serem a expressão jurídica de um sistema de valores que, por decisão do constituinte, hão de informar o conjunto da organização jurídica e política; são, como diz o art. 10 da C. E., o “fundamento da ordem jurídica e da paz social” (...) 7. Os argumentos aduzidos não podem estimar-se para fundamentar a tese de que ao nascituro corresponda também a titularidade do direito à vida, mas em todo caso, ele o é decisivo para a questão objeto do presente recurso, a vida do nascituro é um bem jurídico constitucionalmente protegido pelo art. 15 de nossa Norma fundamental. 8. A proteção que a Constituição dispensa ao nascituro implica para o Estado as obrigações: de abster-se de interromper ou de obstaculizar o processo natural da gestação, e de estabelecer um sistema legal para a defesa da vida que suponha uma proteção efetiva dela mesma e que, dado o caráter fundamental da vida, inclua também, como última garantia, as normas penais. Isso não significa que dita proteção deva revestir-se de caráter absoluto; pois, como se sucede em relação com todos os bens e direitos constitucionalmente reconhecidos, em determinados casos podem e devem estar sujeitos a limitações.”

– de que o sistema normativo deve ser compreendido como um todo, respeitando-se os valores da dignidade da pessoa humana e os princípios protetivos à vida previstos não apenas na Constituição brasileira, mas também na de outros países, como a Constituição espanhola –, é impossível afastar-se o direito à vida da pessoa do nascituro. Mas haverá, como qualquer outro direito, eventuais hipóteses de flexibilização. No tópico 4.1. abordaremos a questão do direito à vida em nossa Constituição Federal, em que tal relativização também ocorre.

2.4.4. *Direito português*

O começo da personalidade no direito português está expressado no artigo 66º de seu Código Civil: “1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”, demonstrando a adoção da teoria natalista, com a condicionante do nascimento com vida.

Até o presente momento, verificamos em nossas análises e comparações entre o direito brasileiro e os direitos alienígenas o posicionamento doutrinário para que o direito civil seja interpretado conforme os valores e princípios constitucionais. O mesmo ocorre no ordenamento jurídico português frente à inviolabilidade da vida humana preceituada no artigo 24º, 1, da Constituição portuguesa. Esta garantia de não violação por lógica estende-se à pessoa do nascituro, e nesse sentido é válido citar Pedro Pais de Vasconcelos¹⁹⁶:

“O nascituro é um ser humano vivo com toda a dignidade que é própria à pessoa humana. Não é uma coisa. Não é uma víscera da mãe. A protecção jurídica que a lei lhe dá não é apenas objectiva. Se o fosse, o seu estatuto não seria diferente daquele que é próprio das coisas ou animais especialmente protegidos... O nascituro não é, pois, objecto do direito. Como pessoa humana viva, o nascituro é pessoa jurídica. A sua qualidade pessoal impõe-se ao Direito, que não tem o poder de negar a verdade da pessoalidade, da hominidade, da humanidade do nascituro. Não pode, pois, deixar de ser reconhecido, pelo Direito, ao nascituro a qualidade de pessoa humana viva, o mesmo é dizer, a personalidade jurídica”.

Recentemente o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal apreciou a suposta inconstitucionalidade entre os dois dispositivos, frente à alegada ofensa do direito à vida intra-uterina e a possibilidade de indenização à mãe pela “perda do direito à vida do seu filho”.

Ocorre que uma mulher de vinte anos, grávida de nove meses, perdeu o filho na sequência de um acidente de viação, ocorrido durante uma viagem em que seguia como passageira. A criança morreu ainda no útero materno em decorrência do sinistro, tendo sido

¹⁹⁶Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Almedina, 2007 p. 73 apud Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 07B4692, Relator Bettencourt de Faria, acórdão: 09/10/2008. Disponível em <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/85c29156697c872d802574dd003e92dd?OpenDocument>>

retirada por cesariana em hospital da região¹⁹⁷. Dentre os fundamentos apresentados, vale destaque:

“Sobre a origem da dignidade humana é possível descortinar duas teses principais. A espiritualista de inspiração cristã e a laica ou social assente no conceito de cidadania. Para a primeira, o homem tem uma essência espiritual, presente desde o momento da concepção, pelo que é impossível não reconhecer a existência de uma pessoa, em toda a sua dignidade, a partir desse momento.

Para a segunda, agnóstica quanto à fundamentação metafísica da primeira, a dignidade humana deriva do facto de todos os homens e mulheres serem por igual, livres e fraternos, pelo que a personalidade só pode existir quando surge um novo centro de imputação de valores viável e autónomo, como todos os outros, um novo cidadão ou cidadã ou seja, quando ocorre o nascimento. É a partir daí que a dignidade da cidadania se impõe. E, consequentemente, a personalidade. Um nascituro não é certamente apenas uma víscera de sua mãe, mas também não é, de acordo com a lei natural – a lei da natureza – um ente verdadeiramente individualizado, que possa ser considerado um igual das restantes pessoas e a quem possam ser atribuídos os direitos de que estas podem ser titulares.

E numa sociedade pluralista, multicultural e constitucionalmente agnóstica não vemos como não possa deixar de prevalecer no campo dos valores esta última tese. E que deve, por essa razão, ser a adoptada pelo Direito. É esta concepção que informa a tradição jurídica dos dois últimos séculos e que está mais bem preparada para enfrentar os problemas éticos que o desenvolvimento da engenharia biológica coloca. Porque capaz de admitir que, eventualmente, se possam sobrepor outros valores àquele que o feto sempre representará. Compreendemos a angústia dos defensores da tese espiritualista, ao terem de assumir a defesa da personalidade e espiritualidade de um embrião manipulado geneticamente, congelado, ou duplicado. Mas o problema é metafísico não social. (...)

Temos assim que a fixação pelo artº 66º nº 1 do C. Civil da personalidade jurídica singular com o nascimento não é incompatível com o comando do artº 24º nº 1 da Constituição, uma vez que este preceito, ao considerar a vida humana inviolável, está a impor a protecção genérica da gestação humana, sem considerar o nascituro como um centro autónomo de direitos.”

Evidente que não é possível concordar com o posicionamento do Tribunal português. O presente trabalho se fundamenta na dignidade da pessoa humana como valor e não se firma em posicionamentos metafísicos ou espirituais, mas jurídicos. A dignidade da pessoa humana impõe respeito, e este deve abranger todos os seres da raça humana. O acórdão supra mencionado desrespeita o nascituro, que faz parte da raça humana, e que, ao contrário do exarado, tem sua natureza impulsionando-o, de forma contínua e progressiva, à vida desde o momento da concepção. Dissemos no primeiro capítulo desta obra que uma das características dos valores é a bipolaridade: há um valor positivo, e outro negativo diametralmente oposto. A decisão do STJ português quer aparentar pautar-se no valor da dignidade da pessoa humana, mas este valor é positivo, ao passo que a afirmação de que o nascituro não é um ser individualizado, que não é igual ao restante das pessoas humanas, demonstra o valor negativo

197Ana Luísa Nascimento, Juízes não reconhecem feto de nove meses, *Correio da manhã*, 14 outubro 2008, disponível em: <<http://www.correiomanha.pt/noticia.aspx?channelid=00000010-0000-0000-0000-0000000000010&contentid=CDEEF40B-DF80-49AF-8665-ABBE5025DC3E>>

do desrespeito pela própria raça humana. O que somos afinal antes do nascimento? Representantes da continuidade do próprio homem! Então, não são humanos os nascituros? Não merecem o respeito, o respaldo, a garantia da lei? Se isso for verdadeiro, o que impede a permissão de todo e qualquer tipo de experiências em embriões, ou ainda, a legalização plena do aborto? Qual seria o destino da humanidade se isto ocorresse?

A engenharia genética e os estudos da embriologia forçarão os profissionais do direito e os legisladores a tomarem uma posição. Ou defenderemos o ser humano como um todo e isso abrange a pessoa do nascituro e os embriões, ou caminharemos para um retrocesso humanitário, rasgaremos as conquistas advindas da Declaração Universal dos Direitos do Homem e de outros tratados de igual relevância, erigidos após as atrocidades das guerras e do desrespeito ao ser humano.

Ressalte-se que não queremos nos pautar como senhores da razão, mas buscamos a utilização da devida lógica e coerência jurídica para dirimir questões complexas como a que apresentamos neste trabalho. E não somos os únicos a defender a pessoa do nascituro. No direito português podem ser citados Rabindranath Capelo de Souza, que entende que a norma do artigo 66º do Código Civil português deve ser interpretada sob o enfoque dos demais artigos do diploma civilista, da Constituição, e dos tratados e convenções internacionais: “o artigo 66º padece de demasiadas anomalias para dele se retirar, em definitivo, um comando sobre o início da personalidade. Prudente será deixar a questão em aberto, bastando-nos o artigo 24º da Constituição sobre a inviolabilidade da vida humana”¹⁹⁸; Menezes Cordeiro, para quem o nascituro tem uma capacidade de gozo limitada ao direito à vida, que sua morte gera direito à indenização por danos morais, e que o artigo 24 da Constituição constitui a base jurídico-positiva do aludido direito: “As razões últimas que justificam o direito à vida do nascituro são precisamente as que depõem a favor do direito à vida das pessoas em geral”¹⁹⁹; o já mencionado Pedro Pais de Vasconcelos²⁰⁰, para quem a concepção é o marco inicial da vida, e o nascimento apenas mais uma etapa; Diogo Leite de Campos, para quem o direito à vida desde a concepção está consagrado no artigo 24º, 1, da Constituição portuguesa e que “As normas contidas na maioria das legislações que vinculam o início da personalidade ao

198Rabindranath V. A. Capelo de Souza, *O direito geral de personalidade*, Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p. 157 e 299 *apud* Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 80.

199Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, I, Parte Geral, tomo III, Liv. Almedina, 2004, p. 278/279 *apud* Santos Bernardino, voto vencido no julgamento do processo nº 07B4692 do Supremo Tribunal de Justiça português.

200Pais de Vasconcelos, *Teoria...*, cit., p. 72 ss. *apud* Santos Bernardino, processo nº 07B4692, STJ português.

nascimento, estão, portanto, naturalmente gastas e ultrapassadas”²⁰¹.

O próprio julgado trazido à colação não foi unânime. O juiz-conselheiro António Cardoso Santos Bernardino²⁰² após citar os autores retro enumerados, afirma que o nascituro, ainda que se aceite não ter personalidade jurídica plena, é, para os efeitos do artigo 70º, um ser humano “que tem direito ao respeito e ao desenvolvimento geral da sua personalidade física e moral e, consequentemente, a não ser ofendido ou ameaçado na sua vida e na sua saúde”, motivo pelo qual qualquer ofensa por ato ilícito enseja responsabilidade civil. E, no caso em tela, “a autora recorrente tem direito a reclamar indenização, não apenas pelo dano não patrimonial consubstanciado no desgosto, angústia e tristeza que sofreu pela perda do filho – indenização que, aliás, lhe foi concedida e que, mais adiante, voltaremos a examinar – mas também pelo dano da supressão da vida daquele”. A ponderação do magistrado acerca da decisão de seus colegas é de perfeita singeleza: “Se, por força da gravidade das lesões, o concebido morre no ventre materno, não há lugar a indemnização; se, por lesões menos graves, resiste à morte, e vem a nascer com vida, morrendo uma hora (ou mesmo uns minutos!) depois, em consequência das lesões sofridas antes do nascimento, já haverá lugar a indemnização. Só por puro preconceito se pode justificar esta diferença de tratamento.” Seu entendimento é no sentido de cabimento da indenização, e ainda que tenha se afastado da problemática do artigo 66º, do Código Civil, seu voto visa um resguardo à pessoa do nascituro: “No caso em análise, a vida que se perdeu foi a de um ser do sexo masculino, no termo da gestação, já totalmente formado e saudável, prestes a deixar o ventre materno e fazer a sua entrada no mundo exterior”.

Analisemos agora outros dispositivos do Código Civil português em comparação com o Código Civil brasileiro.

Trata o artigo 952º da doação a nascituros: “1. Os nascituros concebidos ou não concebidos podem adquirir por doação, sendo filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da declaração de vontade do doador. 2. Na doação feita a nascituros presume-se que o doador reserva para si o usufruto dos bens doados até ao nascimento do donatário”. Como se nota, a doação a nascituros no direito português é permitida tanto aos concebidos, como aos não concebidos (prole eventual), desde que filhos de pessoas determinadas e vivas ao tempo da declaração do doador. No direito brasileiro, verificamos que o *infans conceptus*, isto é, o

201Diogo Leite de Campos, *Lições de Direitos da Personalidade*, 2ª ed., Coimbra, 1995, p. 42 *apud* Santos Bernardino, processo nº 07B4692, STJ português.

202Novamente fazemos referência ao sítio do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal, citado na nota nº 196.

nascituro concebido, poderá receber doações a serem aceitas por seu representante legal nos termos do artigo 542 do Código Civil. Havendo pais capazes, estes zelarão pelo patrimônio doado, nos termos do artigo 1.689 do diploma civilista, que trata da administração dos bens dos filhos menores sob autoridade dos pais, enquanto perdurar o exercício do poder familiar. Se o pai estiver falecido e a mulher grávida não tiver o poder familiar, ou estando interditada, conceder-lhe-á curador ao ventre (CC, art. 1.779 e seu parágrafo), sendo que a autoridade do curador estender-se-á aos bens dos filhos, englobando-se os doados (CC, art. 1.778). Ainda que não haja uma menção expressa no Código Civil brasileiro, entendemos cabível a doação à prole eventual, o *nondum conceptus*, uma vez ser possível no direito brasileiro o contrato de doação condicional, cujos efeitos surgem somente a partir de determinado acontecimento futuro e incerto, no caso, o nascimento com vida de filho do casal ou quiçá a concepção – mas neste caso haverá dupla condição suspensiva: a concepção e o nascimento com vida.

No direito português, o nascituro possui capacidade sucessória desde que concebido ao tempo da sucessão, nos termos do artigo 2033º de seu Código Civil: “1. Têm capacidade sucessória, além do Estado, todas as pessoas nascidas ou concebidas ao tempo da abertura da sucessão, não exceptuadas por lei. 2. Na sucessão testamentária ou contratual têm ainda capacidade: a) Os nascituros não concebidos, que sejam filhos de pessoa determinada, viva ao tempo da abertura da sucessão (*omissis*)”. Nítida a equivalência entre o artigo 2033º, 1, do Código Civil português e o artigo 1.798 do Código Civil brasileiro: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”, ao passo que o artigo 2033º, 2, do diploma português tem correspondência com o artigo 1.799, inciso I, do Código Civil brasileiro: “Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: os filhos, ainda não nascidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Ainda quanto à sucessão da prole eventual no direito português, há de se verificar os artigos 2237º a 2239º de seu Código Civil, referidos pelo 2240º do diploma civilista: “Administração da herança ou legado a favor do nascituro. 1. O disposto nos artigos 2237º a 2239º é aplicável à herança deixada a nascituro não concebido, filho de pessoa viva; mas a esta pessoa ou, se ela for incapaz, ao seu representante legal pertence a representação do nascituro em tudo o que não seja inerente à administração da herança ou do legado. 2. Se o herdeiro ou legatário estiver concebido, a administração da herança ou do legado compete a quem administraria os seus bens se ele já tivesse nascido”. O 2240º, 1, prevê herdeiro

instituído sob condição suspensiva (prole eventual) situação em que a herança é posta em administração até que esta se cumpra, ou se verifique a impossibilidade de seu cumprimento (art. 2237º, 1, CC português), ao passo que o 2240º, 2, autoriza que a administração da herança do nascituro competirá a quem a administraria se este já fosse nascido.

Tal dispositivo guarda semelhança com o artigo 1.800 e §§ 1º a 3º do Código Civil brasileiro, onde temos a figura do curador nomeado pelo juiz para administração dos bens atribuídos ao nascituro não concebido, que não passa de mero depositário. Em regra, esse curador, caso não haja disposição contrária no testamento, será a pessoa cujo filho o testador espera ter por herdeiro, e isto ocorre porque suas funções estão ínsitas no poder familiar, ou no caso de impossibilidade, às pessoas indicadas no artigo 1775º, §§ 1º a 3º, do Código Civil brasileiro: cônjuge ou companheiro, seu herdeiro, e na falta deles, pessoa indicada pelo juiz²⁰³.

Quanto à proteção da personalidade física e moral dos nascituros, o artigo 1878º estabelece deveres dos pais ao concebido, e o sentido de velar pela sua segurança e saúde só pode ser compreendido como defesa de sua concepção e pleno desenvolvimento: “Conteúdo do poder parental. 1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”²⁰⁴. Nesse sentido, Manuel Lopes Madeira Pinto, juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto, lembra que no exercício das responsabilidades pelos pais deve-se sempre buscar o superior interesse da criança “conceito que, aplicado em concreto, pretende assegurar um desenvolvimento harmonioso da criança ou jovem, tendo em conta as suas necessidades, bem como a capacidade dos pais para as satisfazer e ainda os valores dominantes no meio comunitário que os envolve”²⁰⁵. Tal preceito igualmente se verifica no direito brasileiro, com a doutrina da proteção integral ao menor, e que por nós será delineado no tópico 4.3.

Acerca da presunção de paternidade, inicialmente citamos o artigo 1826º, 1, do Código Civil português: “1. Presume-se que o filho nascido ou concebido na constância do matrimônio da mãe, tem como pai o marido da mãe”, que tem equivalência com o artigo 1.597, “caput”, do Código Civil brasileiro. O artigo 1828º do Código Civil português trás o

203Diniz, *Curso...*, v.6: direito das sucessões, cit., p. 189.

204“1878º Conteúdo do poder parental. 1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens”. Cf. tb. Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 81.

205Manuel Lopes Madeira Pinto, Uma regulação do poder parental, *Justiça independente*, 17 out. 2007. Disponível em <http://www.justicaindependente.net/artigos/rpp_casoesmeralda.html>. Acesso em 16 novembro 2008.

mesmo prazo de cento e oitenta dias previsto no inciso I do artigo 1.597 do Código Civil brasileiro, ao passo que o artigo 1829º, 1, que apresenta a hipótese de filhos concebidos depois de finda a coabitação e no prazo de trezentos dias, tem equivalência com o inciso II do artigo 1.597 de nosso diploma. Porém, o Código Civil português apresenta solução para a polêmica da mãe que, ainda não tendo dissolvido seu vínculo matrimonial, tem um filho com um companheiro: “Artigo 1834º Dupla presunção de paternidade. 1. Se o filho nasceu depois de a mãe ter contraído novo casamento sem que o primeiro se achasse dissolvido ou dentro dos trezentos dias após a sua dissolução, presume-se que o pai é o segundo marido”.

No tocante ao reconhecimento de paternidade, estabelece o artigo 1847º do Código Civil português: “O reconhecimento do filho nascido ou concebido fora do matrimónio efectua-se por perfilhação ou decisão judicial em acção de investigação”. O reconhecimento voluntário poderá ser feito a qualquer tempo, antes ou depois do nascimento do filho, ou mesmo após sua morte, por força do artigo 1854º de tal diploma, mas a norma do artigo 1855º é explícita no sentido que “A perfilhação de nascituro só é válida se for posterior à concepção e o perfilhante identificar a mãe”. No direito brasileiro, vimos que o parágrafo único do artigo 1.609 do Código Civil dispõe que o reconhecimento do filho também poderá ser precedente ao nascimento, ou posterior ao falecimento, se o perfilhante deixar descendentes. Em ambas as legislações é um ato personalíssimo (art. 1.607 do CC brasileiro e art. 1849º do CC português), irrevogável e irrevogável (art. 1.609, “caput” e 1.610 do CC brasileiro, art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1858º do CC português), que não comporta qualquer condição ou termo (art. 1.613 do CC brasileiro e art. 1852º do CC português), mas que não impede sua anulação por vício de consentimento (art. 1.604 do CC brasileiro e art. 1860º do CC português).

2.4.5. América latina: Direito argentino, chileno, uruguaio

No direito comparado, o exemplo mais citado de adoção expressa da teoria concepcionista é o Código Civil argentino, influência dos ensinamentos de Teixeira de Freitas. Lembramos, inclusive, que nossos vizinhos latinos adotaram a sugestão do jurista, no sentido de serem pessoas naturais as “personas de existencia visible”, ou seja, pessoas de existência visível do artigo 51 de seu Esboço.

E, assim, conceitua o artigo 63 do Código Civil argentino as pessoas por nascer: “Son personas por nacer las que no habiendo nacido están concebidas en el seno materno”, e prosseguindo-se para o Título IV – “De la existencia de las personas antes del nacimiento” estabelece o artigo 70: “desde la concepcion en el seno materno comienza la existencia de las

personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre”²⁰⁶.

Salvat²⁰⁷ explica que, no sistema argentino, o ser humano já é considerado como um ser real, com capacidade para adquirir direitos, atuando o nascimento como uma condição resolutória. Ainda assim, a aquisição estaria condicionada ao nascimento com vida, do qual bastaria a afirmação daqueles que ao parto assistiram e verificaram a respiração do recém-nascido, ou qualquer outro sinal comprovatório de seu nascimento: “Art. 73. Repútase como cierto el nacimiento con vida, cuando las personas que asistieren al parto hubieren oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida”²⁰⁸. Outrossim, a dúvida quanto ao nascimento penderá sempre em favor do nascituro, presunção *iuris tantum*, devendo o interessado provar o contrário, como se nota do artigo 75: “En caso de duda de si hubieran nacido o no con vida, se presume que nacieron vivos, incumbiendo la prueba al que alegare lo contrario”²⁰⁹. Abordamos anteriormente que nosso Código Civil não especifica qualquer condição para o nascimento, e que a doutrina pacificou o entendimento de que basta ter respirado uma vez para se comprová-lo.

Silmara Chinelato aponta que a expressão “irrevocablemente adquiridos” do artigo 70 refere-se apenas aos direitos patrimoniais, citando a explanação de Alberto G. Spota, no sentido de que ainda que considerem a existência jurídica da pessoa começando com a vida intra-uterina, tanto os direitos como as obrigações das pessoas por nascer dependem do nascimento com vida para consolidar-se, resultando assim a irrevogabilidade²¹⁰. Ora, também já mencionamos a diferenciação entre personalidade jurídica formal do nascituro, relacionada a seus direitos personalíssimos, e sua personalidade jurídica material, atinente aos direitos patrimoniais. Logo, quando o artigo 70 do Código Civil argentino afirma tal aquisição

206Tradução livre: “Art. 63. São pessoas por nascer as que não nascidas estão concebidas no útero materno”; “Art. 70. Desde a concepção no útero materno começa a existência das pessoas; e antes de seu nascimento podem adquirir alguns direitos, como se já houvessem nascido. Esses direitos tornam-se irrevogavelmente adquiridos, se o concebido no útero materno nascer com vida, ainda que só por instantes, depois de estar separado de sua mãe”.

207Salvat, *Tratado de derecho argentino*, I, p. 198 *apud* Serpa Lopes, *Curso...*, cit., p. 211.

208Tradução livre: “Art. 73. Reputa-se como certo o nascimento com vida, quando as pessoas que assistirem ao parto ouvirem a respiração ou a voz dos nascidos, ou tiverem observado outros sinais de vida.”

209Tradução livre: “Art. 75. Em caso de dúvida de ter nascido ou não com vida, presume-se que vivo nasceram, incumbindo a prova ao que alegar o contrário.”

210Alberto G. Spota, *Tratado de derecho civil; parte general – el sujeto del derecho*, Buenos Aires: Depalma, 1968, p. 47-8 *apud* Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 87.

irrevogável, evidentemente se tratar de direitos patrimoniais, tal qual ocorre no direito brasileiro.

Uma interessante distinção entre nosso Código Civil e o argentino é a presença do nascituro no rol dos absolutamente incapazes (artigo 54, primeiro), o que demonstra a correta distinção entre personalidade e capacidade, isto é, o nascituro não deter capacidade de exercício não significa que não tenha personalidade, ou que não possa ser sujeito de direitos. Ora, na legitimidade extraordinária temos casos em que a lei autoriza a presença de alguém estar em juízo pleiteando direito alheio, como o fazem os pais que representam processualmente seu filho menor incapaz. Não é possível ao nascituro também ser representado processualmente? Sim, tanto pela mãe, no caso de pleito de alimentos cumulado com investigação de paternidade, ou pelo curador ao ventre, nos casos previstos em lei. Logo, não deveria o direito brasileiro, tal qual fizeram os civilistas argentinos, assimilar em definitivo a distinção entre capacidade e personalidade?

Quando o artigo 1.806, primeira parte, do Código Civil argentino preceitua “No puede hacerse donación a persona que no exista civil, o naturalmente”²¹¹ estaria-se impondo a impossibilidade de doação ao nascituro? A resposta é negativa, frente a exegese do artigo 64 do diploma argentino, que diz “Tiene lugar la representación de las personas por nacer, siempre que éstas hubieren de adquirir bienes por donación o herencia”²¹². Mas, então, a quem estaria referindo-se o citado artigo 1.806? Velez Sarsfield assim comenta: “Las personas por nacer no son personas futuras, pues ya existen en el vientre de la madre. Si fuesen personas futuras, no habría sujeto que representar”²¹³, motivo pelo qual entendemos que o artigo 1.806 refere-se à prole eventual, posto que o *nondum conceptus* ainda não tem existência natural.

A capacidade sucessória do nascituro no direito argentino se depreende do citado artigo 64 do Código Civil, combinado com o artigo 3290: “El hijo concebido es capaz de suceder. El que no está concebido al tiempo de la muerte del autor de la sucesión, no puede sucederle. El que estando concebido naciere muerto, tampoco puede sucederle”²¹⁴. Jorge

211Tradução livre: “Art. 1.806. Não se pode fazer doação à pessoa que não exista civil ou naturalmente (*omissis*).”

212Tradução livre: “Art. 64. Tem lugar a representação das pessoas por nascer, sempre que estas houverem adquirido bens por doação ou herança”.

213Velez Sarsfield, *Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalia – Editor, 1974, p. 31 apud Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 88.

214Tradução livre: “Art. 3.290. O filho concebido é capaz de suceder. O que não está concebido ao tempo da morte do autor da sucessão não pode suceder-lhe. O que estando concebido nasce morto, tampouco pode suceder-lhe”.

Oscar Perino²¹⁵ afirma que o direito das pessoas visíveis sucederem inicia-se com a concepção e que, ainda que o Código Civil argentino não faça menção aos embriões fecundados *in vitro*, a eles deverá ser aplicado analogicamente tal direito patrimonial, uma vez que são pessoas a partir do momento da união dos gametas masculino e feminino. O autor também partilha o entendimento de que a aferição deste direito patrimonial implica na condição resolutória do nascimento com vida, sendo que o natimorto será considerado como se nunca tivesse existido.

A sucessão testamentária do nascituro vem regulada no artigo 3.733 do Código Civil argentino: “Pueden adquirir por testamento todos los que, estando concebidos al tiempo de la muerte del testador, no sean declarados por la ley incapaces o indignos”²¹⁶. Note-se que tal artigo não cuida da capacidade sucessória da prole eventual, diferente do direito brasileiro (CC, art. 1.799, I).

O Código Civil uruguaio estipula na primeira parte de seu artigo 21: “Son personas todos los individuos de la especie humana”²¹⁷, o que guarda total correspondência com o artigo 1º, nº 2, do Pacto de São José da Costa Rica. Poderíamos pressupor que tal legislação é adepta da teoria concepcionista?

A resposta é negativa. No capítulo que trata da legitimação dos filhos, no título paternidade e filiação, estabelece o artigo 216, 3º: “Sin embargo de lo dispuesto en el artículo precedente, el marido no podrá desconocer la paternidad de la criatura nacida antes de transcurridos ciento ochenta días de la celebración del matrimonio, en los siguientes casos: (...) 3º. Si la criatura no ha nacido viable, esto es, de vida y que haya vivido veinticuatro horas naturales”²¹⁸. Como se nota, o código uruguaio exige viabilidade fetal e nascimento com vida para que o nascido seja considerado pessoa.

Tal noção é confirmada quando o código trata da capacidade para dispor e adquirir por testamento, posto que o artigo 835 do Código Civil uruguaio estabelece “Son incapaces: 1º El que no estuviere concebido al tiempo de abrirse la sucesión o, aunque concebido, no naciere viable, conforme a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 216”, assim como, quando trata das pessoas capazes de receber doação: “1617. Toda personal legalmente capaz de

215Jorge Oscar Perino, Capacidad para suceder, *Revista del colegio de abogados de la plata*, Buenos Aires, nº 69, Ano L, jul. 2008, p.17-46.

216Tradução livre: “3.733. Podem adquirir por testamento todos os que, estando concebidos ao tempo da morte do testador, não sejam declarados pela lei incapazes ou indignos.”

217Tradução livre: “Art. 21. São pessoas todos os indivíduos da espécie humana.”

218Tradução livre: “216. Sem embargo do disposto no artigo anterior, o marido não poderá desconhecer a paternidade da criatura nascida antes de transcorridos cento e oitenta dias da celebração do matrimônio, nos seguintes casos: (...) 3º. Se a criatura não nasceu viável, isto é, com vida e que haja vivido vinte e quatro horas naturais.”

recebir por testamento, lo es en iguales términos y con las mismas limitaciones para recibir por donación. (Artículo 834 y siguientes)”²¹⁹.

De seu turno, no Código Civil chileno, assevera o artigo 55: “Son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición”. Tal disposição deve ser analisada conjuntamente com os artigos 74 e 77 do diploma civilista, sendo que o primeiro afirma: “La existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de sua madre. La criatura que muere en el vientre materno, o que perece antes de estar completamente separada de sua madre, o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera, se reputará no haber existido jamás”, ao passo que o segundo artigo enuncia: “Los derechos que se deferirían a la criatura que está en el vientre materno, se hubiese nacido y viviese, estarán suspensos hasta que el nacimiento se efectúe. Y si el nacimiento constituye un principio de existencia, entrará el recién nacido en el goce de dichos derechos, como si hubiese existido al tiempo en que se defirieron. En el caso del artículo 74, inciso 2º, pasarán estos derechos a otras personas, como si la criatura no hubiese jamás existido”²²⁰.

Com base em tais dispositivos havemos de concordar com a conclusão de Silmara Chinelato, de que o Código Civil chileno se posiciona para uma personalidade do nascituro condicionada ao nascimento com vida. Não realizado o nascimento com o completo desvinculamento do recém-nascido de sua mãe, é como se jamais tivesse existido. E se jamais existiu, se jamais será pessoa, somente poderá ser considerado coisa. Nesse sentido, interessante a lógica levantada por Eduardo Novoa Aldunate, no sentido de que quem pode morrer ou perecer senão quem está vivo? Pondera o autor que, se o legislador afirma que o natimorto será considerado como se jamais tivesse existido, é porque há reconhecimento de sua existência prévia, que somente poderá ser entendida como a intra-uterina, isto é, uma vida

219Tradução livre: “835. São incapazes: 1º. O que não estiver concebido ao tempo da abertura da sucessão ou, ainda que concebido, não nascer viável, conforme o disposto no inciso 3º do artigo 216”; “1617. Toda pessoa legalmente capaz de receber por testamento, o é em iguais termos e com as mesmas limitações para receber por doação (Artigo 834 e seguintes)”.

220Tradução livre: “Art. 55. São pessoas todos os indivíduos da espécie humana, qualquer que seja sua idade, sexo, estirpe ou condição”;

“Art. 74. A existência legal de toda pessoa inicia-se ao nascer, isto é, ao separar-se completamente de sua mãe. A criatura que morre no ventre materno, ou que perece antes de estar completamente separada de sua mãe, ou que não haja sobrevivido à separação um momento sequer, reputar-se-á jamais haver existido”;

“Art. 77. Os direitos que se defeririam à criatura que está no seio materno, se tivesse nascido e vivido, estarão suspensos até que o nascimento se efetue. E se o nascimento se constitui um princípio de existência, entrará o recém nascido no gozo de tais direitos, como se existisse ao tempo em que foram deferidos. No caso do artigo 74, inciso 2º, estes direitos passarão a outras pessoas, como se a criatura jamais tivesse existido”.

natural e biológica vinculada à concepção²²¹.

Mas tanto não é este o posicionamento predominante no direito chileno, que assim está preceituado no artigo 49 da Lei de Registro Civil chilena: “No se inscribirá en este registro (Registro de Defunciones) el fallecimiento de una criatura que fallece en el vientre materno o que perece antes de estar completamente separada de su madre o que no haya sobrevivido a la separación un momento siquiera. En estos casos, el otorgamiento del pase para la sepultación se sujetará a las formalidades prescritas por los artículos 46 y 47 en lo que fueren aplicables”²²². Ocorre que, em conformidade com os artigos mencionados pela lei, os responsáveis pelos cemitérios não permitirão o enterro sem o respectivo passe de morte dado pelo secretário competente, ato administrativo não previsto na lei. A fim de possibilitar que os pais possam enterrar seus filhos natimortos, bem como dar-lhes um nome, medidas que respeitam a dignidade da pessoa humana, é que tramita no Congresso chileno projeto de lei para alterar o artigo 74 do Código Civil chileno e o artigo 49 da Lei nº 4.808²²³. Relembremos que nosso ordenamento jurídico dispõe a necessidade de registro do natimorto, consoante artigo 53, § 2º, da Lei nº 6.015/73.

Por fim, há de se destacar o artigo 75 do Código chileno que de forma expressa igualmente demonstra a amplitude do resguardo ao direito à vida do nascituro, com a possibilidade de qualquer pessoa peticionar ao juiz, ou mesmo este, de ofício, tomar providências cabíveis para tal proteção: “La ley protege la vida del que está por nacer. El juez, en consecuencia, tomará, a petición de cualquiera persona o de oficio, todas las providencias que le parezcan convenientes para proteger la existencia del nacido, siempre que crea que de algún modo peligrá”. Ademais, à despeito da pretensa e extremamente questionável possibilidade de castigo à mãe, se tal ato puder prejudicar a vida ou saúde do nascituro, deverá ser adiado para após o parto, respeitando-se seu pleno e integral desenvolvimento embrionário: “Todo castigo de la madre, por el cual pudiera peligrar la vida o la salud de la criatura que tiene en su seno, deberá diferirse hasta después del nacimiento”²²⁴.

221Eduardo Novoa Aldunate, *El comienzo de la existencia humana y su protección jurídica*, Santiago: Ed. Jurídica de Chile: Universidad Católica de Chile: Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas e Sociales, 1969, Memoria n. 46 apud Chinelato, *Tutela civil...*, cit., p. 92.

222Tradução livre: “Não se inscreverá neste registro (Registro de Óbitos) o falecimento de uma criatura que falece no ventre materno ou que pereça antes de estar completamente separada de sua mãe ou que não haja sobrevivido à separação um momento sequer. Nestes casos, a concessão do passe para o sepultamento se sujeitará às formalidades prescritas nos artigos 46 e 47 no que forem aplicáveis.”

223A íntegra do projeto (Boletim nº 6038-07) e os argumentos apresentados para a modificação de referidas leis estão disponíveis no sítio do Senado chileno: <http://sil.senado.cl/cgi-bin/sil_proyectos.pl?6038-07>

224Tradução livre: “Art. 75. A lei protege a vida do que está por nascer. O juiz, por conseguinte, tomará, a petição de qualquer pessoa ou de ofício, toda as providências que lhe pareçam convenientes para proteger a

3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

No capítulo anterior verificamos ser o nascituro pessoa humana, detentor de personalidade e direitos, tanto em nosso ordenamento jurídico como no alienígena. No presente capítulo, abordaremos os direitos da personalidade relacionados à vida do nascituro, e para tanto iniciaremos conceituando tais direitos, apontaremos algumas de suas classificações e exporemos suas características. A seguir, abordaremos em específico a vida como direito da personalidade, passando para uma análise dos direitos conexos à vida, como direito à integridade física e psíquica e aos alimentos.

3.1. Conceituação

A conceituação de Carlos Alberto Bittar acerca dos direitos da personalidade apresenta-se como “os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros.”²²⁵

A posição apresentada pelo autor enquadra-se no conceito adotado entre os naturalistas, em que os direitos da personalidade são direitos inatos do homem, faculdades exercidas por este, atributos inerentes à condição humana. Com isso, seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico e sancionamento pelo Estado dá-se para que não ocorra arbitrariedade do Poder Público, nem invasão por particulares, e não como imprescindibilidade para sua existência. De forma contrária, os positivistas entendem que são direitos da personalidade apenas aqueles reconhecidos pelo Estado, normativamente, derivados do ordenamento positivo, não aceitando a mera existência de direitos inatos.

Todavia, no tocante aos direitos da personalidade, não é possível sua limitação a meras normas positivas, e isto decorre, justamente, do fato de estarem relacionados de forma ínsita com a pessoa humana, em sua essência. Como lembra Serpa Lopes²²⁶: “enquanto os demais direitos visam à defesa do gozo externo dos bens, os direitos da personalidade dirigem-se ao gozo de nós mesmos, assegurando ao indivíduo os seus valores estritamente pessoais”.

existência do nascido, sempre que crer que de algum modo esteja ameaçada. Todo castigo à mãe, pelo qual possa perigar a vida ou a saúde da criatura em seu seio, deverá ser adiado até depois do nascimento”. Cf. tb. Benedita Inês Lopes Chaves, *A tutela jurídica o nascituro*, São Paulo: LTr, 2000, p. 38.

²²⁵Carlos Alberto Bittar, *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 1.

²²⁶Serpa Lopes, *Curso...*, cit., p. 199.

Ora, se não é possível restringir o Direito a meras normas positivas – tanto que este compreende também outras fontes, a saber, o costume, a analogia e os princípios gerais (artigo 4º da LICC) –, muito menos aceitável rebaixar direitos ínsitos da pessoa humana à positivação. Quando esta ocorre pelo Estado, temos apenas o reconhecimento de direitos que ao homem são naturais e elementares, havendo consequentemente o dever de resguardá-los.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz lembra a dupla dimensão dos direitos da personalidade, a primeira, axiológica, posto materializar os valores fundamentais da pessoa, tanto como indivíduo, quanto como integrante da sociedade; a segunda, objetiva, uma vez que se constituem como os direitos assegurados constitucional e legalmente, restringindo a atividade do Estado, em suas três vertentes, que deverá protegê-los contra quaisquer abusos²²⁷.

Daí os direitos da personalidade serem direitos subjetivos, *sui generis* e *excludendi alios*, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo bens que nascem com a própria pessoa, valendo-se de ação judicial²²⁸.

Em obra clássica, Tobeñas assim fundamenta serem os direitos da personalidade direitos subjetivos suscetíveis de ação jurídica:

“En principio, no hay ciertamente razones decisivas para negar la existencia de la categoría jurídica constituída por los derechos subjetivos de la personalidad. Si el derecho subjetivo presupone siempre un deber jurídico, que haga posible una pretensión o exigencia, hay que reconocer que el derecho a la vida, a la integridad física, al honor, a la identidad personal, etc., penetran en el círculo del deber jurídico que pesa sobre todos, en el sentido de que no han de ser ilegítimamente lesionados. Y si el concepto del derecho subjetivo presupone un poder al que el ordenamiento jurídico conceda una cierta autonomía, no puede negarse la posibilidad técnica de que sean objetivados por el Derecho, separándolos y destacándolos de la personalidad, determinados atributos suyos, que sean así elevados a bienes jurídicos y consiguientemente a objetos de derecho, protegidos con una específica acción civil.”²²⁹

Como lembra Bittar, esta é a tese prevalecente na doutrina em diversos países, como por exemplo, na Itália com Ferrara, Ruggiero, Messineo, De Cupis; na França com Planiol, Ripert; na Espanha com Martin Ballester²³⁰.

²²⁷Diniz, *Curso...*, cit., 2007, p. 117.

²²⁸Diniz, *Curso...*, cit., 2007, p. 118.

²²⁹José Castan Tobeñas, *Los derechos de la personalidad*, Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952, p. 21-22: “Em princípio, certamente não há razões decisivas para negar a existência da categoria jurídica constituída pelos direitos subjetivos da personalidade. Se o direito subjetivo pressupõe sempre um dever jurídico, que seja possível uma pretensão ou exigência, há de se reconhecer que o direito à vida, à integridade física, à honra, à identidade pessoal, etc., penetram no círculo do dever jurídico que pesa sobre todos, no sentido de que não hão de ser ilegítimamente lesionados. E se o conceito de direito subjetivo pressupõe um poder a que o ordenamento jurídico conceda uma certa autonomia, não se pode negar a possibilidade técnica de que sejam objetivados pelo Direito, separando-os e destacando-os da personalidade, determinados atributos desta, que sejam assim elevados a bens jurídicos e consequentemente a objetos de direito, protegidos com uma específica ação civil.” (Tradução livre).

²³⁰Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 5.

Ainda quanto à natureza jurídica, Fábio Maria de Mattia aponta as seguintes razões para que os direitos da personalidade sejam vistos como verdadeiros direitos subjetivos²³¹: a) ainda que os direitos da personalidade não possam separar-se do homem de quem são provenientes, continuam sendo direitos cujos titulares detêm poder de vontade, e que implica no dever jurídico de respeito pelos outros; b) a vontade humana opera tanto sobre o mundo exterior, no tocante aos direitos patrimoniais e familiares, como também na própria essência do ser humano, guia de sua própria vida, corpo, honra, e demais atributos que emanam da personalidade; c) o objeto dos direitos da personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, mas tomada em suas realidades antropológicas (e.g. o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (e.g. honra), daí ser a própria pessoa que, ao exercer a função de sujeito de direitos subjetivos, converte em objeto alguns dos atributos ou bens dela própria.

Vale apontar questionamento de Edson Ferreira da Silva, a saber, se a vida, a integridade física e psíquica, a imagem, a honra e a liberdade seriam verdadeiros direitos ou apenas aspectos biopsicossociais do homem, afirmando que tais direitos “não são essenciais, uma vez que sem eles, ou sem o objeto sobre o qual eles incidem, ninguém perde a condição de pessoa”, e mais adiante que “em verdade, o único direito da personalidade que é essencial em sentido próprio é o direito à vida, cuja extinção dessa faculdade implica o fim da personalidade humana. Porque o ente humano sem vida deixa de ser ente humano”²³².

Ora, como vimos, os direitos da personalidade são um conjunto de prerrogativas da pessoa, decorrentes justamente de sua condição de sujeito de direito com características próprias, dentre as quais não é possível afastar sua integridade, imagem, honra, liberdade, identidade, respeito e outros. Evidente que todos estes direitos da personalidade originam-se do direito à vida, que podemos dizer não ser apenas “essencial”, mas também primordial. É a partir da existência, da vida humana, que podemos analisar todos os outros aspectos dos direitos da personalidade, e com base em tal relevante fato que o presente trabalho visa demonstrar ser o nascituro detentor do direito à vida.

Afinal, se um ser humano tem vida, consequentemente terá todos os outros elementos ínsitos que esta vida lhe confere: direito a sua integridade física e mental, a sua honra, a sua intimidade, etc., chegando a personalidade do homem, inclusive, a apresentar um efeito ultra-ativo, isto é, ultrapassando seu período de vida – e esta é a base, e.g., dos direitos

231Fábio Maria de Mattia, Direitos da personalidade: aspectos gerais, *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 3, p. 40.

232Edson Ferreira da Silva, Direitos de personalidade – Os Direitos de Personalidade são inatos? *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 82, n. 694, ago 1993, p. 23.

ao sepultamento, à memória e à honra dos mortos.

Enfim, no tocante à terminologia, Jales de Alencar Araripe assinala haver diferenciação entre direitos personalíssimos e direitos da personalidade: “direitos da personalidade, ou direitos de personalidade – nunca direitos personalíssimos, para que se evite confusão com os *intuitu personæ*, da técnica dos direitos pessoais, ou seja, os exercitáveis apenas pelo titular.”²³³ Concordamos com o autor, uma vez que há diferenciação entre tais expressões; assim, por exemplo, é um direito personalíssimo o testamento, uma vez que somente a própria pessoa poderá exercê-lo (art. 1.858, Código Civil), ao passo que uma reparação ou proteção ao direito à honra, como direito da personalidade que é, poderá ser exercitado tanto pela pessoa que o detém, como também por seus sucessores, se já falecida for (parágrafo único do artigo 12, do Código Civil).

Ademais, ampla gama da doutrina, como Bittar, De Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antônio Chaves, Orozimbo Nonato, optam por “direitos da personalidade” que, se mais não fora, é a expressão adotada pelo vigente Código Civil, no Capítulo II do Título I (Das Pessoas Naturais) do Livro I (Das Pessoas) de sua Parte Geral, daí por nós ser utilizada.

3.2. Classificação

No tocante a estabelecer um rol dos direitos da personalidade, temos que cada autor apresenta o seu próprio, havendo grande similitude entre muitos destes. Assim, Pontes de Miranda²³⁴ elenca os direitos: à vida, à integridade física, à integridade psíquica, à liberdade, à verdade, à honra, à própria imagem, à igualdade, ao nome, ao pseudônimo, à firma comercial e à intimidade.

De seu turno, Bittar²³⁵ divide-os em a) físicos, como a vida, o corpo, a locomoção; b) psíquicos, como as liberdades (de expressão, de clero...), a intimidade, o segredo; c) morais, como o nome, a reputação, a dignidade.

Já Limongi França²³⁶ classifica-os em 1) direito à integridade física, subdividida em 1.1) à vida (abrangendo o direito à concepção e à descendência; ao nascimento; ao leite materno; ao planejamento familiar como limitação de filhos e esterilização; à proteção do menor; à alimentação; à habitação; à educação; ao trabalho; ao transporte adequado; à segurança física; ao aspecto físico da estética humana; à proteção médica e hospitalar; ao

²³³Jales de Alencar Araripe, *Direitos da personalidade: uma introdução*. In Direito civil constitucional. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. Cap. 7, p. 212.

²³⁴Pontes de Miranda, *Tratado...*, v. 7, cit., p. 8.

²³⁵Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 59.

²³⁶Limongi França, *Manual...*, cit., p. 411. V. tb. Diniz, *Curso...*, cit., 1996, p. 101.

meio ambiente ecológico; ao sossego; ao lazer; ao desenvolvimento vocacional profissional; ao desenvolvimento vocacional artístico; à liberdade; ao prolongamento artificial da vida; à reanimação; à velhice digna; relativos ao problema da eutanásia); 1.2) ao corpo vivo, próprio e alheio (compreendendo o exame médico, à transfusão de sangue, o transplante, entre outros); 1.3) ao corpo morto, próprio e alheio (cite-se o sepulcro, a cremação, à utilização científica, *et al*); e 1.4) sobre partes separadas do corpo, vivo e morto; 2) direito à integridade intelectual: 2.1) à liberdade de pensamento; 2.2) de autor científico; 2.3) artístico; 2.4) inventor; e 3) direito à integridade moral: 3.1) à liberdade civil, política e religiosa; 3.2) à honra; 3.3) à honorificiência; 3.4) ao recato; 3.5) ao segredo pessoal, doméstico, profissional; 3.6) à imagem; 3.7) à identidade pessoal, familiar e social.

Em verdade, não devemos nos ater a uma classificação precisa dos direitos da personalidade, nem engessá-los mediante inserção em rol normativo, uma vez que tal rol somente poderá ser exemplificativo, já que tais direitos são muito mais amplos, ilimitados pelo fato de serem inerentes ao próprio ser humano, que é igualmente ilimitado; mas também, porque não são estanques, sendo sempre possível verificar a superveniência de um “novo” direito. Na realidade, frente a fatores culturais, sociais, históricos, pela compreensão da importância ou extensão de um determinado valor, é que esse “novo” direito da personalidade é “descoberto”, ganhando enfoque jurídico. Em paralelo, podemos lembrar os ensinamentos de Norberto Bobbio que, tratando da busca do fundamento absoluto dos direitos do homem, lembra que estes não nascem todos de uma vez, mas sempre em decorrência do aumento do homem sobre o homem, frente ao progresso técnico, isto é, à capacidade do homem em dominar a natureza e seus semelhantes²³⁷.

Com efeito, a personalidade é um valor, e cada direito da personalidade se vincula a um valor fundamental. Um exemplo de um “novo” valor do ser humano que está sendo destacado com grande relevância em nossa sociedade contemporânea é o valor ecológico, em especial devido aos danos que o próprio ser humano causou ao planeta ao longo de toda a história, mas com maior intensidade a partir da idade moderna. A preservação das matas e o combate ao desmatamento, a camada de ozônio, o derretimento das calotas glaciais e o aquecimento global, o repúdio a todas as formas de poluição, são evidências sociais e culturais deste valor ecológico ou ambiental, o qual, aliás, já está consagrado em nosso ordenamento pátrio, no artigo 225 da Constituição Federal. Diante de tal valor ecológico,

²³⁷Norberto Bobbio, *A era dos direitos*, Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5-6.

pode-se afirmar que todo homem tem o direito, ínsito da personalidade, a um meio ambiente equilibrado. Alguém poderia cogitar tal valor há trinta anos? A negativa a esta indagação serve como base para a superveniência de novos direitos da personalidade.

Ressaltamos que, na presente obra, centralizaremos a discussão ao direito à vida, e este com especial atenção à pessoa do nascituro. Assim, não é necessária análise sobre elementos intrínsecos da personalidade, aqueles que compõem o psiquismo humano, atributos de sua inteligência ou sentimento, como os direitos à intimidade e à própria imagem. A análise manter-se-á no primeiro plano, no atributo corpóreo mais básico, que é o direito à vida, mas abrangendo-se, também, direitos conexos a este, como o direito à integridade física e psíquica o direito aos alimentos, que são dois extremamente relevantes para o desenvolvimento intra-uterino e preservação do feto, visando o próprio nascimento do ser humano.

3.3. Características

Tobeñas apresenta como características dos direitos da personalidade serem originários, ou inatos; subjetivos privados; absolutos e oponíveis *erga omnes*; extra-patrimoniais; intransmissíveis; irrenunciáveis e imprescritíveis²³⁸, o que mantém compasso com o restante da doutrina, a qual acrescenta serem também absolutos; vitalícios; indisponíveis; impenhoráveis²³⁹.

São originários ou inatos porque pertencem a toda e qualquer pessoa, e a maioria dos doutrinadores aponta que a aquisição ocorre simplesmente pelo nascimento, não exigindo-se qualquer outro requisito para sua existência, senão o existir do próprio homem. Porém, considerando a teoria concepcionista da qual compartilhamos, temos que a aquisição ocorre pela concepção, momento em que o homem passa a existir no mundo fático, ou seja, a concepção é um fato de importância jurídica, que produzirá como efeito os direitos da personalidade. Bittar afirma serem tais direitos estendidos ao nascituro, tão somente pela exegese do Código Civil²⁴⁰, mas não apresenta maiores detalhes quanto ao possível requisito do nascimento com vida.

Da característica de serem direitos subjetivos, já apontamos anteriormente que corresponde aos indivíduos como simples seres humanos, e também porque seus titulares

²³⁸Tobeñas, *Los derechos...*, cit., p. 23-24.

²³⁹Pontes de Miranda, *Tratado...*, v. 7, cit., p. 7, Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 11; Diniz, *Curso...*, cit., 1997, p. 100; Adriano de Cupis, *Os direitos da personalidade*, Lisboa, Livraria Moraes, 1961, p. 44; Edson Ferreira da Silva, *Direitos de personalidade...*, cit., p. 23; Fábio Maria de Mattia, *Direitos da personalidade...*, cit., p. 42.

²⁴⁰Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 13.

detêm poder de vontade, que implica no dever jurídico de respeito a todos, inclusive do Estado, logo, sua oponibilidade é *erga omnes*. Justamente por este dever que se depreende também serem absolutos, ou de exclusão.

Ainda que extra-patrimoniais, a ocorrência de uma lesão implicará o devido ressarcimento do dano. E a esta característica também se liga a intransmissibilidade, resultante da infungibilidade da pessoa e da irradiação de efeitos próprios. Com efeito, os direitos da personalidade estão fora do comércio, daí não poderem ser transmitidos, nem outorgados, não havendo sub-rogação pessoal. Contudo, alguns direitos têm conteúdo patrimonial, como o direito à imagem e a à voz, podendo ser compatíveis com um uso determinado, temporário, dentro de uma finalidade específica e devidamente regulada, com condições quanto ao uso, tempo e prazo²⁴¹.

Os direitos da personalidade são irrenunciáveis, porque têm ligação íntima com a personalidade e a eficácia irradiada por essa. Se não é possível dispor dos direitos da personalidade, quanto menos renunciá-los. A irrenunciabilidade, indisponibilidade e intransmissibilidade se relacionam: o titular dos direitos da personalidade apenas tem o direito de usá-los e gozá-los, pressupondo exclusividade.

Para Edson Ferreira da Silva, uma das características mais importantes dos direitos da personalidade é esta impossibilidade de transmissão, decorrência da própria natureza de tais direitos, que permanecem ligados em caráter definitivo à pessoa do respectivo titular. O autor lembra que, em Roma, o *pater familias* tinha o direito de dispor sobre a vida e a morte de sua esposa, filhos e escravos, mas não de vivenciar a vida destes²⁴².

No tocante à imprescritibilidade, mister o esclarecimento de que este atributo não deve confundir-se com a repercussão patrimonial do ofendido requerer indenização. Por exemplo, se o direito à honra de uma pessoa é afligido quando este tinha dezoito anos, e este nada faz à época ou nos três anos que se seguiram à ofensa, não é aceitável que requeira ressarcimento de âmbito moral com setenta e oito anos de idade, afinal, o direito não socorre aos que dormem, e tal garantia geraria insegurança jurídica. Mas a violação ao direito através da tomada de medidas que visem abster terceiro de denigrir a honra da pessoa, esta sim, é imprescritível. Outra forma de expressar tal característica é a vitaliciedade dos direitos da personalidade – durante toda a vida do indivíduo o acompanharão.

Nosso Código Civil positivou parte das características dos direitos da personalidade,

241Fábio Maria de Mattia, *Direitos da personalidade...*, cit., p. 43; Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 45, 88 e 96.

242Edson Ferreira da Silva, *Direitos de personalidade...*, cit., p. 26.

em seu artigo 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”, sendo que os demais são plenamente reconhecidos na doutrina e jurisprudência.

3.4. Vida como direito da personalidade

Previamente, apresentamos indagação de Edson Ferreira da Silva, quanto aos direitos da personalidade serem efetivamente direitos ou apenas aspectos biopsicossociais do homem, e, analisando seus argumentos, nos posicionamos no sentido de que tratam-se de verdadeiros direitos, um conjunto de prerrogativas das pessoas decorrentes de suas condições como sujeitos de direitos. Ainda, afirmamos que todos estes direitos originam-se do primordial direito à vida. Neste sub-tópico, daremos continuidade ao quanto já delineado, com um maior detalhamento acerca da vida como direito da personalidade, e como este aplica-se à pessoa do nascituro.

Partilhando o entendimento de que o direito à vida é primordial, Carlos Bittar esclarece que “dentre os direitos de ordem física, ocupa posição de primazia o direito à vida, como bem maior na esfera natural e também na jurídica, exatamente porque, em seu torno e como consequência de sua existência, todos os demais gravitam, respeitados, no entanto, aqueles que dele extrapolam”²⁴³.

No mesmo diapasão, Tobeñas destacava a importância do direito à vida: “Entre los derechos de la personalidad, llamados con mucha razón derechos esenciales, ninguno lo es tanto como el derecho a la vida, ya que ésta es el bien supremo del hombre, sin el cual no cabe la existencia y el disfrute de los demás bienes”²⁴⁴.

O homem é um ser individual, com auto-consciência e vontade, capaz de sentir, escolher e ter um relacionamento recíproco com outros seres pessoais e sociais. Como vimos, isto demonstra sua personalidade. Mas sua personalidade não poderia se manifestar não fosse o fato de estar vivo. Indubitavelmente, podemos afirmar que sem o elemento vida nenhuma outra característica, nenhum outro atributo do homem se manifestaria. Sendo os direitos da personalidade direitos essenciais do homem, inerentes de sua condição como ser humano, o direito à vida se coloca como o supremo, o mais relevante, o de maior importância. Como afirmam os autores retro citados, todos os demais direitos gravitarão ao redor do direito à

²⁴³Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 65.

²⁴⁴Tobeñas, *Los derechos...*, cit., p. 34: “Entre os direitos da personalidade, chamados com muita razão direitos essenciais, nenhum o é tanto como o direito à vida, já que este é o bem supremo do homem, sem o qual não cabe a existência e o desfrute dos demais bens” (Tradução livre).

vida, pois basta este para que o homem imediatamente adquira o direito à sua integridade física e psíquica, ao seu corpo, à sua imagem e, de acordo com o caminhar do tempo, a outros direitos como ao segredo, à honra, ao respeito. De forma pontual, afirma Daniel Coelho de Souza²⁴⁵: “digamos que a ordem jurídica me conferisse a condição de pessoa, me desse personalidade, mas não me desse o direito à vida. Aquela outorga nada valeria, porque a vida é um pré-direito, é uma pré-condição para o exercício de todos os direitos, mesmo porque a duração da pessoa coincide com a duração da vida”.

Este direito deve ser estendido a todos os homens, independentemente de sua condição, sexo, raça, cor, local de nascimento ou qualquer outro elemento discriminatório. Assim sendo, deve ser estendido também ao nascituro, que é pessoa humana desde o momento da concepção. Bittar afirma, neste tocante, que o direito à vida se manifesta desde a concepção, sob a condição do nascimento com vida²⁴⁶, mas ao retomarmos os argumentos elencados, quando abordamos as teorias acerca do início da vida, temos que os nascituros detêm direitos da personalidade simplesmente por serem pessoas, não estando estes direitos vinculados ao nascimento com vida. Logo, a vida como direito da personalidade também não pode jamais estar condicionada à liberação do nascituro do ventre materno, ou à capacidade de respirar por si só.

Parece-nos que muitos juristas se esquecem que nossa sociedade quer proteger o nascituro, e que têm a intenção de resguardar seu sadio e pleno desenvolvimento. Leis que resguardam o período gestacional podem ter a aparência de proteger a mulher, pois é ela que os olhos vêem. Mas, na realidade, o sujeito de maior proteção é aquele que está “escondido” no interior do corpo da mulher, aquele que está se desenvolvendo gradativa e continuamente no ventre daquela mulher, aquele que é o mais inocente e mais indefeso de todos os seres, aquele que virá a nascer – o nascituro.

Os homens, ao longo dos últimos anos, alcançaram feitos inimagináveis para seus antepassados. A conquista do satélite natural da Terra que era mera ficção científica para Júlio Verne e a cura de doenças tidas como incuráveis, como a tuberculose, demonstram como o gênio do homem não tem limites. Ora, já apontamos até mesmo a evolução da fecundação artificial, e como tais avanços médicos trouxeram novos questionamentos éticos e morais. Se o homem não cessa o desenvolvimento das ciências que o cercam, o direito também deve

²⁴⁵Daniel Coelho de Souza, Aspectos médico-legais dos direitos de personalidade. *Revista do Ministério Público*, Rio de Janeiro, n. 22, julho/dezembro 2005, p. 133.

²⁴⁶Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 65.

acompanhar as evoluções e as descobertas apresentadas por estas. Com a devida vênia, qualquer ranço no pensamento jurídico apenas distancia o jurista do restante da sociedade.

Ora, a insistência em posicionamentos retrógrados leva a incoerências e contradições. O mesmo Bittar que, como citado acima, afirma que o direito à vida liga-se à pessoa quando de seu nascimento, levando ao entendimento que o nascituro não o detém, afirma adiante que “no plano ordinário, o direito à vida encontra-se submetido a disciplinação explícita no âmbito penal”, através das tipificações dos delitos do Título I da Parte Especial do Código Penal. “Verifica-se, pois, que se não permite a interrupção da vida, seja de pessoa adulta, de recém-nascido, ou de nascituro” e também que “se reconhece personalidade ao nascituro, consagrando-se seu direito à vida, salvo em situações excepcionais agravantes da posição da mulher, de que se exclui a ilicitude”²⁴⁷.

Note-se que interpretando-se adequadamente o artigo 2º do Código Civil, e levando-se em consideração a dignidade da pessoa humana e os valores que regem nossa sociedade, presentes em nossa Constituição (artigos 1º, III e 5º, “caput”), não é possível afastar do nascituro o direito à vida. Frise-se, nem do nascituro, nem de qualquer outro ser humano, seja idoso (artigo 230, CF), nascituro, criança, adolescente (artigo 227, CF), ou portador de qualquer deficiência, física ou psíquica (artigos 203, IV e 227, § 1º, II, CF)²⁴⁸.

No tocante aos valores, Miguel Reale em seus estudos²⁴⁹ lembra que alguns autores defendem ser a vida um valor próprio, mas o mesmo contesta afirmando que “a vida como tal não é um valor primordial, mas sim pelo sentido que encerra ou pode encerrar, como condição de realização material de todos os valores. Todos os valores, em certo sentido, referem-se à vida, sendo ela veículo de estimativas”. Entende ainda que, se considerar-se a vida como valor, estaria esta mais interligada com um valor vida-útil, “pois o útil só o é na medida em que harmoniza com as exigências fundamentais da existência”.

Tal assertiva é acertada, pois estamos diante de uma progressão que o direito à vida está alcançando, em face da inserção do valor da dignidade da pessoa humana na qualidade de vida: não bastará a simples garantia à vida, mas a garantia à uma vida digna e útil. Com isso, a sociedade e o Estado devem buscar a dignidade da vida humana e também garanti-la plenamente, pois a vida, sendo um direito *excludendi alios*, é passível de exigir-se um comportamento negativo dos outros, e dentre estes comportamentos há o devido respeito.

247Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 67-68.

248Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 21.

249Reale, *Filosofia...*, cit. p. 239.

Nesse sentido, Antônio Chaves afirma que “o respeito à vida e aos direitos correlatos decorre de um dever absoluto por sua própria natureza, ao qual a ninguém é lícito desobedecer”²⁵⁰. Isto significa que o próprio titular do direito deve respeitar seu direito à vida. Independentemente de conceitos morais ou religiosos, temos que o suicídio ainda é visto como repulsivo pela sociedade, tanto que há tipificação do delito de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122 do Código Penal). Porém, muitos argumentam que a ausência de incriminação do próprio agente quando intenta o suicídio constituiria em um direito do mesmo à morte, mas este argumento é rechaçado pelo simples fundamento de que o direito à vida não é renunciável.

O indefeso nascituro jamais poderia renunciar seu direito à vida, pois no interior do útero materno está continuamente perseguindo o nascimento e a continuidade de sua existência. O maior obstáculo que pode encontrar será a própria mãe que, ao alegar possuir direito ao próprio corpo, tem o direito de “expulsá-lo” de seu interior – um eufemismo para a criminoso prática do aborto. Este conflito de direitos será melhor abordado no capítulo 4.4, mas desde já podemos afirmar ser fundamental, intocável e inalienável seu direito de nascer.

Trabalhando com o sentimento popular de que a morte é a melhor solução para os problemas advindos da criminalidade Tolkien desenvolveu em obra literária o seguinte questionamento: “Muitos que vivem merecem morrer. E alguns que morrem merecem viver. Você pode lhes dar a vida?”²⁵¹ A morte jamais pode ser tomada como solução de problema algum. Se o ser humano não tem a capacidade de devolver a vida a quem a perdeu injustamente, também não deve tirar daqueles que supostamente merecem a pena capital. Se um criminoso não merece a condenação morte, ainda mais um inocente, que não pode lhe ver tolhido o direito inafastável à vida. Logo, o nascituro não pode lhe ver obstado o direito de nascer.

Já o direito à vida digna, como mencionado, é perfeitamente aplicável ao nascituro e se dá, por exemplo, através de uma plena assistência médica, com cuidados neonatais assegurados pelo Estado a todos (artigo 196, CF), com a proteção e zelo dos pais através de uma maternidade e paternidade responsável e pelo planejamento familiar.

Nesse tocante, Pontes de Miranda afirmara: “Entre os direitos que se resguardam ao nascituro estão os direitos à integridade, física e psíquica, e à vida, pelos quais hão de zelar os

250Antônio Chaves, *Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”*. Direito ao cadáver e às partes do mesmo. In: Antônio Chaves, (Org.), *Estudos de direito civil*, São Paulo: RT, 1979, p. 146.

251J. R. R. Tolkien, *O senhor dos anéis*, São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 646.

pais ou o curador ao ventre (arts. 4º, 2ª parte, 458 e 462), e os outros direitos de personalidade”²⁵². Antes do nascimento, resguarda-se a vida, mas a lógica implica que só é possível guardar cuidadosamente e defender aquilo que já existe.

Este resguardo à vida como direito da pessoa humana acarreta na plena proteção dos direitos relacionados à vida, como a integridade física e psíquica do ser. O nascituro, para que venha a ter seu desenvolvimento completo e um nascimento sadio, deverá ter sua incolumidade preservada, com o mesmo respeito que seu direito à vida merece. Abordaremos, a seguir, com maior detalhamento, estes direitos ligados à vida.

3.5. Direitos conexos à vida

Entre os direitos conexos à vida destacamos o direito à integridade física e psíquica e o direito a alimentos. A seguir, abordaremos no primeiro sub-tópico alguns exemplos de lesões ao nascituro, decorrentes da afronta ao seu direito da personalidade à integridade, e citaremos alguns julgados e casos práticos. No segundo sub-tópico, trataremos do direito aos alimentos gravíticos, indispensáveis ao pleno e sadio desenvolvimento do nascituro, e que desde 5 de novembro de 2.008 estão regulados pela Lei nº 11.804. Esclarecemos, outrossim, que direitos exclusivamente patrimoniais, como direitos sucessórias e doações ao nascituro, foram abordados quando do estudo comparativo entre o ordenamento jurídico brasileiro e as legislações estrangeiras, ao longo do tópico 2.4.

3.5.1. Direito à integridade física e psíquica

O direito à integridade física e psíquica protege a incolumidade do corpo e da mente, na manutenção da higidez física e a lucidez do ser, e como lembra Bittar, ultrapassa as barreiras fisiológicas para alcançar tanto o nascituro como o cadáver²⁵³. O bem jurídico tutelado é a incolumidade física e intelectual, fundado na máxima *neminem laedere*.

Pontes de Miranda afirmava que “pode ofender-se a esse [integridade física] antes de se ofender àquele [vida] e ainda que a ofensa não seja de natureza a se poder tornar ofensa ao direito à vida”²⁵⁴.

E como lembra Maria Helena Diniz, “na vida intra-uterina, até mesmo em caso de fertilização assistida *in vitro*, dever-se-á ter o mais absoluto respeito pela vida e integridade física e mental (CC, art. 949) dos embriões pré-implantatários ou dos nascituros, sendo

²⁵²Pontes de Miranda, *Tratado...*, v. 7, cit., p. 10. A correlação dos artigos mencionados no vigente Código Civil são: 2º, 2ª parte, 1.778 e 1.779.

²⁵³Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 70.

²⁵⁴Pontes de Miranda, *Tratado...*, v.7, cit., p. 20.

suscetível de indenização por dano moral qualquer lesão que venham a sofrer, como deformações, traumatismos, toxiinfecções, intoxicações, etc”²⁵⁵.

Nesse sentido, como destaca Maria Helena Diniz, o direito à integridade física do nascituro pode estar presente em decorrência de diversos casos, como por exemplo²⁵⁶:

- pelo fumo, pois se a grávida for fumante inveterada a nicotina e o monóxido de carbono poderão atingir os pulmões da criança, causando malformações congênicas e até o nascimento prematuro;
- por tóxicos consumidos pelos pais, que também poderão afetar seu desenvolvimento psíquico (instintos, sensibilidade), intelectual (percepção, memória) e físico (perturbações motoras). Antônio G. Moreira Pinto e outros²⁵⁷ discutem caso prático em que gestante usuária de *crack* teve quadro clínico que evoluiu para óbito materno e fetal, uma vez que o uso de tal droga “durante a gestação vem associado com complicações neurológicas graves, como convulsões, síncope, hemorragias parenquimatosas e subaracnóideas, acidentes vasculares isquêmicos”, porém, há de se ressaltar que, no caso trazido em tela, durante o atendimento de pronto-socorro, houve falha de diagnóstico inicial correto, agravando as condições cardiocirculatórias;
- de medicação inadequada ministrada à gestante, dos quais destaca a talidomida, remédio contra ansiedade, tensão e náuseas, que provoca graves deformações no nascituro;
- na transmissão de doenças como AIDS e sífilis, pelos pais, através da concepção;
- pela transfusão de sangue contaminado no feto ou mesmo por dano decorrente da recusa na transfusão por motivo de crença religiosa dos pais; pela radiação, que pode lesionar o feto acarretando hidrocefalia, mongolismo, defeitos de ossificação;
- no diagnóstico pré-natal, uma vez que testes e exames clínicos possibilitam o acompanhamento do desenvolvimento do nascituro, possibilitando prever e até corrigir defeitos de formação antes do nascimento. Em trabalho conjunto, Victor Bunduki e outros afirmam que “juntamente com as malformações urinárias, as anomalias do sistema nervoso central e dorsal são as mais frequentes em diagnóstico pré-natal” mediante ultrassonografia²⁵⁸, ao passo que Simone R. F. Fontes Pedra e outros, no estudo das anomalias

255Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 112.

256Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 112-120.

257Antônio Guilherme Moreira Porto et al, Drogas ilícitas na gravidez – Óbito materno e fetal devido ao uso de “crack”, *Ginecologia obstetrícia atual*, ano IV, n. 4, abril 1995, p. 21-27.

258Victor Bunduki et al, O diagnóstico pré-natal das malformações do sistema nervoso central, *Revista de ginecologia & obstetrícia*, v. 7, ano 7, n. 3, set. 1996, p.159-163.

cardíacas fetais, lembram que “o ecocardiograma fetal é o maior instrumento de trabalho do cardiologista fetal”, realizado com aparelhos de ultra-som de alta resolução, e que “por ser um exame não invasivo, não apresenta riscos ou contra-indicações e sua repetição pode ser necessária ao longo da gestação”²⁵⁹. Exames como a amnioscopia, que é a obtenção de amostra de pele ou de sangue fetal por aspiração placentária para verificar se houve ruptura da bolsa, morte fetal ou se se configurou a mola hidatiforme, podendo acarretar em hemorragia, infecção fetal e desencadeamento do trabalho de parto, ou a fetoscopia, para diagnosticar doença ou desordem metabólica, devem ser implementados em casos de extrema relevância e urgência, por profissionais amplamente habilitados, tendo em visto o altíssimo risco à lesão à integridade física e à vida do nascituro e sua mãe;

– pela recusa da gestante em submeter-se à cirurgia necessária para a preservação da saúde ou vida do nascituro. Nelson Lourenço Maia Filho e Lenir Mathias ponderam²⁶⁰: “o período gestacional, em geral e felizmente, não é acompanhado de intercorrências que obriguem o médico a realizar intervenções cirúrgicas, que certamente aumentariam os índices de morbiletalidade materno e fetal. No entanto, em algumas oportunidades, as indicações não podem ou não devem ser adiadas e, nesses casos, impõe-se a conduta ativa. Deve-se partir para a conduta cirúrgica somente quando o tratamento clínico se torna insuficiente, passando a ser de extrema necessidade a exposição da grávida ao ato cirúrgico. Sempre que se pensar nessa proposição, deve-se avaliar a relação custo/benefício materno e fetal antes de intervir”. Didaticamente, dividem as cirurgias em não-ginecológicas, como as que tratam moléstias cardiovasculares, no aparelho urinário (cálculos), no aparelho gastrointestinal (colelitíase, apendicite, hemorróidas), no abdome agudo, e o hipertireoidismo; cirurgias ginecológicas, como as que afetam a genitália externa da gestante (septos, estenoses, bartolinite aguda), seu útero (torção uterina, miomas e pólipos), os cistos e tumores de ovários; e cirurgias oncológicas, associadas a carcinoma no colo uterino, tumores malignos de ovário e das mamas.

Jan Langman segue o mesmo entendimento dos autores mencionados, mas chama de fatores ambientais os etiológicos na má-formação de embriões humanos, os quais classifica em: agentes infecciosos (rubéola ou sarampo; gripe asiática; infecções virais; toxoplasmose;

259Simone Rolim Fernandes Fontes Pedra *et al*, Anomalias cardíacas fetais, *Revista brasileira de medicina – Ginecologia e obstetrícia*, vol. VII, n. 4, ago. 1996, p. 169-178.

260Nelson Lourenço Maia Filho e Lenir Mathias, Intervenções cirúrgicas na gravidez, *Ginecologia obstetrícia atual*, ano IV, n. 11/12, nov/dez 95, p. 75-78.

sífilis); radiação; agentes químicos (drogas como a talidomida); hormônios (como *progestógenos*, a cortisona, o diabetes materno); anticorpos; deficiências nutritivas e a hipoxia²⁶¹.

Com efeito, se um nascituro adquirir microcefalia, defeitos do crânio, *spina bifida*, cegueira, fenda palatina ou defeitos dos membros em decorrência do efeito teratogênico dos raios-X, inadvertidamente sofreu lesões à sua integridade física. O mesmo se diga em decorrência de qualquer outro dano ilícito, como o resultante de atropelamento da gestante que acarrete seu nascimento com morte. Indaga-se: não é ínsito seu direito à reparação? E mais, em face do seu direito à uma vida digna, que engloba um desenvolvimento intra-uterino sadio e incólume, não é dever do Estado resguardá-lo para que não venha a sofrer tais danos?

A jurisprudência, todavia, divide-se quanto a tal possibilidade. Sérgio Semião aponta apenas julgados desfavoráveis às indenizações por lesões ao direito à vida do nascituro²⁶², dentre os quais destacamos:

“Seguro obrigatório. Atropelamento de mulher grávida que vem a falecer. Abortamento em razão do acidente. Indenização relativa ao nascituro. Improcedência. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida. Não se considera o feto pessoa transportada, pelo que a circunstância de a mulher grávida atropelada ter abortado em razão do acidente de trânsito, não importa obrigação da seguradora de pagar a indenização correspondente ao feto abortado, mas tão-só a indenização pela morte da mãe” (Ex-1º TAC/SP, 3ª Câmara, j. 19.05.1982, RT 563/129).

Com efeito, este era o entendimento pacífico do extinto Primeiro Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, uma vez que duas décadas depois encontrava-se decisão no mesmo diapasão:

“Seguro obrigatório – Cobertura – Pretensão de recebimento pela perda de filho em formação – Inadmissibilidade – Hipótese em que o nascituro somente adquire personalidade jurídica com o nascimento com vida – Impossibilidade de indenização, em razão de perda do filho em formação – Sentença confirmada – Recurso improvido. Declaração de voto.” (Ex-1º TAC/SP, 9ª Câmara de Férias de jan/2004, Rel. Grava Brazil, j. 10.02.2004, maioria de votos)

O fundamento do voto do Relator, ainda que reconhecesse a proteção aos direitos da personalidade como vida e integridade física, não se afasta da vertente natalista: “Acontece que o seguro obrigatório indeniza danos pessoais decorrentes de acidente de veículos, em caso, p.e., de morte, invalidez permanente etc (Lei n. 6.194, de 19.12.1974), todavia, ainda que o nascituro tenha resguardado a proteção dos direitos fundamentais, como o direito à vida ou à integridade física, se o ato de nascimento com vida não se operou e se não houve vida

261Jan Langman, *Embriologia médica: desenvolvimento humano normal e anormal*. São Paulo: Atheneu Editora, 1968, p. 77-82

262Semião, *Os direitos...*, cit., p. 123-131.

fora do útero materno, a indenização securitária, DPVAT, não é devida”.

Porém, referido julgado contou com o voto vencido do juiz Virgílio de Oliveira Junior, que apresentou fundamentação similar por nós defendida, e que merece destaque:

“Utilizando-se a expressão ‘pessoa humana’ estaria o legislador civil em total sintonia com o inciso III do art. 1º da Constituição Federal que, dentre outros princípios, consagra o da ‘dignidade da pessoa humana’. (...) A dignidade está em vencer a barreira do conceito de que o nascituro não é pessoa. (...) Hoje, apesar de a regra do art. 2º do atual Código Civil vir insculpida com intenso grau de similitude com aquela outra, já não tem a mesma força jurídica para que seja mantido o entendimento de que o nascituro, porque não nasceu ainda, não é sujeito de direitos e obrigações. (...) Havendo a possibilidade de compensação entre si de tais verbas, não se pode criar impedimento ao pedido concernente ao seguro obrigatório, pois o nascituro é pessoa humana e precisa, de acordo com o texto constitucional, ter a sua dignidade humana preservada”.

Buscamos demonstrar, assim, que é possível encontrar arestos que priorizam a vida e a integridade física do nascituro. Ainda no tocante à indenização por acidente de trânsito, apesar do pleito indenizatório reverter para a genitora do natimorto, destacamos a ementa:

“ACIDENTE DE TRÂNSITO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. Induvidosos sofrimentos, angústia e tensão, por longos oito meses, diante gravidez com possível prejuízo da vida e/ou integridade física do nascituro, há dano moral indenizável.” (TJRS, 2ª Câ. Cív., Apelação cível nº 194026779, Rel. Geraldo César Fregapani, j. 17.11.1994)

No tocante à indenização por danos materiais e morais por erro médico durante prática cirúrgica envolvendo nascituro, destacamos a seguinte ementa:

“Ação de indenização por danos materiais e morais em razão de seqüelas que ocasionaram danos físicos no nascituro, durante o procedimento de parto. Imprudência, negligência e imperícia do médico e do hospital demonstradas por falta de atendimento e procedimento adequados para evitar a lesão. Responsabilidade por danos materiais e morais por erro médico, com seqüelas irreversíveis. Cabimento. Apelo provido para dar pela procedência parcial da ação.” (TJSP, 10ª Câ. Direito Privado, Apelação Cível com revisão nº 147.460-4/6-00, Relator Desembargador Testa Marchi, j. 04.10.2005, v.u.)

A decisão supra apontou a negligência e imperícia do médico que realizou parto por fórceps quando o quadro clínico indicava cesariana, implicando em danos sofridos pelo nascituro – como tais danos ocorreram justamente durante o parto, evidente que a criança ainda não tinha nascido. No caso em tela, em decorrência dos danos físicos, o Tribunal condenou o hospital e o médico, solidariamente, a indenizar o menor na quantia de trezentos salários mínimos, e cem para cada um dos pais, a título de danos morais, levando-se em conta as consequências danosas permanentes do ato, sem olvidar na prestação de alimentos pelos danos materiais. Da fundamentação propalada pelo julgado, vale mencionar “em face das condições da paciente e do nascituro, o acompanhamento da dinâmica da parturição exigia tomada de posição em face dos fatos surgidos, cabendo ao hospital e ao profissional médico

tomar todas as medidas a seus alcances no sentido de atingir o objetivo maior, no caso o nascimento de um bebê saudável, apto à vida”.

Assim, o desenvolvimento contínuo, gradual, coordenado do nascituro, tanto ao longo da gestação, como no momento de seu nascimento através do parto, deverá ser sempre resguardado.

Mas há de ser destacado, por fim, ponderação de Antônio Chaves²⁶³, de ser possível o lesionamento no sentido de finalidade curativa decorrente da operação, desde que não contrária aos bons costumes, lei ou ordem pública. Não podendo o nascituro expressar sua vontade, quem deverá fazê-lo será seus progenitores ou o curador ao ventre.

Ressalte-se, outrossim, que o direito à incolumidade do nascituro não se restringe a sua vertente física, mas abrange também a psíquica. Bittar lembra que o direito à integridade da mente “se destina a preservar o conjunto pensante da estrutura humana. Assim, na dualidade de que se compõe o ser humano, esse direito protege os elementos integrantes do psiquismo humano (aspecto interior da pessoa)”²⁶⁴, sempre em função do princípio da dignidade do ser.

Ao final do tópico 2.3.3., destacamos que o nascituro possui certo grau de compreensão do ambiente extra-uterino, e que estudos etológicos demonstram que comportamentos e movimentos do nascituro ao longo do período gestacional acabam por se repetir ao longo dos primeiros anos de infância. Os médicos Newberger, Barkan e Lieberman afirmam que uma agressão física ou sexual contra uma gestante poderá ocasionar, além de danos físicos como rompimento da placenta, fraturas no feto, ruptura uterina, de fígado ou baço, fraturas pélvicas e hemorragia, também um *stress* e ansiedade emocional no nascituro, comprometendo seu desenvolvimento e possibilitando complicações no parto²⁶⁵.

Outros exemplos de respeito à sua integridade psíquica é o de não poder ser usado para fins lucrativos, uma vez que, sendo ser humano, seu corpo não poderá ser objeto de ato negocial, e o de não sofrer imputação de bastardia. Entendemos que, se tais fatos ocorrerem, o mesmo terá direito à indenização por ofensa a sua honra.

Destaque-se, também, que o nascituro tem resguardado seu direito à imagem, também decorrente de sua integridade psíquica, uma vez que poderá ser captado nos exames

263Antônio Chaves, *Estudos...*, cit., p. 153.

264Bittar, *Os direitos...*, cit., p. 111.

265E. H. Newberger, et al, Abuso em mulheres grávidas e resultado desfavorável no parto – conhecimento geral e implicações para prática (Trad. Alana Crashley), *JAMA – Jornal Americano de ginecologia e obstetrícia*, v. 2, n. 7, ago. 94, p. 1018-1024.

de ultra-sonografia e radiografias. Se sua imagem captada for publicada sem autorização de seus pais ou do curador ao ventre, terá direito de pedir indenização.

Salientamos, ainda, o cabimento de indenização por danos morais ao nascituro nas ações de responsabilidade civil em que discute-se o falecimento do progenitor antes do advento de seu nascimento, seja por acidente de trabalho, seja por homicídio ou qualquer outro ato ilícito, uma vez que a ausência do pai implicará em sentimento de desabono, tristeza e abalo à sua integridade psíquica ao longo do resto da vida. É o que igualmente sustenta Yussef Cahali “E também ao nascituro se assegura o direito de indenização dos danos morais decorrentes do homicídio de que foi vítima seu genitor. É desimportante o fato de ter nascido apenas após o falecimento do pai. Mesmo que não o tenha conhecido, por certo, terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai”²⁶⁶.

Tal entendimento é compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça, e citamos por relevante o julgamento do Recurso Especial nº 931.556 – RS, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, j. 17.06.08, que assim asseverou: “se fosse possível alguma mensuração do sofrimento decorrente da ausência de um pai, arriscaria dizer que a dor do nascituro poderia ser considerada ainda maior do que aquela suportada por seus irmãos, já vivos quando do falecimento do genitor. Afinal, maior do que a agonia de perder um pai, é a angústia de jamais ter podido conhecê-lo, de nunca ter recebido nele um gesto de carinho, enfim, de ser privado de qualquer lembrança ou contato, por mais remoto que seja, com aquele que lhe proporcionou a vida”.

3.5.2. *Direito a alimentos*

Para o pleno e sadio desenvolvimento gestacional, assegurando seu direito fundamental à vida, pode o nascituro necessitar de alimentos.

Sendo os alimentos prestações para a satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las, ensina Yussef Said Cahali que “a característica fundamental do direito de alimentos é representada pelo fato de tratar-se de direito personalíssimo”²⁶⁷, com fundamento no princípio da solidariedade familiar, em razão do parentesco entre alimentante e alimentado.

Entre seus pressupostos essenciais temos, portanto, a existência de um vínculo entre alimentante e alimentado, o binômio da necessidade deste e da possibilidade econômica daquele, e a proporcionalidade de sua fixação.

²⁶⁶Yussef Said Cahali, *Dano moral*, 2.ed., São Paulo: RT, p. 162.

²⁶⁷Yussef Said Cahali, *Dos alimentos*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 49

O nascituro, para ver resguardado seu direito à vida, com a devida manutenção e sobrevivência, pode necessitar de alimentos civis. Sim, pois incluem-se nos alimentos a adequada assistência médico-cirúrgica pré-natal, eventuais cirurgias que venham a ser realizadas, as despesas com o parto, entre outras que se façam necessárias. Perante a existência de tais despesas antes do nascimento que, tecnicamente, se destinam a sua proteção, é que Pontes de Miranda entendia cabível a titularidade do nascituro para o pleito²⁶⁸.

Em face da divergência quanto ao início da personalidade do ser humano, sempre houve os que sustentavam a impossibilidade de prestação de alimentos ao mesmo, porque ainda não nascido. Todavia, mesmo adeptos da corrente natalista como Caio Mário da Silva Pereira em momentos de lucidez ponderavam: “Se a lei põe a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, é de se considerar que o seu principal direito consiste no “direito à própria vida” e esta seria comprometida se à mãe necessitada fossem recusados os recursos primários à sobrevivência do ente em formação em seu ventre”²⁶⁹.

Benedita Lopes afirma que “quando o nascituro foi concebido na constância do casamento, inclusive por inseminação artificial homóloga ou por fertilização “in vitro”, basta a prova da gravidez e do parentesco para a propositura da ação de alimentos”²⁷⁰, tendo em vista a presunção de filiação do artigo 1.597 do Código Civil. Evidentemente, os prazos dos incisos I e II de referido artigo deverão ser observados, isto é, nascidos até cento e oitenta dias após o termo “a quo” do início da convivência conjugal, e nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal (CC, artigo 1.571). Apontamos duas problematizações quanto a tais presunções. A primeira decorre da situação em que o casal já mantém relações conjugais antes da constância do casamento, e a gravidez ocorrer durante esse período pré-nupcial – a criança consequentemente nascerá antes dos cento e oitenta dias. A segunda é que o próprio Código Civil permite que uma pessoa apenas separada de fato estabeleça união estável (artigo 1.573, § 1º), logo, uma mulher poderá engravidar de seu companheiro, mas como a sociedade conjugal ainda não se dissolveu – o que só ocorreria mediante nulidade ou anulação do casamento, morte, separação judicial ou divórcio –, seria seu marido, com quem não mais convive, o presumido pai.

Assim, nos casos em que o nascituro não for reconhecido, deverá a mãe ou o curador ao ventre pleitear ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, podendo

268Pontes de Miranda, *Tratado...*, v.9, cit., p. 215. Cf. tb. Benedita Inês Lopes Chaves, *A tutela...*, cit., p. 94.

269Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de direito civil*, v.5: Direito de Família, 15. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 517.

270Lopes Chaves, *A tutela...*, cit., p. 94.

solicitar-se alimentos provisórios, a serem fixados desde o despacho da petição inicial.

A jurisprudência do Estado do Rio Grande do Sul sempre apresentou pacífico entendimento quanto à possibilidade de fixação de alimentos em favor de ex-companheira e do nascituro. À guisa de ilustração, no Agravo de Instrumento nº 70017520479, da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, julgamento de 18.03.2007, com relatoria do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, proferiu-se por unanimidade a seguinte decisão:

“UNIÃO ESTÁVEL. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. EX-COMPANHEIRA E NASCITURO. PROVA. 1. Evidenciada a união estável, a possibilidade econômica do alimentante e a necessidade da ex-companheira, que se encontra desempregada e grávida, é cabível a fixação de alimentos provisórios em favor dela e do nascituro, presumindo-se seja este filho das partes. 2. Os alimentos poderão ser revistos a qualquer tempo, durante o tramitar da ação, seja para reduzir ou majorar, seja até para exonerar o alimentante, bastando que novos elementos de convicção venham aos autos. Recurso provido em parte.”

A decisão entendeu que, em face do reconhecimento da existência da união estável, devidos os alimentos decorrentes do companheirismo (artigo 1.694 do Código Civil), e que “a recorrente necessita dos alimentos não apenas para prover o próprio sustento como também para os gastos próprios da gestação, ao parto e sustento do filho – que, friso, presume-se do casal”, demonstrando a legitimação do nascituro para a demanda, pois algumas das despesas são próprias para seu próprio bem-estar e sobrevivência.

Ainda para demonstrar que a jurisprudência possibilitava a prestação de alimentos ao nascituro, a decisão monocrática do Desembargador José S. Trindade no agravo de instrumento nº 70021002514, da 8ª Câmara Cível do TJRS, julgamento de 15.10.2007:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS. NASCITURO. CABIMENTO. PRELIMINAR. A decisão que fixa os alimentos provisórios em prol do nascituro, sem por fim a demanda, desafia agravo de instrumento e não apelação. O agravante não nega o relacionamento amoroso mantido com a representante do nascituro, tampouco que tenha mantido relação sexual com ela à época da concepção. Alegação de dúvida sobre a paternidade não infirma o disposto no art. 2º do CC quanto à proteção aos direitos do nascituro. Precedentes. Preliminar rejeitada. Recurso desprovido.”

Referida decisão reconhece que o artigo 2º do Código Civil protege os direitos do nascituro, dentre os quais a vida, a filiação, a integridade física e aos alimentos, os quais devem sobrepor-se às dúvidas do recorrente quanto à paternidade. Em suma, havendo indícios da paternidade, não negados contatos sexuais à época da concepção, impõe-se a manutenção dos alimentos tanto à mãe como também ao nascituro, para suprir suas necessidades²⁷¹. E em

²⁷¹Outras decisões análogas, atribuindo legitimidade *ad causam* ao nascituro, representado pela mãe gestante, para propor ação de investigação de paternidade c/c alimentos: Agravo de Instrumento nº 70018406652, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Maria Berenice Dias, j. 11.04.2007; Agravo de

ambos os casos afasta-se a necessidade de realização de DNA para a concessão dos alimentos, uma vez que “o direito a alimentos, intimamente ligado com a sobrevivência, não pode ser relegado ao momento em que seja levado a efeito o exame genético”.

Ocorre que, como bem salientou a desembargadora Maria Berenice Dias, “ainda que inquestionável a responsabilidade parental desde a concepção, o silêncio do legislador sempre gerou dificuldade para a concessão de alimentos ao nascituro”²⁷². Visando suprir tal lacuna, o ex-senador Rodolpho Tourinho apresentou o Projeto de Lei nº 7.376/06, visando positivar a possibilidade da gestante requerer alimentos, para gastos de assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto e medicamentos.

E, em 5 de novembro de 2.008, foi sancionada a Lei nº 11.804, que regula os chamados alimentos gravídicos, a serem garantidos desde a concepção, impondo-se a responsabilidade alimentar com efeito retroativo a partir do momento em que são assegurados direitos ao nascituro. Eudes Quintino de Oliveira Júnior pondera que “a lei vem revestida da mais pura boa-fé e com a intenção de proporcionar à mãe, que também oferecerá sua cota de participação, valores suficientes para cobrir as despesas decorrentes da gravidez. O objetivo é atingir um nascimento com dignidade à criança. Trata-se de uma procriação responsável, com o comprometimento integrado e solidário dos genitores, numa verdadeira guarda compartilhada intra-uterina”²⁷³. Reflete-se na lei, portanto, o valor da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico. No mesmo sentido, Maria Berenice Dias entende tratarem-se de “alimentos para a vida”²⁷⁴, expressão de ditames constitucionais como o direito à vida (art. 5º, CF) e o dever da família assegurar aos filhos a vida, a saúde, a alimentação (art. 227, CF).

Douglas Phillips Freitas entende que sua natureza jurídica agrega elementos da pensão alimentícia e da responsabilidade civil, “da primeira, se apropria da primazia de tutela em relação a outras obrigações, enquanto da segunda, a novel lei se vale das regras de integral reparação patrimonial”²⁷⁵.

Instrumento nº 70017606823, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Ricardo Raupp Ruschel, j. 11.04.2007; Apelação Cível nº 193648-1, 1ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de SP, j. 14.09.93; RJTJRS 104/418.

272 Maria Berenice Dias, Alimentos gravídicos? *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1853, 28 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>>. Acesso em: 28 julho 2008.

273 Eudes Quintino de Oliveira Júnior, Alimentos gravídicos, *Migalhas*, 13 nov. 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=73502>. Acesso em: 13 novembro 2008.

274 Maria Berenice Dias, Alimentos para a vida, *Migalhas*, 13 nov. 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=73500>. Acesso em: 13 novembro 2008.

275 Douglas Phillips Freitas, Alimentos gravídicos e a Lei n. 11.804/08 – Primeiros reflexos, *Migalhas*, 13 nov. 2008. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=73503>. Acesso

Por fim, merece louvor os vetos a certos artigos do Projeto, por contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade. O indigitado artigo 10 previa a possibilidade de responsabilização da genitora por danos materiais e morais nos próprios autos em que requereria os alimentos, na hipótese do exame de DNA no suposto pai apresentasse resultado negativo. Evidente era inconstitucionalidade de tal disposição, por ofensa ao princípio do livre acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, CF). Ademais, frente à omissão que apresentava o artigo vetado, também poderia ser aplicada na hipótese de averiguação oficiosa de paternidade prevista na Lei nº 8.560/92. Dita tal lei que, onde em registro de nascimento, apenas com maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do assento, contendo a identificação do suposto pai para que este seja notificado a se manifestar sobre a paternidade que lhe é atribuída e, no caso de não atendimento da notificação judicial ou negando-a, os autos são encaminhados ao representante do Ministério Público – nas comarcas em que ainda não esteja plenamente estabelecida a Defensoria Pública²⁷⁶ – para que intente, havendo elementos suficientes, a investigatória de paternidade.

Ora, a Magna Carta não estabeleceu uma prioridade absoluta para crianças e adolescentes? E não havendo dúvida de que os genitores têm importância para a vida de sua prole, não é interesse do menor ter o conhecimento de quem é seu progenitor? Por certo que sim, motivo pelo qual uma eventual condenação da genitora ao suposto pai, em ação de alimentos ao nascituro, demonstrava completo desfocamento do verdadeiro legitimado e interessado tanto dos alimentos como do reconhecimento da paternidade: o nascituro.

Outros pontos desfavoráveis do projeto que foram vetados referem-se a aspectos processuais, como a que fixava como competente para a ação o foro do domicílio do réu, contrariando o artigo 100, II, do Código de Processo Civil, expresso ao conceder foro privilegiado o domicílio do alimentando.

Ainda, previa o projeto que, caso o réu viesse a se opor à paternidade, os alimentos estariam condicionados ao exame pericial, o que evidentemente colocaria em risco a integridade física do nascituro, devido a uma eventual coleta do líquido amniótico. A imposição vetada caminhava em descompasso à jurisprudência que se consolidava acerca da matéria, além de ser evidentemente inconstitucional uma vez que ninguém, nem mesmo o nascituro, pode ser submetido a tratamento desumano, degradante, ou que lhe coloque em

em: 13 novembro 2008.

276Conforme decisão do STF no julgamento do Recurso Extraordinário nº 248.869-1 – SP, Rel. Ministro Mauricio Corrêa, pleno, maioria de votos, j. 07.08.2003, p. D.J. 12.03.2004.

risco sua integridade e vida.

Vetou-se, por fim, a disposição que estabelecia o termo inicial dos alimentos a partir da citação, com o fundamento de que “determinar que os alimentos gravídicos sejam devidos a partir da citação do réu é condená-lo, desde já, à não-existência, uma vez que a demora pode ser causada pelo próprio réu, por meio de manobras que visam impedir o ato citatório”. Se mais não fora, lembramos que o artigo 4º da Lei nº 5.478/68 já determinava que os provisórios fossem fixados pelo juiz ao despachar a inicial, os quais deverão retroagir até o momento da concepção, a fim de justificar a integral proteção ao menor.

4. DIREITO À VIDA

A palavra *vida* é proveniente do latim *vita*, e significa “força interna substancial que anima ou dá ação própria aos seres organizados, revelando o estado de atividade dos mesmos”, sendo que, no sentido jurídico, vida civil é “a soma de atividades que possam ser exercidas pela pessoa, consoante preceitos e princípios, que se instituem nas leis vigentes. Nesta vida civil tem a pessoa a faculdade de fruir todas as vantagens e prerrogativas que lhe são atribuídas como cidadão e como ser humano”²⁷⁷.

Como direito inerente ao ser humano, decorrente do valor da dignidade da pessoa humana, o direito à vida é explicitamente previsto em nosso ordenamento, tanto na esfera constitucional, como na infra-legal.

Expusemos nos capítulos antecessores nosso entendimento do nascituro ser pessoa humana em seu sentido mais amplo e, como tal, detentor de personalidade integral. Adotando a teoria concepcionista como a mais harmônica ao nosso sistema jurídico, pudemos também verificar que o nascituro detém direitos da personalidade à ele inerentes, e abordamos a vida como direito da personalidade, e seus conexos, integridade física e psíquica e alimentos.

A seguir, exporemos a presença do valor da dignidade humana e de seu expoente, o direito à vida, na Magna Carta brasileira, em tratados de direito internacional que se vinculam ao direito pátrio, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Penal, demonstrando que o direito brasileiro é coerente na proteção ao nascituro, especificamente em sua proteção e resguardo ao desenvolvimento sadio, visando o nascimento e a vida.

4.1. A vida como direito e garantia fundamental na Constituição Federal e a ADI nº 3510-0 – DF.

Canotilho²⁷⁸ lembra que, com o movimento constitucional, já no início do século XIX, buscou-se o conceito ideal de constituição²⁷⁹, a qual deveria abranger os seguintes elementos: (a) deveria consagrar um sistema de garantias da liberdade, isto é, reconhecimento de direitos individuais e participação dos cidadãos nos atos do poder legislativo; (b) deveria conter o princípio da divisão de poderes; (c) deveria ser escrita. Nossa vigente Magna Carta

²⁷⁷De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, p. 491.

²⁷⁸Canotilho, *Direito constitucional*, 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 62-63.

²⁷⁹José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, 29. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 37-38, assim conceitua constituição: “um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias”. Pela amplitude de referida conceituação, é a que adotamos no presente trabalho.

adota os três elementos retro mencionados.

É em seu artigo 5º que a Constituição Federal vigente dispõe sobre os direitos e deveres individuais e coletivos, espécie do gênero direitos e garantias fundamentais. Como ensina Pedro Lenza, a diferenciação entre direitos e garantias é que aqueles “são bens e vantagens prescritos na norma constitucional” ao passo que estas são “os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados”.²⁸⁰

Assim, por exemplo, quando se afirma no inciso X do artigo 5º a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (direitos da personalidade), estamos diante de direitos fundamentais, ao passo que quando o inciso, ao dispor que o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação resta assegurado, denota uma garantia fundamental²⁸¹. Remédios constitucionais como o mandado de segurança ou o *habeas corpus* são espécies do gênero garantia.

Ingo Wolfgang Sarlet aponta uma diferenciação entre as expressões direitos fundamentais e direitos humanos:

“Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).”²⁸²

Em sentido análogo, Canotilho diferencia direitos do homem de direitos fundamentais, sendo aqueles os “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista)” ao passo que estes “são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”²⁸³. Tendo em vista as classificações supra apontadas, temos que o presente tópico trata efetivamente dos direitos fundamentais, positivados em nosso e outros ordenamentos, ao passo que o tópico seguinte, que tratará do direito à vida expressado nos tratados internacionais, abordará elementos de direitos humanos, ou direitos do homem. Mas note-se: ainda que assumida tal diferenciação,

²⁸⁰Pedro Lenza, *Direito constitucional esquematizado*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 589.

²⁸¹Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 59.

²⁸²Ingo W. Sarlet, *A eficácia...*, cit., p. 35-36.

²⁸³Canotilho, *Direito...*, cit., p. 517.

não há que se afastar sua inter-relação, em especial pelo fato de que, em ambos os casos, estamos diante de um mesmo valor que lhes é comum e prisma: a dignidade da pessoa humana; que no presente caso expressa-se no direito à vida, ora defendido ao nascituro.

Quanto ao direito à vida, o mesmo está garantido tanto no *caput* do artigo 5º, como também ao dispor sobre a impossibilidade jurídica da pena de morte, descrita no inciso XLVI, “a” do citado artigo – salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX da Constituição.

Logo, o direito à vida é o direito constitucional de não ser morto, de continuar vivo, mas também de ter uma vida digna, isto é, com as garantias básicas para que o ser humano viva com decência, podendo ser expressada como a educação, saúde, segurança, bem-estar físico e psíquico, com proibição de trabalhos forçados, tortura, penas cruéis, etc.²⁸⁴ Abordamos a aplicação do direito a uma vida digna ao nascituro no tópico 3.4., mediante plena assistência médica e cuidados neonatais, e uma paternidade e maternidade responsáveis.

Dentre as características dos direitos e garantias fundamentais, além da historicidade (possuem caráter histórico), universalidade (pertencem a todos os seres humanos indiscriminadamente), irrenunciabilidade (não podem ser renunciados), inalienabilidade (indisponíveis), imprescritibilidade (são sempre exercíveis e exercidos), temos também a limitabilidade, isto é, não são absolutos, podendo haver, muitas vezes, confronto, colisão ou conflito de interesses.

No caso específico do direito fundamental à vida, esta relatividade, decorrente de um conflito positivo de normas constitucionais, é extremamente limitada.

Apontamos acima a exceção constitucional prevista no direito brasileiro: a pena de morte, que somente ocorre no caso de guerra declarada pelo Presidente da República, cuja competência lhe é privativa nos termos do artigo 84, XIX da Magna Carta. Mas por qual motivo tirar-se-ia uma vida mesmo nessas condições? Porque uma guerra afeta a própria segurança e direitos que o Estado garante a seus cidadãos.

Abre-se um breve parêntese para expor tal justificativa. Tendo em vista a competência privativa decorrente de sua natureza como Chefe do Estado, representando a República Federativa do Brasil nas relações internacionais (bem como, internamente, sua unidade), deve o Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional, órgão de

²⁸⁴Nesse sentido, Alexandre de Moraes, *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 87, o qual afirma tais garantias corresponderem ao direito a um nível de vida adequado com a condição humana.

consulta deste nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, declarar guerra no caso de agressão estrangeira.

A agressão de um Estado contra outro é um dos nomes a serem dados para o crime da guerra e pode se verificar por violações da integridade territorial ou da soberania política de um Estado independente. Com isso, temos que a agressão não vem para interromper a paz, ou a mera ausência de conflitos, mas sim a “paz com direitos”, condição da liberdade e segurança que os cidadãos do Estado agredido já haviam assegurado e conquistado. Visando a defesa de seus direitos, ameaçados pelo Estado agressor, é que homens e mulheres arriscam as próprias vidas em resistência²⁸⁵, e, na defesa da sociedade e do próprio Estado soberano, é que afasta-se a ilicitude do homicídio em casos de guerra.

Mas note-se que, mesmo diante da possibilidade de resistência, os países devem atentar para as disposições do direito internacional humanitário, seja o chamado “direito de Haia”, conjunto de normas internacionais que visam limitar o uso de certos métodos ou meios de combate nas guerras, seja o chamado “direito de Genebra”, normas internacionais que visam proteger as vítimas de conflitos bélicos²⁸⁶. A título de exemplificação, temos a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 1948, e as Convenções de Genebra de 1949, sobre a proteção das vítimas de conflitos bélicos²⁸⁷.

Fecha-se, pois, o parêntese do conflito positivo de normas constitucionais quanto ao direito à vida em casos de guerra, o qual vimos que é relativizado frente às disposições de tratados e convenções internacionais.

Outrossim, temos que o direito fundamental à vida previsto no texto constitucional

285Note-se que haverá agressão, mesmo que não haja resistência. Quando os nazistas tomaram a Checoslováquia, o fizeram sem resistência, ao contrário do que ocorreu na Polônia, onde ocorreu grande derramamento de sangue. Mas ambos Estados perderam sua independência, e seus cidadãos viram seus direitos e garantias, assegurados e conquistados, serem suprimidos, desrespeitados e ameaçados. Tanto o é que, em Nuremberg, a liderança nazista foi acusada de agressora nos dois casos, e julgada culpada em ambos.

286Comparato, *A afirmação...*, cit., p. 206.

287A Convenção III de Genebra, de 12 de agosto de 1949, em seu artigo 13, ressalta que “Os prisioneiros de guerra devem ser tratados o tempo todo com humanidade. Qualquer ato ou omissão ilícita da Potência detentora, suscetível de provocar a morte ou pôr em perigo grave a saúde de um prisioneiro de guerra em seu poder, é proibido e considerado como uma infração grave à presente Convenção. Nenhum prisioneiro de guerra, sobretudo, poderá ser submetido à mutilação física ou a uma experiência médica ou científica de qualquer natureza, não justificada pelo tratamento médico do prisioneiro em questão e sem interesse para ele”. Já a Convenção IV, também de 1949, sobre a proteção da população civil em tempo de guerra, ao longo de seu artigo 3º, elucida que “(...) 1 – As pessoas que não tomem parte ativa nas hostilidades, inclusive membros das forças armadas que depuserem suas armas, bem como os que forem postos fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou qualquer outra causa, devem ser tratados, em qualquer circunstância, humanitariamente, sem qualquer distinção negativa fundada em raça, cor, religião ou fê, sexo, nascimento ou riqueza, ou qualquer outro critério similar. Com essa finalidade, os seguintes atos são e devem permanecer proibidos, em qualquer tempo e lugar, com relação às pessoas acima mencionadas: a) atos de violência contra a vida ou a pessoa, em particular homicídio de qualquer espécie, mutilação, tratamento cruel e tortura”.

implica na proibição de adoção de qualquer atitude que resulte no término não espontâneo do processo vital, refletindo no âmbito infra-legal a criminalização das práticas de aborto, infanticídio, homicídio, da instigação ao suicídio, da prática da eutanásia²⁸⁸ e da ortonásia²⁸⁹. No caso do aborto, que será discutido pormenorizadamente adiante, temos que também há a relativização, uma vez que o artigo 128 do Código Penal apresenta as hipóteses de aborto legal, às quais também teceremos críticas.

A aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, em consonância com o artigo 5º, § 1º da Magna Carta, é imediata. Há, contudo, exceções quando estivermos diante de normas constitucionais de eficácia contida ou prospectiva, na nomenclatura trazida por José Afonso da Silva, ou normas de eficácia redutível ou restringível, na nomenclatura de Michel Temer, ou ainda, normas de eficácia relativa restringível, na classificação trazida por Maria Helena Diniz.

Nesse sentido, normas de eficácia contida, ou prospectiva, têm aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral, posto que quando da promulgação de nova Constituição produzirão todos os seus efeitos, mas norma infraconstitucional poderá reduzir sua abrangência. Note-se que não só lei infraconstitucional, mas a incidência de normas outras da própria constituição poderão ocasionar a restrição da referida norma. E mais, a restrição também poderá ocorrer por motivo de ordem pública, bons costumes e paz social.²⁹⁰

A nomenclatura sugerida por Michel Temer, de normas de eficácia redutível ou restringível, guarda total similitude com a de norma constitucional de eficácia contida proposta por José Afonso da Silva, ou seja, de normas com aplicabilidade imediata, plena e integral, mas que podem ter alcance reduzido por lei infraconstitucional.

Enfim, segundo preceitua Maria Helena Diniz, o direito contemplado nas normas de

288Acerca da eutanásia ativa, também chamada de benemortásia ou sanidicídio, ensina Maria Helena Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 339: “(...) por piedade, há deliberação de antecipar a morte de doente irreversível ou terminal, a pedido seu ou de seus familiares, ante o fato da incurabilidade de sua moléstia, da insuportabilidade de seu sofrimento e da inutilidade de seu tratamento, empregando-se, em regra, recursos farmacológicos, por ser a prática indolor de supressão da vida”. No entender da autora, tal prática nada mais é senão um homicídio, posição da qual compartilhamos.

289Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 346-7 elucida: “a eutanásia passiva, ou ortonásia, é a eutanásia por omissão, consistente no ato de suspender medicamentos ou medidas que aliviem a dor, ou de deixar de usar os meios artificiais o prolongamento de uma vida de um paciente em coma irreversível, por ser intolerável o prolongamento de uma vida vegetativa sob o prisma físico, emocional e econômico, acatando a solicitação do próprio enfermo ou de seus familiares. (...) A ortonásia é o ato de deixar morrer em seu tempo certo, sem abreviação ou prolongamento desproporcionado, mediante a suspensão de uma medida vital ou de desligamento de máquinas sofisticadas, que substituem e controlam órgãos que entram em disfuncionamento”.

290José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 113, *apud* Lenza, *Direito constitucional...*, cit., p. 106-107.

eficácia relativa restringível, enquanto não sobrevier legislação restritiva, será pleno.

Como exemplo, cite-se o inciso XIII do artigo 5º da Constituição Federal. A exegese do dispositivo é de que constitui direito fundamental o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, no entanto, não de ser atendidas as qualificações profissionais que lei infraconstitucional estabeleça, motivo da constitucionalidade do Exame de Ordem previsto na Lei nº 8.906/94 para o exercício da advocacia.

Esclarecida a exceção, cumpre destacar que o direito à vida e suas garantias fundamentais pertencem à regra geral, ou seja, a aplicabilidade de tal norma é imediata. Isto decorre em virtude do quanto elucidado no tópico 1.3., a saber, da vida ser princípio decorrente do valor dignidade da pessoa humana, presente em nosso sistema normativo como valor unificador de todos os direitos fundamentais.

Sim, pois, não há como postergar o direito à vida da pessoa humana, que se concretiza, sem que haja qualquer intermediação legislativa, como se depreende do comando constitucional:

“Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos:”

Ademais, como lembra Canotilho, o sentido fundamental da aplicabilidade direta consiste em reafirmar que “os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via direta da Constituição e não através de *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais”²⁹¹.

Piovesan também cita interessante digressão do autor português acerca da inclusão de valores e princípios nas Constituições modernas: “O direito do Estado de Direito do século XIX e da primeira metade do século XX é o direito das regras dos códigos; o direito do Estado Constitucional Democrático e de Direito leva a sério os princípios, é um direito de princípios”²⁹².

Recentemente, todavia, questão de suma importância foi levada ao crivo do Egrégio Supremo Tribunal Federal, e que guarda total relação com o valor dignidade da pessoa humana, e com o direito à vida em todas as fases do ser humano.

²⁹¹Canotilho, *Direito...*, cit., p. 578 *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 36.

²⁹²Canotilho, A “principalização” da jurisprudência através da Constituição, *Revista de Processo*, n. 98, p. 84 *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p.30.

Ocorre que o então Procurador Geral da República, Dr. Cláudio Lemos Fonteles, ingressou em maio de 2005 com Ação Direta de Inconstitucionalidade²⁹³ perante o STF, argüindo a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105, de 24.03.05:

“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 do 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.

Os artigos constitucionais tidos como inobservados pela indigitada Lei, nos termos da petição inicial, eram o artigo 5º, “caput” (direito à vida) e artigo 1º, III (dignidade da pessoa humana). A tese central da ação era que os dispositivos impugnados contrariavam “a inviolabilidade do direito à vida, porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado democrático de direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”, uma vez que “a vida humana começa na, e a partir da, fecundação”, com a união do patrimônio genético do homem e da mulher, e após citar doutrina médica que seguia o mesmo diapasão da que expusemos no sub-tópico 2.3.3., utilizou ainda os fundamentos de que a partir da fecundação a vida humana é um “contínuo desenvolver-se”; que o zigoto é uma célula totipotente, capaz dela própria, ser humano embrionário, formar todos os tecidos constituindo-se num ser humano único e irrepetível; de que não é o útero que engravida a mulher, mas a fecundação, sendo aquele órgão o ambiente propício a seu desenvolvimento; e que a pesquisa com células-tronco adultas são mais promissoras do que a pesquisa com células-tronco embrionárias.

Este também foi o entendimento apresentado pelo então Chefe do Ministério Público Federal, Dr. Antônio Fernando de Souza, que atuou na demanda como *custos iuris*.

De seu turno, o Presidente da República defendeu a constitucionalidade do texto, acatando peça do advogado público Rafaelo Abritta, aderida pelo então Advogado Geral da União, ministro Álvaro Augusto Ribeiro Costa, que concluíram: “com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário, em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia, consubstancia-se

293Disponível em <http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/pdfs/ADIN_3510_Fonteles_inicial.pdf>.

em valores amparados constitucionalmente”.

Diversos “amicus curiae” foram admitidos na demanda: Conectas Direitos Humanos, Centro de Direitos Humanos – CDH, Anis – Instituto de Bioética Direitos Humanos e Gênero, Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB e o Movimento em Prol da Vida – MOVITAE.

A fim de aprofundar o embate desenvolvido sobre o tema, citamos alguns dos argumentos da MOVITAE²⁹⁴, favoráveis à constitucionalidade dos artigos. Entre seus fundamentos jurídicos encontra-se a errônea interpretação do artigo 2º do Código Civil brasileiro, no sentido de que, por ainda não ter nascido, não seria o nascituro pessoa humana. Como a demanda tratava de embriões excedentários, ponderou-se que estes, além de não serem pessoas, também não eram nascituros, em razão de não terem sido transferidos para o útero materno. Argüiram, também, a perigosa analogia que mencionamos no sub-tópico 2.3.3, de que a vida humana teria início quando o sistema nervoso começasse a se formar, uma vez que a equiparação de embrião e ser humano deveria respeitar a Lei de Transplantes. E não ocorreria afronta à dignidade da pessoa humana porque o embrião não é pessoa, ainda que apresentasse potencialidade para tanto. Outros argumentos refogem ao tema por nós proposto, que é o direito à vida do nascituro – mas ressaltamos, entendemos que os embriões excedentários e extra-uterinos igualmente merecem total respeito, resguardo, garantia e proteção da lei.

Referida ADI, nº 3510-DF, teve como Relator o Ministro Carlos Ayres Britto, sendo iniciado seu julgamento em 05/03/2008, com a prolação do voto deste e da então Presidente da Corte Suprema, Ministra Ellen Gracie, ambos pela improcedência do pedido formulado e, consequentemente, declaração da constitucionalidade dos preceitos legais²⁹⁵. Após pedido de vista do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, o julgamento foi suspenso, reiniciando-se em 28/05/2008. Pela improcedência total da ação, e favoráveis às pesquisas, votaram os Ministros Cármen Lúcia e Joaquim Barbosa. Pela constitucionalidade da lei, mas impondo restrições ao uso dos embriões nas pesquisas, votaram os Ministros Menezes Direito, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e César Peluso. Face ao adiantado da hora, a sessão prosseguiu no dia seguinte, sendo que os Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello votaram pela improcedência da ação sem qualquer restrição, adição ou recomendação, ao passo que o novo

294Disponível em <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/minuta_amicus_curiae_lrb_30set05.pdf>.

295A Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Direta de Constitucionalidade são ações de caráter dúplice ambivalente, posto que a procedência de uma equivale à improcedência da outra.

Presidente do Supremo, Ministro Gilmar Mendes, votou pela improcedência com restrições.

Há um provérbio bíblico que diz “Há um caminho que ao homem parece direito, mas o fim dele conduz à morte” (Provérbios 14:12). Podemos dizer que esta foi a postura adotada pelo Supremo Tribunal Federal em referida questão, sendo que apontaremos alguns argumentos do voto do relator, que por fim foi o adotado em face da improcedência da demanda, e que guardam pertinência com a temática do início da vida do ser humano.

Adotou o relator a interpretação “de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito”, adotando a teoria natalista e que, como mencionamos anteriormente, equivoca-se quanto aos conceitos de personalidade e capacidade, tanto o é que afirmou “vida humana já revestida do atributo da personalidade civil é o fenômeno que transcorre entre o nascimento e a morte”, como se o nascituro não tivesse direitos da personalidade ínsitos a sua natureza. Todavia, o ministro propôs uma “personalidade numa dimensão biográfica” onde pensar-se-ia o indivíduo empiricamente ou numericamente agregado à espécie humana, que lhe permitiria uma “reserva de personalidade civil”.

Posicionou-se de forma categórica de que “nossa Carta Magna não diz quando começa a vida humana”, pois o valor da dignidade da pessoa humana seria entendido no sentido notarial, biográfico, moral e espiritual, e que os direitos e garantias previstos na Constituição são do “indivíduo-pessoa”, o que abrange brasileiros natos e naturalizados, mas não os ainda não nascidos, o que, com o devido respeito, não concordamos. Não há porque misturar o conceito da personalidade de uma pessoa com o de sua nacionalidade. É certo que, sociologicamente, a nacionalidade indica a pertinência da pessoa a uma nação, e que no sistema jurídico importa no “vínculo jurídico-político de Direito Público interno, que faz da pessoa um dos elementos componentes da dimensão pessoal do Estado”²⁹⁶. Mas acaso não existem “heimatlos”, ou apátridas, pessoas que, dada a circunstância de nascimento, não se vinculam a nenhum dos dois critérios de determinação da nacionalidade primária (o “*ius solis*” e o “*ius sanguinis*”)? Este conflito negativo não importará à pessoa uma situação de sem nacionalidade, criando-lhe dificuldades e restrições jurídicas onde viva? Parece-nos que, pelo voto do ministro, os apátridas não poderiam ser pessoas para o direito brasileiro... mas e quando a própria Constituição garante o direito à saúde a todas as pessoas, sem qualquer restrição ou distinção, compreendendo residentes e não residentes no país, natos e naturalizados, não estariam os apátridas igualmente legitimados a obter tal direito? Se uma

296 José Afonso da Silva, *Curso...*, cit., p.319.

pessoa sem nacionalidade tiver direito à saúde em nosso país, então não há coerência em afastar os direitos fundamentais do artigo 5º, e o valor da dignidade da pessoa humana do artigo 1º, III, da Constituição da pessoa do nascituro.

O ministro em seu voto equivocou-se também quanto à interpretação do artigo 227, CF, e do artigo 2º, do ECA, considerando o termo inicial de “criança” o primeiro dia de vida extra-uterina. Como veremos adiante, este entendimento contrapõe-se à doutrina da proteção integral adotada pelo nosso país.

Mas acerta o ministro ao reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana admite transbordamento, permitindo-se a concessão de direitos ao nascituro, citando o § 3º, do artigo 9º, da Lei nº 9.434/97 e a criminalização do aborto. Em verdade, há trechos em que aparenta contradizer-se, como quando diz que “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”, porém, logo cria uma justificativa para manter seu entendimento de constitucionalidade das pesquisas em células tronco embrionárias. No caso, diferencia embrião humano de nascituro, o qual entende somente existiria a partir da fase da nidação, pois seria com a gestação no útero materno que ocorreria o processo reprodutivo da espécie evolutiva da pessoa humana. Porém, de forma indireta, demonstrou o relator da ADI que nem mesmo a teoria da nidação deve ser a adotada para o marco inicial da vida do ser humano, mas sim, a da formação das estruturas cerebrais e nervosas: “ele, o cérebro humano, comparecendo como divisor de águas: isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não consegue, transpõe de vez as fronteiras ‘desta vida de aquém-túmulo’,” motivo pelo qual “o embrião ali referido [extra-uterino] não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação”. Ora, no caso específico dos embriões “in vitro”, não haverá cérebro porque ainda não atingiu-se o estágio de desenvolvimento para tanto, mas isso não quer jamais dizer que se no ambiente uterino não venha a alcançá-lo.

Quando apresentamos as teses embrionárias vimos que o desenvolvimento da pessoa é contínuo, progressivo, interno e gradual, e que tal desenvolvimento inicia-se com a concepção, sendo a nidação apenas uma de suas fases. Se mais não fora, a potência de ser humano já está manifesta desde a concepção – por isso que mesmo no confinamento “in vitro” temos um ser vivo, esperando pela continuidade de seu pleno desenvolvimento.

Ratificamos nosso entendimento de que, seguindo-se as teses da embriologia, deve-se adotar a primeira proposição da filosofia funcionalista, sendo o nascituro pessoa a partir da fusão do patrimônio genético. E sendo o nascituro pessoa humana, é merecedora de direitos e proteção, sendo-lhe impossível afastar a aplicabilidade dos preceitos constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

4.2. A proteção à vida nos tratados internacionais

Abordaremos, a seguir, como o direito à vida do nascituro encontra-se plenamente resguardado diante de tratados internacionais, destacando as principais celebrações de que nosso país é signatário. Apresentaremos uma conceituação do que se tratam tais tratados, e delinearemos o caráter normativo dos mesmos em nosso ordenamento, em especial com relação à inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/04.

A definição trazida por Louis Henkin elucida que “o termo ‘tratado’ é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de Direito Internacional, que são regulados pelo Direito Internacional”²⁹⁷, a qual pode ser complementada pela de Rebecca M. M. Wallace, firmada com base na Convenção de Viena de 1969, cujo objetivo foi estabelecer-se como a Lei dos Tratados: “para os fins da Convenção, o termo ‘tratado’ significa um acordo internacional concluído entre Estados, na forma escrita e regulado pelo Direito Internacional”²⁹⁸. Pelo que se verifica, os tratados internacionais somente aplicam-se entre os Estados-partes, signatários, uma vez que pelo princípio da boa-fé não poderia obrigar um Estado que não deseje contrair as obrigações jurídicas no plano internacional decorrentes de sua adoção. Frise-se, pois, que os tratados expressam consenso.

No tocante ao trâmite da integração da norma internacional no direito interno brasileiro, temos a ocorrência de quatro fases distintas: 1) a celebração do tratado internacional, mediante a negociação, conclusão e assinatura, pelo Órgão do Poder Executivo, com competência privativa do Presidente, nos termos do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal. Esta assinatura traduz tão somente um aceite provisório, é a aquiescência do Estado à forma e ao conteúdo final do tratado, o reconhecimento de que este é autêntico e definitivo, mas ainda não produz qualquer efeito vinculante; 2) a aprovação

²⁹⁷Louis Henkin, *International law: politics, values and principles*, Boston: Martinus Nijhoff, 1990, p. 416 *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 44.

²⁹⁸Rebecca M. M. Wallace, *International law*, 2.ed., London: Sweet & Maxwell, 1992, p. 197 *apud* Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 44.

(referendo ou “ratificação” *lato sensu*) do tratado internacional, pelo Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, nos termos do artigo 49, inciso I, da Constituição Federal. Esta ratificação é o ato jurídico que irradia necessariamente efeitos no cenário internacional; 3) a troca ou depósito dos instrumentos de ratificação pelo Órgão do Poder Executivo no órgão que assuma a custódia do instrumento, por exemplo, um tratado das Nações Unidas implicará o depósito do instrumento de ratificação na ONU; 4) a promulgação por decreto presidencial, seguida da publicação do texto em português, através do Diário Oficial, assumindo o tratado paridade normativa das leis ordinárias. A adoção desse *iter procedimental* complexo, com aprovação congressional e promulgação executiva do texto convencional, demonstra que o Brasil adotou o princípio do dualismo moderado.²⁹⁹

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, foi acrescido o § 3º no artigo 5º da Magna Carta, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Tal norma reavivou a discussão quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Nesse sentido, Flávia Piovesan e Antônio Augusto Cançado Trindade sempre defenderam a hierarquia constitucional dos direitos humanos enunciados em tratados internacionais. O primeiro argumento decorre da exegese do § 2º do artigo 5º da CF: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, onde compreende-se que a Constituição inclui a seus direitos expressamente catalogados, aqueles enunciados nos tratados, os quais consequentemente são incorporados pelo texto constitucional³⁰⁰. O segundo argumento decorre da natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, isto é, “ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional”³⁰¹, integrando os direitos internacionais um bloco de constitucionalidade. Mas esclarece que, enquanto os tratados de proteção de direitos humanos apresentam valor

299Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 46-50; Pedro Lenza, *Direito...*, cit., p. 383-386.

300Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 52.

301Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 55.

constitucional, os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional.

Celso Duvivier de Albuquerque Mello, de seu turno, reconhece a natureza supraconstitucional dos tratados e convenções em matérias de direitos humanos³⁰². Para o autor, as normas constitucionais não teriam poder revogatório em relação às normas internacionais, nem mesmo uma emenda constitucional poderia suprimir uma norma introduzida por tratado internacional de direitos humanos.

Todavia, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto aos tratados internacionais, independentemente de tratarem de matéria de direitos humanos, desde o julgamento do Recurso Extraordinário nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (DJ, 29.12.1977), firmara o entendimento de que estariam em paridade com a lei federal, reconhecendo-lhes *status* de lei ordinária. Consideraram, ainda, que uma norma posterior poderia revogar um tratado anterior com ela incompatível. Há de se criticar tal posicionamento uma vez que o término de um tratado está submetido à disciplina da denúncia, ato unilateral do Estado pelo qual manifesta seu desejo de deixar de fazer parte de um tratado – assim como sua adoção implica consenso, o mesmo ocorre com sua denúncia. Ademais, tal posicionamento da Corte Suprema violava também a Convenção de Viena de 1969, que não admite o término de um tratado por mudança de direito superveniente.

Ocorre que estamos diante de uma possível mudança de entendimento entre os Ministros do STF, tendo em vista o julgamento dos recursos extraordinários RE 466.343/SP e RE 349.703/RS, no qual se discute a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos casos de alienação fiduciária em garantia. De um lado há o preceito constitucional do artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”, e de outro, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (Decreto 592/02) em seu artigo 11: “ninguém será preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (Decreto 678/92) em seu artigo 7º, 7: “ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O Ministro Cezar Peluso, relator do primeiro recurso, negou provimento ao mesmo por entender que a aplicação do art. 4º do Decreto-Lei 911/69, em todo o seu alcance, é

302Celso D. de Albuquerque Mello, *O §2º do art. 5º da Constituição Federal*, in: Ricardo Logo Torres (Org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 25.

inconstitucional. O Ministro Gilmar Mendes acompanhou o voto do relator, mas analisou de forma diferente o status normativo dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, apresentando a interpretação que atribui caráter supralegal aos mesmos³⁰³:

“(…) parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana. (...)

É necessário assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano. (...)

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante”.

Referida tese evidentemente prioriza o princípio da dignidade da pessoa humana, porém, merece melhor digressão a possibilidade de paralisação da eficácia jurídica de uma lei contrária aos tratados ou convenções sobre direitos humanos, mas que mantém guarida no corpo constitucional.

Em março de 2008, o Ministro Celso de Mello proferiu seu voto no julgamento dos RE's supra mencionados e no Habeas Corpus 87585, pela inconstitucionalidade da prisão civil de depositário infiel, entendendo que os tratados que versem sobre direitos humanos, e dos quais o Brasil seja signatário, integram o ordenamento jurídico como norma de caráter constitucional, sendo que a Constituição Federal, em seu artigo 4º, inciso II, determina a prevalência dos direitos humanos sobre outras normas, motivo pelo qual os tratados de direito humanos, mesmo anteriores a EC 45/04, são normas consideradas constitucionais³⁰⁴:

“É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois, quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade.”

O atual decano do Tribunal efetivamente alterou seu posicionamento, que era o da impossibilidade dos tratados transgredirem a normatividade emergente da Constituição, e passou a partilhar a corrente defendida por Piovesan e Cançado Trindade, que, como mencionado, atribuem caráter constitucional aos tratados internacionais. Ressalta a autora que

303V. *Informativo* 449 e 450 do Supremo Tribunal Federal, e *Notícias STF*, 22.11.2006, in <http://www.stf.jus.br>
304*Notícias STF*, 13.03.2008, in <http://www.stf.jus.br>

“conferir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, com a observância do princípio da prevalência da norma mais favorável é interpretação que se situa em absoluta consonância com a ordem constitucional de 1988, bem como com sua racionalidade e principiologia. Trata-se de interpretação que está em harmonia com os valores da dignidade humana – que é valor fundante do sistema constitucional”³⁰⁵.

Defendemos neste trabalho, desde o início, que os valores são fundamentais para o norteamento, a análise e a aplicabilidade de um sistema jurídico. Assim, o posicionamento de que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam natureza materialmente constitucional igualmente nos parece acertada.

Mas, como ressaltamos, estamos diante de um início de alteração no posicionamento jurisprudencial, ainda sendo muito forte o entendimento de que todos os tratados internacionais de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam cumprido a exigência formal trazida pelo § 3º do artigo 5º da CF. Pedro Lenza³⁰⁶ sustenta a possibilidade do Congresso Nacional confirmar os tratados sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/04 pelo quórum qualificado das emendas e, somente se observada tal formalidade, respeitados os limites do poder de reforma das emendas, poder-se-ia falar em tratado internacional de “natureza constitucional”, motivo pelo qual nos depararíamos com três situações distintas: 1) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, desde que aprovados pelo quórum específico de 3/5 dos votos de seus membros em cada Casa e em dois turnos de votação, equivalem a emendas constitucionais; 2) tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, aprovados pela regra anterior à Reforma e desde que não forem confirmadas pelo quórum qualificado, e segundo o entendimento que se assentava no STF, teriam paridade normativa com as leis ordinárias; 3) tratados e convenções internacionais de outra natureza, força normativa de lei ordinária.

Flávia Piovesan discorda, afirmando que³⁰⁷ “não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu quorum de aprovação” uma vez que “na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e

305Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 64.

306Pedro Lenza, *Direito...*, cit., p. 388.

307Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 72.

não o oposto”.

Parece-nos acertado o posicionamento da autora, e evidente que afastaria uma dualidade na análise dos tratados que versem sobre direitos humanos. Por isso entendemos que o posicionamento vindouro do Supremo Tribunal Federal será indispensável para evitar tal polêmica e afirmar, em definitivo, a tese do bloco de constitucionalidade destes tratados internacionais com a Constituição Federal. Isto ocorrendo, a nosso ver não mais será possível afastar a teoria da concepção aplicada ao nascituro, uma vez que o direito internacional sempre se firmou quanto ao reconhecimento de todos os seres da raça humana como humanos.

Nesse sentido, a Declaração de Genebra, de 1.924, já determinava a necessidade de proporcionar à criança uma proteção especial, o que veio a ser realçado com a Declaração Universal dos Direitos da Criança, de 1.959, assinada pelo Brasil, e pela Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1.989, ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1.990 (e seus dois Protocolos Facultativos, em 27 de janeiro de 2.004). Esta convenção acolhe a concepção de desenvolvimento integral da criança, definida segundo seu artigo 1º como “todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, pela legislação aplicável, a maioria seja atingida mais cedo”.

De início, nota-se que não há menção em tal definição da idade início para criança, tal qual ocorre em nosso Estatuto da Criança e do Adolescente, motivo pelo qual nada impede que sejam compreendidos também os nascituros. Outrossim, acolhe a convenção a concepção do desenvolvimento integral da criança, reconhecendo-a como verdadeiro sujeito de direitos, dentre os quais o direito à vida e à proteção contra a pena de morte, de locomoção, de proteção em decorrência da separação de seus pais, direito à educação, à saúde, a proteção contra o abuso e exploração sexual, entre outros.

Ao ratificar a convenção, assumimos o dever atribuído aos Estados-partes previsto em seu artigo 6º: “1. Os Estados-partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida. 2. Os Estados-partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”. Mais uma vez estamos diante da dignidade da pessoa humana e seu reflexo no direito à vida, e que, sendo aplicado, o desenvolvimento integral somente pode referir-se ao seu verdadeiro início, a concepção.

Mas, talvez, o tratado internacional de direitos humanos, com maior relevância para o nascituro, seja a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também chamada de Pacto

de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1.969, e que veio a ser ratificado pelo Brasil mediante o Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1.992. Além de reconhecer e assegurar um catálogo de direitos civis e políticos, determinando aos Estados que alcancem, progressivamente, a plena realização dos mesmos mediante adoção de medidas legislativas e outras apropriadas, ou seja, com “a obrigação não apenas de ‘respeitar’ esses direitos garantidos na Convenção, mas também de ‘assegurar’ o seu livre e pleno exercício”³⁰⁸, veio a asseverar, expressamente:

“Artigo 1º: (...) 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.

“Artigo 4º – Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

A Convenção é claríssima quanto ao que sustentamos neste trabalho: o nascituro é uma pessoa humana, e tem o direito à vida desde sua concepção. A expressão “em geral”, utilizada no 4º,1, decorre da eventual possibilidade de situações em que haja um conflito de direitos à vida, e que implicará na escolha de apenas um ser preservado, como, por exemplo, no caso de uma grávida correr indiscutível e inafastável risco de morte. Lembramos que as convenções respeitam as escolhas legislativas dos Estados-parte, tanto que se assim não o fosse, país algum assinaria um tratado internacional. Porém, após apresentar seu posicionamento – de forma sempre veemente e categórica, como a que vemos no 1º, 2: “pessoa é todo ser humano” [grifamos] – conduz à orientação de que tal posicionamento venha a ser implementado, de forma efetiva, por todos os signatários.

Em verdade, nosso país já prevê em lei que o nascituro é pessoa, como vimos esta é a correta interpretação do artigo 2º do Código Civil, e deve ser a compreensão do artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, mas diante da insistência de posicionamentos contrários na doutrina e jurisprudência, devemos buscar o amparo do Pacto de San José da Costa Rica para que o direito à vida do nascituro não seja suprimido.

Relembramos que integrando tal Convenção o bloco de constitucionalidade, e tornando-se cláusula pétrea, qualquer questionamento deverá cessar, com o reconhecimento da vida iniciando-se na concepção, e adotando-se novas medidas para sua preservação e resguardo.

³⁰⁸Thomas Buergenthal, *The inter-american system for the protection of human rights*, 1984, p. 442 apud Flávia Piovesan, *Direitos humanos...*, cit., p. 245.

4.3. A doutrina da proteção integral e o ECA

4.3.1. *Evolução histórica da doutrina da proteção integral*

No Brasil, três foram as doutrinas que se formaram quanto à proteção do menor, a saber, a doutrina do direito penal do menor; a doutrina jurídica do menor em situação irregular e a doutrina da proteção integral³⁰⁹. A primeira doutrina tinha atenção voltada para a delinquência praticada pelo menor, daí que concentrada nos Códigos Penais de 1.830 e 1.890. A segunda doutrina, estabelecida pelo Código de Menores – Lei nº 6.697/79, era a filosofia que impunha ao sistema legal a necessidade de uma proteção especial ao menor que estivesse em situação de extrema vulnerabilidade, ou já vulnerados por ação/omissão da família/sociedade/Estado, não se preocupando com a prevenção, mas com a solução da situação já apresentada.

Todavia, referida doutrina já se encontrava desatualizada, tendo em vista que a necessidade de proporcionar proteção especial à criança já havia sido afirmada na Declaração de Genebra sobre Direitos da Criança de 1.924 e na Declaração sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembléia Geral em 20 de novembro de 1.959. Assim, quando o Código de Menores veio a substituir o chamado Código Mello Mattos de 1.927, já havia no mundo novos conceitos adotados para melhor proteção da criança. Ademais, o Código de Menores também apresentava como defeito o legislar sob um perfil de criança lúdico, imaginário, não condizente com os problemas práticos que a sociedade vivenciava.

Somente com a Constituição Federal de 1.988 é que o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar a doutrina da proteção integral, mudando o paradigma. Referida doutrina parte do pressuposto de que crianças e jovens são pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, de modo que ao sistema jurídico compete garantir o livre, harmônico, e integral desenvolvimento de sua personalidade, respeitando sua dignidade, liberdade e autonomia. Inegável que a base de tal doutrina se pauta no valor da dignidade da pessoa humana, como destaca João Benedito Azevedo Marques³¹⁰:

“A sociedade brasileira, ao longo do tempo, nunca respeitou o direito à dignidade de milhões de crianças e adolescentes marginalizados, que são discriminados, social e economicamente, desde a gestação, passando pela infância e adolescência, continuando pela idade adulta e terminando, muitas vezes, na morte violenta ou decorrente da subnutrição. (...)”

É importante salientar que é dever de todos velar pela dignidade da criança e do

309Tânia S. Pereira, *Direito da criança...*, cit., p. 12.

310João Benedito Azevedo Marques, *Estatuto da criança e do adolescente comentado*, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 95-96 apud Tânia Pereira, *Direito da criança...*, cit., p. 167.

adolescente. Esta função não se limita aos pais e aos responsáveis legais, estendendo-se a qualquer pessoa que tenha conhecimento de algum abuso ou desrespeito à dignidade da criança ou adolescente, devendo comunicá-lo ao Ministério Público, que tem a obrigação legal de propor as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias”

Paralelamente à promulgação da vigente constituição brasileira, foi aprovada, na sessão de 20 de novembro da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1.989, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, exigindo de cada Estado-parte que a ratificasse a tomada de medidas necessárias à fiscalização do cumprimento de suas disposições e obrigações concernentes à infância, que compreende os menores de dezoito anos. Ora, o Brasil ratificou-a através do Decreto nº 99.710, de 21/11/90, sendo que, como destaca a professora Tânia da Silva Pereira³¹¹, utilizou-se a expressão “interesses superiores da criança” (artigo 3º.1), demonstrando um caráter quantitativo que destoa do original inglês “best interests of the child”, que expressa caráter qualitativo. Nesse sentido, a doutrina optou pela tradução literal ao incorporar o princípio do melhor interesse da criança.

Com efeito, a Convenção sobre os Direitos da Criança veio a ampliar o que já estava propugnado na Declaração Internacional sobre os Direitos da Criança, e que tinha sua origem nos precedentes jurisprudenciais ingleses, estabelecendo que, ao se exercer o *parens patriæ* – autoridade herdada do Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação jurídica, como os infantes –, a preocupação não seria nem a controvérsia das partes e nem a composição da diferença das mesmas, mas sim, o bem estar da criança. De igual forma, nos Estados Unidos, o princípio do melhor interesse está vinculado às atribuições do Juiz quanto ao *parens patriæ*, sendo introduzido em 1.813 e intensificado após a 14ª Emenda, que estabeleceu a igualdade do homem com a mulher possibilitando que as necessidades da criança sobreponham aos interesses dos pais, analisado cada caso concreto.

Como dito, a doutrina da proteção integral, com o princípio da proteção à população infanto-juvenil e a obrigação do binômio Estado-família como um dever social, foi integrada em definitivo em nosso ordenamento com a Magna Carta de 1.988, e seu artigo 227 é o dispositivo reconhecido pela comunidade internacional como a síntese da Convenção da ONU de 1.989³¹²:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de

311Tânia S. Pereira, O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. *Revista Brasileira de Direito de Família*, Porto Alegre, v. 2, n. 6, jul/set 2000, p. 31-32.

312Tânia S. Pereira, *Direito da criança...*, cit., p. 19 e Tânia S. Pereira, O princípio..., cit., p. 36.

negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Enfim, editou-se em 13 de julho de 1990 a Lei nº 8.069 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que adotou como fundamento a doutrina da proteção integral, preconizando que o direito à plena proteção do menor não se dirige apenas a um tipo específico de menor, mas a toda a juventude e infância, tendo em vista serem todos seres humanos que necessitam de outros seres humanos³¹³. Assim, toda forma de tratamento à criança e ao adolescente deverá respeitar o princípio de tal doutrina, com o cuidado, o respeito, a liberdade e a dignidade como elementos valorativos indispensáveis a esses menores.

4.3.2. *A doutrina da proteção integral aplicável ao nascituro*

Quando analisamos a vida como direito da personalidade, afirmamos que o nascituro tem direito a alimentos, o qual se caracteriza como direito conexo à sua vida gestacional. No presente sub-tópico, levando em consideração a harmonia do direito brasileiro frente ao valor da dignidade da pessoa humana, e tendo em vista a adoção em nosso ordenamento jurídico da doutrina da proteção integral à criança e ao adolescente, podemos concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente abrange, amplia e ratifica a esfera de proteção ao nascituro.

Outrossim, como já mencionado na análise do julgamento da ADI nº 3510 pelo Supremo Tribunal Federal, lembramos que a Lei nº 8.069/90 em momento algum enuncia que “criança” deve ser compreendida como aquela pessoa existente somente a partir do momento do parto. Assim, quando o Estatuto dispõe em seu artigo 2º que “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até 12 anos de idade incompletos” não é possível depreender-se que seu termo inicial é o nascimento, mas sim a concepção, uma vez que a omissão do legislador estatutário não pode ofender o princípio que ele mesmo erigiu.

Justamente pela aplicação da doutrina jurídica da proteção integral é que podemos afirmar que o nascituro foi incluído entre os titulares dos direitos fundamentais e garantias previstas pela Lei nº 8.069/90 às crianças e aos adolescentes. Lembramos, também, que o direito implica em coerência na interpretação legislativa, e é possível verificar a proteção ao nascituro ao longo de diversos dispositivos do ECA, dentre os quais o artigo 7º que dispõe:

“**Art. 7º** A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”

A nosso ver, tal dispositivo é cristalino quanto a sua extensão ao nascituro uma vez que nele estão garantidas políticas públicas para que ocorra o nascimento, e afastando-se a

313Tânia S. Pereira, *Direito da criança...*, cit., p. 24. No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin, *Direito de família...*, cit., p. 261.

possibilidade da genitora ser uma adolescente, a única pessoa que tem interesse maior no nascimento e que está abrangida pelo caráter protetivo da lei é o próprio nascituro.

Ainda, refletindo a norma constitucional prevista no artigo 196, CF, há expressa garantia à vida e à saúde no Estatuto, esta compreendida no direito da pessoa ao desenvolvimento sadio e harmonioso. Como abordamos na análise das fases embrionárias, o desenvolvimento do ser humano como um todo é contínuo, coordenado e gradual, iniciando-se com a concepção, logo, também o nascituro espera ver preservado seu pleno, íntegro e saudável crescimento intra-uterino, expressão de uma vida digna. Desta feita, enuncia o artigo 8º da Lei nº 8.069/90:

“**Art. 8º** É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

§ 1º A gestante será encaminhada aos diferentes níveis de atendimento, segundo critérios médicos específicos, obedecendo-se aos critérios de regionalização e hierarquização do sistema.

§ 2º A parturiente será atendida preferencialmente pelo mesmo médico que a acompanhou na fase pré-natal.

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem.”

Esta regra estatutária reitera o entendimento do legislador quanto ao efetivo atendimento da criança, mediante atendimento pré (desde a gestação) e perinatal (desde as dores do parto até um mês após o nascimento). Ou seja, mais uma vez estamos diante de uma disposição que mais se direciona a um real direito ao nascituro do que a uma garantia da mãe, já que a lei protege a criança e o adolescente, e nem sempre a gestante será adolescente. Cite-se, nesse sentido, Victor Santos Queiroz³¹⁴:

“Em sua experiência profissional como Promotor de Justiça da Infância e da Juventude da Comarca de Campos dos Goytacazes entre os anos de 2001 e 2002, teve certa feita oportunidade de requisitar dos órgãos municipais de proteção à criança e ao adolescente locais de atendimento pré-natal prioritário a uma mulher carente de recursos materiais e que já contava com dezenove anos de idade, o que lhe foi em princípio negado ao argumento – emanado de um provável adepto da teoria natalista ou da personalidade condicional – de que uma pessoa com aquela idade não estaria na faixa de atendimento previsto no art. 2º da Lei 8.069/90. Todavia, com o esclarecimento de que tal requisição se dirigia principalmente à proteção e à garantia dos direitos do nascituro – perfeitamente abrangido, pois, pelo conceito do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente –, os dirigentes das entidades municipais prontamente a atenderam.”

Ainda, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu o direito de um feto figurar como autor de ação em agravos de instrumento movidos pela Defensoria Pública de São Paulo em favor de presas grávidas da Cadeia Pública de São

³¹⁴Victor Santos Queiroz, A personalidade do nascituro à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. *Jus Navigandi*, Teresina, a.7, n.61, jan/03. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3603>>

Bernardo do Campo que necessitavam de exames pré-natal³¹⁵. Relevante a transcrição de trecho de referida decisão, mencionada em reportagem de Rogério Pagnan³¹⁶:

“Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segundo a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos.”

A doutrina da proteção integral aplicada ao nascituro também pode ser verificada em alguns dos tipos penais do Título VII do Estatuto. Tendo em vista o artigo 10 do ECA prever obrigações aos hospitais e estabelecimentos de saúde no atendimento da gestante, e considerando-se que o inciso I trata da manutenção de registro das atividades desenvolvidas ao longo da gravidez pelo prazo de dezoito anos, dispõe o artigo 228 da Lei nº 8.069/90 a punição frente ao descumprimento de tais exigências. Ora, a manutenção do prontuário individual da parturiente visa à facilitação no acesso às informações da mãe e da criança, possibilitando a tomada de precauções com base na pronta identificação destes. O resguardo ao nascituro decorre do fato de que este prontuário engloba o período de atendimento pré-natal, ou seja, o período em que ainda estava desenvolvendo-se no interior do ventre materno.

Já o crime “prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa” previsto no artigo 238 do ECA poderá ser estendido à pessoa do nascituro, se a promessa for realizada pela gestante. Nesse sentido, vale destacar o julgado do E. Superior Tribunal de Justiça, proferido no Recurso Especial nº 48.119-8 – RS, de relatoria do Ministro Assis Toledo, com a seguinte ementa:

“ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CRIME DE PROMESSA DE ENTREGA DE FILHO MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA.

O vocábulo “filho”, empregado no tipo penal do art. 238 da Lei 8.069/90, abrange tanto os nascidos como os nascituros.

Todavia, a proposta genérica, sem endereço certo, sem vínculo de qualquer natureza entre a promitente e terceira pessoa que se proponha a realizar a condição, é ato unilateral imperfeito, sem maiores consequências, que não preenche os elementos essenciais do tipo em exame.

Recurso especial não conhecido”

Não intentamos analisar o aspecto penal do julgado, mas sim a afirmativa do STJ quanto à abrangência da expressão “filho” prevista na Lei. Em seu voto, o ministro fundamentou seu entendimento de que o nascituro é abrangido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ao menos no que se refere o artigo específico, com base em lição propalada por Silmara Chinelato, autora citada no presente trabalho, bem como no brocado romano

315Andrezza Queiroga, Direitos do feto não são novidades, *Tribuna do Direito*, São Paulo, fev. 2007, p. 25.

316Rogério Pagnan, Justiça de SP aceita feto como autor de ação, *A Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 jan.2007. Caderno Cotidiano, p. 3.

“*nasciturus pro iam nato habetur*”, isto é, em tudo o que concerne o seu interesse, os nascituros serão equiparados aos nascidos. Mencionou ainda a lúcida ponderação da Subprocuradoria-geral da República, valendo a menção: “a lei é feita para o povo, para o homem comum, e as palavras por ela usadas devem ter, sempre que possível, o significado usual, que lhes confere a comunidade a que se destina a norma. E toda mulher grávida, desde a sabida concepção, refere-se ao fruto da conjunção carnal como ao filho, o filho que está esperando, o filho que se mexe em sua barriga. E não apenas a gestante, mas o pai, quando existe e assume, e toda a constelação familiar assim agem”.

4.4. A proteção do direito à vida frente à tipificação do crime de aborto

Inicialmente, destacamos que não seria possível desconsiderar a problemática do aborto tendo em vista nosso posicionamento de que o valor da dignidade da pessoa humana é um valor-fonte de todos os demais, refletindo-se no direito fundamental à vida, o qual o nascituro também tem a indispensável proteção e garantia. Buscaremos tratar dos questionamentos mediante a contínua correlação entre os direitos penal e o civil, uma vez que a coerência hermenêutica do sistema jurídico decorrente de referido valor permite a interpretação das normas em uníssono.

Prestado tal esclarecimento, vale destacar que a Parte Especial do Código Penal se inicia com a proteção dos valores da personalidade do indivíduo, onde se inclui o bem fundamental da vida, origem de todos os demais. Como lembra o saudoso Aníbal Bruno, ao elevar tais valores à categoria de bens penalmente tutelados, o Direito procura garantir a existência do homem e a segurança de seus interesses primordiais, os quais integram sua personalidade³¹⁷. Ora, estamos, pois, diante de crimes contra a pessoa, titular da vida, bem jurídico supremo que se visa resguardar. E é desde a concepção que existe a proteção jurídico-penal da vida humana, demonstrando que, ao contrário do que afirmam muitos civilistas, e como já antes asseveramos, é o momento em que nosso ordenamento considera existir a pessoa humana.

Nesse sentido, Carrara pondera que a discussão de haver ou não fisiologicamente vida no feto deveria ficar a cargo dos médicos, posto que:

“Para nós, basta que haja uma vida, digna de ser respeitada e protegida em si mesma, independentemente do que respeita à família (...) Não é, de modo algum, incerto que o feto seja um ser vivente: impossível negá-lo quando, cada dia, a gente o vê crescer e vegetar. Que importa, pois, definir fisiologicamente tal vida? Admita-se que seja uma vida agregada, acessória a outra vida, da qual um dia se destacará

³¹⁷Aníbal Bruno, *Crimes contra a pessoa*, 4. ed., Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976, p. 55.

para viver por conta própria. Mas que se trata de um ser vivo, não se pode negar; e assim, nessa vitalidade presente, acompanhada da probabilidade de uma vida futura independente e autônoma, encontra-se suficientemente a objetividade do crime de quem, perversamente, a destrói...”³¹⁸

De certo modo assiste razão ao jurista argentino quanto uma tola preocupação do direito em buscar soluções de questões que há milênios se perpetuam. Mas, ainda que o autor vise afastar-se do cerne da discussão, expressa sua opinião quanto ao tratamento do nascituro como um ser vivo e merecedor da tutela jurídica. Assim também Magalhães Noronha³¹⁹, que destaca ser a vida humana “em seu infinito mistério” merecedora de respeito.

Ressalte-se que ao longo da história verifica-se a prática de eliminação do nascituro pelo aborto sendo recriminada³²⁰. Os antigos hindus assemelhavam tal prática à do homicídio e infanticídio, ao mesmo tempo em que declaravam impura a mulher que o provocasse. No Código de Hamurábi havia pena pecuniária ao provocador do aborto, variando-se o valor de acordo com a qualidade da gestante (ser livre ou escrava), a accidentalidade e a voluntariedade do ato. O Código Hitita igualmente previa multa, que oscilava de acordo com o tempo da gravidez, mas, caso o marido da abortada não tivesse outro filho, o causador seria decapitado. Encontramos na Bíblia a condenação ao aborto accidental (Êxodo 21:22). Na Pérsia, Zoroastro igualmente impunha penas aos provocadores, protegendo as jovens, quando seduzidas. Atribui-se à Hipócrates a recomendação “a nenhuma mulher darei substância abortiva”, ainda que os filósofos não condenassem o aborto, por levarem em conta o pensamento de política social preconizado por Aristóteles, isto é, desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma, seria aconselhado para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência.

Em Roma não se encontra indício de punição da morte dada ao feto, mas, posteriormente, a *abactio partus* foi considerada uma lesão ao direito do marido à prole; com Septímio Severo sua prática passou a ser castigada com pena extraordinária, invocando-se a lei contra o *veneficium*, mas foi o cristianismo a introduzir o conceito do aborto, entendendo-se tratar da morte de um ser humano. Tal afirmação gerou, então, a discussão acerca do momento em que este adquiria alma, motivo pelo qual a punição era mais severa a partir da sexta à décima semana – um pequeno ser estaria perdido, morto sem haver ingressado pelo batismo no seio da Igreja. Tal distinção foi abolida a partir do século XVIII, entendendo-se o

318Carrara, *Programa del curso de derecho criminal*: parte especial. Buenos Aires: Palma, 1945, *apud* Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 6. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 286.

319Magalhães Noronha, *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 54.

320De todo o histórico, cfr.: Celso Papaleo, *Aborto e contracepção*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 22-24; Ivanildo Alves, *Crimes contra a vida*, Belém: UNAMA, 1999, p. 192-193; Hungria, *Comentários...*, cit., 1981, p. 269-270; Aníbal Bruno, *Crimes...*, cit., 1976, p. 157-160; Fernando Capez, *Curso de direito penal*, v. 2, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 110, este último com entendimento contrário com relação à Roma.

feto o produto da concepção, passando o aborto a ser definido como fato punido de forma universal. E mesmo eventuais liberações para a prática, como na Rússia, não vingaram por longos períodos.

No Brasil, o Código Criminal do Império não incriminava o aborto praticado pela própria gestante, mas sim aquele praticado por terceiro, havendo ou não consentimento da gestante. O Código de 1890 diferenciava os casos em que havia ou não expulsão do feto, havendo agravação no primeiro caso, inclusive se ocorresse o passamento da gestante em consequência do aborto ou dos meios utilizados; ainda, incriminava-se o aborto praticado pela própria gestante, mas que era atenuado se fosse praticado para ocultar sua própria desonra – o valor da honra da mulher era de alto apreço na sociedade da época, e, como já comentamos, os valores não são estanques, tanto que o aborto *honoris causa* veio a ser afastado no código seguinte.

Enfim, estamos diante de um tipo penal incluído no capítulo “Dos Crimes Contra a Vida” dentro do Título “Dos Crimes Contra a Pessoa”. Sendo o direito coerência, não é possível que em parte de seu ordenamento – civil – seja o nascituro mera *spes personæ*, ao passo que em outra parte do ordenamento jurídico – penal – seja considerado pessoa³²¹. Ou é pessoa para todo o direito brasileiro, ou não é. E em nosso entendimento, sempre o será.

4.4.1. Conceituação

Etimologicamente, aborto significa privação de nascimento, posto que *ab* corresponde à privação e *ortus* à nascimento. Abortamento indica a conduta de abortar, e aborto o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida.

O resultado objetivado pela conduta típica abortiva é pois a interrupção da gravidez, sendo que qualquer meio comissivo ou omissivo, material ou psíquico, poderá ser adotado para provocar, causar, produzir, promover o aborto, motivo pelo qual é este um crime de forma livre.

A prática do aborto por meios químicos dá-se através de substâncias orgânicas, como ingestão de ópio ou quinino, ou inorgânicas, mediante arsênico ou mercúrio. Por processos físicos temos os mecânicos, térmicos e elétricos; os mecânicos podem ser diretos, como o traumatismo do ovo por punção, deslocamento ou curetagem, por traumatismos do colo do útero, por traumatismos vaginais; os indiretos envolvem sangrias, banhos, quedas, até

³²¹Damásio de Jesus, *Direito penal*, v. 2: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 120, levanta tal questão, e ainda que demonstre partilhar o entendimento da teoria natalista, assume a tutela da vida da pessoa humana por nascer, para efeitos penais.

exercícios exagerados; térmicos englobam emprego de bolsas de gelo na parede do abdômen; elétricos poderão ser através de corrente farádica ou galvânica. Enfim, processos psíquicos mediante o susto, sugestão, choque, e assim por diante. Podendo ser cometido por meio de qualquer comportamento que ocasione o resultado morte do nascituro, não será necessária a expulsão violenta do mesmo do ventre materno³²², mas que sua aniquilação ocorra em qualquer momento anterior ao fim da gestação, ou melhor, antes do início do parto, momento em que poderá ocorrer prática de crime de infanticídio, ou mesmo homicídio³²³.

Assim, podemos conceituar aborto como a interrupção do processo fisiológico da gestação com a conseqüente destruição do produto vivo da concepção³²⁴.

4.4.2. *Espécies*

Dentre as espécies, o aborto pode ser: a) natural, onde ocorre a interrupção espontânea da gravidez³²⁵ e, como tal, é impunível; b) acidental, geralmente decorrente de traumatismo, como uma queda ou tombo, e é igualmente impunível; c) criminoso, delineado nos artigos 124 a 127 do Código Penal, a seguir analisado e; d) legal, ou consentido, que em nossa legislação encontra-se pormenorizado nas duas espécies delineadas do artigo 128 do mesmo Diploma, elucidados em sub-item seguinte.

Outras conceituações podem ser observadas³²⁶:

- quanto ao seu objeto: a) ovular, se ocorrido nas oito primeiras semanas, sendo

322Hungria, em seus comentários sobre o tema, aponta a definição de Tardieu: “expulsão prematura e violentamente provocada do produto da concepção, independentemente das circunstâncias de idade, viabilidade e mesmo de formação regular”, a contrapõe à de Carrara: “dolosa ocisão do feto no útero, ou a sua violenta expulsão do ventre materno, da qual resulte a morte”, para então afirmar que a configuração do crime decorre simplesmente da interrupção da gravidez, e que impor o requisito expulsão do feto poderia conduzir à perplexidade, em especial pelo fato de que há casos em que o feto, pelo processo de autólise, acaba por dissolver-se e ser reabsorvido pelo organismo materno. (*Comentários...*, cit., 1981, p. 287-8).

323O objeto jurídico do crime de infanticídio (artigo 123 do Código Penal) é o direito à vida, mas o tipo penal exige qualidade especial do sujeito ativo, que é ser mãe da vítima (o que não impede o concurso de agentes, nos termos da teoria monista, ou unitarista adotada pela legislação brasileira, e delineada nos artigos 29 a 31 do CP); qualidade especial do sujeito passivo, que é o neonato (o que acabou de nascer) ou nascente (que é morto durante o parto); uma relação de causalidade especial, que é o cometimento do crime, pela mãe, “sob a influência do estado puerperal”; e uma qualidade especial temporal, uma vez que o matar deve ocorrer “durante o parto ou logo após”. Durante o parto corresponde a todo o período relacionado ao parto, de seu início (que é no momento do rompimento do saco amniótico) ao término com a dequitação (desprendimento da placenta do útero materno). O “logo após” guarda relação com o puerpério, período que vai da dequitação até o retorno do organismo materno à circunstância pré-gravítica.

Assim, se a morte ocorre antes do início do parto, estaremos diante de aborto; se durante o parto ou logo após, e presente ao menos as elementares do tipo do 123, CP, estaremos diante de infanticídio; se não presentes as elementares do tipo, estaremos diante de homicídio.

324Aníbal Bruno, *Crimes...*, cit., 1976, p. 160.

325Ivanildo F. Alves, *Crimes...*, cit., p. 204, no que tange ao chamado aborto natural, afirma que cerca de 10% de mulheres grávidas abortam espontaneamente.

326Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 30-32.

que, como lembra Mirabete³²⁷: “Atualmente, grande número de países não mais incrimina o aborto quando provocado até o terceiro ou quarto mês de gravidez (Suécia, Dinamarca, Finlândia, Inglaterra, França, Alemanha, Áustria, Hungria, Japão)”, o que não ocorre no direito brasileiro; b) embrionário, até a décima-quinta semana; c) fetal, após tal data;

– quanto ao elemento subjetivo de sua prática: a) sofrido, praticado sem o consentimento da gestante; b) consentido, praticado com sua anuência; c) procurado, nos casos de auto-aborto;

– quanto à finalidade: a) terapêutico, se necessário para salvar a vida da gestante ou evitar-lhe enfermidade grave; b) sentimental, quando a gravidez for decorrente de estupro ou atentado violento ao pudor; c) eugênico, podendo ser utilizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável, mas que também pode ser praticado para aperfeiçoamento de uma raça³²⁸; d) econômico, praticado nos casos em que o casal ou a gestante não têm recursos para o sustento e educação do filho gestado; e) estético, para que a gestante não fique com o corpo disforme com a gravidez; f) *honoris causa*, para ocultar a gravidez da sociedade, preservando a honra da gestante.

Segundo preleciona Damásio de Jesus, “embora se fale comumente que o sujeito passivo é o feto, o Código não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto. É necessário, porém, que o objeto material seja produto de desenvolvimento fisiológico normal”³²⁹, uma vez que o aborto natural, que é a interrupção espontânea da gravidez, não é punido. A ausência de distinção apresentada pelo jurista depreende a tendência do Código Penal brasileiro em proteger o nascituro independentemente de sua fase de desenvolvimento fisiológico, demonstrando que todo ser intra-uterino já apresenta vida a ser resguardada.

Note-se que, para que se caracterize aborto, o feto expulso deverá ser produto fisiológico – ainda que apresente anomalias ou deformidades –, e não patológico, caso de gestações molares. Neste diapasão, Aníbal Bruno³³⁰: “A mola, por exemplo, que é um produto degenerado da fecundação de um óvulo, sem possibilidade de destino humano, não pode ser objeto de aborto”, e também Hungria³³¹: “Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que

327Julio Fabbrini Mirabete, *Manual de direito penal*, v. 2: parte especial. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62.

328Aníbal Bruno, *Crimes...*, cit., 1976, p. 175, lembra as leis de 14 de julho de 1933 e de 26 de novembro de 1935, baixadas na Alemanha do nacional-socialismo para prevenção de uma descendência marcada pela herança patológica.

329Damásio de Jesus, *Direito penal...*, cit., p. 122.

330Bruno, *Crimes...*, cit., p. 162.

331Hungria, *Comentários...*, cit., p. 298. Cfr. tb. Damásio, *Direito penal...*, cit., p. 122.

pudesse salvar a vida do feto, não há que se falar em aborto”.

O objeto jurídico tutelado no auto-aborto é o direito à vida do feto. No abortamento provocado por terceiro, além do direito à vida do que foi concebido, também se protege o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante³³². Todavia, Mirabete, ao tratar do sujeito passivo deste tipo penal, afirma que, ainda que a lei civil resguarde os direitos do nascituro, não é ele o titular do bem jurídico ofendido, mas sim o Estado ou a comunidade nacional³³³, sendo a mulher, quando o aborto é praticado sem seu consentimento, co-vítima. Discordamos da opinião do professor Mirabete, pois sendo o nascituro uma pessoa, e sendo o tipo penal enquadrado no capítulo de crimes contra a vida, evidente ser ele o titular do bem jurídico.

4.4.3. Abortos legais

Prevê o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 128:

“Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se quando incapaz, de seu representante legal.”

Mas diante do valor da dignidade da pessoa humana e do direito à vida do nascituro, seria lícita a prática de um aborto, mesmo que amparada pela lei? Nesse sentido, apresentamos ponderações do criminalista e professor de medicina legal Celso Papaleo, sobre o valor do feto:

“Esse embrião é um “devenir” em potência. Seu valor, no plano filosófico, é idêntico ao do ser já existente? Se assim é, não pode caber, de forma alguma, o aborto. Resulta esse um ato criminoso que não se justifica, a menos acarrete a presença do embrião perigo para a vida da mãe. Eis uma primeira postura, ao lado da outra: esse “devenir” não teria valor atual, mas o viria a ter mais tarde como pessoa, donde sua presença valer por seu futuro. Ainda aqui, se acolhe o direito de acesso à atividade pessoal reflexiva, legitimando-se o pleno desenvolvimento, asseverando-se ilícito impedi-lo. Pode, entretanto, registrar-se conflito entre o direito fetal, do ser em devenir, e o desenvolvimento equilibrado, sadio, do ser que o leva em si: são as consequências nocivas da gravidez sobre a gestante, físicas e psíquicas. Considere-se, quanto a essa negatividade, também as coincidentes com gravidez proveniente de estupro, assim como de contingências sócio-econômicas, ao lado de graves repercussões sobre o equilíbrio físico e moral da família. A vida do casal, por sua vez, tem de ser examinada, caso possa nascer uma criança deformada ou gravemente enferma. Sabe-se que as deficiências cromossômicas podem acarretar danos pesados ao feto, evitáveis apenas alguns. Tais eventualidades obrigam a exame na área do Direito.”³³⁴

Acerca do primeiro ponto apresentado, de ter o nascituro um valor igual ao de um ser

³³²Capez, *Curso...*, cit., p. 110.

³³³Mirabete, *Manual...*, cit., p. 63.

³³⁴Papaleo, *Aborto...*, cit., p. 37-38.

já nascido, concordamos com tal equivalência, motivo pelo qual não poderia ser admitido qualquer tipo de aborto uma vez estarmos diante de um ser humano com direito à vida a ser preservado. Mas, assim como ocorre com outros direitos fundamentais, há pontos de confronto, com conflito de direitos a serem resguardados, protegidos e garantidos, situação em que cada caso concreto deverá ser analisado para determinar-se a solução, que poderá, quiçá, acarretar na perda de uma vida, como a daquele que virá a nascer. Estaremos diante do mesmo valor – vida – a ser preservado, mas qual delas o será?

A escolha não deve ser tomada pela premissa de que não teria o nascituro valor atual, apenas alçado para o futuro. Ora, dentro da órbita familiar, abrangendo-se de forma direta os pais, mas também por extensão o resto da parentela (avós, irmãos, tios, primos), esse nascituro já apresenta valor no presente. Para estas pessoas, a criança já existe, é esperada, é aguardada. Sonhos já são traçados, expectativas lançadas, idealizações, esperanças. Com isso, e ainda que seu valor seja potência para o restante da sociedade com quem conviverá, não é possível afastar seu valor presente.

Existindo o valor já no presente, os casos em que esta vida seja obstada devem ser rigorosamente analisados, com ampla reflexão pela sociedade a ponto de se justificar a autorização do Estado para que uma vida se perca. E o artigo 128 do Código Penal apresenta uma reflexão parcialmente justificável, e dizemos parcialmente porque não abrange todos os casos concretos que se verificam nos dias de hoje, em especial diante dos avanços da medicina. Lembramos sempre que os valores do homem estão sempre em constante evolução, e fatores provenientes de outras áreas da ciência humana hão de influenciar os cientistas do direito, mas também os legisladores, como representantes da sociedade, na construção de normas que reflitam a ponderação dos valores alçados.

Dito isso, analisemos os casos atualmente previstos na norma acima transcrita, e que possibilitam a prática do aborto.

O caso do inciso I é o chamado aborto necessário ou terapêutico, realizado pelo médico quando a gestante correr risco de morte, inexistindo outro meio para salvá-la. Evidente estado de necessidade, mas sem o requisito de que o perigo seja atual, uma vez que a constatação de risco pode se dar, graças às técnicas de exame pré-natal, semanas ou meses antes da iminência da morte, daí o médico poder alertar a paciente, para que ambos tomem as providências legais a fim de realizar o abortamento legal. Exemplos práticos da ocorrência de tal dispositivo: casos de câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes.

Damásio entende que a permissão do aborto necessário decorre apenas quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, mas que não há autorização do Estado quando provocado a fim de preservar apenas a saúde da gestante³³⁵. Citando o direito comparado, Magalhães Noronha lembra que o código penal suíço faz tal ampliação, isto é, não é necessário o “risco de vida”, bastando que a enfermidade seja grave e permanente³³⁶. No mesmo diapasão, Hungria cita códigos que permitem tal prática, como o peruano, o mexicano e o argentino. Também na Inglaterra, Canadá e França o aborto terapêutico, para salvar a vida da gestante, não é considerado criminoso.³³⁷

Note-se, todavia, que o médico deverá intervir após parecer de dois outros colegas, lavrando-se ata em três vias, uma encaminhada ao Conselho Regional de Medicina, outra ao diretor clínico do hospital onde o aborto será praticado. A nosso ver, esta medida é indispensável pelo fato de que diagnósticos médicos decorrem de conjecturas, podendo não ocorrer certeza absoluta quanto ao perecimento da gestante. Se o Estado haverá de autorizar uma medida de extrema gravidade, posto infringir o direito à vida de um ser humano, que ele não seja tomado pela ponderação de uma única pessoa, por mais habilitada que seja. Ademais, não existisse a possibilidade de um profissional médico errar, não teríamos como fato punível o homicídio culposo decorrente de inobservância de regra técnica de profissão.

Quanto à concordância da gestante ou do representante legal, a mesma pode ser dispensada, se, por exemplo, a mesma estiver inconsciente e seus familiares impelidos por outros motivos que interfeririam no decidir sobre qual sacrifício acordar. Se mais não fora, o artigo 146, § 3º, I, do Código Penal autoriza a intervenção médica sem o consentimento se justificada por “iminente perigo de vida”.

Como aborda Fernando Capez acerca do aborto necessário ou terapêutico,

“há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. Não seria razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro.”³³⁸

Logo, com relação ao mesmo valor *vida* em análise, da gestante e da vida gestada, mas que acarretará a morte daquela, o princípio do interesse predominante foi o adotado e o homem, colocando-se no lugar de Deus, determinou a morte daquele que não merece morrer,

³³⁵Damásio, *Direito penal*, cit., p. 128.

³³⁶Noronha, *Direito penal*, cit., p. 64.

³³⁷Hungria, *Comentários...*, cit., p. 309.

³³⁸Capez, *Curso...*, cit., p. 124.

em sacrifício para que não se percam duas vidas.

Mas podemos dizer que as duas vidas efetivamente se perderiam? Maria Helena Diniz defende haverem outros meios que não o aborto para salvar a vida da gestante³³⁹. Nesse sentido, trás diversos exemplos de casos em que, mesmo a gestante com graves doenças, as quais conduziriam com alta probabilidade a sua morte, é possível salvar-se a vida de mãe e filho com um tratamento adequado, ou ainda, que o aborto em nada auxiliou a recuperação. Por exemplo: gestantes portadoras de estenose mitral com sinais de descompensação, se convenientemente tratadas, suportariam a gravidez sem risco; uma cirurgia cardiovascular em gestante portadora de cardiopatia grave poderia salvar a vida de ambos, apenas aconselhando-se que a intervenção espere o terceiro mês de gestação; a autora cita Jérôme K. Urban, cancerologista, que afirmara o aborto em nada melhorar o prognóstico das gestantes onde fora identificado carcinoma da mama e do colo uterino, aconselhando o tratamento adequado de forma adaptada; o mesmo no caso de tuberculose pulmonar da gestante, em que tratamento por antibióticos e por quimioterapia garantiriam a vida de ambos.

Com efeito, se nos dias de hoje é possível realizar com sucesso intervenções cirúrgicas no próprio feto em gestação, podemos afirmar caminhar para um momento em que as ciências médicas possibilitarão tratamentos para resguardar ambas as vidas. E ambas as vidas devem ser preservadas, sempre que possível.

Lembramos que o Código Penal vigente foi elaborado pelo legislador de 1940³⁴⁰, e a medicina da época não vislumbrava as soluções que encontramos no século XXI. Tomemos o caso da embriotomia – que Magalhães Noronha defende no caso de aborto terapêutico para salvar a vida da mãe³⁴¹ –, que envolve as cirurgias destrutivas do feto, com propósito cirúrgico de reduzir o tamanho da criança ainda no útero, permitindo o parto vaginal de uma criança muito grande para passar pelo canal do parto. Tal procedimento cirúrgico é realizado quando parte do corpo do feto já saiu pelo canal do parto, mas o restante permanece preso no interior do útero, motivo pelo qual não se torna possível retirar o feto por incisão na mãe, sem acarretar riscos ainda maiores para esta. Ainda que a doutrina médica apresente duas hipóteses em que a embriotomia seja praticada em feto vivo (mediante punção com agulha na

³³⁹Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 53-55.

³⁴⁰Na exposição de motivos da parte especial do Código Penal, Francisco Campos assim asseverou “mantém o projeto a incriminação do aborto, mas declara penalmente lícito, quando praticado por médico habilitado, o aborto necessário, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender”.

³⁴¹Noronha, *Direito penal*, cit., p. 63.

hidrocefalia ou através de fratura da clavícula ou braço³⁴²), nos dias de hoje, com o avanço das ciências médicas, o procedimento é tolerado apenas nos casos de feto morto, ou tão deformado que a sua sobrevivência seja impossível. Ademais, os riscos para a mãe seriam tão grandes – perigo de laceração da vagina, colo e útero, fístulas para a bexiga ou reto, ruptura uterina, hemorragia por laceração, infecções, ou riscos decorrentes da anestesia profunda prolongada – e desagradáveis que a cirurgia é raramente utilizada. Em suma, uma prática cirúrgica extremamente drástica vem sendo minorada, tanto pelos avanços da própria ciência, como pela ponderação de seus malefícios à gestante e ao nascituro.

Passemos ao segundo caso de aborto legal permitido pela legislação brasileira, que envolve a problemática do aborto sentimental, decorrente de estupro. Sua prática foi tolerada pela sociedade após os abusos de violência sexual praticado ao longo das duas grandes guerras do século passado, sendo que a intervenção abortiva fora adotada como solução resultante de tal violência³⁴³. Atente-se que, se a gravidez decorreu não de estupro, mas de atentado violento ao pudor (artigo 214, CP), também aplicar-se-á tal dispositivo, isentando-se o agente, frente à analogia *in bonam partem*.³⁴⁴

Qual a justificativa dada pelos penalistas? Em suma, podem ser resumidas pela assertiva trazida por Fernando Capez: “O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar”³⁴⁵. Por outro lado, temos por desproporcional a conclusão de Mirabete, no sentido de que “freqüentemente o autor do estupro é uma pessoa degenerada, anormal, podendo ocorrer problemas ligados à hereditariedade”³⁴⁶.

De ante mão nos posicionamos completamente contrários a tal prática abortiva.

Suponhamos a situação em que uma pessoa que se envolve amorosamente com uma mulher, tão logo descobre a gravidez da parceira, a abandona porque não queria a responsabilidade decorrente do ato sexual. Ainda que a cópula tenha sido produto de amor, esta mulher gestará uma criança fruto de decepção, pois fora abandonada, mas jamais se cogitaria ou aceitaria que abortasse. A integridade psíquica da gestante foi atingida, é certo que com uma intensidade diferente da decorrente de um ato de violência como o coito sem

342Oxorn, *Trabalho de parto*, 5. ed, Roca, p. 742.

343Bruno, *Crimes...*, cit., p. 173.

344Damásio, *Direito penal...*, cit., p. 128.

345Capez, *Curso...*, cit., p. 125; no mesmo sentido falou Hungria a favor, sendo interessante a citação atribuída a Bunding, de profundamente iníqua “a terrível exigência do direito de que a mulher suporte o fruto de sua involuntária desonra” (*Comentários...*, cit., p. 312).

346Mirabete, *Manual...*, cit., p. 69.

consentimento, mas não menos frustrante para seu íntimo.

Os partidários do aborto entendem que a interrupção da gestação, nos casos em que a mulher tenha um abalo em seu direito à integridade psíquica e emocional, seria uma analogia em benefício da parte lesada, o que não é aceito porque um aborto legal é excludente de ilicitude.

Entendemos que a melhor alternativa seria o acompanhamento da gestante por todo o período gravítico de um psicólogo profissional, fornecido gratuitamente pelo Estado – que deve resguardar a saúde e o bem-estar da população –, medida esta, aliás, atualmente prevista no § 5º do artigo 201 do Código de Processo Penal: “Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado”. Esta medida servirá para que a gravidez não seja vista como uma “pena” para a vítima, mas a possibilidade de tutela e resguardo de um inocente, que não é culpado pela prática criminosa de seu pai.

Outrossim, o Estado poderia garantir, com o consentimento voluntário da gestante, que a criança seja encaminhada para adoção tão logo o parto seja realizado, possibilitando a proteção integral ao menor, que teria a oportunidade de uma vida digna em família que o deseje, resguardando-se também a integridade da vítima, que não pretendia ser mãe em decorrência da violência contra ela praticada.

4.4.4. Abortos criminosos quanto à finalidade e os alvarás judiciais

Citamos que dentre as classificações do aborto temos o critério da finalidade, que abrange os já analisados abortos permitidos terapêutico e sentimental, e também os criminosos econômico ou social, estético, *honoris causa* e eugênico, agora digressados.

Iniciemos a análise com o aborto social, realizado para impedir que se agrave a situação de penúria ou miséria da gestante, o que não se configura como justificativa para tal ato. Há os que defendem, todavia, tal prática, argumentando ser legítima a prática abortiva em face da explosão demográfica, da escassez de alimentos que levariam à fome mundial, ou da impossibilidade econômica da gestante, que entendendo não ter condições de sustentar uma criança, submete-se a práticas abortivas em locais anti-higiênicos ou com métodos que colocam sua própria saúde e vida em risco.

Afirma Aníbal Bruno que “não se pode ver na hipótese de um estado de necessidade a ser tomado em consideração pelo Direito Penal, sobretudo em vista do extraordinário valor

do bem a ser sacrificado, mesmo que não se introduza no conceito do estado necessário a influência de um balanço comparativo dos bens”³⁴⁷.

Com efeito, a fragilidade do argumento de prática do aborto para controle populacional é ofensiva ao princípio fundamental de nossa República: a dignidade da pessoa humana que está sendo gestada e que tem o valor supremo da vida a ser resguardado. Ademais, não seria tal prática abortiva um escape à responsabilidade do Estado em desenvolver políticas sociais para o crescimento controlado de seus cidadãos, ou na educação dos mesmos para que tenham uma paternidade responsável? Em países em que foi autorizado tal aborto, como a antiga URSS, não se verificou qualquer melhora para a sociedade, tanto que a licitude foi momentânea e logo veio a ser afastada.

O mesmo se diga do ridículo argumento de que a fome que assola regiões do país e do mundo possa ser combatida, impedindo-se que novos seres humanos nasçam. Medida meramente paliativa, fugaz, e que não garantiria a eliminação da fome, somente solucionada com políticas sociais do Estado, avaliando onde poderiam ser cultivadas novas áreas de plantio num país de dimensão continental como o Brasil, repleto de áreas que não correspondem a sua função social. Ainda, lembramos a errônea distribuição de alimentos no Brasil e no mundo, valendo destacar ponderações do nobel em ciências econômicas Amartya Sen, quanto a crises envolvendo a fome coletiva e a forma para eliminar a fome no mundo moderno. Ensina o economista que

“A fome relaciona-se não só à produção de alimentos e à expansão agrícola, mas também ao funcionamento de toda a economia e – até mesmo mais amplamente – com a ação das disposições políticas e sociais que podem influenciar, direta ou indiretamente, o potencial das pessoas para adquirir alimentos e obter saúde e nutrição. (...) Subnutrição, fome crônica e fomes coletivas são influenciadas pelo funcionamento de toda a economia e de toda a sociedade (...) O potencial para comprar alimentos tem de ser adquirido.”³⁴⁸

Tal potencial decorre de circunstâncias econômicas como emprego, taxas salariais, prestação de serviço, estabelecimento de um nível mínimo de rendas e intitlamento para pessoas afetadas por mudanças econômicas como o desemprego, pelo planejamento de incentivos de preços sensatos, pelo encorajamento de novas técnicas com especialização de mão-de-obra e produtividade, etc. Em suma, a problemática da fome é solucionada com política pública e não pela prática abortiva, posto que entre fome e gravidez não existe nexo.

No mesmo diapasão, se a mulher não apresenta condições para prosseguir com a gestação, ou se a família não tem condições suficientes para sustentar outra criança, este

347Bruno, *Crimes...*, cit., p. 176.

348Sen, *Desenvolvimento...*, cit., p. 190.

problema há de ser resolvido por medidas de ordem social e educacional. Social porque o Estado tem o dever constitucional (art. 196) de reduzir o risco de agravos à saúde, em caráter universal e igualitário, com a promoção, proteção e recuperação, e mediante políticas sociais e econômicas.

Ora, já mencionamos que o artigo 8º da Lei nº 8.069/90 assegura à gestante, mediante o Sistema Único de Saúde, o amplo atendimento pré e perinatal, o que, em verdade, visa resguardar a própria pessoa do nascituro. Assim, se por dificuldades econômicas a gestante não tem condições para arcar com o acompanhamento médico na fase gestacional, o Estado a resguardará, amparando sua situação desabonada. E, mesmo após o parto, o Estado brasileiro também vem adotando políticas de proteção aos desamparados, concedendo bolsas-família, para que tais pais possam dar sustança a seus infantes. Se mais não fora, relembramos que a Lei nº 11.804/08 prevê alimentos gravídicos, para que o futuro pai ajude a gestante a cobrir as despesas adicionais do período de gravidez.

Todavia, temos que ter em mente que a esses pais também é devida uma política educacional, para que tenham consciência da responsabilidade na escolha de ter filhos, para que entendam o conceito de paternidade responsável.

Vimos também o argumento de que as mulheres sem condições se valeriam de práticas abortivas clandestinas, que poderiam acarretar em abortos mal realizados, decorrentes de recursos caseiros como a introdução de objetos pontiagudos no próprio ventre, resultando em hemorragias, infecções generalizadas, esterilidade irreversível, ou até a morte³⁴⁹. Em verdade, entendemos que em tal argumento está inserido outro: o de que as mulheres teriam um direito ao próprio corpo, igualmente um direito da personalidade e cláusula pétrea na Constituição. Por tal linha de pensamento, a decisão de abortar recairia tão somente a elas, pois detentores do próprio corpo, possibilitando com isso o abortamento estético, o *honoris causa* e o eugênico. Defensora de tal vertente, elucida Sílvia Pimentel:

“A partir das Conferências do Cairo e Beijing, a comunidade internacional passa a reconhecer expressamente o aborto em condições inseguras (empírico) como um grave problema para a saúde pública e recomenda aos governos que considerem a possibilidade de reformar as leis que estabelecem medidas punitivas contras as mulheres que se submeteram a abortos ilegais, assim como de garantir para as mulheres, em todos os casos, o acesso a serviços de qualidade para o tratamento das complicações derivadas dos abortos.”³⁵⁰

Como se nota, as defensoras da legalização do aborto entendem que, a partir do momento em que o Estado brasileiro ratificou em 1.984 a Convenção sobre a Eliminação de

349Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 76-77.

350Silvia Pimentel, *Direitos sexuais, direitos reprodutivos e direitos humanos*. Lima: CLADEM, 2002, p. 163.

todas as formas de Discriminação contra a Mulher, aprovada pelas Nações Unidas em 1.979, após a proclamação de 75 como Ano Internacional da Mulher, a criminalização da prática abortiva consistiria em discriminação contra a mulher. Assim estabelece o artigo 1º da Convenção:

“Para fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

Afirmam as defensoras do aborto que, ao incorporar esta norma internacional, os Estados-partes assumem os deveres previstos no artigo 2º da Convenção, dos quais apontamos os previstos nas alíneas “f” e “g” da CEDAW:

“f) adotar todas as medidas adequadas, inclusive de caráter legislativo, para modificar ou derrogar leis, regulamentos, usos e práticas que constituam discriminação contra a mulher;

g) derrogar todas as disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.”

Nota-se que a Convenção tem um duplo propósito: eliminar a discriminação e assegurar a igualdade, refletindo a visão de que são as mulheres detentoras dos mesmos direitos, oportunidades, garantias asseguradas aos homens. Estamos pois diante das seguintes questões: É o crime de aborto uma forma de discriminar a mulher? Legalizar o aborto é uma forma de cumprimento da Convenção?

Sílvia Pimentel entende que sim, com base na prática clandestina do aborto sob condições insalubres, decorrente de insuficiente educação sexual e reprodutiva à população, assim como da impossibilidade de acesso aos serviços básicos de saúde e planejamento familiar, apresentando-se sob a forma de duas discriminações:

“A opção de manter vigentes as disposições que criminalizam a prática do aborto consentido em nossos países é duplamente discriminatória, porque fere a autonomia, os direitos humanos e a liberdade fundamental de todas as mulheres, ou porque afeta de maneira diferente as mulheres conforme seus recursos (econômicos, educativos, de domicílio rural ou urbano, etc), discriminando aquelas que, por falta de meios ou condições suficientes, se vêem obrigadas a recorrer a um aborto inseguro, com o qual se viola o princípio de justiça e igualdade.”³⁵¹

Com o devido respeito ao entendimento exposto, mas o mesmo é que se configura evidentemente discriminante. Lançar o foco da discussão apenas sobre os direitos fundamentais das mulheres torna-se inadequado e preconceituoso, uma vez que duas outras pessoas são afastadas da discussão. A primeira delas é o marido, companheiro, ou homem

³⁵¹Pimentel, *Direitos...*, cit., p. 165.

que, com responsabilidade e consciência, copulou com a mulher e com ela gerou uma vida. Esse homem não teria o direito de ser pai? Não teria o direito de opinar sobre que rumos tomar acerca do ser em gestação, no sentido de proteção, resguardo, dedicação, segurança? Seria o homem um mero doador de semente, que após seu serviço como “macho reprodutor” deve se afastar da cena, deixando as questões sobre a gestação totalmente a critério da mulher? Somente a mulher terá o direito e as obrigações decorrentes do poder familiar?

Entendemos que não; as decisões devem ser tomadas sempre conjuntamente, por homem e mulher, justamente pela ocorrência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, vislumbrados na norma do § 7º, do artigo 226, da Constituição Federal, no sentido de que o “planejamento familiar é livre decisão do casal”. Nesse sentido, citamos o artigo 2º da Lei nº 9.263, de 12.01.96, que assim dispõe: “para fins desta lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.

Quem opta pela quantidade de filhos, o período de tempo entre cada filho, a forma como terão seus filhos (pela via natural ou por inseminação artificial, homóloga ou heteróloga), os métodos de contracepção, entre outros fatores, deve ser sempre o casal. Note-se que o planejamento familiar decorre do poder familiar, previsto no artigo 1.631 do Código Civil, o qual compete, nos casos de casamento ou união estável, a ambos os pais: homem e mulher. A exclusividade ocorre apenas com a falta de um deles, e, ainda assim, tal norma há de ser vista com critérios, isto é, sem que ocorra ofensa aos ditames constitucionais.

Entendemos, aliás, ser este o momento oportuno para firmarmos nossa posição de que o poder familiar deve decorrer da livre iniciativa do casal, e não de imposições externas. Ainda que o homem formule em seu interior os valores que regerão seus pensamentos e ideais, os quais, como vimos, são influenciados pelos valores culturais, sociais, históricos, isto não significa que deverá sujeitar-se a orientações ditatoriais. Assim, por exemplo, a teoria moral-teológica católica apostólica romana, com a determinação de que a infertilidade só possa ser praticada por meios “naturais”, qual a “abstenção periódica”, e que implica na proibição de técnicas anticoncepcionais como a camisinha e a pílula, configuram-se como afronta ao princípio da paternidade responsável³⁵². Destaque-se, no entanto, que a crítica a

³⁵²Paul Eugène Charbonneau, ainda que católico, demonstra grande lucidez em sua crítica à postura vigente, alegando que no trato da moral conjugal muitos clérigos estão apresentando postura moralista e farisaica, elucidando seu entendimento com o seguinte irônico diálogo: “Casal – Padre, nós não podemos mais ter filhos, que fazer?; Padre – Pratiquem a continência periódica; – Isto é impossível, porque minha esposa não

este posicionamento moralista é encontrado dentro do seio da própria igreja, como vemos no enunciado do bispo de Birmingham, Dr. Barnes: “É imoral evitar a descendência por motivos egoístas, porém, não menos imoral é pôr no mundo mais e mais crianças, sem que exista a possibilidade de boa educação para as mesmas.”³⁵³

Mas não apenas a igreja interfere no princípio da paternidade responsável e planejamento familiar, o Estado também o faz nos países que discriminam o nascimento de crianças do sexo feminino sob pretexto de questões culturais e patrimoniais. Giovanni Berlinguer destaca tal desvalorização, onde os progressos da ciência e a aquisição de direitos como o aborto legalizado conduzem ao paradoxo “que as verdadeiras ou pressupostas vantagens de uma mulher, a mãe, são usadas através de seu corpo, com o constrangimento ou o consentimento, para impedir que outra mulher venha ao mundo, sendo avaliada de menor valor econômico com relação ao nascido macho”, daí a estatística de elevado número crescente de busca de clínicas especializadas, na Índia e China, para verificar com antecedência o sexo do nascituro³⁵⁴.

É este tipo de interferência que implica em discriminação contra as mulheres, mas o mesmo não pode ser tomado como regra. Demonstramos que dentro da própria igreja há opiniões divergentes, e o mesmo se diga quanto aos Estados-partes signatários da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher. Ainda que este instrumento tenha sido o que mais recebeu reservas dentre as Convenções internacionais de direitos humanos, não teve diminuída sua importância. Maria Isabel Plata cita o exemplo das mudanças ocorridas na Colômbia a partir da ratificação da Convenção³⁵⁵: em 1.991 promulgou-se nova Constituição, incorporando muitos princípios e direitos das mulheres, criou-se nova política e leis para a saúde das mulheres, tanto no ambiente de trabalho, como familiar, e, nesse sentido, que os programas de planejamento familiar não sejam coercitivos, nem discriminatórios, mas que respeitem os direitos humanos e os valores individuais e culturais, sendo que o Programa Profamilia, desenvolvido pelo Governo, proporciona um

tem o ciclo regular; – Não resta, então, senão a continência absoluta; – Mas, como a conseguiremos?; – Pela graça dos sacramentos; – Mas nós fraquejaremos, bem o sabemos; – O firme propósito é indispensável. Nada há a fazer, se vocês continuarem a pecar; – Assim, o senhor nos recusa o acesso aos sacramentos; – Não seria possível de outra forma, já que vocês não tem o firme propósito” (*Limitação dos nascimentos*. São Paulo: Duas Cidades, 1965, p. 28).

353Barnes *apud* Ervin Wolffebüttel, *A regularização científica da natalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Globo, 1952.

354Giovanni Berlinguer, *Questioni di Vita: Etica, scienza, salute*. Torino, 1991, p. 111.

355Maria Isabel Plata, Reproductive Rights as Human Rights: The Colombian Case. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, n. 1, p. 99-116, jan/jun 1995.

debate entre pais com médicos e profissionais da saúde para uma consciência quanto aos direitos reprodutivos e planejamento familiar.

O exemplo prático trazido por Maria Isabel Plata derruba a assertiva de que há altas taxas de abortamento nos países que criminalizam o aborto pelo fato do mesmo ser nestes proibido. Ora, entendemos que não é porque na Holanda, onde o aborto não é considerado delito, onde existem serviços de aborto gratuitos, e onde a população conta com um amplo e efetivo acesso aos anticoncepcionais e serviços de saúde, que as taxas de abortamento sejam baixas³⁵⁶. Não é a liberação da prática que justifica sua baixa taxa de ocorrência, mas a educação da população e a criação de programas factíveis de planejamento familiar. Como afirmava Aníbal Bruno: “O problema pode e deve ser resolvido por medidas de ordem social que facultem à mulher as condições que lhe permitam cumprir sua maternidade de tão relevante interesse social e humano”³⁵⁷. Mas a sócio-educação não produz efeitos imediatos, muitas vezes os resultados se verificam apenas na geração seguinte. Logo, o que ofende os direitos humanos fundamentais e a promoção da justiça social não é a criminalização do aborto, ao contrário, é sua liberação sem a conscientização de planejamento familiar.

Sem que haja preponderância de apenas um sexo, seja homem, seja mulher, mas que com coerência, diálogo, e uma educação social, o casal venha a tomar suas decisões sobre a família é que entendemos ser a postura adequada para que a paternidade responsável e o princípio da dignidade da família e da pessoa humana venham a ser alcançados. Por esse motivo, entendemos que a gestação no direito brasileiro não pode ser afastada da opinião do homem. Ressaltamos que não defendemos qualquer forma de imposição da opinião do homem sobre os direitos reprodutivos do casal, mas sim que todas as decisões referentes à família sejam tomadas por ambos: homem e mulher com a igualdade que receberam da cláusula pétrea do artigo 5º da CF, com o resguardo do primado da dignidade de pessoa humana, e com a aplicação das disposições previstas na Lei nº 9.263/96 e do Código Civil.

Pois bem, afirmamos a pouco que o entendimento de que a discriminação do aborto “fere a autonomia, os direitos humanos e a liberdade fundamental de todas as mulheres” é que se constituía em dupla discriminação, contra duas pessoas. A primeira delas, contra o homem, foi abordada nos parágrafos acima. A segunda delas refere-se ao nascituro.

Que é o nascituro pessoa, já reiteradamente nos manifestamos. Como tal, detém o direito fundamental à vida, com igual proteção a de qualquer outro ser humano. Relegar sua

356Pimentel, *Direitos...*, cit., p. 165-166.

357Bruno, *Crimes...*, cit., p. 177.

vida à vontade exclusiva da gestante é relegar sua própria pessoa, é rebaixá-lo a coisa, a *res*, é trazer de volta a superada dilação de ser parte das vísceras da mulher. Com efeito, não é possível afastar a simbiose que existe entre mãe e filho, diante de todas as experiências que este assimila dela, tanto quanto a emoções, como também aos elementos de origem orgânica. Mas os mesmos direitos humanos alegados pelas feministas, de serem merecedoras de respeito e igualdade, também acompanham os nascituros, conforme previsto na Convenção sobre os direitos da Criança e Convenção Americana de Direitos Humanos.

Aquela criança em gestação está cumprindo seu papel: desenvolver-se no ambiente saudável do útero materno para alcançar os desafios da vida extra-uterina, onde continuará desenvolvendo-se até seu termo final. O mistério por detrás de sua criação, e que implica na gestação pela mulher, não é óbice para o respeito a sua pessoa, ou seja, não é aceitável que uma pessoa já consciente de suas decisões e atos por mera arrogância venha a extirpar a vida de um ser humano indefeso, que não tem condições e meios de manifestar a defesa de seus direitos. A mulher tem direito a seu próprio corpo? Respondemos positivamente. Mas esse direito ao próprio corpo possibilita que matem o ser em gestação? De maneira alguma, porque o nascituro não é um órgão interno da mãe, não é um membro que irá se destacar com o parto, ele é um ser vivo que apenas se desenvolve naquele ambiente interno materno. Mas não tem a mulher o direito de escolher ser, ou não mãe? Com efeito que sim, já mencionamos que ela tem direito de escolher quando exercerá a maternidade, quanto será o tempo de espera entre um filho e outro, os modos como se precaverá. Mas todas estas escolhas são anteriores ao fato “gravidez”. Uma mulher solteira tem as opções de ter uma vida com liberdade sexual ou com abstinência, mas suas escolhas hão de ser tomadas com consciência, pois a partir do momento em que engravida, o direito do nascituro há de ser igualmente verificado e respeitado.

Esta linha de raciocínio pró-aborto, de autonomia das mulheres quanto a seu próprio corpo, também é fortemente utilizada nos abortos estético e *honoris causa*.

O aborto estético é o praticado pela mulher que não quer ter seu corpo “disforme” em virtude da gravidez. A alteração física, estética, deveria ser suplantada pela alegria e pelo amor de ter em seu interior uma vida, que como pessoa é a mais digna das criaturas, e nas palavras de Alfonso Garcia Rubio “é o que há de mais perfeito em toda a natureza”³⁵⁸. Este tipo de aborto é abjeto, ignóbil, desprezível, atitude de profundo egoísmo de uma pessoa

³⁵⁸Alfonso Garcia Rubio, *Teologia da libertação, política ou profetismo*, São Paulo: Loyola, 1983, p. 49 *apud* José Adriano, Direitos Humanos e Dignidade. *Revista de Cultura Teológica*, São Paulo, ano IV, nº 14, p.7-12, jan/mar 1996.

arrogante e que não tem qualquer respeito pelo seu semelhante. Constitui-se uma afronta total à dignidade da pessoa humana, ao valor da vida, e uma desvirtuação do direito da personalidade ao próprio corpo.

Já o aborto *honoris causa* é praticado para ocultar a gravidez do restante da sociedade, com a intenção de preservar a honra e reputação social da mulher, geralmente praticado por solteiras ou adúlteras. Lembramos que uma mulher tem direito de precaver-se da maternidade, utilizando-se métodos anticoncepcionais; logo, se uma mulher solteira quer ter uma vida sexualmente ativa, com um ou vários parceiros, deverá resguardar-se antes da cópula, não se justificando o aborto para preservar sua reputação. Se mais não fora, uma mulher solteira que porventura engravide não é mais vista pela sociedade como mulher desonrada – o valor de resguardo sexual da mulher alterou-se de forma que, já em 1.940, o Código Penal eliminou tal permissão abortiva. Aliás, algumas mulheres que optam pela “produção independente” são até mesmo reverenciadas por nossa sociedade atual, que sequer ponderam se a criança fruto dessa gestação terá sua saúde mental e psicológica preservada, já que crescerá ausente da figura paterna.

Por sua vez, a mulher que descumpre o dever de fidelidade recíproca previsto no artigo 1566, I, do Código Civil não deveria utilizar-se de medida abortiva, brutal e ofensiva à vida humana, para esconder seu adultério. Ninguém é obrigado a permanecer casado ou junto de alguém que não ama. O respeito e consideração para com o cônjuge ou companheiro deveria levar ao reconhecimento de que a relação chegou ao seu fim, buscando a dissolução. Deixemos de lado o quesito culpa, pois na prática nenhum relacionamento termina por postura unilateral de um dos envolvidos, e consideremos que a comunhão de vida tornou-se impossível de continuar. Sem o fardo do adultério (que permanece como ilícito civil) esta mulher poderia buscar um novo amor e engravidar desse novo relacionamento, e não seria mal vista por nossa sociedade. Todavia, se, optando pela continuidade do casamento ou da união estável, engravidar de um terceiro e praticar o aborto, a sociedade não entenderá tal prática como lícita, pois a ótica não estará mais voltada para a ocultação da desonra, do contrário, reconhecerá tal atitude como criminosa em face da espúria e covarde decisão de matar um inocente ao invés de adotar a prática, cada vez mais célere e simples, da dissolução da sociedade.

Por fim, analisemos a grande problemática envolvendo o aborto eugênico.

O argumento mais utilizado pelos defensores de tal aborto pode ser resumido nas

palavras de Tailson Pires Costa³⁵⁹: “não é digno que uma mulher gestante aguarde durante o período de nove meses para organizar o velório do próprio filho, em vez de comemorar seu nascimento saudável, junto aos demais familiares”.

Deve-se ter cuidado com tal assertiva, pois transparece o erro de que todo aborto eugênico ocorre porque a criança gestada não sobreviverá. Na realidade, este aborto pode ocorrer em situações de eugenia, que nos termos de Stella Maris Martínez é a “melhoria da espécie humana, seja eliminando os caracteres genéticos indesejáveis ou incrementando na descendência o número de componentes hereditários apreciados”³⁶⁰ – o que é simplesmente abominável –, mas também quando se identifica anomalias fetais já nos primeiros meses de gravidez em decorrência das novas técnicas de diagnóstico pré-natal. Comumente, lembra-se apenas da anencefalia, má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, mas, como destacam em artigo conjunto Victor Bunduki e outros³⁶¹, diversas são as malformações do sistema nervoso central: exencefalia, espinha bífida, holoprosencefalia, agenesia do corpo caloso, as anomalias da fossa posterior e a hidrocefalia, sendo que William Dobyns também destaca a lisencefalia³⁶², e podemos citar também anomalias cromossômicas, do sistema urinário, cardíacas...

Em 17.06.04, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS distribuiu no Supremo Tribunal Federal a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, com relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, requerendo a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, para declarar inconstitucional a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto nos casos de gravidez de feto anencefálico por suposta afronta dos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da legalidade, liberdade e autonomia da vontade (art. 5º, II) e do direito à saúde (art. 196 a 200)³⁶³.

Como se nota, a Corte Suprema do país deverá decidir esta polêmica decisão. O Ministro Marco Aurélio deferiu, em julho/04, liminar reconhecendo o direito constitucional

359Tailson Pires Costa, *Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal*, São Paulo: Fiuza Editores, 2004, p. 23.

360Stella Maris Martínez, *Manipulação genética e direito penal*, São Paulo: IBCCRIM : Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998, p. 238 apud Frediano José Momesso Teodoro. *Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 189.

361Bunduki, O diagnóstico..., cit., p. 159-163.

362William B. Dobyns et al, Lisencefalia – malformação cerebral humana associada com deleção do gene LIS1 localizado no cromossomo 17p13,

363Petição inicial da ADPF nº 54, subscrita pelo Dr. Luís Roberto Barroso disponível no sítio do STF: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=54&processo=54>>

de gestantes que decidam realizar operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, o que para o relator da ADPF não configuraria aborto, posto que manter esse tipo de gestação “resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina”, determinando, ainda, o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado sobre a matéria, “diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados”. Mas, em sessão de 20.10.2004, o Plenário decidiu não referendar a liminar, com efeitos *ex nunc*, mantendo-se a suspensão e sobrestamento dos feitos³⁶⁴. Referido processo teve audiências públicas no ano de 2008, sem contudo ter-se iniciado o julgamento do mérito.

Enquanto o mesmo não ocorre, para uma mulher conseguir o aborto com fins eugênicos é imprescindível seu ingresso na justiça para requerer um alvará judicial que permita tal prática. Frediano Teodoro³⁶⁵ cita números emprestados de duas pesquisas realizadas pelo Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo³⁶⁶, que expõem os 263 pedidos de alvará judicial para interrupção seletiva da gravidez, em levantamento entre agosto/96 a junho/99, cujas causas eram: erros de fechamento do tubo neural – anencefalia (104) e outras formas correlatas (9), malformações congênitas múltiplas (39), anomalias do sistema urinário (34), anomalias cromossômicas (24), anomalias ósseas (17), erros de fechamento da linha média (10), hidropisia fetal (5), anomalia cardíaca congênita (3), asplenia (2), bridas amnióticas (2), gemelaridade imperfeita (1), síndrome da rubéola congênita (1), e sem informação (12).

Maria Helena Diniz pondera acerca da utilização destes alvarás judiciais, onde invariavelmente os magistrados procuram responder à questão “como justificamos o agir?”. Ocorre que, segundo lembra a autora, há “inconsistência jurídica do pedido de autorização judicial para aborto eugênico, pois nenhum juiz está autorizado a permitir a prática de um delito, cabendo-lhe indeferir *in limine* o pedido, devido a sua impossibilidade jurídica, por falta de amparo legal”³⁶⁷. Com propriedade, indaga não serem tais alvarás um precedente para que magistrados se pronunciem em casos similares e não permitam o aborto por outro motivo que entendam suscetível de sustentar a interrupção seletiva da gravidez. Ainda, é possível

³⁶⁴Notícias STF, 01.07.2004 e 20.10.2004 in <<http://www.stf.jus.br>>

³⁶⁵Teodoro, *Aborto...*, cit.

³⁶⁶De autoria dos médicos Marco Valentin Frigério, Ivan Salzo, Silvia Pimentel e Thomaz Rafael Gallop, publicadas na *Revista da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal*, volumes 7 e 8.

³⁶⁷Diniz, *O estado atual...*, cit., p. 48-9.

elaborar, cientificamente, um rol de patologias incuráveis para justificar tal abortamento? E se uma moléstia for tida como incurável no momento do diagnóstico, mas a cura for algo possível nos anos seguintes, poder-se-ia admitir tal aborto? É possível descartar o erro médico no exame fetal que constataria a patologia incurável? O aborto seletivo não seria uma afronta à dignidade da pessoa humana? Esta acaso depende da viabilidade da pessoa para se manifestar?

Evidentemente que esta questão é tormentosa e merece ampla ponderação. Porém, exclusivamente no caso dos fetos anencefálicos, e que, como vimos, sua constitucionalidade será apreciada pelo STF, entendemos ser possível o abortamento. Estaria nosso posicionamento sendo contraditório com o quanto defendido no presente trabalho? Entendemos que não, e para tanto repisamos pontos asseverados no tópico 2.3.3: 1) o início da vida se dá com a concepção, com a fusão do patrimônio genético da célula-ovo e do espermatozóide, a partir deste momento o desenvolvimento do nascituro é contínuo, interno, gradual e coordenado; 2) se a vida começa com a concepção, logicamente resta afastada a proposição de que o termo inicial seria com o desenvolvimento neurofisiológico das estruturas cerebrais e nervosas da placa neural; 3) o termo final do ser humano é a morte cerebral, sendo possível, no entanto, a manutenção do organismo biologicamente ativo por meio de máquinas e drogas, o que não implica em perpetuação de vida; 4) o não desenvolvimento pelo nascituro de suas estruturas cerebrais equivaleria a sua morte – ainda que filosoficamente somente morre quem nasça, podemos dizer que o nascituro “morreu” porque já era vivo desde a concepção –, mas o organismo intra-uterino pode continuar biologicamente ativo por intermédio dos nutrientes que recebe da mãe, que teria função análoga aos respiradores e medicamentos ministrados ao organismo extra-uterino. Tanto que, quando “desligado” da mãe após o parto, invariavelmente morre.

Qualquer outro abortamento por anomalia fetal em que haja atividade cerebral deve ser evitado, pois o nascituro continuará estando vivo no ventre materno, visando a continuidade de seu desenvolvimento. Todavia, ao Estado caberá: adotar medidas necessárias para impedir o nascimento de pessoas por meio de controle genético; conscientizar os pais para o fato da criança possuir uma deficiência física e mental, para que o recebam com o mesmo amor e carinho que o fariam se nascesse sem anomalias, fornecendo se necessário apoio psicológico; aplicar medidas para que estes nascituros portadores de anomalias congênicas recebam toda a assistência médica para que não tenham óbices ao seu nascimento.

CONCLUSÕES

Os homens, dotados com a capacidade de agir, pensar e ser o que são de forma livre, fazem escolhas pautadas em valores que recebem da sociedade, da família, e de suas próprias convicções. Estes valores também estão atrelados à história, podendo modificar-se ao longo do fluxo contínuo e inexorável da humanidade. Em face da característica da bipolaridade, teremos valores positivos que se contrapõem a valores negativos, geralmente um se manifestando após a proeminência de seu oposto. A Segunda Guerra Mundial expressou ao mundo o contra-valor do desrespeito ao ser humano, e seu término possibilitou que o valor da dignidade da pessoa humana – que já se manifestava ao longo das diversas eras históricas – fosse erigido como valor supremo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o documento que igualou o valor da dignidade da pessoa humana ao respeito, passando a ser expressado em tratados e convenções internacionais e positivado em ordenamentos jurídicos diversos. No direito brasileiro foi destacado como princípio fundamental, delineado no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil. Por ser multidimensional associa-se a condições ligadas à pessoa humana, como o direito à vida, à integridade física, à igualdade, ao respeito, entre outros.

Sendo o direito coerência e harmonia, o valor da dignidade da pessoa humana erigido pelo homem como fundamental deverá estar presente no ordenamento jurídico como um todo, devendo ser utilizado como critério hermenêutico na interpretação da Constituição e das normas infraconstitucionais.

Em decorrência do valor da dignidade da pessoa humana, temos o princípio de respeito à vida, que abrange todas as pessoas da raça humana. Pessoa é o ente físico e moral suscetível de direitos e obrigações; sendo pessoa natural a que se refere ao ser humano, independentemente de seu estágio de desenvolvimento, sexo, cor, etnia ou qualquer outro discriminante. O nascituro, aquele que há de nascer, já concebido e que tem vida intra-uterina deve ser compreendido como pessoa, pois já é um ser humano em desenvolvimento.

A divergência na leitura dos textos do direito romano levaram ao questionamento da existência das pessoas antes do nascimento, o que influenciou a formulação de diversas teorias por parte dos juristas clássicos. Os projetos de Código Civil no Brasil, em especial o de Teixeira de Freitas, apontavam a intenção de considerar-se o nascituro pessoa humana, mas

por influência da doutrina alemã os conceitos de personalidade e capacidade foram confundidos, o que resultou no artigo 4º do Código Civil brasileiro de 1.916, que possibilitava dupla interpretação exegética, situação mantida na redação do artigo 2º do vigente Código Civil brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2.002.

Sendo personalidade a aptidão para ser sujeito ou titular de direitos, e capacidade a maior ou menor extensão dos direitos de pessoa, podemos afirmar que o nascituro é detentor de personalidade e possui certa capacidade de direito, ainda que não tenha capacidade de exercício – aptidão para a pessoa exercer e defender de modo pessoal e direto seus direitos. Cabível, ainda, a afirmação do nascituro possuir dupla personalidade: a jurídica formal relacionada aos seus direitos da personalidade, e a jurídica material atinente aos direitos patrimoniais, que se mantêm em estado potencial, condicionadas ao nascimento com vida.

As três teorias jurídicas acerca do início da vida, atualmente defendidas pela doutrina mundial, são a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista, que afirma começar a personalidade da pessoa com a concepção e que entendemos ser a que melhor se ajusta ao ordenamento jurídico brasileiro, diante do valor da dignidade da pessoa humana. Esta teoria jurídica ainda acompanha a evolução da ciência médica e os avanços da embriologia, ajustando-se perfeitamente à primeira proposição da filosofia funcionalista, segundo a qual o nascituro é pessoa após a fusão do patrimônio genético da célula-ovo e do espermatozóide, momento em que passa a se desenvolver de forma contínua, interna, coordenada e gradual.

Sendo o nascituro pessoa humana, possui direitos decorrentes de sua personalidade, subjetivos e dos quais não poderá separar-se, posto que intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos e oponíveis *erga omnes*, implicando no dever jurídico de respeito a todos, inclusive do Estado. Sua personalidade não poderia manifestar-se sem vida, motivo pelo qual este direito se coloca como o mais relevante entre os direitos essenciais do ser humano. O valor da dignidade da pessoa humana, refletido ordenadamente no direito, impõe o respeito a uma vida digna, que ao nascituro verifica-se com seu pleno desenvolvimento gestacional e inexorável direito de nascer. Este resguardo à vida como direito da pessoa humana acarreta na plena proteção dos direitos a ela relacionados, como a integridade física e psíquica do nascituro – que protege sua incolumidade de corpo e mente e se expressa pela impossibilidade de danos em decorrência de fatores ambientais, não submissão a cirurgias necessárias, erros em diagnósticos pré-natais, transmissão de doenças, fumo, entre outros, e que importará na

reparação dos mesmos, caso venham a ocorrer. Também, em decorrência da vida, tem o nascituro direito a alimentos para seu pleno e sadio desenvolvimento gestacional, que já vinha previsto pela jurisprudência e que atualmente está regulado pela Lei nº 11.804/08, que possibilita à gestante requerer alimentos para gastos como os de assistência médica e psicológica, exames complementares, parto e medicamentos.

O direito à vida do nascituro, decorrência do valor da dignidade da pessoa humana, se apresenta como direito fundamental de aplicabilidade imediata, expresso no artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal, o qual trata do direito de não ser morto – proibição de adoção de qualquer atitude que resulte no término não espontâneo do processo vital –, de continuar vivo, e de ter uma vida digna. No julgamento da ADI 3.510-DF o Supremo Tribunal Federal abordou a questão da inviolabilidade do direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana no tocante aos embriões humanos produzidos por fertilização “in vitro”, entendendo ser constitucional a utilização de suas células-tronco embrionárias, o que entendemos ser contrário aos próprios ditames de nosso ordenamento jurídico e oposto ao valor da pessoa humana que rege nossa sociedade.

Ainda que existam defensores de que a hierarquia de tratados e convenções de direitos humanos seja constitucional, por força do § 2º, do artigo 5º, da CF, o posicionamento do STF era de que equivaliam a leis ordinárias. Tal exegese demonstra mudanças após a introdução do § 3º ao artigo 5º da Constituição, que acena para o entendimento de que todos os tratados de direitos humanos integram um mesmo bloco de constitucionalidade, o que, concretizando-se, não poderá afastar a teoria concepcionista e o direito à vida do nascituro, previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de San José da Costa Rica e na Convenção sobre os Direitos da Criança, que acolheu a doutrina da proteção integral, dos quais o Brasil é signatário.

A doutrina da proteção integral também está prevista no artigo 227 da Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069/90, que também protegem a pessoa do nascituro, com o direito a sua plena proteção, com o cuidado, o respeito e a dignidade como elementos valorativos indispensáveis. Dispositivos específicos como o 2º, 7º, 8º, 10 e 228 são exemplos da proteção ao direito à vida do nascituro, com a preservação de seu íntegro e saudável desenvolvimento intra-uterino e vida digna.

O direito à vida do nascituro igualmente resta expressado na proteção penal, com a tipificação do delito do aborto. No tocante aos abortos legais, entendemos que o praticado

para salvar a vida da gestante somente deve ser aplicado em casos extremos, onde haveria efetivo conflito entre os direitos à vida da mãe e do nascituro, com a total impossibilidade de preservar-se a vida de ambos; e nos posicionamos de forma contrária ao aborto sentimental, sugerindo que fossem adotadas pelo Estado as medidas previstas no artigo 201, § 5º, do Código de Processo Penal e até a facilitação da adoção do recém-nascido. No tocante aos abortos criminosos quanto à finalidade, nos posicionamos contrariamente aos abortos social – pois é responsabilidade do Estado adotar medidas para uma melhor qualidade de vida da população –, estético e *honoris causa* – posto que, não havendo confronto com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, o nascituro não é parte do corpo da mulher do qual a mesma teria o direito de dispôr, e porque devem os pais arcar com as responsabilidades de um planejamento familiar adequado, tal qual disposto no artigo 226, § 7º da Constituição Federal e na Lei nº 9.263/96. Quanto ao aborto eugênico, entendemos que apenas nos casos de anencefalia ou anomalias fetais em que não haja atividade cerebral pode-se cogitar sua permissão sem afronta ao valor da dignidade da pessoa humana, mas afasta-se sua autorização por meio de alvarás judiciais, sendo indispensável a procedência da ADPF nº 54, pelo Supremo Tribunal Federal.

BIBLIOGRAFIA

ADRIANO, José. Direitos Humanos e Dignidade. **Revista de Cultura Teológica**, São Paulo, ano IV, nº 14, p.7-12, jan/mar 1996.

ALPA, Guido; BESSONE, Mario; CARBONE, Vincenzo. **Atipicità dell'illecito**: I – persone e rapporti familiari. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1993.

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999.

AMARAL, Francisco. O nascituro no direito civil brasileiro, contribuição do direito português. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 8, p. 75-89, 1990.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale**: parte speciale. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2002.

ANTÓN, José Maria. La anticoncepción como acto contra la vida y los casos de violación. La solución de G. Grisez. **Alpha Omega Rivista di Filosofia e Teologia**, Roma, nº 2, p. 319-340, maio/agosto 2006.

ARARIPE, Jales de Alencar. Direitos da Personalidade: uma introdução. In: LOTUFO, Renan (Org.) **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. Cap. 7, 211-235.

ARAÚJO, Denilson Cardoso de; COUTINHO, Inês Joaquina Sant'Ana Santos. 80 anos do Código de Menores. Mello Mattos: a vida que se fez lei. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 12, n. 1673, 30 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10879>>. Acesso em: 20 maio 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

AULETE, Caldas. **Dicionário Contemporâneo da Língua Portuguesa**. IV volume. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Delta, 1964.

BACCARI, Maria Pia. Persona e famiglia: concetti e principi giuridici contra le astrazioni e l'individualismo. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 19-43, 2º semestre 2004.

BAPTISTA DE MATTOS, Luiza Thereza. A proteção ao nascituro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 14, n. 52, p. 30-37, abril/junho 1990.

BARBOSA TERCEIRO, José Gil. É o nascituro sujeito de direitos? Um estudo à luz do ordenamento jurídico brasileiro. **Jus Navegandi**, Teresina, ano 12, n. 1641, 29 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10815>>. Acesso em: 20 maio 2008.

BERLINGUER, Giovanni. **Questioni di Vita**: Etica, scienza, salute. Torino, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense

Universitária, 1995.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ASSIS DE ALMEIDA, Guilherme. **Curso de filosofia do direito**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. 4. ed. rev. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

BUGLIONE, Samantha. Vida e anencefalia. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 ago 2008. Cotidiano, p. C7.

BUNDUKI, Victor et al. O diagnóstico pré-natal das malformações do sistema nervoso central. **Revista de ginecologia & obstetrícia**, São Paulo, v. 7, ano 7, n. 3, p. 159-163, setembro 1996.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. Trad. de Peter Naumann. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, n. 28, p. 3-29, 1º semestre 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A proteção internacional dos Direitos Humanos ao final do século XX. In: SEMINÁRIO SOBRE A PROTEÇÃO NACIONAL E INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS, 1994, Brasília. São Paulo: **Fórum Interamericano de Direitos Humanos**, p. 99-115, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**, volume 2: parte especial. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil**, v.1: Introduction, les personnes. Paris: Presses Universitaires de France, 1979.

CHARBONNEAU, Paul Eugène. **Limitação dos nascimentos**. São Paulo: Duas Cidades, 1965.

CHAVES, Antônio. Direitos à vida, ao próprio corpo e às partes do mesmo (transplantes). Esterilização e operações cirúrgicas para “mudança de sexo”. Direito ao cadáver e às partes do mesmo. In: CHAVES, Antônio (Org.) **Estudos de direito civil**. São Paulo: RT, 1979.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica no nascituro**. São Paulo: LTr, 2000.

CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. Direitos de personalidade do nascituro. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 38, p. 21-30, dezembro 1992.

_____. Início da personalidade da pessoa natural no projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. São Paulo, n. esp., p. 78-91, 1997.

_____. **Tutela civil do nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CIPRIANI, Giovanni. **O embrião humano**: na fecundação, o marco da vida. São Paulo: Paulinas, 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO DE SOUZA, Daniel. Aspectos médico-legais dos direitos de personalidade. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro, n. 22, p. 129-141, julho/dezembro 2005.

COELHO DE SOUZA, Ivone M. Candido. Fertilização agâmica, enigma projetado sobre o filho – Um direito ou um risco? **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 9, n. 43, p. 127-142, agosto/setembro 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONSTANTINESCO, Leontin-Jean. **Tratado de direito comparado**: introdução ao direito comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

Constitución de la Nación Argentina, comentado por Miguel Angel DIVITO. 5. ed. Buenos Aires: Libreria Histórica, 2007.

CONY, Carlos Heitor. O Estado laico. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 6 mar 2008. Opinião, p. A2.

COSTA, Tailson Pires. **Dignidade da pessoa humana diante da sanção penal**. São Paulo: Fiuza Editores, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no Novo Código Civil. 30. ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Trad. Adriano Vera Jardim e Antonio Migual Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DAVID ARAÚJO, Luiz Alberto; SERRANO NUNES JÚNIOR, Vidal. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1998.

DIAS, Maria Berenice. Alimentos gravíticos? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1853, 28 jul. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11540>>. Acesso em: 28 julho 2008.

DINIZ, Maria Helena. **A ciência jurídica**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **As lacunas no direito**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Conflito de normas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 1: teoria geral do direito civil. 23. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002). São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 6: direito das sucessões. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) e o Projeto de Lei n. 6.960/2002). São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Dicionário jurídico**. v.3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. 2. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. rev. e atual. conforme a Lei n. 11.105/2005. São Paulo: Saraiva, 2007.

DIXON, Wallace E. **Twenty studies that revolutionized child psychology**. New Jersey: Prentice Hall, 2003.

DOCKERY, David S. (Ed.) **Manual Bíblico vida nova**. Trad. de Lucy Yamakami, Hans Udo Fuchs, Robinson Malkomes. São Paulo: Edições Vida Nova, 2001.

DOGLIOTTI, Massimo. Le persone fisiche. In: RESCIGNO, Pietro (Org.). **Trattato di diritto privato**. v2 – Persone e famiglia tomo primo. Torino: UTET, 1997. Sezione I, p. 19-23, 69-74.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Direito Civil: Parte Geral**. 4ª ed. São Paulo: Nelpa, 2004.

ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética cristã ortodoxa**. São Paulo, Loyola, 2003.

ERICKSON, Millard J. **Introdução à teologia sistemática**. São Paulo: Vida Nova, 1997.

ESPINOLA, Eduardo. **A Lei de introdução ao Código civil brasileiro**: comentada na ordem de seus artigos; atualizada por Silva Pacheco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito de Família: elementos críticos à luz do novo código civil brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERRAZ PEREIRA, Aloysio (Org.). **Textos de filosofia geral e de filosofia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

FIUZA, Cesar. **Direito Civil: curso completo**. 8ª ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FREITAS, Augusto Teixeira. **Esboço do Código Civil**. Brasília, Ministério da Justiça, Fundação Universidade de Brasília, 1983.

FRYDMAN, René. **Deus, a Medicina e o Embrião**. Lisboa: Instituto Piaget.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana: a ética da responsabilidade**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

GAVAZZA MARQUES, Erickson. Embriões excedentes, células-tronco e a Constituição Federal. **Revista Literária de Direito**, ano XII, nº 60, p.27, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil**: parte geral, volume 1. 11ª ed. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Direito Civil Brasileiro**, volume 1: parte geral. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

GOMES, José Jairo. **Direito civil**: introdução e parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GOSSON JORGE JUNIOR, Alberto. O problema do anonimato do doador nas fecundações artificiais humanas. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**, São Bernardo do Campo, v. 8, n. 10, p. 35-55, 2004.

GUTIÉRREZ, Maria Alicia. Igrejas, política e direitos sexuais e reprodutivos: estado atual na América Latina. In: Comitê da América Latina e do Caribe para a defesa dos direitos da mulher. **Direitos sexuais, direitos reprodutivos e direitos humanos**. Lima: CLADEM, 2002. Cap. 2, p. 59-78.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. v. V, arts. 121 a 136. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal**, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. São Paulo: Ediouro, 1997.

LANGMAN, Jan. **Embriologia médica**: desenvolvimento humano normal e anormal. São Paulo: Atheneu Editora, 1968.

LARSEN, William J. **Human embryology**. 3. ed. Pennsylvania: Churchill Livingstone. 2001.

LEÃO, Paulo. Direitos dos fetos anencéfalos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 26 ago 2008. Cotidiano, p. C7

LEE, Patrick. **Abortion and unborn human life**. Washington: The Catholic University of America Press, 1997.

LEERS, Frei Bernardino. Família: Ética e Tecnologia. **Revista de Cultura Teológica**, São Paulo, ano V, nº 21, p.115-128, out/dez 1997.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMONGI FRANÇA, R. **Manual de Direito Civil**, v. 1, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

LOPES FLORÊNCIO, Gilbert Ronald. **Direitos da Personalidade no Novo Código Civil**.

São Paulo: LFD – Editora de Direito, 2005.

MACHADO NETO, Antônio Luís, **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1975.

MAIA FILHO, Nelson Lourenço; MATHIAS, Lenir. Intervenções cirúrgicas na gravidez, **Ginecologia obstetrícia atual**, ano IV, n. 11/12, p. 75-78, nov/dez 1995.

MARITAIN, Jacques. **Os direitos do homem e a lei natural**. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947.

MARTINS, Anísio Garcia. **Direito do menor**: comentários e notas, doutrina, prática, jurisprudência, portarias e modelos. São Paulo: Universitária de Direito, 1988.

MASSAGER, Nathalie. **Les droits de l'enfant à naître**. Bruxelles: Bruylant, 1997.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 3, p. 35-51, 1978.

MATTOS, Luiza Thereza Baptista de. A proteção ao nascituro. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 52, p. 31-37, abril/junho 1990.

MAYRINK, José Maria. CNBB enfrenta debate sobre aborto. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 3 fev. 2008, Caderno Vida&, p. A21.

MAZEAUD & MAZEAUD. **Leçons de droit civil**. Paris: Montchrestien, 1965.

MERRILLS, J. G.; ROBERTSON, A. H. **Direitos humanos na Europa**, um estudo da Convenção Européia de Direitos Humanos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

MESSINEO, Francesco. **Manuale di diritto civile e commerciale**: codici e norme complementari. Volume primo. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1957.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**, v. 1: parte geral. 40. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTORO, André Franco; FARIA, Anacleto de Oliveira. **Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1953.

MOORE, Keith L. **Fundamentos de embriologia humana**. São Paulo: Manole, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Walter. Direito da personalidade – estado da matéria no Brasil. In: CHAVES, Antonio (Org.) **Estudos de direito civil**. São Paulo: RT, 1979. p. 125-138.

MOURA, Laércio Dias de. **A dignidade da pessoa e os direitos humanos: o ser humano num mundo em transformação**. Bauru: EDUSC; São Paulo: Loyola; Rio de Janeiro: PUC, 2002.

MUSSEN, Paul Henry; CONGER, John Janeway; KAGAN, Jerome. **Desenvolvimento e personalidade da criança**. 4ª ed. São Paulo: Harper & Row do Brasil, 1977.

NASH, John. **Development Psychology: A Psychobiological Approach**. New Jersey: Prentice-Hall, 1970.

NORBIM, Luciano Dalvi. **O direito do nascituro à personalidade civil**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

NUBLAT, Johanna. Congresso aprova “pensão” para gestante. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 17 jul 2008. Cotidiano, p. C1.

NUNES, Eunice. Ivete Senise Ferreira: Aborto legal deve ter limites. **Tribuna do direito**, São Paulo, junho de 2007. Suplemento Livros, p. 1-3.

OAKLEY, Francis. **Natural law, laws of nature, natural rights**: continuity and discontinuity in the history of ideas. New York: Continuum Books, 2005.

OLIVEIRA JÚNIOR, Albino Queiroz de. Direitos e Garantias Fundamentais da pessoa humana, inclusive seus direitos sociais. In: LOTUFO, Renan (Org.) **Direito civil constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002. Cap. 6, 193-210.

OLSON, Leslie C. “How Stuff Works – Como funciona a morte cerebral”. Publicado em 10 de setembro de 2002 (atualizado em 04 de dezembro de 2007). Disponível em <<http://saude.hsw.uol.com.br/morte-cerebral>>.htm Acesso em 20 de outubro de 2008.

OXORN, Harry. **Trabalho de parto**. 5. ed. São Paulo: Roca, 1989.

PACHECO CLEMENTE, Ana Paula (Org.). **Bioética: um olhar transdisciplinar sobre os dilemas do mundo contemporâneo**. Belo Horizonte: Bioconsulte, 2004.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEARLMAN, Myer. **Conhecendo as doutrinas da Bíblia**. 2. ed., 24. impressão. São Paulo: Editora Vida, 1996.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Physis**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, janeiro/junho 2005. Disponível em: <<http://www.drashirleydecampos.com.br/noticias/18707>>. Acesso em: 20 outubro 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Vol. I: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral de Direito Civil. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Instituições de direito civil**. Vol. V: Direito de Família. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Sérgio Cischkow. **Direito de Família**: aspectos do casamento, sua eficácia, separação, divórcio, parentesco, filiação, regime de bens, alimentos, bem de família, união estável, tutela e curatela. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PEREIRA, Sumaya Saady Morhy. **Direitos fundamentais e relações familiares**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente** – Uma proposta interdisciplinar. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. A convenção sobre os direitos da criança (ONU) e a proteção da infância e adolescência no Brasil. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 16, n. 60, p. 23-29, abril/junho 1992.

_____. Infância e adolescência: uma visão histórica de sua proteção social e jurídica no Brasil. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 34-46, outubro/dezembro 1992.

_____. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 2, n. 6, p. 31-49, julho/setembro 2000.

PIMENTEL, Silvia. Direitos Reprodutivos. Fragmentos de Reflexões. In: Comitê da América Latina e do Caribe para a defesa dos direitos da mulher. **Direitos sexuais, direitos reprodutivos e direitos humanos**. Lima: CLADEM, 2002. Cap. 5, p. 155-170.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

PLATA, Maria Isabel. Reproductive Rights as Human Rights: The Colombian Case. **Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos**, San José, n. 1, p. 99-116, jan/jun 1995.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**, parte geral. Tomo I: Introdução. Pessoas físicas e jurídicas, Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

_____. **Tratado de direito privado**, parte especial. Tomo VII: Direito da Personalidade. Direito de Família: Direito matrimonial (Existência e validade do casamento), Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

QUEIROGA, Andrezza. Direitos do feto não são novidades. **Tribuna do Direito**. São Paulo, São Paulo, fevereiro de 2007, p. 25.

QUEIROZ, Victor Santos. A personalidade do nascituro à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3603>>. Acesso em: 20 maio 2008.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 6. ed. anotada e atual. por Ovídio Rocha Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Fundamentos do direito**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 5. tiragem, 2005.

REICHERT, Elisabeth. **Understanding human rights: an exercise book**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2006.

RIBBLE, Margareth A. **Os direitos da criança**: As necessidades psicológicas iniciais e sua satisfação. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imago, 1975.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**, v. 1: Parte geral. 34ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROSMINI, Antonio. **The philosophy of right**. v. 1: The Essence of Right; v. 2: Rights of the individual. Durham: Rosmini House, 1993.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituições de direito civil**. v.1. Trad. Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1957.

SALEM, Tania. As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. **Mana**, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 75-94, abr. 1997. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-93131997000100003>. Acesso em: 7 outubro 2008.

SANTOS, Antonio Jeová da Silva. **Dano Moral Indenizável**. São Paulo: Lejus, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SCHWABE, Jürgen (Ed.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Leonardo Martins (Org.). Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SEN, Amartya Kumar. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Curso de Direito Civil**: Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos, vol. I, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1953.

SILVA, Edson Ferreira da. Direitos de personalidade – Os Direitos de Personalidade são inatos? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 82, n. 694, p. 21-34, agosto 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 29. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional n. 53, de 19.12.2006, São Paulo: Malheiros, 2007.

SOFOCLES. **Antígona**. Trad. Maria Helena da Rocha Pereira. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian: Fundação para a Ciência e a Tecnologia: Ministério da Ciência e do Ensino Superior, 1992.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. **O direito geral da personalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

TALBOT, André. Points de vue éthiques et théologiques sur identités humaines. **Transversalités**, Paris, n° 101, p. 148-154, jan/mar 2007.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **O direito quântico**: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica. 6. ed. São Paulo: Max Limonad, 1985.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico**: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba: Juruá, 2007.

TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1952.

TRABUCCHI, Alberto. **Instituciones de Derecho Civil**. v. 1, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

TRIACA, Francesco. **Elementi di diritto civile**. Milano: Ulrico Hoepli, 1916.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direito Civil**: direito de família. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIDAL MARTÍNEZ, Jaime. Derechos inherentes en la reproducción asistida. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 21, 31/05/2005 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=574. Acesso em 14 outubro 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

WOLFFENBÜTTEL, Ervin. **A regularização científica da natalidade**. 4ª ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Globo, 1952.

WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no ocidente**. Barueri: Manole; Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.