



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

KARLA CRUZ MONTENEGRO

**O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

FORTALEZA
2014

KARLA CRUZ MONTENEGRO

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NASCITURO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito.

Área de concentração: Filosofia do Direito

Orientador: Glauco Barreira Magalhães Filho

FORTALEZA
2014

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Setorial da Faculdade de Direito

-
- M777p Montenegro, Karla Cruz.
O princípio da dignidade da pessoa humana e o nascituro no ordenamento jurídico brasileiro /
Karla Cruz Montenegro. – 2014.
71 f. : il. color., enc. ; 30 cm.
- Monografia (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de
Direito, Fortaleza, 2014.
Área de Concentração: Filosofia do Direito.
Orientação: Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho.
1. Dignidade. 2. Feto. 3. Contrato público - Brasil. 4. Personalidade (Direito) – Brasil. 4.
Direitos fundamentais – Brasil. I. Magalhães Filho, Glauco Barreira (orient.). II. Universidade
Federal do Ceará – Graduação em Direito. III. Título.

O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Monografia submetida à Coordenação do
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel
em Direito.

Área de concentração: Filosofia do Direito.

Aprovada em __/__/__

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Glauco Barreira Magalhães Filho (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Professor Mestre Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestrando Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Dedico este trabalho a todas as crianças que estão por nascer, na esperança de que, desde muito pequeninas, sua realidade não seja ignorada por nós, mas reconhecida e protegida.

AGRADECIMENTOS

A Deus, meu princípio, meu fim e meu caminho; meu primeiro, constante e último Amor. Quem me criou e Quem me sustenta, Quem dispõe de mim à maneira que bem entende. A Ele toda lembrança e toda gratidão serão poucas, pois sou uma devedora insolvente, satisfeitíssima com sua Misericórdia Infinita.

À Virgem Maria, Esperança Nossa e Espelho da Justiça, a quem confiei a proteção e os frutos desta monografia desde o princípio, com a confiança e o afeto de filha.

A minha família. Minha mãe, Ana, exemplo de feminilidade, da força que todas as mães detêm, do carinho infinito e de um amor inesgotável – a você, mãe, toda a minha gratidão e todo o meu amor mais puro, que é o mais fácil e mais doce de ter, desde quando estava dentro de seu ventre e que você me acolheu. A meu pai, Nelson, sempre cheio de entusiasmo e simpatia, verdadeiro exemplo de honestidade e simplicidade. A minha irmã, Mariana, com toda a sua determinação e energia, e exemplo da profissional que pretendo um dia vir a ser. A meu irmão, Nelsinho, talvez a pessoa mais dedicada ao trabalho que conheço e meu companheiro desde minha tenra infância. Todos vocês formaram minha base e nunca poderei ser suficientemente grata.

Ao Raphael, meu grande companheiro neste percurso acadêmico. Sabe como ninguém ser meu sorriso e meu grande amor. O exemplo de homem virtuoso e sacrificado pelo qual nutro a mais profunda admiração. Que este seja apenas o começo de uma vida de conquistas que nos aguarda, cheia de incontáveis aventuras e de muita generosidade. Meus sorrisos pelo resto da minha vida demonstrarão a gratidão por ter você perto de mim.

Aos meus amigos, os quais afortunadamente são numerosos o bastante para não ter de mencioná-los um por um. Os amigos sabem que são amigos antes de tudo. São vocês que tornam minha vida mais alegre, não apenas pela diversão natural, mas pelos aprendizados e desejos em comum que há em toda amizade, principalmente o desejo de querer o bem do outro sobre todas as coisas. A estes preciosos, que me acompanham desde as priscas eras escolares, bem como as amizades que fiz neste trajeto pela Faculdade de Direito e as amizades diretamente nascidas pela fé – aquelas que me pedem e me fornecem um rumo maior em termos transcendentais.

Ao meu orientador, prof. Glauco Magalhães, pela generosa prontidão em prestar-me auxílio no que concerne à orientação deste trabalho. Um exemplo de profissional cristão e competente, que sei poder contar.

Ao Raul Nepomuceno e ao Tarcísio Rocha, o meu profundo e sincero agradecimento por aceitarem quase que instantaneamente meu convite de participar da Banca Examinadora desta monografia. Ambos considero bons amigos, principalmente no que tange aos interesses buscados no mundo do saber.

A todos os que trabalharam comigo – PGM e PGE, e que ajudaram na minha formação jurídica.

Ao Movida e a todos os seus membros que são meus companheiros de ativismo. Grande parte desse trabalho é fruto de nossas lutas em favor da vida, principalmente dos mais vulneráveis, sendo o nascituro nosso maior destaque.

E a todas as pessoas que contribuíram para eu ser quem sou hoje, não apenas profissional, mas pessoalmente como um todo.

“Fazei tudo por Amor. - Assim não há coisas pequenas: tudo é grande. - A perseverança nas pequenas coisas, por Amor, é heroísmo.” (São Josemaría Escrivá)

RESUMO

O presente estudo visa analisar o nascituro, seus direitos e a relação que ele tem com o princípio da dignidade da pessoa humana. A intensificação das discussões sobre os prováveis direitos do nascituro, principalmente seu direito à vida, acabou por tornar cada vez mais constante uma oposição a defesa de seus direitos e o princípio da dignidade da pessoa humana, fazendo-se necessário estabelecer um estudo minucioso sobre a personalidade jurídica do nascituro e se este pode ser considerado pessoa humana. Nesse sentido, far-se-á, inicialmente, uma análise sobre o conceito de nascituro, as teorias que abordam o início da personalidade jurídica, bem como os direitos que hoje são reconhecidos ao nascituro. Em seguida, serão feitas considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana, seu possível significado, suas origens e desdobramentos no direito comparado e no direito pátrio. Após, far-se-á uma análise detalhada acerca dos termos que compõem o princípio da dignidade da pessoa humana, em vista de averiguar se o nascituro pode ser considerado humano, pessoa e dotado da dignidade correlata. Finalmente, serão estudadas as consequências jurídicas dos direitos do nascituro ao ser contemplado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. A partir de então, será exposta a dificultosa relação que o nascituro guarda com sua genitora e a tensão que o reconhecimento de seus direitos pode acarretar com a dignidade da mulher gestante, de modo a demonstrar a necessidade de uma liberdade entendida como coexistência de liberdades ordenada pelo direito, o qual torna plena a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Nascituro. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Direitos do Nascituro.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the unborn, his rights and the relation between him and the principle of dignity of the human person. The intensification of the discussion about probable rights of the unborn, especially his right to live, result to increase constantly an opposition between the defense of unborn rights and the principle of dignity of the human person. Making it necessary to establish a detailed study about the juridical personality of the unborn, and if he could be considered a human person. In this sense, shall be made, initially, an approach based on the concept of the unborn, the theories about the beginning of his juridical personality, as well as the rights that today are recognize to the unborn. Then it will be made) some considerations about the principle of dignity of human person, its possible meaning, its origins and developments in comparative law and in the national law. Therefore, it will be made a meticulous analysis of the terms which grounded the principle of dignity of the human person, in exchange for ascertain if the unborn can be considered a human being, a person and a being that have an intrinsic dignity. Finally, one will analyze the juridical consequences of the unborn rights when they are contemplated by the principle of dignity of the human person. From then on stated, it will be exposed the deep relation that the unborn has with his mother and the tension involved in the recognition) of his rights front of the dignity of the pregnant woman, in order to demonstrate the necessity of an understood freedom as coexistence of freedoms ordered by law, which becomes fully aware the dignity of the human person.

Key-Words: Unborn. Principle of Dignity of the Human Person. Unborn rights.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	A ATUAL CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO	14
2.1	O conceito de Nascituro	14
2.2	As Teorias do Início da Personalidade Jurídica do Nascituro	16
2.2.1	<i>A Teoria Natalista.....</i>	<i>16</i>
2.2.2	<i>A Teoria Concepcionista</i>	<i>18</i>
2.2.3	<i>A Teoria da Personalidade Condicional</i>	<i>20</i>
2.2.4	<i>A Teoria da Atividade Cerebral</i>	<i>21</i>
2.3	Direitos reconhecidos ao Nascituro	24
2.3.1	<i>Direito à Vida</i>	<i>24</i>
2.3.1.1	<i>Tutela Penal à vida do Nascituro</i>	<i>26</i>
2.3.2	<i>Direito ao Nascimento</i>	<i>27</i>
2.3.2.1	<i>Nascituro como Criança</i>	<i>28</i>
2.3.3	<i>Direito à Filiação</i>	<i>28</i>
2.3.4	<i>Direito a Danos Morais</i>	<i>29</i>
2.3.5	<i>Direito ao Bem Estar</i>	<i>30</i>
2.3.6	<i>Direito ao Nome</i>	<i>30</i>
2.3.7	<i>Direitos Patrimoniais</i>	<i>31</i>
2.3.7.1	<i>Direito a Alimentos</i>	<i>32</i>
2.3.7.2	<i>Direitos Previdenciários</i>	<i>33</i>
3	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	34
3.1	Conceito de Dignidade	34
3.1.1	<i>Das Dificuldades Geradas pela Indeterminação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana</i>	<i>36</i>
3.2	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Comparado	38
3.2.1	<i>O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Alemanha</i>	<i>39</i>
3.2.2	<i>O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Portugal</i>	<i>39</i>
3.2.3	<i>O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Espanha</i>	<i>40</i>
3.2.4	<i>O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na França</i>	<i>40</i>
3.3	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Brasileira	41
3.4	Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento axiológico	

	do ordenamento jurídico	43
4	O NASCITURO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	47
4.1	Nascituro como ser vivo e ser humano	47
4.2	Nascituro como pessoa	53
4.3	Nascituro e sua dignidade	57
4.4	Tratamento jurídico adequado ao Nascituro	58
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
	REFERÊNCIAS	66

1 INTRODUÇÃO

É sabido que as querelas acerca do nascituro são das mais diversas ao longo dos tempos e dos lugares. Atualmente, a jurisprudência pátria tem reconhecido uma gama cada vez maior de direitos ao nascituro, muito embora se erga uma resistência quanto a assegurar-lhe o direito à vida buscando-se ampliar as possibilidades de aborto onde não ocorra punição, ou mesmo descriminalizando por completo algumas situações, a exemplo do que se tentou fazer no primeiro Anteprojeto do Novo Código Penal.

Concomitante a essa tendência, há hoje em discussão no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 478/2007, conhecido por Estatuto do Nascituro, que busca sistematizar todos os direitos já reconhecidos ao nascituro, bem como ampliar alguns outros em vista da sua especificidade como sujeito de direito. Não livre de polêmicas, tal projeto vai de encontro a oposições que, assentadas no princípio da dignidade da pessoa humana, percebem um retrocesso em uma legislação desse porte, onde se poderia dar brecha a uma instrumentalização da mulher.

Inobstante a tudo isso, as vertentes sobre o início da personalidade jurídica, isto é, sobre o começo de quando se é possível ser sujeito de direitos e obrigações, especialmente na esfera civil, digladiam-se continuamente ao longo dos anos. Quer considerando que o nascituro estaria apto a contrair direitos e obrigações, quer considerando o exato oposto, ou mesmo assumindo a necessidade de uma condição para tanto, a qual geralmente se entende ser o nascimento. Ainda ganha reforços uma nova linha: a teoria da atividade cerebral, admitindo o nascituro como sujeito de direito a partir do momento em que se iniciasse sua atividade cerebral.

Em meio a esses embates, configura-se cada vez mais o fenômeno da constitucionalização de todas as esferas do Direito, tomando a Constituição por parâmetro, princípio e fim de interpretação da norma, seja de uma esfera civil, seja de uma esfera penal, administrativa ou ambiental. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana desponta como fundamentador de todo o ordenamento jurídico constitucional, especialmente brasileiro, vertendo cada norma jurídica de maneira que se configure à justa noção de dignidade da pessoa humana.

Percebendo o conflito e a estranheza que é opor o princípio da dignidade da pessoa humana ao avanço dos direitos do nascituro, bem como notando todas as contendas que se travam acerca do nascituro, principalmente sobre este ser considerado ou não titular de

direitos, uma pessoa humana ou até mesmo um ser vivo, o presente trabalho volta-se a uma tentativa de analisar a fundo todas estas questões na busca de dirimir estas divergências de entendimento. Firmando-se, pois, em analisar a realidade do nascituro, de seus direitos, de sua natureza e da possibilidade de considerá-lo uma pessoa humana dotado de dignidade.

Feitas estas considerações, cabe assinalar que o trabalho seguirá a ordem de apresentação subsistente em capítulos, os quais serão desenvolvidos mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como de notícias provindas da rede mundial de computadores.

No primeiro capítulo, perscrutar-se-á o conceito de nascituro e seus desdobramentos na esfera jurídica, o que levará à análise das teorias existentes acerca do início da personalidade jurídica, assim como da legislação que lhe é relacionada e de todos os direitos que podem lhe ser reconhecidos, inclusive recorrendo-se a decisões jurisprudenciais.

No segundo capítulo, será feito um estudo sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, buscando delimitar seu conceito, da mesma maneira que será feito um breve histórico a respeito de sua origem e normatização, no direito comparado e no direito brasileiro, bem como de seus efeitos sobre as demais esferas do direito.

No terceiro e último capítulo, finalmente, debruçar-se-á sobre o tema em específico: o nascituro e o princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo elucidar se o nascituro é contemplado pelo tal princípio. Para isso, buscou-se lançar mão de uma profunda análise de cunho filosófico e antropológico a fim de saber se o nascituro corresponde a cada um dos termos do princípio individualmente – se é humano, se é pessoa, se é digno (inclusive se é considerado um ser vivo). A partir disso, serão constatadas suas consequências jurídicas e se de fato há algum conflito na sistematização dos direitos do nascituro por meio de uma legislação específica com o princípio da dignidade da pessoa humana no que diz respeito à mulher.

Dessa forma, na esteira das grandes discussões políticas que hoje se travam com relação ao tema, perquirindo arrimos jurídicos, filosóficos e antropológicos para a solução, tal esforço acaba por mostrar-se de profundo realce para uma melhor compreensão da realidade ante a exposição de argumentos contrários e favoráveis à questão.

2 A ATUAL CONDIÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

2.1 Conceito de Nascituro

Importa, precipuamente, definir o que se quer significar por “nascituro”, uma vez que se trata do núcleo do objeto desta pesquisa. Abrangendo todos os seus possíveis conceitos, poder-se-á articular acerca de suas peculiaridades fáticas, tais como seu início, seu desenvolvimento e seu termo, bem como seus desenlaces para o mundo jurídico.

Recorre-se, portanto, ao que o dicionário pode nos oferecer sobre a unidade léxica “nascituro”. Para o Novo Aurélio Século XXI, nascituro designa “1. Que há de nascer. (...) 2. Aquele que há de nascer. 3. (...) O ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como fato futuro certo¹”.

Ainda, segundo o Vocabulário Jurídico Conciso de Plácido e Silva, “nascituro” é definido logo abaixo:

NASCITURO. Derivado do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, quer precisamente indicar *aquela que há de nascer*.

Designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: *está em vida intra-uterina*. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como *pessoa*.

[...]

Nascituro tem *morituro* como antítese².

Interessa, dessa forma, averiguar o significado daquilo considerado antítese da palavra “nascituro”. A mesma obra suprarreferida pode continuar nos auxiliando. Para tanto, convém transcrever abaixo um trecho do conceito de “moribundo”:

MORIBUNDO. Do latim *moribundus* (que está para morrer), é no sentido literal empregado na terminologia jurídica.

[...]

Nesta razão, quando se quer aludir à pessoa que *está para morrer*, ou *cuja morte se tem como certa*, mas, ainda não está morrendo, ou seja, não está em agonia, melhor será o emprego de *morituro*, do latim, *moriturus*, cuja significação é: o que há, deve ou está para morrer.

Morituro, assim, opõe-se ao nascituro, que é o que está para nascer, cujo nascimento se aguarda, mas não está nascendo³.

¹ FERREIRA, A. B. de H. **Novo Aurélio Século XXI**: O dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1393.

² SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 532.

Faz-se necessária, neste momento, a distinção entre nascituro e prole eventual, pois ambas podem designar uma pessoa futura. Convém, também, perquirir se o *conceptus*, no caso, o zigoto, ou mero embrião, congelado inclusive, é englobado pelo conceito de nascituro, porque pode potencialmente não nascer.

William Artur Pussi sustenta que o conceito de pessoa futura, diferentemente de nascituro, está ligado a pessoa não concebida no momento em que se produz um fato ou ato jurídico⁴. Isto implica em considerar que a diferença essencial entre os conceitos de nascituro e prole eventual é justamente a concepção, permitindo, portanto, depreender que os concebidos estão inseridos no conceito de nascituro.

Em termos legais, o art. 1.597, em seus incisos III, IV e V, assevera que os produtos das fecundações artificiais, inclusive os embriões excedentários, presumem-se “concebidos”. Destarte, pode-se interpretar que mesmo os embriões congelados estão contemplados no conceito de nascituro, uma vez que apenas se fala em embriões excedentários quando admitimos implicitamente estarem congelados, visto que esta é a única forma hodierna de se manter embriões excedentários.

Podemos novamente lançar mão do supracitado dicionário jurídico para definirmos também o que se quer dizer com “concepção”, porquanto passou a ser um elemento essencial para prosseguirmos delimitando nosso objeto:

CONCEPÇÃO. Derivado do latim *conceptio*, de *concipere*, indica o momento em que se assinala a *geração* dos *seres*.

Neste particular, o Direito distingue as pessoas em *nascidas* e *por nascer*, reservando a estas direitos e favores, como se já nascidas, todas as vezes que se trata de seus interesses⁵.

É interessante também não se restringir em uma visão meramente conceitualista. Afinal, a linguagem deve refletir a realidade. Desse modo, convém recorrer à área do saber que trata mais diretamente da concretude do nascituro: a embriologia. Por isso, Keith L. Moore em seu livro *Embriologia Básica* aponta:

O desenvolvimento humano inicia-se quando um **ovócito** (óvulo) de uma fêmea é fecundado por um **espermatozóide** de um macho. O desenvolvimento envolve muitas mudanças que transformam uma única célula, o **zigoto**, em um organismo humano multicelular. A embriologia se interessa na origem e no desenvolvimento de um ser humano do zigoto até o nascimento⁶.

³SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**, p. 526.

⁴PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 51.

⁵SILVA, de Plácido e, op. cit., p. 180.

⁶MOORE, Keith L. **Embriologia Básica**. 7ª edição. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008, p. 2.

Ainda na mesma página, definindo o que é o zigoto, diz-se que: “Esta célula, resultado da união do ovócito ao espermatozóide, é o início de um novo ser humano.” (sic).

Diante do que ora se apresenta, pode-se confirmar que o nascituro, tanto numa visão mais conceitualista, bem como científica natural, diz respeito a um ser humano que tem seu início na fecundação do gameta feminino pelo masculino, abrangendo, portanto, os embriões. Este ser humano é assim denominado até suceder seu nascimento.

2.2 As Teorias do Início da Personalidade Jurídica do Nascituro

Em geral, esta é a questão que produz as mais diversas controvérsias na doutrina e na jurisprudência, não apenas nacional, mas internacional: se o nascituro possui personalidade jurídica, portanto capacidade de assumir direitos e obrigações. Tendo em vista que ele detém cada vez mais uma gama de direitos de personalidade que será vista mais adiante, o assunto está longe de ser pacificado. Embora não seja o principal escopo desta pesquisa, a qual, por sua vez, é a dignidade do nascituro, certamente a questão de sua personalidade jurídica é de especial relevância, uma vez que o princípio da dignidade remete necessariamente à pessoa humana, e conceitos como pessoalidade e personalidade exigem esclarecimentos.

Há três posições tradicionais nesta querela: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista. Uma quarta via nestes últimos anos também vem se firmando: a teoria da atividade cerebral.

2.2.1 A Teoria Natalista

Para os adeptos desta teoria, o art. 2º do Código Civil brasileiro deveria ser interpretado na sua literalidade, principalmente no tocante a sua primeira parte, tal como é mostrado *in verbis*:

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Dessa forma, a personalidade é atribuída ao ser humano nascido com vida, desconsiderando-se por completo o nascituro como pessoa. Este seria tratado apenas como uma parte do corpo da mulher ou como uma entidade a qual não se concebe personalidade.

Saliente-se que o “natimorto” – aquele que é nascido morto – também não é considerado pessoa. Caio Mário da Silva Pereira neste sentido, assevera: “a vida do novo ser

configura-se no momento em que se opera a primeira troca oxicarbônica no meio ambiente⁷”. Portanto, o nascido vivo precisa respirar com seus pulmões, substituindo a respiração epitelial que lhe era própria.

O modo comum para se demonstrar que houve a respiração é o exame da Docimasia Hidrostática de Galeno, o qual se fundamenta na diferença de peso entre os pulmões do recém-nascido que respirou e daquele que não respirou, pois o pulmão que respirou, cheio de ar, flutuará, e aquele que não, afundará⁸.

Para esta teoria os direitos atribuídos aos nascituro seriam mera expectativa de direito, tidos como potenciais.

Esta é ainda a teoria que prevalece nos tribunais, inclusive é adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como podemos conferir no voto do ministro relator Carlos Ayres Britto na ADI 3510, que tratou sobre a constitucionalidade de alguns dispositivos da Lei de Biossegurança, segundo o Informativo 508 do referido tribunal:

[...] as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à "dignidade da pessoa humana" (art. 1º, III), aos "direitos da pessoa humana" (art. 34, VII, b), ao "livre exercício dos direitos... individuais" (art. 85, III) e aos "direitos e garantias individuais" (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativa, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado.⁹

Em que pese essa posição ser a majoritária, inclusive em nossa Corte Constitucional, é objetivo deste trabalho analisar possíveis contradições no tocante à teoria natalista. A começar pela contradição constatável no mesmo dispositivo que assenta as bases dessa teoria: o art. 2º do Código Civil. Em sua parte final, é categórico em afirmar que o nascituro detém direitos, visto que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Ora, como se falar em direitos sem pressupor um sujeito capaz de direitos, com plena personalidade jurídica? Ainda, em nenhum momento se menciona supostos direitos

⁷PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil.** 21ª edição. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 219.

⁸ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012, p. 28.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 508/STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>>. Acesso em: 21 maio. 2014.

potenciais, para tanto admitir-se-ia uma interpretação extensiva. Em termos declarativos plenos, conferimos direitos em ato.

Ademais, os direitos que são reconhecidos hoje ao nascituro não admitem este tratamento de potencialidade, visto que muitos dos seus efeitos operam de imediato. Por exemplo, uma indenização por danos morais, ou uma pensão alimentícia, ou mesmo o direito ao nome. Tudo isto será tratado mais adiante.

Alguns juristas renomados que se amparam na teoria concepcionista são Caio Mário da Silva Pereira, Carlos Roberto Gonçalves, Arnaldo Wald e Pontes de Miranda¹⁰.

2.2.2 A Teoria Conceptionista

Essa teoria assume que a personalidade jurídica advém juntamente com a concepção, isto é, no momento que o espermatozoide fecunda o ovócito secundário e desencadeia o desenvolvimento humano. Para os adeptos desta teoria não seria justo condicionar os direitos do nascituro a um evento futuro, tal como o nascimento com vida. No máximo, admitir-se-ia restrição aos direitos patrimoniais, como a sucessão e a doação, mas nunca aos direitos fundamentais da personalidade¹¹.

Rebate-se, portanto, a doutrina natalista ao considerar que o nascituro teria apenas expectativas de direito, restringindo estas ainda a casos expressamente previstos em lei como, por exemplo, a doação, sucessão testamentária e punição ao aborto¹².

As críticas que se pronunciam contra esta teoria residem na exigência de interpretação *contra legem* do art. 2º do Código Civil, uma vez que nele se assevera expressamente que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida...”. Ainda, acusam a confusão entre personalidade jurídica, sujeito de direito e a condição de pessoa como faz Thiago Ferreira Cardoso Neves em sua recente obra *O Nascituro e os Direitos de Personalidade*¹³.

Estas críticas, porém, não podem resistir ao atual fenômeno da constitucionalização do Direito Civil, bem como à derrogação do referido dispositivo do Código Civil pela doutrina da supralegalidade, que se firma na doutrina e nos tribunais

¹⁰ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 30.

¹¹ PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**, p. 88.

¹² *Idem*.

¹³ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso, op. cit., p. 34.

superiores¹⁴, a qual testifica que os tratados internacionais sobre direitos humanos do qual o Brasil faz parte tem força supralegal, fazendo-os superiores à lei, apenas abaixo da constituição. Dessa forma, o Pacto de São José da Costa Rica prescreve, em seu art. 4º, inciso II, que: “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.” (grifos nossos).

À vista disso, realizando-se uma hermenêutica da primeira parte do art. 2º do Código Civil, em que se permite uma interpretação conforme a Constituição, e considerando o Pacto de São José da Costa Rica, reconhecer a proteção do direito à vida desde a concepção, ainda prescrevendo que toda pessoa tem esse direito, pode-se admitir que o nascituro, afinal, é uma pessoa, e que tem direitos atuais, não meramente potenciais ou alguma outra forma de simples expectativa. Tem-se em conta que se deve analisar o conceito de pessoa humana à luz da Constituição e não se restringindo apenas a uma abordagem exclusivamente privatista.

Nesse sentido, assinala Maria Garcia:

Em outros termos, no momento biológico do início da vida – que é esta cuja inviolabilidade vem protegida na Constituição aqui, já em área de Direito Constitucional, e especificamente da Constituição Brasileira, área em que a divisão doutrinária da teoria civilista deve ficar ao largo, em face dos avanços da Biociência, haverá necessidade de rever o conceito privatista de pessoa humana¹⁵.

Quanto à suposta confusão entre personalidade jurídica, sujeito de direito e condição de pessoa, Javier Hervada em sua obra “Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito” é categórico ao afirmar que “[...] o homem é pessoa, perante a ordem jurídico-social, por si mesmo, em virtude de sua dignidade ou eminência de ser [...]”¹⁶, pois estaria em uma ordem de ser mais intensa que os demais seres. Isto será mais aprofundado no capítulo 4. Declarando ainda o seguinte:

A personalidade jurídica – ser pessoa – não é uma concessão da lei ou da sociedade. O homem – e por conseguinte todo ser humano enquanto ser humano – é pessoa em sentido jurídico enquanto é – e porque é – pessoa em sentido ontológico. [...] Todo homem é juridicamente pessoa por ser homem, independentemente de qualquer

¹⁴ “Recurso. Extraordinário. Provimento parcial. Prisão Civil. Depositário infiel. Possibilidade. Alegações rejeitadas. Precedente do Pleno. Agravo regimental não providos. O Plenário da Corte assentou que, em razão do ‘status’, *supralegal* do Pacto de São José da Costa Rica, restaram derogadas as normas estritamente legais definidoras de custódia do depositário infiel” (BRASIL. STF. Segunda Turma. Recurso Extraordinário de nº 404.276-2 – AgRg/MG, rel. Cezar Peluso. Julgamento: 10.03.09. DJe nº 53/09, 20.03.09, p. 76).

¹⁵ GARCIA, Maria. **Limites da Ciência: A Ética da Responsabilidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 188.

¹⁶ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008, p. 322/32.3.

estado e condição; e nesse sentido interpreta-se corretamente o artigo 6 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: ‘Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law.’ Todos têm em qualquer lugar o direito ao reconhecimento como pessoa perante a lei¹⁷.

Não bastando o exposto, tal autor comenta que a pessoa em sentido jurídico é definida propriamente como “sujeito de relações jurídicas”, sendo secundariamente e por derivação, sujeito de direitos e obrigações. De tal forma que resolve a confusão acerca de todos esses termos, permitindo a consolidação da teoria concepcionista como o melhor caminho teórico a ser adotado.

Autores que seguem esta posição são Teixeira de Freitas, José Maria Leoni e Silmara Chinelato e Almeida¹⁸.

2.2.3 A Teoria da Personalidade Condicional

Esta é uma espécie de vertente da Teoria Conceptionista, pois também reconhece como marco inicial da personalidade jurídica a concepção. No entanto, diferencia-se quanto aos seus efeitos jurídicos, uma vez que estariam suspensos até a chegada do nascimento. Dessa forma, o nascimento com vida é uma condição suspensiva, um tipo de pendência para a implementação de sua personalidade. Muito embora, alguns direitos já poderiam ser assegurados em plenitude ao nascituro, tal como o direito a nascer.

Adeptos conhecidos desta teoria são Washington de Barros Monteiro, J.M. Carvalho Santos e Miguel Maria Serpa Lopes¹⁹. Há ainda uma controvérsia se o autor do Código Civil de 1916, Clóvis Beviláqua, seria um entusiasta desta corrente ou da concepcionista pura. Sobressai-se que ele seria um condicionalista²⁰.

Ocorre que esta teoria ainda não se conforma com a previsão do atual Código Civil em seu art. 2º, tendo em vista que não há menção alguma ao termo “condição” no respectivo dispositivo. Ademais, o que se entende por “condição” no Direito não se coaduna com o que é defendido por esta teoria, pois a condição seria um elemento accidental do negócio jurídico, causada pela vontade das partes na forma do art. 121 do Código Civil. Nem a lei nem as partes impõem esta condição no caso do nascituro, impossibilitando o acolhimento dessa teoria numa interpretação sistemática do Código Civil²¹.

¹⁷ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, 323.

¹⁸ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 32.

¹⁹ *Ibidem*, p. 35

²⁰ *Ibidem*, p. 37

²¹ *Ibidem*, p. 38

2.2.4 A Teoria da Atividade Cerebral

Esta teoria recentemente vem ganhando adeptos, tendo sido elaborada e desenvolvida por Thiago Ferreira Cardoso Neves em seu livro “O Nascituro e os Direitos da Personalidade”. Tal corrente busca deduzir o marco inicial da vida humana a partir de uma interpretação feita da legislação ordinária brasileira²². Segundo o doutrinador, o momento jurídico da morte, fim da vida humana, foi definido pelo art. 3º da Lei nº 9434/97, o qual seria o fim das atividades encefálicas, dessa maneira se possibilitaria a retirada de órgãos ou tecidos do indivíduo sem que haja ofensa à sua integridade física, afinal, sua personalidade jurídica haveria se extinguido.

Tendo isso em vista, o autor alega ser forçoso concluir que só há vida humana quando o cérebro estiver em funcionamento, com atividades cerebrais, pois este foi o critério usado para definir a morte. Então, para o autor, se não se está morto, estaria vivo. Isto, no entanto, é um salto lógico, um equívoco interpretativo como veremos adiante.

O autor ainda segue dizendo que isto resolveria o problema da consideração do nascituro como um ser vivo, pois, havendo atividade encefálica, o produto da concepção seria vida humana. O que seria uma conclusão jurídica, independente da ética ou de qualquer outro âmbito, perfeitamente válida, pois o marco inicial da vida poderia ser “firmado a critério do legislador segundo razões sociais e políticas, de organização de uma sociedade visando a paz e a tranquilidade²³.”

Após uma longa explanação acerca do desenvolvimento embrionário até a formação do sistema nervoso no feto, o doutrinador conclui ser a décima segunda semana o marco inicial da vida humana para a legislação brasileira, pois antes dela não haveria indícios de atividade cerebral. Não descarta, contudo, a insegurança na comprovação científica de tal fato, por isso discorre sobre técnicas de mensuração de atividade nervosa.

Então, mesmo que se considere que vida humana e pessoa surjam a partir da 12ª semana de gravidez, com sua titularidade de direitos, tal ocorrência não se confundiria com o surgimento de personalidade jurídica, mas é possível apenas com a aplicação do postulado normativo da dignidade da pessoa humana. Independente da demarcação do início da vida e da pessoa humana em um momento posterior ao da concepção, o autor aquiesce no sentido de proteção do produto da concepção antes mesmo da atividade encefálica através de uma presunção de que o “concepto venha a ter vida”, então justificar-se-ia protegê-lo

²²NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 39.

²³ *Ibidem*, p. 40.

fundamentando-se na plenitude do postulado normativo da dignidade da pessoa que busca sempre uma tutela ampla e efetiva da pessoa humana. Essa presunção se afastaria no caso de falecimento no intercurso da gravidez ou de má formação encefálica, como se dá com a anencefalia. Um bebê anencéfalo, portanto, para esta teoria, não seria considerado vivo juridicamente, nem gozaria de nenhuma proteção. Por fim, para este teórico, a menção feita pelo art. 2º do Código Civil sobre o início da personalidade jurídica, e o instituto da personalidade jurídica como um todo, teria um cunho meramente de reforço na certeza fática e jurídica, pois “com o nascimento com vida do nascituro não restam dúvidas da sua aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações.”²⁴.

Ora, esse raciocínio não pode ser concebível por tratar-se de um salto lógico interpretativo que, em geral, se comete ao analisar a Lei nº 9.434/97, sem contar o puro positivismo assumido pelo autor, o qual se perde em ficções jurídicas, prescindindo-se da realidade concreta. Há como tratar mais demoradamente das incoerências da defesa da vida humana atrelada ao surgimento do encéfalo²⁵, mas podemos nos deter naquilo que se mostra como a argumentação mais premente:

Um feto de 11 semanas não equivale remotamente a um cadáver. A analogia não é perfeita. Uma pessoa que possui encéfalo formado necessita deste para continuar a viver, do contrário suas células morreriam. Diferentemente do nascituro que se desenvolve independente do encéfalo, detendo, pois, um futuro que o *morituro* cerebral não possuiria. Afinal, o ato que o impede de continuar existindo é apenas a morte, traduzindo-se na falência de suas células e órgãos até então compostos. Finalmente, como se poderia matar algo que não está vivo? Tal qual arguiu o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, no ADPF 54²⁶ que permitiu a descriminalização do aborto quando se diz respeito a fetos anencéfalos. Este pensamento só é capaz de prosseguir à revelia da realidade e do conceito de vida. Este, por sinal, será tratado no capítulo 4. Ademais, o critério do “sujeito cerebral”, de cunho fiscalista, é extremamente controverso no âmbito da neurociência e da filosofia da mente, encontrando diversos problemas difíceis de dirimir²⁷.

²⁴ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 49.

²⁵ Cf. CAL, Henrique. **Critério de morte = critério de vida?** Disponível em: <<http://culturadavida.blogspot.com.br/2008/05/critrio-de-morte-critrio-de-vida.html>>. Acesso em: 18 fev. de 2014.

²⁶ O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. [...] Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12.04.2012. DJe de nº 80. 30.04.2013)

²⁷ Cf. PINHEIRO, Joel. **Problemas para o Fiscalismo**. Dicta&Contradicta. São Paulo: número 10, p. 69-84, julho, 2013.

Ainda, é importante ater-se que a modificação dos critérios de morte, substituindo o critério clássico de parada cardíaco-respiratória para o de morte cerebral, deu-se em 1968, por um Comitê da Universidade de Harvard que alegava “razões de ordem prática”, tendo por real interesse suspender as medidas hospitalares que sustentavam a vida de determinado paciente, especialmente dos que se encontravam em Estado Vegetativo Persistente (EVP), tendo por finalidade legitimar o transplante de órgãos vitais em melhores condições²⁸. Deve-se considerar a situação de irreversibilidade de consciência atribuída pelos médicos a estas pessoas, condição que não atingem, em regra, o nascituro.

A partir disso, surgiram duas teorias: a da *morte cerebral superior* e a da *morte cerebral total*. A primeira sustenta que as funções definitivas do homem são apenas aquelas nervosas superiores, tais como a consciência psicológica que se detém quando acordado, alguns tipos de memória, funções que usam como instrumento a parte do sistema nervoso central conhecida como cérebro ou hemisférios cerebrais; se estas vierem a termo, constituiria a morte do ser humano, independente do batimento cardíaco e da respiração prescindidas de aparelhos, um indivíduo em EVP seria considerado morto e apto a doar seus órgãos mesmo respirando²⁹. Já a segunda defende que a morte do ser humano só ocorre pela morte do organismo como um todo, i.e., quando morre também a parte inferior do cérebro ou tronco encefálico, onde se localizam os centros nervosos superiores que sustentam a respiração e a circulação sanguínea³⁰.

Dado esse contexto, é relevante considerar que a assunção da teoria da morte cerebral superior teve sua gênese a partir do estrito interesse pela doação de órgãos, em que pese a condição de irreversibilidade de consciência das pessoas em EVP. Ressalte-se que o caráter prático sobressaiu-se para fundamentar esta posição, pois num viés mais deontológico, as difíceis consequências em sustentar uma pessoa nessa situação não teriam influência sobre a decisão, importando apenas a dignidade em si da pessoa. Por fim, o pragmatismo ético consequencialista que fundamenta esta tese opõe-se ao critério deontológico, principalmente no que concerne à dignidade da pessoa humana, que orienta todo o ordenamento jurídico pátrio.

²⁸ ESPINOSA, Jaime. **Questões de Bioética**. Quadrante: São Paulo, 1998, p. 49.

²⁹ *Idem*.

³⁰ *Ibidem*, p. 50

2.3 Direitos reconhecidos ao Nascituro

Atualmente muitos direitos são reconhecidos ao nascituro mediante leis, mas principalmente através da jurisprudência. Vejamos alguns exemplos:

2.3.1 Direito à Vida

O direito à vida não é um mero direito de personalidade de cunho privatista, ou mesmo apenas um bem jurídico protegido pelo Direito Penal. Trata-se de direito fundamental reconhecido no *caput* do art. 5º de nossa Carta Magna. Dentre os direitos fundamentais, é considerado prioritário, pois a vida é fonte primária de todos os outros bens jurídicos a exemplo do direito de nascer e viver com dignidade. De outro modo, nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como liberdade, igualdade, intimidade, mesmo o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos³¹. Relacionados a este direito são o direito da dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade física e corporal, o direito à integridade moral e o direito à existência, que consiste no direito de permanecer vivo, bem como de alimentação adequada, de se vestir com dignidade, de moradia, serviços médicos, do descanso aos serviços sociais indispensáveis³².

Nesse sentido, tem-se que:

Se a vida é o fundamento da realização da pessoa humana, sua avaliação por parte de terceiros, como digna de ser vivida ou como não digna de ser vivida, deve ser considerada uma infração da própria dignidade humana³³.

Para Paulo Gustavo Gonet Branco, a proclamação do direito à vida é uma resposta a uma exigência que é prévia ao ordenamento jurídico, servindo-lhe de inspiração e justificação. Portanto, tratar-se-ia de um valor supremo na ordem constitucional, que orienta, informa, e dá sentido último a todos os demais direitos fundamentais³⁴. Este mesmo autor chega a declarar que sendo o direito à vida base de todos os demais “não pode ser suprimido em função de fatores acidentais da própria vida e do seu desenvolvimento³⁵”, pois condicionar à vida para que se atinja alguma determinada fase de desenvolvimento orgânico do ser

³¹ DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 198.

³² BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 288.

³³ MONTORO, 1953, p. 62-63 *apud* LOUREIRO, Claudia Regina. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 84.

³⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira, op. cit., p. 288.

³⁵ *Ibidem*, p. 290.

humano atentaria contra a dignidade humana do mesmo. Asseverando, inclusive, que, havendo vida humana, “não importa o que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida³⁶”.

Dessa forma, o nascituro é titular do direito à vida, pois como declara o autor *supra*:

O indivíduo que se consubstancia da fusão de gametas humanos não é apenas potencialmente humano ou uma pessoa em potencial; é um ser humano, por pertencer à espécie humana. Por conta de sua essência humana, o ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por imposição do princípio da igual dignidade humana.

O direito à vida tem na fecundação o seu termo inicial e na morte o seu termo final³⁷.

O direito à vida é, nesse sentido, um direito de difícil ponderação justamente por ser prioritário. Por mais que entre em colisão com outros direitos fundamentais, a melhor solução deve sempre ser a inexorável preservação da vida humana, consoante sua posição que está no ápice dos valores protegidos pela ordem constitucional. A ponderação do direito à vida com outros valores não pode em nenhuma situação alcançar um equilíbrio entre eles, mediante compensações proporcionais. Isto se justifica porque na equação de valores contrapostos, caso ousemos apontar para o interesse que pretende superar a vida intrauterina o resultado é a morte do ser contra quem se efetua a ponderação. Perde-se tudo de um dos lados desta equação, o equilíbrio de interesses é impossível de ser obtido³⁸.

Nesse diapasão, a excepcionalidade que nosso ordenamento jurídico confere à ofensa à vida humana em seu art. 5º, inciso XLVII, com a pena de morte no caso de guerra declarada não contradiz a imponderabilidade do direito à vida, pois esta seria uma ocasião de grave perigo à vida de várias pessoas, não meramente individual, mas social. Logo, tendo-se em vista a vida de todos aqueles inocentes que compõem a sociedade, é preferível dispensar a vida de um indivíduo (por exemplo, um traidor) a fim de se atingir a paz social e o bem comum. Dessa forma, a ponderação da vida se dará apenas quando estiver em jogo outras vidas. É nesse viés que se concebe as excludentes de ilicitude penal, principalmente a legítima defesa, e mesmo a não punição do aborto no caso de risco de vida da gestante.

A proteção à vida do nascituro encontra guarida especialmente no Direito Penal.

³⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, p. 290.

³⁷ *Ibidem*, p. 292.

³⁸ *Ibidem*, p. 296.

2.3.1.1 Tutela Penal à vida do Nascituro

O Direito Penal tutela apenas aqueles direitos mais importantes do ordenamento jurídico, os que são essenciais à manutenção da paz e ordem da sociedade, permitindo licitamente a aplicação de suas penas quando houver a violação desses direitos e restar apenas a este ramo proteger o bem jurídico, como numa *ultima ratio*³⁹. Naturalmente, o direito à vida, em vista de ser o primeiro direito fundamental, pressuposto de todos os demais, insere-se nesse contexto de proteção especial. A vida humana é um bem, e o nascituro, pertencente à espécie humana, detém esta vida que é um bem jurídico a ser protegido efetivamente.

O Código Penal, em sua parte especial, trata dos crimes contra a pessoa no Título I, Capítulo I, mais especificamente dos crimes contra a vida. O aborto como tipo penal é contemplado nos artigos 124, 126 e 127, com previsão de casos onde não é passível de punição no art. 128. A partir disso, já se pode especular que nosso Código Penal trata o nascituro como pessoa e que o bem jurídico principal protegido nos tipos penais do aborto é a sua vida. No entanto, há doutrinadores dissonantes sobre esta questão.

Carlos Roberto Bitencourt considera que “o bem jurídico tutelado é a vida do ser humano em formação, embora, rigorosamente falando, não se trate de crime contra a pessoa⁴⁰”. Para este autor, o “produto da concepção” não é pessoa, o que demonstra sua influência natalista sobre o conceito de pessoa que advém principalmente do Direito Civil. Ainda que também não seja mera esperança de vida ou simplesmente parte do organismo materno, uma vez que tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Isto já vai de encontro ao costumeiro argumento em favor da descriminalização do aborto, qual seja que o corpo é da mulher e esta faz o que quiser com ele. Não se pode simplesmente desprezar a realidade acerca do nascituro que, por hora, está se desenvolvendo na mulher, não se confundindo com a mesma, possuindo código genético e metabolismo diferenciados. Vale ressaltar que o tipo penal de aborto provocado por terceiro também protege a incolumidade da gestante.

A lei penal prevê expressamente, em seu artigo 128, casos em que, *ipsis literis*, “não se pune o aborto” quando praticado por médico em vistas de salvar a vida da gestante, o que se denomina aborto necessário ou terapêutico, e em decorrência de estupro, o que se designa por aborto humanitário ou sentimental. Pode-se considerar estas previsões como uma

³⁹ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 128.

⁴⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 Dos Crimes Contra a Pessoa**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 159.

excludente de licitude⁴¹, no entanto, isto ainda é controverso, pois o termo “não se pune” possibilita o afastamento apenas da punibilidade e não a culpabilidade do tipo penal⁴². Tanto é assim que o primeiro Anteprojeto do Código Penal mudava a redação do artigo em que se elencavam as antigas excludentes de punibilidade para “Não há crime de aborto⁴³”, no art. 128. E neste mesmo artigo do primeiro Anteprojeto eram contempladas mais possibilidades de aborto descriminalizado do que as atuais possibilidades de aborto não punível. A reforma no que toca à descriminalização do aborto até a 12ª semana de gravidez quando a mulher não tiver condições psicológicas de arcar com a gravidez não foi adiante⁴⁴

Não obstante, a ADPF 54 julgada pelo Supremo Tribunal Federal considerou que abortos de bebês acometidos de anencefalia não seriam considerados crimes, dada a difícil compatibilidade dos mesmos com a vida extrauterina.

2.3.2 *Direito ao Nascimento*

Tal direito não é comentado pela jurisprudência ou pela doutrina, mas este trabalho busca oferecer uma visão ampla e acurada de todos os direitos que possam ser atribuídos ao nascituro. Por isso, ousa vislumbrar e defender a existência de um direito específico apenas ao nascituro: o direito de nascer. Este direito que, logicamente, só pode ter por titular o nascituro encontra guarida na legislação infraconstitucional pátria, mais propriamente na Lei 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Senão, vejamos:

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.

Da interpretação deste artigo pode-se inferir que a proteção conferida pela lei não é mera tutela jurisdicional sem um sujeito de direito, na verdade a criança e o adolescente possuem verdadeiros direitos atuais, não potenciais, de proteção à vida e à saúde mediante políticas públicas que permitam o nascimento. Então que se deve fazer a correta indagação: a que criança interessa o nascimento? Certamente não àquela que já nasceu, mas a que está por

⁴¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 Dos Crimes Contra a Pessoa**, p. 162/170.

⁴² Cf. BRODBECK, Rafael Vitola. **Incentivo legal ao aborto**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7731/incentivo-legal-ao-aborto>>. Acessado em 26/03/2014.

⁴³ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 236/2012. Institui novo Código Penal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>> Acessado em 22/05/2014.

⁴⁴ Cf. BRANDÃO, Gorette. **Aprovado na comissão especial novo projeto de Código Penal**. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/17/aprovado-na-comissao-especial-novo-projeto-do-codigo-penal>> Acessado em 20/05/2014.

nascer, no caso, o nascituro. Ele tem direito à proteção da sua vida e da sua saúde mediante prestação positiva do Estado que permita o seu nascimento. Nesse contexto, é que se há de falar de um direito ao nascimento unicamente detido pelo nascituro.

2.3.2.1 Nascituro como Criança

No preâmbulo da Convenção sobre o Direito das Crianças, prescreve-se o seguinte:

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, **tanto antes quanto após seu nascimento;**" [grifos nossos]

Ainda na mesma Convenção, em seu artigo 1, subscreve-se:

Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes.

Dessa forma, pode-se conceber que o nascituro também é considerado uma criança para a legislação, pois é um ser humano, da família humana, e está abaixo dos dezoito anos. Ademais, o preâmbulo expressa que a criança antes do nascimento necessita de cuidados especiais.

Finalmente, os arts. 7º, 8º e 10º do Estatuto da Criança e do Adolescente sugerem o direito ao nascimento, como foi dito acima, e o amparo à gestante, a qual só tem esta previsão no referido Estatuto em atenção aos direitos da criança que carrega no ventre. Tendo isso em vista, o nascituro também pode ser reconhecido como uma criança no ordenamento jurídico pátrio.

2.3.3 Direito à Filiação

O Código Civil expressamente, em seu art. 1609, parágrafo único, possibilita o reconhecimento do filho antes do nascimento, permitindo, por isso, o direito do nascituro à filiação:

Art. 1609. [...]

Parágrafo único: O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Tendo em vista o atual cenário de constitucionalização do Direito Civil, não há que se falar de que esse é um direito exclusivo do pai, excluindo, desse modo, o nascituro de pleitear a ação de investigação de paternidade. Uma vez que se garante a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico. O nascituro não pode ser regido como uma mera coisa, pois é uma pessoa, com dignidade intrínseca, que é detentora de direitos, e a qual lhe é reconhecido direitos fundamentais. “Pensar no dispositivo em exame e dar-lhe apenas a condição de uma mera previsão de direitos ao pai é andar na contramão do Direito atual⁴⁵.”

Quanto à possibilidade de manejo dos instrumentos processuais referentes à sua proteção, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que deve prevalecer o direito superior do nascituro de ver reconhecida sua paternidade com a realização de exame de DNA, inclusive contra os interesses da mãe, como ocorreu no célebre caso Glória Trevis⁴⁶.

2.3.4 Direito a Danos Morais

O direito do nascituro a danos morais é tema bastante discutido em nossos tribunais, tendo por decisão pioneira a da 4ª Turma Superior Tribunal de Justiça datada de 2002, na qual se reconheceu que o nascituro, representado pela mãe, teria direito à indenização por danos morais em razão da morte do pai por acidente, recebendo o mesmo valor de indenização que o irmão já nascido, consoante à ementa da decisão subtranscrita:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOUTRINA. ATENUAÇÃO.

Fixação nesta instância. Possibilidade. Recurso parcialmente provido.

I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum.

II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum.

⁴⁵ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 111.

⁴⁶ Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação nº 783, à disposição do STF [...] Coleta de material biológico da placenta, com propósito de fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do nascituro, embora a oposição da extraditanda [...] (BRASIL. STF. Tribunal Pleno. Recl. 2040/DF, rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento: 21.02.02. DJU 27.06.03, p. 31).

III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.⁴⁷

Semelhante caso foi julgado em 2008 pela 3ª Turma do mesmo Superior Tribunal, decidindo-se reconhecer indenização por dano moral ao nascituro, bem como à mãe e ao filho já nascido em decorrência da morte por acidente de trabalho do pai.⁴⁸

2.3.5. *Direito ao Bem Estar*

Outro direito que podemos vislumbrar ser reconhecido ao nascituro é o direito ao bem-estar, o que seria uma decorrência lógica de seu direito à vida e à dignidade. Encontra amparo na decisão judicial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul acerca da indenização do seguro obrigatório DPVAT. Vejamos sua ementa abaixo:

ACÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT. NASCITURO. MORTE DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. 1. O nascituro, provido de personalidade jurídica desde o momento da concepção, está coberto pelo seguro DPVAT, visto que **seu bem-estar é assegurado pelo ordenamento pátrio**. É devido o pagamento da indenização no caso de interrupção da gravidez e morte causadas por acidente de trânsito. Precedentes das Turmas Recursais. 2. Aplicação da Súmula 14 das Turmas Recursais Cíveis, revisada em 24/04/2008. RECURSO IMPROVIDO.⁴⁹[grifos nossos]

Indenização em decorrência da morte de nascituro é reconhecida também pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁵⁰.

2.3.6 *Direito ao Nome*

O direito ao nome que o nascituro reivindica pode ser contemplado no interessante desenlace que se manifesta na percepção deste mesmo direito atribuído ao natimorto. Vejamos este enunciado da I Jornada de Direito Civil que ocorreu em 2002:

⁴⁷ BRASIL. STJ. Quarta Turma. Recurso Especial nº 399.028/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 26 de fevereiro de 2002. DJ 15/04/2002. P. 232.

⁴⁸ BRASIL. STJ. Terceira Turma. Recurso Especial nº 931.556 – Rs. Relatora Ministra Nancy Andri ghi. Julgado em 17 de junho de 2008. DJe 05/08/2008.

⁴⁹ Rio Grande do Sul. TJ-RS. Segunda Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71003041936 RS. Renato Monteiro e Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT. Relator: Eduardo Kraemer. 29 de fevereiro de 2012. Diário da Justiça do dia 06/03/ 2012.

⁵⁰ “O conceito de dano-morte como modalidade de danos pessoais não se restringe ao óbito da pessoa natural, dotada de personalidade jurídica, mas alcança, igualmente, a pessoa já formada, plenamente apta à vida extrauterina, embora ainda não nascida, que, por uma fatalidade, teve sua existência abreviada em acidente automobilístico, tal como ocorreu no caso.” (BRASIL. STJ. 3ª Turma. Recurso Especial de nº 1.120.676-SC. Rel. originário Min. Massami Uyeda. Julgado em 07 de dezembro de 2010. Informativo STJ 459 de 10/12/2010.)

A proteção que o Código Civil confere ao nascituro alcança o natimorto, no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura (Enunciado nº 01, da I Jornada de Direito Civil – CJP-STJ, 11-13/09/2002)

Ainda há um recente Projeto de Lei (PL) 5.171/2013, de autoria do deputado Ângelo Agnolin, que visa alterar a redação do parágrafo 1º do artigo 53 da Lei 6.015 (Lei dos Registros Públicos), para, no caso de ter a criança nascido morta, ser o registro feito em livro próprio, “com os elementos que lhe couberem, inclusive o nome e o prenome que lhe forem postos⁵¹”.

2.3.7 Direitos Patrimoniais

A garantia da titularidade de direitos patrimoniais é um desdobramento natural da condição de pessoa. Mesmo que se dispense a querela sobre a personalidade jurídica do nascituro segundo as normas expressas do Código Civil, há dispositivos deste mesmo diploma que preveem expressos direitos patrimoniais à figura do nascituro, tais como a capacidade sucessória, consoante art. 1.798, e a faculdade de receber doações, prevista no art. 542.

Quanto a estes casos, ainda se levanta a hipótese de que, seja para receber a doação, seja para suceder, o nascituro na verdade teria uma condição suspensiva para adquirir a titularidade do bem doado ou da herança⁵², a qual seria o nascimento com vida. A teoria concepcionista também cria problemas, pois um embrião humano que não vingou teria de fato herdado ou adquirido um bem, e a partir disso quem lhe fosse herdeiro é quem irá receber a herança ou o bem doado. Este é um problema sério, visto que muitos embriões humanos em sua fase inicial morrem e mesmo a mãe pode nem se dar conta. Tal fator contribuiria para uma confusão patrimonial incomensurável.

A visão deste trabalho defende que o nascituro adquire a herança no exato momento da morte do *de cuius*, bem como pode adquirir bens doados sem maiores dificuldade. No entanto, com o falecimento do nascituro no curso da gestação, a aquisição se resolverá com a devolução dos bens aos herdeiros do primeiro falecido ou ao donatário que dispôs de sua liberalidade no ato de doação. Dessa forma cumpre-se um melhor ajuste jurídico para fins de paz soc

⁵¹Cf. Agência do Estado. **Casal põe nome da filha em certidão de natimorto**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,casal-poe-nome-da-filha-em-certidao-de-natimorto,1004551,0.htm>> Acesso em: 18 de março de mar. de 2014.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões*. 6ª edição. vol 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 70.

2.3.7.1 *Direito a Alimentos*

A recente Lei nº 11.804/08, conhecida por Lei dos alimentos gravídicos, prevê em seu artigo 2º a contemplação de alimentos ao nascituro, conforme vemos abaixo:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, **da concepção ao parto**, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. [grifos nossos]

Dessa forma, desde sua concepção, o nascituro está amparado pela prestação alimentícia, de maneira que lhe sirva para o seu sustento e para a manutenção de sua condição social e moral⁵³. Estes alimentos continuarão até o nascimento da criança, caso o juiz esteja convencido dos indícios de paternidade, conforme dita o art. 6º da mesma lei. Saliente-se que a jurisprudência respalda esse entendimento, mesmo antes da promulgação da lei dos alimentos gravídicos, conforme nos defrontamos na decisão abaixo colacionada:

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante.⁵⁴

Discute-se nessas circunstâncias a legitimidade processual para o ajuizamento da ação de alimentos, se a parte legítima seria a mãe que promoveria a ação em prol do nascituro, ou o próprio nascituro representado pela mãe, ou se mesmo seria uma legitimidade concorrente.

Tende-se a pensar equivocadamente que a capacidade de ser parte deve acompanhar a personalidade, uma vez que a lei civil optou por separar o momento da aquisição de direitos do momento da aquisição de personalidade, provocando toda esta celeuma. Ora, mas há casos de entidades que não possuem personalidade jurídica e ainda assim não perdem sua capacidade processual, como, por exemplo, o espólio e a massa falida. No caso do nascituro e dos alimentos a situação é clara, pois há um patente interesse por parte do conceito. No mais, se a lei civil garante-lhe direitos, nada mais óbvio e até mesmo

⁵³ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 114.

⁵⁴ BRASIL. TJMG. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0024.04.377309-2/001. Rel. Desem. Duarte de Paula. Data do Julgamento em 10 de março de 2005. Data da Publicação 10/06/2005. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?jsessionid=A518A227D0F3841AC42ED31D538A3566.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.377309-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acessado em 20/03/2014.

necessário que lhe conceda meios para a defesa destes direitos através de sua capacitação para demandar no polo ativo⁵⁵.

Esta é a posição que melhor se configura com a atual ordem constitucional, assegurando ampla proteção à pessoa humana. Ademais, o art. 6º do Código de Processo Civil preceitua que ninguém pode ir a juízo, em nome próprio, para pleitear direito alheio⁵⁶. Destarte, a genitora será a mera representante do nascituro, devido à incapacidade do mesmo, muito embora a parte legítima seja apenas o nascituro, por ser o principal interessado no seu próprio sustento.

2.3.7.2 Direitos Previdenciários

Os benefícios previdenciários também podem ser vislumbrados como direitos do nascituro, uma vez que podem vir a ser necessários para a sua integridade física ou mesmo para a manutenção da sua vida. Há dois benefícios que podem ser úteis ao conceito: pensão por morte e auxílio reclusão⁵⁷. Neste caso, o pai não teria nenhum vínculo com a mãe e esta não seria considerada dependente a ponto de gozar do benefício.

Considerando, em contrapartida, o nascituro como pessoa e com dignidade humana protegida pela ordem constitucional, esta situação não pode ser permitida. Devendo, assim, o nascituro desde sua concepção habilitar-se como beneficiário da pensão por morte na ocorrência do falecimento do pai ou do auxílio reclusão, sucedendo de seu genitor vir a ser preso, no caso deste não ter remuneração ou gozar de outro benefício e que seus dependentes sejam de baixa renda, garantindo-lhe, portanto, a mais ampla cobertura material durante o período gestacional.

⁵⁵ PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**, 162.

⁵⁶ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 117.

⁵⁷ *Ibidem*, p.118.

3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Princípio, etimologicamente, significa um começo ou origem das coisas. Em termos gnoseológicos, eles são pressupostos necessários de um sistema particular de conhecimento, servindo como uma condição de validade das outras proposições que integram algum campo do saber, inclusive no plano do conhecimento jurídico⁵⁸.

Com a emergência do novo paradigma pós-positivista, uma compreensão mais principiológica do direito passou a ser buscada. Um caráter cogente começa a ser atribuído aos princípios, independentemente de sua vagueza ou indeterminação, eles serão prescritivos e terão seus mandamentos um alto grau de abstração. Norberto Bobbio concebe-os como normas jurídicas⁵⁹ e Ronald Dworkin defende que eles servem de base racional para o magistrado fundamentar sua interpretação dentro do sistema jurídico, fugindo do puro arbítrio no momento em que se depara com lacunas na lei.

Os princípios jurídicos, diferentemente das regras que descrevem fatos hipotéticos e atuam como disciplinadoras de relações intersubjetivas, são multifuncionais, podendo-se vislumbrar as funções supletiva, fundamentadora e hermenêutica.

O princípio da dignidade da pessoa humana é reconhecido expressamente pela Constituição Brasileira como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito. Devido ao seu alto grau de abstração e generalização, hoje ele é reconhecido para justificar inúmeras interpretações jurídicas. A fim de analisarmos seus desdobramentos jurídicos, bem como o seu histórico, deve-se começar pelo seu conceito nuclear que é a *dignidade*.

3.1 Conceito de Dignidade

De antemão, para toda análise que se pretenda mais aprofundada, o significado do objeto a que se deseja comentar deve ser bem delimitado. No que concerne ao princípio da dignidade da pessoa humana, convém buscarmos principalmente o significado do núcleo desta expressão, qual seja, a palavra *dignidade*. Dessa forma, o Vocabulário Jurídico Conciso de Plácido e Silva⁶⁰ declara o que se segue:

⁵⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da pessoa humana**: Em Busca do Direito Justo. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 134.

⁶⁰ SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**, p. 261.

DIGNIDADE. Derivado do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração) em regra se entende a *qualidade moral*, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida.

Disto pode-se depreender que a dignidade é algo que leva a um respeito intrínseco pelo ente, no caso, uma pessoa. É uma qualidade referente a ela, que lhe confere uma distinção, bem como serve de fundamento para todos os demais predicados de exigibilidade.

A primeira nota registrada sobre o termo dignidade humana foi feita por Tomás de Aquino⁶¹, o qual considerava que a dignidade fazia parte da substância do próprio ser humano, distinguindo-o dos demais seres, na medida em que é concebido como imagem e semelhança de Deus. Para Tomás, a dignidade guarda forte relação com o conceito de pessoa do qual se falará em capítulo próximo.

Inobstante, o conceito de dignidade que mais prevalece no pensamento filosófico atual foi cunhado por Kant, sendo quase um consenso a adoção de sua construção teórica por filósofos-constitucionalistas⁶². O trecho que trata mais diretamente desta concepção se dá na sua obra *Fundamentação da Metafísica e dos Costumes*, como podemos conferir nesta transcrição:

Age ‘de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio⁶³.

Disto podemos perceber que Kant trata a pessoa como um fim em si mesmo, afastando qualquer noção de instrumentalidade que se possa ter. Uma pessoa não tem preço, não é de maneira alguma fungível, devido a sua dignidade.

Dito isso, considera-se oportuno indicar que este trabalho não se coaduna totalmente com o conceito apresentado por Kant e por todas as correntes influenciadas por seu pensamento, criticando-o em vista de sua concepção imanentista. Porque postular que a liberdade e o domínio de si são absolutos e desvinculados leva a uma anomia: o homem ser sua própria lei⁶⁴. Isto não pode ser admitido dada a contingência inerente ao próprio ser humano – ele poderia não ser, mas é, por conseguinte, não é um ser absoluto – “tudo quanto é e tem o homem é uma participação criada do Ser subsistente, por isso a dignidade do ser

⁶¹ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional**. 1ª edição (2ª tiragem). Curitiba: Juruá Editora, 2004, p. 22/23.

⁶² *Ibidem*, p. 25.

⁶³ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica e dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LD, 2007, p. 69.

⁶⁴ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, 308.

humano não é imanente, mas transcendente, participação [...] ⁶⁵. Finalmente, concorda-se com Hervada na sua síntese sobre a dignidade humana:

[...] podemos dizer que a dignidade humana consiste na eminência ou excelência do ser humano, mediante uma intensa participação no mais alto grau do ser, que o constitui como um ser dotado de debitude e exigibilidade em relação a si mesmo e em relação aos demais homens ⁶⁶.

Ante esta elucidação, a dignidade insta à noção de comportamento adequado em referência ao digno. Destarte, podemos entender que expressões como “tratamento indigno” se concerne a uma adequação ou inadequação a que merece o ser referido. A pessoa, portanto, faz jus a um tratamento adequado a seu estatuto ontológico, compreendendo-se que há comportamentos desconformes a esta condição. A natureza do ser humano, então, exige determinadas ações tanto do próprio ente, bem como das outras pessoas, de acordo com sua dignidade. Esta, além de tudo, emana, como sua expressão, direitos e deveres, os quais são considerados inerentes à dignidade da pessoa humana e expressões da mesma.

3.1.1 Das Dificuldades Geradas pela Indeterminação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Defende-se hodiernamente a adoção pelo direito pós-moderno de cláusulas gerais, como uma espécie de receptáculos normativos de princípios constitucionais. Reivindica-se dessa forma uma desvinculação das matrizes positivistas da modernidade jurídica ⁶⁷, uma vez que estas serviriam como elementos de conexão entre normas rígidas e a necessidade de mudança de conteúdo de determinados valores.

Esta é uma reação natural ao modo como se pensava o Direito moderno, principalmente no início do século XX: como um sistema fechado, hermético, onde todos os problemas da vida social seriam juridicamente solucionáveis através de uma perfeita construção teórica e do recurso à lógica formal de viés mais dedutivo. Destarte, os novos problemas exigiriam sempre uma intervenção legislativa, engessando categoricamente o hermeneuta do direito.

Dadas as atuais circunstâncias de uma sociedade pluralista e dinâmica, este modo de ver o direito quedar-se-ia ultrapassado, pois não seria capaz de acompanhar as diversas mudanças e interações que ocorrem na ordem social e econômica do século XXI. Por isso, a

⁶⁵ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, 308

⁶⁶ *Ibidem*, p. 311.

⁶⁷ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da pessoa humana**, p. 137.

opção pelo recurso às chamadas cláusulas abertas, como seria o caso do princípio da dignidade da pessoa humana. Atuariam como "janelas para captar trânsito da vida social"⁶⁸.

Este trabalho, contudo, não se alia a tal corrente de argumentação, porquanto percebe sérias implicações em não se reconhecer um núcleo mínimo e duro de significação, especificamente no que toca o princípio da dignidade da pessoa humana. É comum, acostado neste exato princípio, defenderem-se posições ético-jurídicas diametralmente opostas, tais como o direito ao aborto ou a sua proibição, o direito à eutanásia ou a sua proibição, a descriminalização das drogas ou a sua criminalização, dentre outras disputas. Sucede apenas que, mesmo admitindo constarmos numa sociedade plural, uma cláusula geral que permita tamanha elasticidade na sua aplicação acaba por ser incapaz de produzir qualquer efeito, servindo apenas como adorno discursivo. Isto não diz respeito somente aos tópicos mais controversos da contemporaneidade, mas também em relação às legitimidades da ordem política e jurídica, pois, conforme será abordado mais adiante, a dignidade da pessoa humana já era mencionada nos textos normativos fundadores da época em que o Brasil estava sob a égide de um regime autoritário, o qual sabidamente não respeitava a dignidade da pessoa humana. De todo modo, se admitirmos que o princípio mais basilar de todo o conhecimento, inclusive da matemática, que é o princípio da não-contradição, seja completamente afastado no que diz respeito às cláusulas gerais, estas podem se tornar qualquer coisa, inclusive nada, pois se em algum momento elas forem algo, serão apenas elas mesmas. A negação do princípio da não-contradição proporciona um mutismo acerca de tudo, pois se x é e não é x , então x é y , mas sendo y , não é y , mas w , sendo w , não é w , mas z ... E assim por diante. No fim das contas, as cláusulas gerais que permitem tamanho mutismo serão apenas molduras de validade legitimadora que podem ser preenchidas por qualquer coisa.

Destarte, é necessário que mesmo as cláusulas mais gerais possuam um vetor conceitual a fim de que haja uma atuação efetiva no mundo jurídico. Admitir normas apenas porque estas são capazes de atribuir efeitos jurídicos a ações opostas é, ao fim e ao cabo, não admitir norma alguma, do contrário, seria petição de princípio. Afinal, esta mesma cláusula geral, sem significado ou pretensão jurídica alguma que não seja o emolduramento formalista, não se assimilaria com a norma hipotética fundamental postulada por Kelsen, um dos autores do positivismo jurídico, corrente a qual se pretende superar através destes recursos? Pode-se rebater que a diferença reside no hermetismo que há no último e na abertura fática do outro, no entanto, visto que tal abertura fática não fornece supedâneos pelos quais se firmar, na

⁶⁸ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da pessoa humana**, p. 68.

prática há apenas o arbítrio do artífice jurídico, quer seja este o legislador quanto ao último caso, quer seja o juiz quanto ao outro.

Neste sentido, não se defende que, no Direito, as transformações não possam ocorrer. Elas serão possíveis conforme a compreensão acerca do objeto de estudo aumente ou revele-se equivocada. Não será pelo receio do erro que se deve abster-se de procurar um significado para os termos mais difíceis e gerais. Em vista destes serem considerados os fundadores e causadores dos demais direitos, à maneira como se argumentará mais a frente, tanto maior será a importância de se perquirir seu significado.

Quanto ao significado do objeto de estudo deste trabalho, que inclui o princípio da dignidade da pessoa humana, ele já foi abordado no item prévio concebendo a dignidade como eminência do ser (o que já elabora contornos de posições no que tange às disputas anteriormente elencadas). De todo modo, ele ainda se queda manco em relação aos termos *pessoa e humana*, os quais serão tratados detalhadamente no capítulo seguinte.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no Direito Comparado

A afirmação da dignidade humana em textos normativos recrudescer logo após a traumática experiência da Segunda Guerra Mundial, quando, diante das barbáries e atrocidades cometidas neste período, percebeu-se a necessidade de erigir o respeito à condição do ser humano como “valor supremo dos sistemas jurídicos e de inspiração democrática⁶⁹”.

Nesse diapasão, ocorre a internacionalização dos direitos humanos, a Declaração Universal dos Direitos do Homem foi aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, afirmando que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direito (art. 1º). Seguido a este fenômeno de internacionalização da dignidade humana e dos direitos humanos correlatos, sucede a constitucionalização desses direitos humanos, passados à alcunha de direitos fundamentais, permitindo uma maior garantia na aplicação nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos. O homem, portanto, seria o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política⁷⁰.

Inúmeros são os exemplos de positivação constitucional da dignidade da pessoa humana: Alemanha (art. 1º, nº 1); Portugal (art. 1º); Espanha (art. 10); Bélgica (art. 23). No Leste Europeu, após a queda de muitos regimes socialistas: Croácia (art. 25); Bulgária

⁶⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da pessoa humana**, p. 132.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 133.

(preâmbulo); Romênia (art. 1º); Letônia (art. 21); Estônia (art. 10); Lituânia (art. 21); Eslováquia (art. 12); República Tcheca (preâmbulo); Rússia (art. 21). Ainda tantos outros: Irlanda, Índia, Peru e Venezuela, todos no preâmbulo. Grécia (art. 2º); China (art. 38); Colômbia (art. 1º); Cabo Verde (art. 1º) e Namíbia (tanto no preâmbulo, como no art. 8º)⁷¹.

Serão feitos breves comentários sobre alguns casos específicos.

3.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Alemanha

A Constituição alemã, datada de 23 de maio de 1949, foi a primeira a constitucionalizar o valor da dignidade da pessoa humana sob a forma de princípio. Em seu art. 1º, nº 1, dispõe-se que: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”. Isto decorre principalmente de uma franca reação aos horrores provados pelo Estado nacional-socialista⁷².

Predomina na doutrina alemã o entendimento de que esse princípio da dignidade da pessoa humana ou pode ser considerado por si só como um direito fundamental, ou como garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, ainda que nesta última hipótese não deixe de estar em relação direta com os direitos fundamentais⁷³.

3.2.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em Portugal

A Constituição portuguesa, promulgada em 25 de abril de 1976, estabeleceu em seu art. 1º, referindo-se aos princípios fundamentais: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”. Assemelhando-se, desse modo, à redação do princípio na Constituição brasileira. Não seria por menos, tendo-se em conta a grande influência do constitucionalismo português no Brasil.

Jorge Miranda, constitucionalista português, mencionado por Fladimir Martins em seu livro “Dignidade da Pessoa Humana”, assinala:

[...] a partir da consciência jurídica portuguesa, pode-se traçar os contornos básicos do princípio no sentido de que a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas, não sendo de um ser ideal e abstrato, mas da pessoa individual e concreta; refere-se à pessoa tanto homem quanto mulher, **aplica-se à pessoa desde a concepção**, e não somente a partir do nascimento; cada pessoa vive em relação comunitária, o que conduz ao reconhecimento por cada um da igual

⁷¹ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 35.

⁷² *Ibidem*, p. 36.

⁷³ *Ibidem*, p. 37.

dignidade das demais pessoas, com a ressalva de que a dignidade é da pessoa e não da situação em si; o primado da pessoa é do ser e não do ter [...] [grifo nosso].⁷⁴

A pessoa constituiria, igualmente, fundamento da própria república, à maneira de nossa Constituição, e fim de toda sociedade e Estado, sendo também a unidade prática dos direitos fundamentais portugueses.

3.2.3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Espanha

O interessante da Constituição espanhola, de 1978, é que esta é expressamente valorativa, senão, veja-se o trecho em que assim denota, no art. 1º, nº 1, da respectiva Carta: "A Espanha se constitui em um Estado Social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores de seu ordenamento jurídico a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político." Isto contribui para o entendimento do princípio em voga quando aferimos o dispositivo que lhe faz tratamento, no artigo 10, nº 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"⁷⁵.

O reconhecimento da dimensão axiológica do Direito permite vermos que o ordenamento não se legitimaria por si, tal como aduz um comentador espanhol, Francisco Fernandes Segado. Dessa forma, não é a mera obediência a procedimentos formais de produção de normas, que procedem do Estado, o que legitima o ordenamento, mas a realização dos fins que a Norma Suprema enuncia como valores. Ao legitimar a ordem política sobre o princípio da dignidade humana, o respeito a este fundamenta todos os direitos fundamentais, os quais ganham função estrutural enquanto instrumento de realização no plano concreto de tal valor⁷⁶.

3.2.4 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na França

Este é um caso peculiar, pois não há menção ao princípio em nenhum texto constitucional francês. Dessa maneira, a realidade do princípio foi reconhecida mediante jurisprudência, tanto pelo Conselho Constitucional quanto pelo Conselho de Estado⁷⁷.

⁷⁴ Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, p. 183-194 *apud* Fladimir Jerônimo Belinati Martins, **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 38.

⁷⁵ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da Pessoa Humana**, 41.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁷ *Idem*.

Isto se deu ao analisar a constitucionalidade da lei que disciplinava a doação e a utilização de elementos partes do corpo humano. Dispôs o referido Conselho Constitucional da seguinte forma: "a salvaguarda da dignidade da pessoa humana contra toda forma de subjugação e degradação é um princípio de status constitucional.", extraindo tal entendimento do preâmbulo de uma declaração de princípios inserida na Constituição do pós-guerra de 1946⁷⁸.

Houve igual reconhecimento no âmbito da jurisdição administrativa realizado pelo Conselho de Estado. Isto ocorreu mediante a análise de um caso pelo respectivo Conselho que lhe chegou por meio de recurso. Tal caso é o famigerado espetáculo que consistia em arremesso de um homem de pequena estatura (um anão) de um lado a ouro do recinto de uma discoteca pelos clientes. Sobreveio, portanto, uma interdição baseada no Poder de Polícia, visando coibir a humilhação a que era submetido o anão. Nem este, nem a empresa se conformaram e recorreram ao Tribunal Administrativo, e mesmo com êxito em primeira instância, o Conselho de Estado, em grau de recurso, entendeu que "O respeito à dignidade da pessoa é um componente da ordem pública [...]". Dessa forma, o poder público deve respeitar e resguardar a dignidade da pessoa humana, coibindo a instrumentalização degradante de qualquer pessoa, tal princípio, portanto, guardaria intrínseca relação com os direitos fundamentais⁷⁹.

3.3 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição Brasileira

A Constituição de 88 foi a primeira constituição brasileira a tratar da dignidade da pessoa humana como fundamento da República e do Estado Democrático de Direito, da maneira como consta logo no art. 1º, inciso terceiro, da Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

⁷⁸ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 44.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 45.

Anteriormente, já havia sido feita referência ao termo na Constituição de 1934 que assinalava a necessidade de que a ordem econômica fosse organizada de modo que possibilitasse a todos uma existência digna. Já a Carta de 1937 omitiu-se quanto a isto, sendo retomada esta noção na Constituição de 1946 quando se refere à garantia do trabalho humano como meio de possibilitar esta existência digna (art. 145).

A Constituição de 1967 mencionou a dignidade humana numa conotação principiológica, pois em seu art. 157 estabelecia que um dos princípios que serviria de base para a ordem econômica realizar a justiça social seria o da “valorização do trabalho como condição da dignidade humana”. A emenda constitucional 1/69, a despeito de ter modificado o *caput* acrescentando que a ordem econômica também deve buscar o desenvolvimento nacional, manteve a estrutura anterior (art. 160).

Interessante notar que o preâmbulo do Ato Institucional 5 faz menção à expressão atual de *dignidade da pessoa humana*, quando assevera que a Revolução de 1964 teve a intenção de dar ao país um “(...) regime que, atendendo às exigências de um sistema jurídico e político, assegurasse autêntica ordem democrática, baseada na liberdade e no respeito à dignidade da pessoa humana (...)”. Tudo isso atesta que a pura referência à dignidade da pessoa humana se mostra incapaz de protegê-la de tratamentos autoritários por parte do Estado, o que contribui para o contexto em que o arvorou a fundamento da República na Carta de 88⁸⁰.

A Constituição de 1988 foi feita dentro do contexto da instauração de um Estado Democrático de Direito em contraposição aos anos de autoritarismo militar de outrora. No entanto, a pretensão constitucional não se limitava apenas a restaurar o Estado de Direito, mas também visava à instalação de um fundamento ético, voltando-se contra o positivismo que antes vigorava e contra uma visão privatista, buscando efetivar e assegurar um amplo sistema de direitos⁸¹.

Não se pode deixar de considerar que, ao reconhecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, deu-se um grande passo rumo à normatividade do princípio. Poder-se-ia ter incluído esta expressão no preâmbulo, no *caput* do art. 5º, ou mesmo ter-se omitido (o que não excluiria a sua existência de forma implícita dentro dos direitos reconhecidos no texto). Contudo, o constituinte decidiu positivar a dignidade da pessoa humana em um dos fundamentos da República de maneira a desencadear uma virada paradigmática no trato da questão e de sua defesa.

⁸⁰ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 49.

⁸¹ *Idem*.

Nesse diapasão, pode-se reconhecer que o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, orientando a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais⁸². Para corroborar nesta consagração como princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana é mencionada em outros abundantes dispositivos normativos constitucionais, que se pode encontrar principalmente nos Títulos VII e VIII, que se dedicam, sobretudo, à ordem econômica e financeira e à ordem social.

O *caput* do art. 170 estatui que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos existência digna. O art. 226, §7º fundamenta o planejamento familiar expressamente “sob os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável”. O art. 227, *caput*, designa que, dentre inúmeros deveres, a família, a sociedade e o Estado devem assegurar à criança, ao adolescente, e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à dignidade. E o art. 230, disciplinando que a família, a sociedade e o estado devem amparar as pessoas idosas, aduz que se deve defender sua dignidade.

3.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento axiológico do ordenamento jurídico

Nos tempos hodiernos, o constitucionalismo tem caracterizado a Constituição como uma ordem objetiva de valores, o que significa que ela constituiria a concreta tradução dos valores de uma comunidade em determinado momento histórico⁸³. Não se vê de outro modo quando cotejamos esta percepção ao preâmbulo da Carta de 88, o qual aduz o que se segue:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como **valores supremos** de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [grifo nosso].

Em que pese o Preâmbulo não ter força normativa⁸⁴, por sua vez tem caráter voltado à interpretação da Constituição e de seu espírito, pode-se, portanto, atestar que o

⁸² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da pessoa humana**, p. 135.

⁸³ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da Pessoa Humana**, p. 54.

⁸⁴ [...] Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa [...] (Brasil. STF. Tribunal

espírito da constituição faz um amplexo com uma tendência profundamente axiológica, uma vez que para instituir um Estado Democrático se faz mister o asseguramento dos direitos retromencionados como valores supremos da sociedade. Não é apenas uma concepção puramente jurídica, mas destina-se ultrapassar estes horizontes para chegar a prados valorativos, axiológicos. E nesta ordem de valores, deve haver um que será o núcleo dotado de resiliência, de modo que ajuste e hierarquize todos os demais, corroborando com o termo *supremos* expressado no Preâmbulo, o qual denota francamente uma noção de hierarquia valorativa justa e desejável.

Os princípios extraídos desta Constituição indicam direitos e valores pelos quais a ordem social e jurídica deve se pautar, ainda que as condutas não sejam juridicamente qualificadas a maneira como o são na ordem infraconstitucional, por exemplo, num tipo penal ou num ilícito civil. Cumpre registrar, contudo, que são estes princípios constitucionais, enxertados de uma dimensão axiológica humana, que inflam e oferecem revestimento a todo o arcabouço de normas jurídicas infraconstitucional, tornando a totalidade do ordenamento jurídico numa unidade que possui como núcleo mais firme e fundamental a pessoa humana, dotada esta de uma dignidade, *eminência de ser*, intrínseca.

Por esta razão, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da unidade axiológica da Constituição, sendo ela o fundamento material e o princípio da proporcionalidade, o fundamento formal⁸⁵. O princípio da dignidade da pessoa humana, embora consagrado como fundamento da República na Constituição, "é um valor suprapositivo, pois é pressuposto do conceito de Direito e a fonte de todos os direitos, particularmente, dos direitos fundamentais⁸⁶". Tendo isso em vista é que se pode compreender a dificuldade de ponderação sobre a colisão de direitos fundamentais, sendo a dignidade da pessoa humana seu núcleo essencial é dificultoso admitir um sacrifício total de um deles sem violar a essência da dignidade da pessoa humana. Por isso ela deve ser o regulador principal de toda operação ponderadora na aplicação dos direitos, constituindo-se, portanto, como verdadeiro *postulado normativo*, onde não seriam admitidas ponderações, pois o postulado estrutura a própria aplicação e criação de normas, quedando-se inviolável⁸⁷.

Interessante a analogia que o professor Glauco Barreira Magalhães Filho faz com a teoria do filósofo da antiguidade Plotino acerca das emanções do *Uno* para explicar o

Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.076/Ac., rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 15.08.12. DJ de 08.08.2013, p. 86).

⁸⁵ FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011, p. 177.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 178.

⁸⁷ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 100.

círculo hermenêutico que se dá entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. Estes seriam o desdobramento histórico (não metafísico, como se dá na emanção do *Uno*) da pessoa humana, que os conquistou diretamente. Neste contexto, apenas seríamos capazes de compreender os direitos fundamentais mediante um retorno à origem do conceito de dignidade humana, na ocorrência de choque entre eles no caso concreto deveria então recorrer à noção de dignidade humana a fim de que todos os princípios encontrem sua harmonização prática.

Como tão bem resume o supracitado autor acerca do movimento de compreensão do fundamento axiológico material da constituição:

A dignidade da pessoa humana (*Uno*) serve de pré-compreensão para os direitos fundamentais (*emanações*) e a compreensão dos últimos, no caso concreto, através do retorno à idéia original, configurará um círculo hermenêutico⁸⁸.

Ricardo Maurício Freires Soares corrobora com esta visão de circularidade hermenêutica, aduzindo que todas as normas do ordenamento jurídico devem ser interpretadas em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana em decorrência da dimensão objetiva da dignidade da pessoa humana, assinalando que:

O sistema constitucional encontra coerência substancial partindo da dignidade da pessoa humana e a ela retornando, nela fundando a sua unidade material. Entre as múltiplas possibilidades de sentido de certo texto normativo, deve-se priorizar a que torne o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana mais eficaz, ao mesmo tempo em que cada norma jurídica se encontra mais bem fundamentada e legitimada quanto mais endossá-lo diante de um caso concreto⁸⁹.

Seguindo a esteira hermenêutica, cumpre salientar que o princípio da dignidade da pessoa humana é o fundamento filosófico e jurídico dos direitos humanos, como expressa tão bem o preâmbulo da Constituição dos Direitos dos Homens. Funcionando, dessa forma, como uma *metanorma*, verdadeiro postulado, que indica a melhor maneira de serem interpretados e aplicados os demais princípios e normas, sendo considerada, por isso, como norma de 2º grau, pois estaria acima das normas e dos princípios. Tal metanorma seria utilizada como vetor interpretativo para a solução dos conflitos entre eles⁹⁰. Principalmente quando se tratar de direitos fundamentais, podendo ampliar seus sentidos ou reduzi-los, configurando-se, assim, numa chave de interpretação das normas jurídicas⁹¹.

⁸⁸ FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Hermenêutica e Unidade Axialógica da Constituição**, p. 179.

⁸⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da pessoa humana**, p. 147.

⁹⁰ NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**, p. 100.

⁹¹ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Santos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 152.

Este princípio ético-jurídico, erigido como princípio dos princípios, seu verdadeiro postulado material, proporciona uma interpretação teleológica capaz de reconhecer direitos implícitos na Carta Magna, uma vez que o art. 5º, §2º que define um catálogo aberto e inconcluso de direitos fundamentais⁹², inclusive naqueles advindos dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁹² SOARES, Ricardo Maurício Freire, op. cit., p. 136.

4 O NASCITURO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

4.1 Nascituro como ser vivo e ser humano

Questiona-se, principalmente quando se debate sobre seu direito à vida, se o nascituro de fato seria um ser vivo⁹³. Faz-se necessário, portanto, definir o que é vida. Para a Biologia, consistiria nos seguintes termos:

A vida é definida por meio de características ausentes nos seres não-vivos. As principais características que definem um ser vivo são: composição química complexa, organização celular, crescimento, reprodução, metabolismo, homeostase, reações a estímulos do ambiente e evolução⁹⁴.

O nascituro, dessa forma, desde a sua fecundação, preenche todos os requisitos supramencionados sem muitas dificuldades, estando apto a ser considerado um ser vivo à maneira de uma bactéria ou de um protozoário. No entanto, as disputas sobre o que é a *vida* transcendem o próprio objeto de estudo das ciências biológicas remontando às questões filosóficas, inclusive de cunho antropológico filosófico quando relacionadas mais apropriadamente ao homem.

Nesse sentido, o estudioso de antropologia filosófica, Ricardo Yepes Stork, aponta cinco características que diferenciam os seres vivos dos seres inertes: automação, unidade, imanência e autorrealização⁹⁵.

A automação significa mover a si próprio. O ser vivo possui dentro de si mesmo o princípio de seu movimento, prescindindo-se de qualquer agente externo para lhe impulsionar. Isto implica que viver é um modo de ser. Desse modo, desde a concepção o nascituro embrião realiza o movimento com destino à implantação no útero materno, posteriormente contará com movimentos internos de crescimento (plantas possuem movimentos internos principalmente) e quando já for um feto mais desenvolvido se mexerá normalmente dentro da barriga da gestante.

A unidade é a constatação de que os seres vivos, cada um, são um. Se uma pedra se parte, esta não deixa de ser pedra, ou mesmo se um espelho se quebra em outros menores, estes menores permanecem espelhos. Os seres inertes detêm uma unidade fraca que uma

⁹³ KAPLAN, Francis. **Meia Vida**. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1304200804.htm>> Acessado em 07/05/2014.

⁹⁴ BOSCHILIA, Cleusa. **Minimanual Compacto de biologia**: teoria e prática. São Paulo: Rideel, 1ªed, 2001, p. 1.

⁹⁵ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de Antropologia**: Um Ideal de Excelência Humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência: “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005, p. 24/25.

ruptura de si não causa um "deixar de ser". Dividir um cão, pelo contrário, é bem problemático, remeter-lhe-ia à morte porque o cão "é na medida que é um". Mesmo os seres que se reproduzem por bipartição originam dois indivíduos novos, diferentes do original. É interessante esta característica aplicada ao nascituro, pois mesmo o embrião que se divide em dois, gerando gêmeos, ou aqueles que se fundem formando uma quimera, são considerados uma unidade original.

A imanência diz respeito à capacidade do ser vivo reter as coisas dentro de si. De origem latina, *in-manare*, a palavra significa "permanecer em". Isto remete à interiorização que há em todo ser vivente. As pedras não têm um dentro. O ser vivo, em contrapartida, exerce atividades cujo efeito permanece dentro de si, independentemente de se poder vê-las por fora. Alimentar-se, crescer, ler, chorar, dormir são operações imanes, as quais permanecem para aquele que as executa. O nascituro, mesmo em suas fases mais primitivas, já possui esta característica de ter um dentro que se guarda e o diferencia do ambiente em volta – organismos unicelulares assim já se caracterizam, imagine um zigoto que logo se multiplica em várias células, tornando-se uma mórula.

A autorrealização consiste no desdobramento em busca de um fim que todo ser vivo possui. Não se está completo ao nascer, ainda há o que se desenvolver e uma plenitude que se alcançar mediante um processo. Viver é, nesse sentido, crescer, física, e para o homem em específico, intelectual e moralmente. Esta característica é a que mais toca o nascituro, pois ele está no começo deste processo e é evidente que se destina à autorrealização.

Finalmente, o ritmo cíclico é um dos atributos mais evidentes da vida. A caducidade marca cada ser vivo, que é limitado pelo espaço e pelo tempo. Ele nasce, cresce, reproduz-se e morre. O desdobramento a qual se fazia referência anteriormente é permitido graças a movimentos cíclicos do corpo (renovação das células, tornar a comer, tornar a lembrar) formando partes que estão harmonicamente conectadas umas às outras, ligando os demais seres vivos e realizando o que os antigos chamavam de *cosmos*. De maneira que é possível falar de um ciclo da vida que nos permite compreender a totalidade dos seres vivos no universo como certa unidade dotada de sentido. O nascituro também faz parte deste cosmo não menos que os demais mamíferos que também são gerados dentro de suas mães, o nascituro também contém ritmos cíclicos – um exemplo é a continuidade de seu batimento cardíaco, o qual já começa no 21º dia de gestação⁹⁶.

⁹⁶ MOORE, Keith L. **Embriologia Clínica**. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008, p. 68.

Em face de todo o exposto, pode-se concluir que o nascituro, desde sua fase da concepção até o evento de seu nascimento, é um ser vivo, pois detém todas as características elencadas. Desse modo, cabe agora discernir o que lhe caracteriza como ser humano. Por conseguinte, deve-se buscar responder o que é o ser humano e o que o faz diferente dos outros seres vivos.

No cosmos já referido, pode-se perceber, em geral, três graus de imanência: a vida vegetativa onde apenas há nutrição, crescimento e reprodução (plantas, fungos – mesmo protozoários e bactérias poderiam ser colocados nessa ordem clássica, visto que seu grau de autonomia e sensibilidade é mínimo, quando não inexistente por completo); a vida sensitiva, na qual estão presentes os animais, consiste em captar quatro estímulos: aqueles de ordem temporal – passado, presente e futuro – e aqueles de ordem espacial – distância, uma vez captados os estímulos, provoca-se uma resposta no animal a qual ele não pode interromper (um tigre ao ver uma presa irá agir por instinto e atacá-la a fim de satisfazer suas necessidades vegetativas); a vida intelectual – esta é que é própria do ser humano, pois permite romper com o automatismo do circuito estímulo-resposta. À vista disso, podemos considerar que o ser humano é um animal racional, como bem definiu Aristóteles⁹⁷.

Aprofundando um pouco mais esta concepção, é possível assumir que a morfologia do corpo humano está a serviço da função intelectual. Seu bipedismo, a posição frontal dos dois olhos, a posição ereta da coluna vertebral, o peculiar desenvolvimento cerebral, a posição livre das mãos e sua finalidade instrumental, a capacidade fonética do homem em emitir palavras, o que não é apenas voz, mas voz articulada, contando com lábios finos e língua flexível para isso. Diante dessas considerações, pode-se conceber que o corpo humano se configura apto para desempenhar funções não-orgânicas como trabalhar, pensar, querer, falar, etc. A biologia e a inteligência humana estão inter-relacionadas. O homem é um corpo inteligente ou inteligência “corporeizada”⁹⁸.

A partir destas observações, como admitir ser o nascituro um humano considerando que ainda não é capaz de viver de forma intelectual em todo o período que lhe é próprio, i.e., durante a gestação? De início, ele vive apenas no modo vegetativo, posteriormente vivendo de forma sensitiva até a ocorrência do nascimento. Para resolver esta questão, a qual irá aumentar quando tratarmos do conceito de *pessoa*, lança-se mão da concepção clássica sobre o caráter dúplice que constitui o ser humano: corpo e alma.

⁹⁷ MAGALHÃES, Leslei Lester dos Santos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida**, p. 31/32.

⁹⁸ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de Antropologia**, p. 31/32.

De maneira alguma isto incorreria numa concepção espiritualista, tampouco religiosa, não-científica. Em que pese o termo *alma* não ser mais usual no conhecimento moderno, ele ainda pode ser auferido em proveito da explicação da realidade do nascituro, pois este estaria dotado de um corpo, o qual é concebido como a matéria, e estaria informado pela alma, que na tradição clássica filosófica é entendida como a *forma*.

Ao se tratar da *alma* enfrentamos dois problemas: o dualismo de cunho pitagórico e o materialismo cientificista. No que concerne à primeira problemática, Pitágoras (século VI a.C.) se mostra como o difusor desse dualismo espiritualista (que passará especialmente por Platão e influenciará parte da tradição cristã), postulando que o corpo seria uma espécie de túmulo da alma, o qual aprisionaria esta, impedindo-a de ascender às alturas celestes. A terra, a matéria, seria algo corruptível, uma espécie de castigo ou maldição⁹⁹. A segunda dificuldade que é enfrentada ao se abordar o conceito de *alma* encontra-se nas ciências a partir de meados do século XIX, principalmente nas correntes da filosofia da mente e neuroanatomia contemporâneas. Para este materialismo, segundo Stork:

[...] qualquer emoção ou pensamento seria apenas uma determinada reação bioquímica nos neurônios, um estado da matéria [...] inclui o espiritual no fisiológico: só existe *res extensa*, o homem fica *coisificado*¹⁰⁰.

O interessante é que ambas as concepções admitem um dualismo inicial que polariza de forma acentuada o corpo e a alma, a ponto mesmo de separá-los. Ou se admite que ambos são uma soma que faz o homem – utilizando-se das consagradas expressões cartesianas – *res cogitans* mais *res extensa* (o que seria uma mistura e não uma unidade), ou nega-se um dos dois afirmando que apenas um é verdadeiramente o real e o bom.

Em vista de harmonizar estas visões, recorre-se ao conceito clássico de alma como *anima forma corporis*, i.e., a alma é a forma do corpo. Forma aqui não deve ser entendida no sentido vulgar de mera aparência externa, ou contornos que limitam a matéria, nem mesmo um elemento pré-existente, raro, e tão elevado que tenha de unir-se ao corpo, como muitos imaginam. A forma na verdade é um conceito fundamentalmente biológico neste caso, pois é aquilo que constitui um ser vivo como tal, diferenciando-os dos seres inertes, inanimados ou mortos. Não que estes não possuam a sua forma. Todo ser a possui, inclusive os inanimados, visto que a forma é o que os identifica e os relaciona (ao deparar com um gato, abstrai-se a forma permanente do gato, a qual independerá das alterações materiais quantitativas – no mesmo sentido com um mineral, ou com um planeta, ou mesmo com

⁹⁹ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de Antropologia**, p. 33.

¹⁰⁰ *Idem*.

partículas subatômicas). Frise-se apenas que a forma específica que identifica os seres vivos é a *alma*. E ela não se opõe ao corpo, pelo contrário, é seu princípio vital¹⁰¹, o que faz o ser vivo ser o que é e não outra coisa. Seria aquilo que é absolutamente permanente em tudo aquilo que pertence a mesma espécie ou tipo. Por exemplo, em geral, fazem-se distinções quantitativas entre seres de espécies diferentes, inclusive entre indivíduos humanos. A pessoa x difere da pessoa y por ter mais idade, ou menos cabelo, ou mesmo uma quantidade de células diferentes ou reações bioquímicas internas diferentes (hormônios e sinapses que influenciariam seu humor e suas decisões). No entanto, a partir do conceito de alma como forma do corpo, percebe-se uma identificação qualitativa entre ambos, uma vez que teriam a mesma “fórmula” geral, imaterial, que os faz diferentes dos outros tipos de seres, os quais possuem outros tipos de forma. Esta mesma forma também os distingue qualitativamente entre si, pois como ser humano, cada um tem uma alma própria que informa seu corpo. Nenhum ser animado (*anima* equivale à alma em latim), possuindo corpo, é capaz de prescindir da forma. Caso seja humano, possuindo o *corpus* humano – em termos estritos biológicos, ser da espécie humana, do seu começo ao seu termo – pressupõe-se que há uma forma que o identifique como tal, numa unidade perfeita.

O nascituro, portanto, estaria dotado desta forma, uma vez que possui um *corpus* da espécie humana, o qual ainda necessita se desenvolver bastante para alcançar sua excelência na vida intelectual que lhe caracteriza e atualizar todas as suas potências. No entanto, no momento biológico que ele passa a ser visto como um humano, i.e., na concepção, ainda que seja um organismo absolutamente simples, comparável a uma bactéria unicelular, diferencia-se desta na medida em que possui uma forma superior que identifica aquele corpo como o pertencente ao de um ser humano. Esta seria a única via explicativa que não dá azo a uma diferenciação meramente quantitativa entre os seres, mesmo entre aqueles de espécies diferentes.

Pode-se inquirir se o nascituro que nunca vier a gozar de sua vida intelectual, morrendo previamente, seria um humano. Ou mesmo se nascituros com doenças congênitas que implicam na impossibilidade de vida intelectual são humanos, tendo em vista que seus corpos não possuem potência intelectual, possibilitando apenas uma vida sensitiva como a dos outros animais. É nesse sentido que o conceito de forma atua para dirimir o problema, pois havendo a essência do corpo humano, ainda que com acidentes genéticos, vivo (porque

¹⁰¹ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de Antropologia**, p. 35.

mesmo estas pessoas participam dos critérios de vida supramencionados), pressupõe-se unido à forma que o identifica e que é seu princípio vital.

Ressalte-se que, a partir da fecundação, há um salto qualitativo para caracterizar o ser humano, impedindo de se retroagir até referenciá-los aos gametas. Ora, há um princípio de unidade e qualidade que atuam. Caso se corte uma mão de um ser humano, ela terá propriedades bem distintas de quando fazia parte do corpo. Não é porque houve a concepção entre um ovócito e um espermatozoide que o raciocínio de que o ser humano é óvulo mais espermatozoide é verdadeiro. E isso é apenas mais uma comprovação da existência da realidade formal em contraposição à visão materialista que permitiria deduzir a realidade apenas do estudo de compostos que se sobrepõem. Ora, estudar as propriedades de um composto de x carbonos não implica que o composto de $y + x$ carbonos abranja necessariamente as propriedades do primeiro, pois a apreensão formal mudou. Isso é muito mais intenso nos seres vivos, principalmente nos humanos. Um gameta tem determinadas características que não estarão abrangidas no zigoto. Ele iria morrer caso não se unisse ao outro gameta e, uma vez ocorrendo a união, dá-se um salto qualitativo dentro da realidade, pois é gerado um novo ser vivo, já com sua forma, a qual permanecerá inalterável até a sua morte. Saliente-se que os gametas são apenas parte do corpo humano, não constituindo uma identidade humana ou mesmo a identidade de um ser vivo em sua totalidade. Essa identidade humana passa a existir no momento da união entre ambos os gametas, em um *continuum* que, em geral, se não houver nenhum acidente de percurso, terminará morrendo como uma pessoa idosa. A morte de um ovócito ou de um espermatozoide é aberrantemente distinta da morte de um idoso, da mesma forma que da morte de um ser humano adulto, ou de uma criança, ou de um recém-nascido, ou do nascituro como um todo, inclusive em sua fase embrionária.

Ademais, recorrendo-se a argumentos mais consequencialistas para a dificuldade em não se assumir o nascituro, cujo DNA corresponde à espécie humana em termos biológicos estritos, como ser humano baseado no critério da atividade cerebral, lança-se o exemplo análogo da pessoa em coma não permanente. É comum considerá-lo um ser humano, no entanto naquele momento ele não possui atividades cerebrais. Se considera-se ele um ser humano, por que não considerar também o nascituro? A mera atividade cerebral não poderia servir como singularidade de ser humano, tendo em vista que inúmeros outros animais também a possuem. Dessa forma, o afastamento do nascituro como ser humano apenas se complica se realmente for exigido um mínimo de exercício atual de autoconsciência para caracterizar o ser humano, pois um recém-nascido também não possui autoconsciência, nem

mesmo sistema encefálico completo. Não é à toa que estudiosos de ética contemporânea defendem que o infanticídio não tem entraves éticos, tal como o aborto.¹⁰²

Visto tudo isso, a concepção dual sobre o ser humano como corpo e alma é a que melhor resolve todos estes imbróglis. Dentro dela, podemos admitir o nascituro como ser humano sem maiores dificuldades.

4.2 Nascituro como pessoa

Comentou-se no primeiro capítulo certa noção sobre o conceito de *pessoa*, uma vez que decorreria naturalmente das questões relacionadas à personalidade jurídica do nascituro. Será feita, contudo, uma abordagem mais acurada sobre este termo para se delimitar se o nascituro pode ser abrangido, na sua formulação mais genérica, pelo conceito de *pessoa*, a fim de se constatar se este predicado do princípio também lhe é remissivo.

A importância sobre o significado da palavra *pessoa* remonta às disputas teológicas do primitivo cristianismo no que diz respeito à natureza de Deus e de Jesus Cristo. Nesse sentido, assinala Joseph Ratzinger:

No contexto da história do espírito humano podemos afirmar que foi esta a primeira vez que se enxergou em seu sentido pleno a realidade expressa pelo termo 'pessoa'. Foi na luta pela imagem cristã de Deus e pela interpretação correta da figura de Jesus de Nazaré que o conceito e a idéia de 'pessoa' se foram depurando para o espírito humano¹⁰³.

Cumpramos registrar que, em suas origens, a palavra latina *persona* e o termo correspondente em grego, *prosopon*, eram próprios da linguagem do teatro. Correspondia ao nome dado às máscaras as quais possibilitavam ao ator incorporar a figura de outro ser. Por isso, para algumas correntes teológicas, mais apropriadamente os monarquianos, Deus, ao se apresentar como Filho que diz *tu* ao Pai, tratar-se-ia apenas de um teatro encenado para o público humano, pura assunção de papéis, um baile de máscaras que teria por palco a história humana, sem nenhuma realidade substancial por de trás¹⁰⁴.

Graças aos esforços cristãos para compreender o Deus que é *Una essentia tres personae* (fórmula trinitária criada por Tertuliano, 160-220 d.C.), o conteúdo da palavra *pessoa* se mostrou da mais profunda relevância. A profissão de fé em um Deus como pessoa

¹⁰² GIUBILINE, Alberto; MINERVA, Francesca. After-birth abortion: why should the baby live? **Journal Of Medical Ethics**. Melbourne. 23 fev. 2012. Disponível em: <<http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full>>. Acesso em 21 mai. 2014.

¹⁰³ RATZINGER, Joseph. **Introdução ao Cristianismo**: Preleções sobre o Símbolo Apostólico com um Novo Ensaio Introdutório. São Paulo: Edições Loyola, 2005, p. 135.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 124.

implica na profissão de fé em Deus como relação. O uno que não se relacionasse com nada jamais poderia ser pessoa, visto que "não existe pessoa no singular absoluto"¹⁰⁵. Ratzinger ainda ressalta a origem das formações das palavras antigas correspondentes à *pessoa* pretendo mostrar a condição para o entendimento relacional acerca dela:

[...] a palavra grega *prosopon* significa literalmente 'olhar dirigido a'; com o prefixo *pros* = para, inclui a idéia de relacionamento como seu elemento constitutivo. A palavra latina *persona* apresenta originalmente uma conotação semelhante, pois vem de *per-sonare*, ou seja, 'soar através', em que o prefixo 'per' = 'através' exprime relacionamento, nesse caso, forma de linguagem¹⁰⁶.

Após essa digressão, inclusive de cunho gramatical, no tocante aos desdobramentos teológicos sobre a significação do conceito de pessoa¹⁰⁷, percebe-se que foi a partir dessas questões que *pessoa* começou a ganhar uma acepção filosófica, de tendência ontológica, porquanto faz menção ao indivíduo ou a uma subsistência real. Para isso, tem-se em vista todos os termos para elaborar a tese do Deus Uno e Trino e o dogma do Verbo Encarnado: *ousia*, *hypóstase*, *phýsis* – o equivalente latino mais adequado ao termo *hypóstase*, uma subsistência de natureza intelectual ou espiritual, é *pessoa*¹⁰⁸.

Javier Hervada apresenta três linhas de acepções semânticas de pessoa: a usual – designação de homem enquanto tal; a jurídica – sua posição exterior social que se assumirá como a capacidade de adquirir direitos e obrigações; e a filosófica – remetendo-se ao indivíduo e sua substância real em sentido ontológico. É nessa última linha que houve a contribuição do pensamento cristão, não apenas na antiguidade, mas de uma forma mais decisiva no medievo. Também é nesse sentido que as declarações e pactos internacionais de direitos humanos, bem como as Constituições dos Estados, fazem referência: o homem como ser que é pessoa.

A declaração mais antiga que se tem sobre o sentido ontológico de pessoa foi feita pelo filósofo Boécio, a qual consiste em: "*naturae rationalis individua substantia*"¹⁰⁹ – substância individual de natureza racional. No entanto, as correntes de pensamento modernas tendem a rejeitar a substância como constitutivo da pessoa, realçando a importância da autoconsciência do próprio eu como sua principal característica.

¹⁰⁵ RATZINGER, Joseph. **Introdução ao Cristianismo**, p. 134.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ Pode-se conferir um breve histórico acerca da etimologia da palavra *pessoa* em Javier Hervada, **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, p. 292-296.

¹⁰⁸ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, p. 295.

¹⁰⁹ BOÉCIO, *Liber de persona et duabus naturis*, cap. III, em PL 64, 1343 *apud* HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, p. 296.

Descartes proporcionou esta inversão, saindo de uma definição objetiva de pessoa para outra mais subjetiva: a consciência reflexiva que a pessoa tem de si. Sua frase icônica, *Cogito ergo sum*, reforça esta sua percepção, pois o Eu e a singularidade do homem consistiria nessa autoconsciência. A pessoa se identificaria, portanto, não apenas com o ser meramente pensante, mas consciente de si.

Esta relação consigo mesmo se firmará na modernidade como a característica fundamental da pessoa. John Locke colaborou para extinguir a influência da substância na caracterização da pessoa, negando-a como realidade metafísica:

Cumpre renunciar a qualquer ideia de sujeito substancial. Uma substância, sendo o que, por definição, subjaz aos fenômenos (única ordem de coisas suscetível de experiência cognitiva), é incognoscível, impensável, e, ademais, inútil e contraditória, pois, se os fenômenos carecem de um suporte (substância), careceriam também de um suporte.¹¹⁰

Este *eu* é entendido como uma série de consequências de estados físicos, fenômenos internos e memória da própria identidade. Deságua na atual querela sobre sujeito mental, abordada no item 2.2.4 do primeiro capítulo deste trabalho, na qual as correntes do fisicalismo e do mentalismo se confrontam. Outros filósofos influentes seguiram na esteira de Descarte e Locke: Hume, Kant e Hegel¹¹¹.

Ocorre que a racionalidade, e, nesse sentido, a autoconsciência, não está apartada da definição inicial de Boécio. Na verdade, a autoconsciência é a plenitude do *ser em si*; mas a autoconsciência é *ato*, não substância¹¹². Dito isso, pode-se evitar o equívoco de se conceber o *eu* como um mero ato psicológico, ou mesmo como um *fluxo*, no sentido que a pessoa seria pura história, pois nada disso pode existir por si mesmo, porque a consciência, que é o ato de conhecer a si, pressupõe uma potência cognoscitiva intelectual, à maneira do ato de ver que pressupõe os olhos.

Assim, Hervada esclarece precisamente:

Toda consciência, como todo ato – pois é ato –, depende da potência, e essa é, por definição, de uma substância. E todo fluxo pressupõe a substância fluente. Por outro lado, o ‘eu’ da pessoa é justamente a consciência do ser e do existir, que permanece inalterável em meio às mudanças que a pessoa sofre ao longo de sua história. Essa permanência do ‘eu’, como fator da consciência da pessoa de sua identidade inalterável em meio à mudança, só é explicada pela permanência inalterável da substância¹¹³.

¹¹⁰ LOCKE, John, *An Essay on Human Undertanding*, II, c. XXIII *apud* William Artur Pussi, *A Personalidade Jurídica do Nascituro*, p. 15.

¹¹¹ PUSSI, William Artur, *op. cit.*, p. 15/19.

¹¹² HERVADA, Javier. *Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito*, 297.

¹¹³ *Ibidem*, 298.

Pode-se novamente arguir, em relação ao nascituro, se ele possuiria essa faculdade de ser pessoa, que se traduz nas características da individualidade, racionalidade e capacidade relacional. Que o nascituro é indivíduo não há muitas objeções, mesmo nas raras ocasiões em que ocorre a divisão de embriões gêmeos, anteriormente a esta divisão ele era um indivíduo, posteriormente à divisão passou a ser dois indivíduos. Quanto à recorrente questão acerca de sua racionalidade, Ricardo Yepes Stork é cabal:

Um feto de três semanas é mera *vida humana*, mas não é uma pessoa? A resposta mais simples, que nos limitaremos indicar, diz que o fato de não exercer, ou não haver exercido ainda, as capacidades próprias da pessoa não implica em que essa não o seja ou deixe de sê-lo, já que quem não é pessoa nunca poderá agir como tal, tem essa capacidade porque já é uma pessoa. Os que dizem que só se é pessoa uma vez que tenha agido como tal reduzem o homem a suas ações, e não explicam de onde é procedida essa capacidade: é a explicação materialista. Novamente, afirmamos que nela se dá uma precipitação metodológica que leva a reduzir a realidade ao que é mensurável, negando a pergunta pela razão da possibilidade daquilo que se mede. [...] Um feto tem tanta capacidade de pensar quanto um menino de três meses, um homem adulto ou um doente terminal. Um doente mental também [...]. Evidentemente a realização dessa capacidade só será levada a cabo no homem adulto e saudável. Mas, é claro, se esse homem é capaz de pensar agora é porque desde o princípio da sua existência, de um modo potencial, estava capacitado para pensar ou – ao menos – podia estar¹¹⁴.

Diante da constatação de que não há óbices para se compreender o nascituro na clássica concepção de pessoa, “substância individual de natureza racional”, passa-se a sua natureza relacional, a qual diz respeito principalmente à esfera jurídica. Ora, logo após a fertilização, o novo indivíduo implanta-se na parede do útero da mãe, causando a interrupção de sua menstruação, tudo isso se dá num contexto de relação. O nascituro notadamente durante a gestação causa reações a outras pessoas, geralmente seus genitores e todos aqueles que lhe cercam, os quais se relacionam com ele por meio da fala e dos toques na barriga da gestante. Com esta, a relação é mais intensa, pois estão conectados através do cordão umbilical do nascituro, permitindo que até as mudanças de humor da mãe também lhe influenciem.

Javier Hervada ainda elucida:

Por isso, onde o corpo, em qualquer de suas fases iniciais, consegue constituir-se em indivíduo com princípio de vida independente do ser gerador, existe necessariamente o espírito e o novo ser humano e, portanto, pessoa. Falar de uma nova ‘vida humana’ que não seja pessoa não é possível. Por outro lado, se lembrarmos que a vida não é mais que o próprio ser do vivente, ficará evidente que só o subsistente humano completo – matéria e forma, corpo e espírito – pode viver¹¹⁵.

¹¹⁴ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de Antropologia**, p. 94.

¹¹⁵ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, 302.

Diante de tudo isso, pode-se conceber o nascituro de fato como pessoa, visto que é dotado de suas diversas propriedades, e este sentido de pessoa influencia a realidade jurídica.

4.3 Nascituro e sua dignidade

Já se discorreu a respeito do significado da palavra dignidade e constatou-se que a dignidade “consiste na eminência ou excelência do ser humano”¹¹⁶ e esta o faz dotado de debitude e exigibilidade em relação a si mesmo e em relação aos demais. Tratar-se-ia de um ente cuja ordem do ser compreende a ordem do dever-ser. O que implica consequências diretas no âmbito jurídico, notadamente quanto ao merecimento de um tratamento adequado.

Com relação ao nascituro, pode-se deduzir que este seja digno, pois entende-se que:

[...] a dignidade é declarada da pessoa humana com certa dimensão relativa – em relação aos demais seres terrestres –, pois quer dizer que o homem possui uma qualidade de ser – um tipo de ontologia – superior a eles, isto é, tem uma perfeição no ser, uma eminência ou excelência ontológicas que o situam [...] em *outra ordem de ser*. Não é um animal da espécie superior, mas pertence a outra ordem do ser, diferente e mais alta por ser mais eminente ou excelente. Por outro lado, excelência, eminência não são termos com sentido meramente relativo. Significam também, e principalmente, algo absoluto (no sentido não-relativo), porque expressam que aquele ou aquilo ao qual é aplicado tem um alto grau de bondade intrínseca. [...] De acordo com isso, a dignidade é algo absoluto que pertence à essência e, por consequência, reside na natureza humana; é a perfeição ou intensidade do ser que cabe à natureza humana e é declarada da pessoa, enquanto essa é a realização existencial da natureza humana¹¹⁷.

Tendo em vista o que já se falou sobre a natureza humana do nascituro, se ele a detém significa admitir que a dignidade também reside nele, visto que ele é um ser vivo cujo corpo biológico humano é informado por uma alma. Nele há o ato de ser pessoa. Dessa forma, é bom reforçar o pensamento de Tomás de Aquino, em consonância com a tradição clássica: “o obrar não é o primeiro, senão que se *segue* ao ser, sendo que o modo e a qualidade de cada obrar seguem a natureza e a intensidade do ser que o fundamenta”¹¹⁸. O mesmo autor expõe que há uma correspondência entre o ser e o obra a ponto de *o modo de obrar manifestar o modo de ser*¹¹⁹. De modo que se a excelência humana está no agir livre e na racionalidade, convêm estas não existiriam se o ser humano não subsistisse por si. O nascituro, o qual ainda

¹¹⁶ HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito** 311.

¹¹⁷ *Ibidem*, 309.

¹¹⁸ MELENDO, Tomás. **Metafísica da Realidade: As Relações entre Filosofia e Vida**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2002, p. 164.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 165.

se distancia em certo sentido das obras eminentes, já subsiste por si, pertence-lhe seu próprio ser. Nesse diapasão, Tomás de Aquino, de modo categórico, declara que:

A personalidade pertence necessariamente à dignidade e à perfeição de alguma realidade, na mesma medida em que corresponde à sua dignidade e perfeição o existir por si (*quaod per se existat*): ao qual damos o nome de pessoa¹²⁰.

O nascituro é pessoa, corresponde a um ato de *ser* superior em relação aos demais, e por *ser* independentemente de seu obrar (o qual serve de indicativo para sua dignidade), possui uma eminência apenas por existir por si. Não se deve retornar à desgastada questão da ausência de autoconsciência. Esta de fato é o obrar que indica a grandeza na qual pertence o ser do nascituro, mas não é a sua causa ou cimento definitivo, o que realmente causa todas as obra é o próprio ato de *ser* que já é possuído pelo nascituro, o qual se constitui numa espécie de absoluto em si.

Stork, corroborando com este raciocínio, assinala:

A dignidade da pessoa não pode depender do nível atual de autoconsciência que alguém tenha, mas de que qualquer pessoa se apresenta como a imagem de um absoluto. De outro modo, poderíamos dispor da vida das crianças, dos velhos, dos que dormem, ou dos que a lei decretasse como não pertencentes a universo das pessoas (os escravos, os judeus, os anti-stalinistas etc.). A dor que esses argumentos prepotentes causaram é demasiado grande para que se continue apoiando-os¹²¹.

Ante os desdobramentos da história, constata-se que nem sempre todos os seres humanos foram considerados pessoas. Tendo em vista que relacionar o homem a sua pessoalidade é evocar algumas conotações precisas de seu ser ou de seu estar na sociedade¹²², muitas dessas conotações foram ignoradas em determinados momentos históricos, acarretando situações aviltantes à humanidade. Por isso fala-se em “dignidade da pessoa humana” e não apenas em “dignidade humana”, pois a palavra “pessoa” é usada em sentido ontológico, atentando-se para o fato de que o homem é um ser que é pessoa¹²³.

4.4 Tratamento jurídico adequado ao Nascituro

A partir das constatações de que o nascituro, em todas as suas fases, é um ser humano que se mostra como pessoa e detém uma dignidade intrínseca, permite-se inferir que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana incide diretamente sobre ele no plano jurídico,

¹²⁰ Tomás de Aquino. **S. Th.** III, q. 2, a. 2 ad 2 *apud* Tomás Melendo, **Metafísica da Realidade**, p. 165.

¹²¹ STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de Antropologia**, p. 95.

¹²² HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**, 292.

¹²³ *Ibidem*, p. 296.

constitucional – pois consagrado está na Carta Magna – e infraconstitucional. O que acarreta em um novo horizonte hermenêutico sobre as normas relacionadas ao nascituro, pois, conforme preleciona Figueiredo¹²⁴, qualquer confusão no plano infraconstitucional deve ser orientada pelo princípio da supremacia constitucional e da inicialidade fundante das normas constitucionais, condicionando a validade da norma infraconstitucional em se conformar com a Constituição. Assinalando ainda que:

[...] a norma do art. 2º, CC, deve se conformar com a norma constitucional do art. 5º, CF, e não o contrário. Na ausência dessa consonância a norma infraconstitucional não encontrará fundamento de validade na norma que lhe é superior. Assim, embora a norma constitucional não trate da personalidade civil, trata da vida e a norma infraconstitucional em comento, a depender da interpretação que se conceda a ela, como a de que o nascituro não tem personalidade civil, portanto não é sujeito de direitos, ofende o comando superior e a supremacia da Constituição, não encontrando fundamento de validade¹²⁵.

No primeiro capítulo deste trabalho, analisaram-se inúmeros direitos do nascituro, inclusive as controvérsias teóricas sobre sua personalidade. A partir das novas análises de viés mais filosófico percebe-se que simplesmente não há resistência que suporte o peso ontológico que o nascituro detém ao clamar por um tratamento digno. Da mesma forma, estudou-se que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento axiológico de todo o ordenamento jurídico, de conteúdo condizente com a eminência própria detida pela pessoa humana, não se passando somente por uma casca legitimadora de qualquer posição política. Vale realçar que este mesmo princípio norteia toda a doutrina sobre direitos humanos que está acostada nos inúmeros tratados internacionais dispostos ao longo da história. Diante disso, não é um salto, mas um seguimento natural, perceber que o nascituro é um sujeito específico de direitos que demanda um tratamento diferenciado para si, de acordo não apenas com sua dignidade, mas com sua situação extremamente peculiar de desenvolvimento.

Conferir uma proteção especial ao nascituro é um desdobramento do princípio da igualdade material ou substancial, a mesma que subsidia os reclames de grupos da sociedade que se consideram numa condição de vulnerabilidade, seja em face dos maus tratos atuais e passados que sofreram, seja em face de sua constituição econômica, seja em face de sua constituição física. É seguindo este espírito que há normas destinadas com exclusividade à criança e ao adolescente: arts. 277 e 299 da Constituição, o Estatuto da Criança e do

¹²⁴ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. O Início da Vida para Proteção Jurídica sob os Ditames da Constituição e dos Tratados Internacionais Ratificados pelo Brasil. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri e MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). **Biodireito Constitucional: Questões Atuais**. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2010, p. 26.

¹²⁵ *Idem*.

Adolescente (L. 8.069/1990), e, no âmbito internacional, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil.

O art. 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança e o art. 3º do Estatuto asseguram à criança e ao adolescente seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social, denotando os aspectos específicos que são próprios da criança e do adolescente, permitindo-lhes estas proteções especiais. Já se concluiu que o nascituro pode ser considerado para fins jurídicos como uma criança sem maiores óbices (item 2.3.2.1), no entanto, considerando o termo “criança” como um gênero maior do qual o nascituro faça parte, não se pode negar as circunstâncias mais especiais que a criança nascitura enfrenta. Patrícia Cobianchi Figueiredo ratifica esse entendimento:

Nesse Sentido, impõe-se mais uma vez perguntar se a criança está em condição especial de desenvolvimento, não está o nascituro em condição ainda mais especial? Não há dúvida de que o nascituro está em situação mais peculiar que o ser que já nasceu. Bem, por isso, o nascituro aguarda no ventre materno um tempo necessário para que reúna as condições necessárias para o seu nascimento. É, portanto, um ser vulnerável. Para isso constar basta lembrar de toda a proteção existente em prol da gestante. As circunstância de uma gestação influenciam no ser que está por nascer e o acompanham após o nascimento, o que já pode ser atestado pela área médica. Tal realidade demonstra a vulnerabilidade do nascituro e o seu reconhecimento como específico sujeito de direito e, portanto, a reclamar por uma proteção específica, inclusive com legislação própria, o que já é realidade em outros países, ou seja, um Estatuto do Nascituro¹²⁶.

O Estatuto do Nascituro já é um Projeto de Lei, de nº 478, proposto em 2007, o qual sofreu diversas modificações ao longo dos anos (tendo por apenso os PLs 489/07, 1.763/07 e 3.748/08). Ele serve para sistematizar praticamente todos os direitos a que se fez menção no primeiro capítulo, incluindo a sua dignidade. Hoje conta com apenas 14 artigos e não está livre de polêmicas. Alcançou-se a previsão de prestação estatal que consta no §2º do seu art. 13 – a qual prevê a responsabilização da criança fruto de estupro pelo Estado se a mãe não tiver meios econômicos para criá-lo e assim desejar, até ser localizado o genitor ou a criança ser mandada para adoção – de “bolsa estupro”. O que não corresponde de maneira alguma à realidade do texto legal¹²⁷, uma vez que o *caput* do art. 13 expressa a ressalva do disposto no art. 128 do Código Penal, sustentando a não punibilidade do aborto em caso de estupro, não servindo de maneira alguma como estímulo para essa prática. Conjecturar que uma mulher ainda pudesse submeter-se à prática ignominiosa do estupro em troca de um

¹²⁶ FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. O Início da Vida para Proteção Jurídica sob os Ditames da Constituição e dos Tratados Internacionais Ratificados pelo Brasil. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri e MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). **Biodireito Constitucional**, p. 29.

¹²⁷ Cf. LIMA, Jônata Dias. **Entenda o Estatuto do Nascituro, e as mentiras ditas sobre ele**.

<<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/blog-da-vida/entenda-o-estatuto-do-nascituro-e-as-mentiras-que-dizem-sobre-ele/>> Acessado em 13/05/2014.

assistencialismo estatal é por demais absurdo. Finalmente, esta previsão encontra guarida nas concepções mais modernas sobre direitos fundamentais, as quais defendem que o Estado não deve apenas abster-se perante o indivíduo, mas prover-lhe condições mais dignas. Tudo isto ganha reforço com a expressa previsão do art. 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente dispondo que:

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.

Não é mais necessário perder-se em especulações argumentativas, tendo em vista que a única criança que poderia ser contemplada com políticas públicas que permitam o nascimento é o nascituro, como já foi levantado (item 2.3.2.1.). Dessa forma, a previsão do §2º do art. 13 do Estatuto do Nascituro está perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico brasileiro.

O que ainda se levanta juridicamente contra a possibilidade do Estatuto é justamente a bandeira da dignidade da pessoa humana, alegando que atribuir tamanha importância ao nascituro seria instrumentalizar a gestante de maneira que esta fosse encarada como uma incubadora, servindo apenas para gerar um ente cujo os direitos acabam por tolher sua liberdade. Quanto a estas objeções que são comumente levantadas diante da problemática dos direitos do nascituro, especialmente seu direito à vida, Joseph Ratzinger é certo ao abordar a problemática da liberdade no contexto da gestação em sua obra *Fé, Verdade e Tolerância*:

A vida de um ser pessoal se acha tão intimamente unida com a vida dessa outra pessoa, a mãe, que só pode subsistir no ser-com, na coexistência corporal com a mãe, em uma unidade física com ela, que porém não elimina sua alteridade e não permite pôr em dúvida a sua identidade. Com efeito, esse ser-ele-próprio é, de maneira radical, um ser de outro; inversamente, o ser do outro – da mãe – é pressionado por esse ser-com, por essa coexistência, a ser-para, o que contraria seu próprio querer-ser-si-mesmo, e assim é experimentado como oposto à sua própria liberdade. Precisamos ainda acrescentar aqui que a criança, mesmo depois de seu nascimento, pelo qual a forma exterior do ser-de e do ser-com se altera, permanece ainda igualmente dependente, à mercê do ser-para. Sem dúvida, agora poderá ser enviado para um lar onde encontre outro “para”, mas a figura antropológica continua sendo a mesma. Permanece o ser-de que reclama um ser-para, uma aceitação dos limites da minha liberdade, ou melhor, uma vivência de minha liberdade que não proceda da concorrência, mas do mútuo apoio. [...] Com isto ficou claro que a liberdade está vinculada a uma medida, à medida da realidade – isto é, à verdade. Uma liberdade para autodestruição, ou para a destruição dos outros, não é liberdade, mas uma paródia demoníaca. A liberdade humana é liberdade partilhada, liberdade na co-participação de liberdades, que mutuamente se limitam e assim se sustentam umas às outras. A liberdade mede-se por aquilo que eu sou, que nós somos – caso contrário, suprime-se a si mesma. [...] Se a liberdade do homem apenas pode constituir-se na coexistência ordenada de liberdades, então isso significa que o

ordenamento – o direito – não é uma noção contrária à liberdade, mas a sua condição, é mesmo o elemento constitutivo da própria liberdade. O direito não é um empecilho da liberdade, mas a constitui. A ausência do direito é ausência de liberdade¹²⁸.

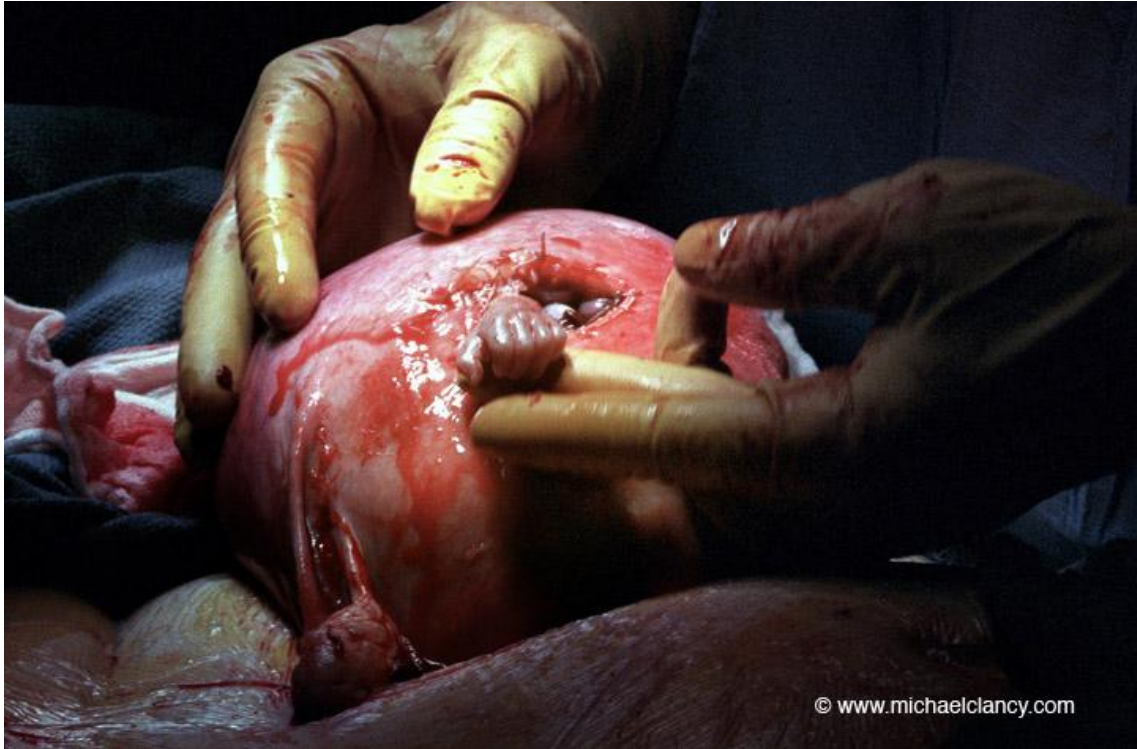
Diante disso, os direitos do nascituro não contribuem para um decréscimo da liberdade da mãe ou de sua dignidade, pelo contrário. É na justa ordem, em conformação com a realidade, e numa partilha de liberdades, que se favorece a dignidade da pessoa humana. Com efeito, a realidade do nascituro não se trata de mera coexistência passiva, mas de cooperação que deve ser incentivada pelo ordenamento, tendo por princípio e por fim a dignidade da pessoa humana. A qual nos remete, dado seu caráter pessoal, à inadmissão de um singular, pois pressupõe relação, coexistência e, principalmente, cooperação para se “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. As notícias que nos chegam do velho mundo podem reforçar a esperança nesse sentido: numa decisão recente, o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal reconheceu que “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 mãe¹²⁹”.

Cabe ao Direito não passar ao largo da realidade, do fato concreto, justo este que lhe fornece sustento. O maior problema que o nascituro talvez enfrente é seu pequeno porte e sua difícil visibilidade perante os outros. Dificuldade esta que cada vez mais é superada tendo em conta os avanços tecnológicos realizados pelo ultrassom e outros avanços da medicina no que tange às cirurgias intrauterinas. A antológica Fotografia 1 apresentada logo abaixo levanta o véu para a realidade quase pétrea do nascituro, clamando por não ser ignorada.

¹²⁸ RATZINGER, Joseph. **Fé, Verdade, Tolerância**: O Cristianismo e as Grandes Religiões do Mundo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência: “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2007, p. 221/224.

¹²⁹ Cfr. PINHEIRO, Aline. **Nascituro tem personalidade jurídica, decide STJ Português**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/nascituro-personalidade-juridica-stj-portugal>>. Acessado em 18/05/2014

Fotografia 1 – “Hand of Hope”, foto tirada por Michael Clamsy durante uma operação fetal de espinha bífida do nascituro de então 21 semanas, Samuel Alexander Armas (nascido em 2 de Dezembro de 1999). Sua mão saiu do útero de sua mãe e agarrou o dedo do cirurgião, Dr. Joseph Bruner. Tornou-se a foto emblemática dos movimentos pró-vida, contrários ao aborto.



Fonte: Página oficial do fotógrafo Michael Clamcy que conta a história da fotografia.¹³⁰

¹³⁰ CLANCY, Michael. **Hand of Hope The Story Behind The Picture**. Disponível em <<http://michaelclancy.com/>> Acessado em 18/05/2014.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O nascituro é o ser humano concebido, porém ainda por nascer, o qual tem uma gama de direitos assegurados e defendidos pelas jurisprudências atuais e também por grande parte da doutrina, tais como direitos patrimoniais (herdar e receber doação), direitos previdenciários, direito a alimentos, direito a danos morais, direito ao bem estar, direito à filiação, direito à vida, entre outros. Sucede que mesmo diante de tantos direitos sendo reconhecidos ao nascituro, há resistência em aceitar que este detenha personalidade jurídica em vista da previsão do art. 2º do Código Civil. Contudo, ante o embate das teorias sobre o início da personalidade, a teoria concepcionista se sobressai por atender aos ditames da realidade biológica e da atual ordem jurídica constitucional.

Nesse sentido, a visão de personalidade jurídica e do conceito de pessoa não pode restar engessada em seu viés civilista e privatista, merecendo ser oxigenada pelos ares constitucionais que buscam a máxima efetividade dos direitos que são inerentes à pessoa humana de acordo com sua dignidade intrínseca.

Buscou-se, portanto, estudar brevemente o histórico e o conteúdo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que é um dos fundamentos da República expressos pela Constituição. Percebeu-se que ele foi constitucionalizado após a onda de internacionalização dos tratados de direitos humano os quais mencionam o princípio, a começar pela Declaração dos Direitos dos Homens de 1948, que foi uma consequência da recuperação frente às barbaridades cometidas sob a égide do regime nacional-socialista. A constitucionalização do princípio como fundamento da República também se deu em reação ao autoritarismo que vigia anteriormente. Passou-se a cuidar que a pessoa humana fosse respeitada em sua integridade, naquilo que lhe é considerado adequado a sua dignidade de ser.

Frise-se que a dignidade da pessoa humana não é um conceito indeterminado que, arvorando-se em princípio normativo, funciona apenas como uma cláusula aberta legitimadora de qualquer posição a depender dos acontecimentos histórico-sociais. Ela se trata da eminência de ser que a pessoa humana contém. É a partir disso que se nota a sua debitude e exigibilidade intrínsecas a demandar um tratamento apropriado. Desse modo, o princípio da dignidade da pessoa humana se torna o fundamento axiológico do ordenamento jurídico, pois como se trata de um valor máximo e abrangente, passa a dar conteúdo e a inflar todas as demais normas, fornecendo-lhes a máxima efetividade sob os ditames personalistas. Por seu turno, funciona também como vetor teleológico e hermenêutico de interpretação das normas que possam expressar uma diminuição da dignidade relativa à pessoa humana.

Em ordem de verificar se o nascituro é contemplado por este princípio em todos os seus aspectos, decidiu-se analisar cada um de seus termos para saber se o nascituro o detém. Disso, constatou-se que o nascituro é um ser vivo, uma vez que possui todas as suas cinco características: autonomia, imanência, unidade, autorrealização e ritmos cíclicos. Não bastando estar apenas vivo, ele é caracterizado como ser humano, por ter corpo e forma que o identificam como ser humano. Também é considerado uma pessoa, por ser uma substância individual de natureza racional, ainda que esta tenha de ser vista em termos potenciais. Finalmente, também detém uma dignidade que emana diretamente de sua natureza humana e de seu simples ato de ser, prescindindo de qualquer obrar, inclusive da liberdade e da autoconsciência.

Disso exposto, não há como negar a incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o nascituro e sobre todas as normas que lhe refere. Sendo uma consequência natural admitir-lhe como sujeito de todos os direitos que lhe são reconhecidos, inclusive do direito à vida. Insuficiente isso, ainda deve-se reconhecer o nascituro como sujeito específico de direitos dado o seu peculiar estágio de desenvolvimento e sua vulnerabilidade, reclamando, pois, uma legislação específica que lhe contemple e sistematize todos os direitos que já lhe são reconhecidos.

Finalmente, não há qualquer concorrência entre a dignidade do nascituro e a dignidade da mulher, mas sim uma coexistência que deve ser promovida pelo Estado na forma de cooperação. Reconhecer os direitos de outrem não é uma violação à liberdade, mas a sua garantia. O Estado como garantidor da ordem e da dignidade, deve agir em prol dos direitos do nascituro, promovendo-lhe sua vida, seu nascimento e tudo o que tange a sua dignidade.

REFERÊNCIAS

Agência do Estado. **Casal põe nome da filha em certidão de natimorto**. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/geral,casal-poe-nome-da-filha-em-certidao-de-natimorto,1004551,0.htm>> Acesso em: 18 de março de mar. de 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 Dos Crimes Contra a Pessoa**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BOSCHILIA, Cleusa. **Minimanual Compacto de biologia: teoria e prática**. 1ª edição. São Paulo: Editora Rideel, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BRANDÃO, Gorette. **Aprovado na comissão especial novo projeto de Código Penal**. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2013/12/17/aprovado-na-comissao-especial-novo-projeto-do-codigo-penal>> Acessado em 20/05/2014.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 236/2012. Institui novo Código Penal. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>> Acessado em 22/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº 508/STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo508.htm>>. Acesso em: 21 maio. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 399.028/SP. Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 26 de fevereiro de 2002. DJ 15/04/2002. p. 232.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário de nº 404.276-2 – AgRg/MG, rel. Cezar Peluso. Julgamento: 10.03.09. DJe nº 53/09, 20.03.09, p. 76.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 2.076/Ac., rel. Min. Carlos Velloso. Julgamento: 15.08.12. DJ de 08.08.2013, p. 86.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54/DF, rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento: 12.04.2012. DJe de nº 80. Publicado em 30.04.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recl. 2040/DF, rel. Min. Néri da Silveira. Julgamento: 21.02.02. DJU 27.06.03, p. 31.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 931.556 – Rs. Relatora Ministra Nancy Andrichi. Julgado em 17 de junho de 2008. DJe 05/08/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial de nº 1.120.676-SC. Rel. originário Min. Massami Uyeda. Julgado em 07 de dezembro de 2010. Informativo STJ 459 de 10/12/2010.

BRASIL. TJMG. 8ª Câmara Cível. Apelação Cível 1.0024.04.377309-2/001. Rel. Desem. Duarte de Paula. Data do Julgamento em 10 de março de 2005. Data da Publicação 10/06/2005. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=A518A227D0F3841AC42ED31D538A3566.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.04.377309-2%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acessado em 20/03/2014.

BRASIL. TJ-RS. Segunda Turma Recursal Cível. Recurso Inominado nº 71003041936 RS. Renato Monteiro e Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT. Relator: Eduardo Kraemer. 29 de fevereiro de 2012. Diário da Justiça do dia 06/03/ 2012.

BRODBECK, Rafael Vitola. **Incentivo legal ao aborto.** Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7731/incentivo-legal-ao-aborto>>. Acessado em 26/03/2014.

Anteprojeto de Código Penal. Disponível em <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2012/06/pdf-veja-aqui-o-anteprojeto-da-comissao-especial-de-juristas>> Acessado em 20/05/2014.

CAL, Henrique. **Critério de morte = critério de vida?** Disponível em: <<http://culturadavida.blogspot.com.br/2008/05/critrio-de-morte-critrio-de-vida.html>>. Acesso em: 18 fev. de 2014.

CLANCY, Michael. **Hand of Hope The Story Behind The Picture**. Disponível em <<http://michaelclancy.com/>> Acessado em 18/05/2014.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

ESPINOSA, Jaime. **Questões de Bioética**. Quadrante: São Paulo, 1998.

FERREIRA, A. B. de H. **Novo Aurélio Século XXI**: O dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Patrícia Cobianchi. O Início da Vida para Proteção Jurídica sob os Ditames da Constituição e dos Tratados Internacionais Ratificados pelo Brasil. *In*: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri e MONTAL, Zélia Cardoso (Coord.). **Biodireito Constitucional**: Questões Atuais. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2010.

FILHO, Glauco Barreira Magalhães. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 4ª edição. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

GARCIA, Maria. **Limites da Ciência**: A Ética da Responsabilidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Direito das Sucessões. 6ª edição. vol 7. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2008. Tradução: Elza Maria Gasparotto.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica e dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, LD, 2007. Tradução: Paulo Quintela.

KAPLAN, Francis. **Meia Vida**. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1304200804.htm> Acessado em 21/05/2014.

GIUBILINE, Alberto; MINERVA, Francesca. After-birth abortion: why should the baby live? **Journal Of Medical Ethics**. Melbourne. 23 fev. 2012. Disponível em: <http://jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full>. Acesso em 21 mai. 2014.

LIMA, Jônata Dias. **Entenda o Estatuto do Nascituro, e as mentiras ditas sobre ele**. <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/blog-da-vida/entenda-o-estatuto-do-nascituro-e-as-mentiras-que-dizem-sobre-ele/> Acessado em 13/05/2014.

LOUREIRO, Claudia Regina. **Introdução ao Biodireito**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

MAGALHÃES, Leslei Lester dos Santos. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati Martins. **Dignidade da Pessoa Humana: Princípio Constitucional**. 1ª edição (2ª tiragem). Curitiba: Juruá Editora, 2004.

MELENDO, Tomás. **Metafísica da Realidade: As Relações entre Filosofia e Vida**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2002. Tradução: João Roberto Costa e Silva.

MOORE, Keith L. **Embriologia Básica**. 7ª edição. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008.

_____. **Embriologia Clínica**. São Paulo: Elsevier Editora Ltda., 2008.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. **O Nascituro e os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil**. 21ª edição. Vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

PUSSE, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2ª edição. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

PINHEIRO, Aline. **Nascituro tem personalidade jurídica, decide STJ Português**. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/nascituro-personalidade-juridica-stj-portugal>>. Acessado em 18/05/2014.

PINHEIRO, Joel. **Problemas para o Fisicalismo**. Dicta&Contradicta. São Paulo: número 10, julho, 2013.

RATZINGER, Joseph. **Fé, Verdade, Tolerância**: O Cristianismo e as Grandes Religiões do Mundo. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência: “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2007. Tradução: Silva Hoepfner Ferreira.

_____. **Introdução ao Cristianismo**: Preleções sobre o Símbolo Apostólico com um Novo Ensaio Introdutório. São Paulo: Edições Loyola, 2005. Tradução: Alfred J. Keller.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da pessoa humana**: Em Busca do Direito Justo. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, de Plácido e. **Vocabulário Jurídico Conciso**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

STORK, Ricardo Yepes; ECHEVARRÍA, Javier Aranguren. **Fundamentos de Antropologia**: Um Ideal de Excelência Humana. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência: “Raimundo Lúlio” (Ramon Llull), 2005. Tradução: Patricia Carol Dwyer.